Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NICHOLAS EMILIOU
esitatud 17. juunil 2025[1]

Kohtuasi C-590/23

CG,
YN
versus
Pelham GmbH,
SD,
UP

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus – Autoriõigus ja sellega kaasnevad õigused – Infoühiskond – Direktiiv 2001/29/EÜ – Artikkel 2 – Reprodutseerimisõigused – Ulatus – Teoste osad – Fonogrammide osad – Sämplimine – Erandid ja piirangud – Artikli 5 lõike 3 punkt k – Kasutamine pastišis – Ulatus – Põhiõigused – Euroopa Liidu põhiõiguste harta – Artikkel 13 – Kunstivabadus

I. Sissejuhatus

1. Käesolev eelotsusetaotlus on teine, mille Bundesgerichtshof (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) (edaspidi „BGH“) on esitanud seoses pisut rohkem kui kakskümmend aastat kestnud vaidlusega ühelt poolt elektroonilise muusika ansambli Kraftwerk ja teiselt poolt hiphopiprodutsentide SD ja UP ning produktsioonifirma Pelham GmbH vahel. Vaidlus puudutab seda, et viimati nimetatu poolt 1997. aastal avaldatud hiphopipalas (pealkirjaga „Nur mir“) on kasutatud kahesekundilise kestusega lõiku (edaspidi „sämpel“),[2] mille nad ilma loata „laenasid“ avangardse elektroonilise muusikapala („Metall auf Metall“) fonogrammist,[3] mille avaldas Kraftwerk 1977. aastal.

1 Algkeel: inglise.

2 Mõiste „sämplimine“ määratluse kohta vt kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham jt (C-476/17, EU:C:2018:1002, punkt 1, edaspidi „kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I“): „Sämplimine on tehnika, mille puhul kopeeritakse elektrooniliste seadmete abil fonogrammi helikatkendeid […] eesmärgiga kasutada neid uue heliloomingu osana mõnes teises fonogrammis.“

3 Autoriõiguses tähendab „fonogramm“ helide eranditult kuuldelist „jäädvustist“ (s.o helisalvestist) (vt Roomas 26. oktoobril 1961 sõlmitud teose esitaja, fonogrammitootja ja ringhäälinguorganisatsiooni kaitse rahvusvahelise konventsiooni (edaspidi „Rooma konventsioon“) artikkel 3 ning Genfis 20. detsembril 1996 sõlmitud ja Euroopa Ühenduse nimel nõukogu 16. märtsi 2000. aasta otsusega 2000/278/EÜ (EÜT 2000, L 89, lk 6; ELT eriväljaanne 11/33, lk 208) heaks kiidetud Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni (WIPO) esituste ja fonogrammide lepingu (edaspidi „WIPO esituste ja fonogrammide leping“) artikli 2 punkt b).

2. Kohtuotsuses Pelham I[4] otsustas Euroopa Kohus vastuseks BGH esimesele eelotsusetaotlusele selles vaidluses, et niisuguste olemasolevate fonogrammide sämplite kasutamine uutes lauludes kuulub põhimõtteliselt nende fonogrammide tootjatele antud reprodutseerimise ainuõiguse alla, mis on ette nähtud direktiivi 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas[5] (edaspidi „infoühiskonna direktiiv“) artikli 2 punktis c. Seega ei saa kolmas isik üldjuhul seda teha ilma asjaomase tootja loata, vastasel juhul rikub ta nimetatud ainuõigust.

3. Uues eelotsusetaotluses küsib BGH Euroopa Kohtult, kas sämplimist saab siiski pidada vabalt lubatuks vastavalt ühele infoühiskonna direktiivi artiklis 5 sätestatud erandile, milleks on „kasutamine […] pastišis“ (lõike 3 punkt k). Sellega seoses soovib BGH üldisemalt teada, kas see erand (mida ei ole selle direktiiviga määratletud ja mida Euroopa Kohus ei ole seni analüüsinud) võimaldab kolmandatel isikutel olemasolevast kaitstud materjalist (nagu fonogrammid) vabalt „laenata“, et luua uusi teoseid (nagu uued muusikateosed), võttes arvesse Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikliga 13 ette nähtud kunstivabadust.

4. See küsimus on valdkonnaülest laadi. Kõikides kunsti valdkondades on autorid alates aegade algusest üksteise varasemast loomingust vähemal või suuremal määral vähem või rohkem avalikult laenanud. Samuti on tegu kriitiliselt olulise küsimusega. Nimelt arutatakse ja vaieldakse kogu maailma kohtutes sageli selle üle, milliseid piiranguid täpselt kirjandus- ja kunstiomand kõnealusele protsessile seab (või võib kunstivabadust arvesse võttes seada). Ligikaudu viimase kahe aastakümne jooksul on nn teise ja kolmanda põlvkonna veebiteenuste taustal tekkinud selles küsimuses uusi arusaamu, samal ajal kui sellised internetiplatvormid nagu YouTube või Tik-Tok võimaldavad miljonitele kasutajatele ühendust olemasoleva audiovisuaalse materjaliga ning selle taaskasutamist omaenda sisu (edaspidi „kasutajate loodud infosisu“) loomisel ja jagamisel. Sellega seoses on käesolev kohtuasi oluline ka selleks, et tõlgendada (ikka veel hiljutise) direktiivi (EL) 2019/790, mis käsitleb autoriõigust ja autoriõigusega kaasnevaid õigusi digitaalsel ühtsel turul[6] (edaspidi „DSM-direktiiv“), artikli 17 lõike 7 punkti b, millega on vabalt lubatud kasutajate loodud infosisu „pastišina“.[7]

5. Usaldades Euroopa Kohtu tarkust vastamisel, osutab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et neid kunstilisi väljendusviise ja harta artikliga 13 tagatud kunstiga seotud põhiõigust arvesse võttes võib olla *vaja* tõlgendada pastišši käsitlevat infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud erandit nii, et see hõlmab mitmesuguseid autoriõigusega kaitstud teoste kunstilise taaskasutamise juhtumeid, sest muud põhimõtted, piirangud ja erandid, mis kärbivad autoritele ja teistele õiguste omajatele antud ainuõigusi, ei võimalda seoses selle taaskasutamisega ise selles aspektis piisavalt „hingamisruumi“, et vastata selle vabaduse nõuetele. Seega eeldab käesolev eelotsusetaotlus peale mõiste „pastišš“ selgitamise Euroopa Kohtult vähemalt hinnangu andmist selle kohta, kas liidu kirjandus- ja kunstiomand on süstemaatilisest vaatenurgast harta artikliga 13 kooskõlas.

4 29. juuli 2019. aasta kohtuotsus Pelham jt (C-476/17, EU:C:2019:624, edaspidi „kohtuotsus Pelham I“,).

5 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta direktiiv (EÜT 2001, L 167, lk 10; ELT eriväljaanne 17/01, lk 230).

6 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 17. aprilli 2019. aasta direktiiv, millega muudetakse direktiive 96/9/EÜ ja 2001/29/EÜ (ELT 2019, L 130, lk 92).

7 Olgugi et DSM-direktiivi artikli 17 lõike 7 punkt b ei ole käesolevale juhtumile kohaldatav (kuna see ei puuduta kaitstud materjali üldsusele edastamise õigust ega taaskasutamist „veebisisu jagamise teenuste“ kasutajate poolt), tuleb seda sätet ja infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tõlgendada ühetaoliselt (vt analoogia alusel 31. mai 2016. aasta kohtuotsus Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punktid 28–34)).

II. Õiguslik raamistik

A. Euroopa Liidu õigus

6. Infoühiskonna direktiivi artiklis 2 „Reprodutseerimisõigus“ on sätestatud:

„Liikmesriigid näevad ette, et ainuõigus lubada või keelata otsest või kaudset ajutist või alalist reprodutseerimist mis tahes viisil või vormis, osaliselt või täielikult, on:

a) autoritel nende teoste osas;

[…]

c) fonogrammitootjatel nende fonogrammide osas;

[…]“.

7. Sama direktiivi artiklis 5 „Erandid ja piirangud“ on sätestatud:

„[…]

3. Liikmesriigid võivad artiklites 2 ja 3 sätestatud õiguste puhul näha ette erandeid või piiranguid järgmistel juhtudel:

[…]

k) kasutamine karikatuuris, paroodias või pastišis;

[…]

5. Lõigete 1, 2, 3 ja 4 kohaseid erandeid ja piiranguid kohaldatakse üksnes teatavatel erijuhtudel, mis ei ole vastuolus teose või muu objekti tavapärase kasutusega ning ei mõjuta põhjendamatult õiguste valdaja õiguspäraseid huve.“

B. Saksamaa õigus

8. Autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste seaduse (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; edaspidi „UrhG“)) § 51a alates 7. juunist 2021 kehtinud redaktsioonis on sätestatud, et „avaldatud teose reprodutseerimine, levitamine ja üldsusele edastamine karikatuuris, paroodias ja pastišis on lubatud. Esimeses lauses ette nähtud võimalus hõlmab kasutatava teose kujutise või muu reproduktsiooni kasutamist ka juhul, kui teos ise on kaitstud autoriõiguse või sellega kaasneva õigusega“.

III. Faktilised asjaolud, riigisisene menetlus ja eelotsuse küsimused

9. Aastal 1977 avaldas ansambel Kraftwerk (mille koosseisus olid GC ja RL, kes on nüüdseks surnud; edaspidi koos „Kraftwerki liikmed“) fonogrammi, millel oli muusikateos „Metall auf Metall“. Hiljem komponeerisid SD ja UP muusikateose „Nur mir“, mille avaldas Pelham GmbH salvestatud fonogrammidel 1997. aastal.

10. Kraftwerki liikmed väitsid, et SD ja UP on ilma nende nõusolekuta elektrooniliselt kopeerinud („sämplinud“) muusikateose „Metall auf Metall“ fonogrammilt ligikaudu kahesekundilise kestusega lõigu, mis kujutab endast rütmijada, ja kasutanud seda lõiku järjestikku korrates muusikateoses „Nur mir“. Seda tehes rikkusid SD, UP ja Pelham GmbH (edaspidi koos „Pelham jt“) autoriõigusega kaasnevat reprodutseerimisõigust, mis kuulub selle fonogrammi osas Kraftwerki liikmetele kui muusikateose „Metall auf Metall“ fonogrammi tootjatele. Teise võimalusena väitsid Kraftwerki liikmed, et on rikutud neile kui esitajatele kuuluvat autoriõigusega kaasnevat õigust ja CG autoriõigust muusikateose „Metall auf Metall“ suhtes. Kolmanda võimalusena väitsid nad, et põhikohtuasja kostjad on rikkunud kõlvatut konkurentsi käsitlevaid õigusnorme, mis keelavad majandusliku priisõidu teiste arvel.

11. Nendel põhjendustel esitasid Kraftwerki liikmed 2004. aastal Landgericht Hamburgile (Hamburgi esimese astme kohus, Saksamaa) hagi Pelhami jt vastu, nõudes mitmesugust õiguskaitset, sealhulgas rikkumise lõpetamise korraldust (millega kohustatakse Pelhamit jt hoiduma muusikateost „Nur mir“ sisaldavate fonogrammide tootmisest, turustamisest (jms)), ning kahju hüvitamist.

12. Järgnenud aastate jooksul tegid eri Saksamaa kohtud eri astmetes mitu otsust. Muu hulgas tegi BGH 13. detsembril 2012 otsuse Kraftwerki liikmete kasuks. Ent Bundesverfassungsgericht (liitvabariigi konstitutsioonikohus) (edaspidi „BVerfG“) tühistas selle kohtuotsuse 31. mail 2016 Pelham jt erakorralise edasikaebuse peale. Sisuliselt asus BVerfG seisukohale, et Saksamaa põhiseadusega tagatud kunstivabaduse[8] kohaselt peab fonogrammist lühikeste sämplite „laenamine“ ja taaskasutamine uue muusikateose loomiseks olema vabalt lubatud. Sellele vastavalt pidi selle fonogrammi tootja kaasnev õigus niisuguse praktika ees taanduma. Seda sai ellu rakendada kas i) tõlgendades autoriõigusega kaasnevat reprodutseerimisõigust nii, et see ei laiene lühikestele sämplitele, või ii) otsustades, et niisugust sämplit kasutades loodud uut teost võib avaldada ja kasutada ilma algfonogrammi tootja nõusolekuta vastavalt UrhG § 24 lõikele 1.[9] BVerfG saatis asja uuesti läbivaatamiseks tagasi BGH-le.

13. BGH esitas seejärel Euroopa Kohtule järjest mitu küsimust, muu hulgas, kas i) fonogrammitootjate huvides toimiv reprodutseerimisõigus, mis on sätestatud infoühiskonna direktiivi 2 punktis c, hõlmab fonogrammidelt sämplite „laenamist“ ja ii) kas UrhG § 24 lõige 1 on selle direktiiviga kooskõlas. Euroopa Kohus vastas oma otsuses Pelham I (muu hulgas), et i) vaidlusalune reprodutseerimisõigus hõlmab sämpleid niipea, kui need on uues sisus „kuulamisel äratuntavad“, ja ii) UrhG § 24 lõige 1 ei ole tõepoolest direktiiviga kooskõlas.

14. Pärast Euroopa Kohtu vastust saatis BHG 30. aprilli 2020. aasta otsusega asja uuesti läbivaatamiseks tagasi Oberlandesgericht Hamburgile (liidumaa kõrgeim kohus Hamburgis, Saksamaa).

[8] Vt põhiseaduse (Grundgesetz) artikkel 5.

[9] Selles sättes on ette nähtud, et „iseseisev teos, mis on loodud teise isiku teose vabal kasutamisel, avaldatakse ja seda kasutatakse ilma kasutatud teose autori nõusolekuta“. BVerfG asus seisukohale, et see on analoogia alusel kohaldatav fonogrammide taaskasutamisele.

15. 7. juunil 2021 jõustus UrhG uus redaktsioon. Sellega seoses tunnistati kehtetuks § 24 lõige 1 ja kehtestati uus säte, nimelt § 51a. Uue sätte kohaselt on lubatud autoriõigusega kaitstud materjali vabalt kasutada, muu hulgas „pastišis“.

16. Oberlandesgericht Hamburg (liidumaa kõrgeim kohus Hamburgis, Saksamaa) eristas 28. aprilli 2022. aasta otsusega selle kohta hinnangut andes, et väidetavalt on tegu autoriõiguse vältava rikkumisega, kolme ajavahemikku. Esiteks tegi ta selles osas, mis puudutab aega alates kuupäevast, mil „Nur mir“ 1997. aastal avaldati, kuni infoühiskonna direktiivi ülevõtmistähtaja möödumiseni (22. detsembril 2002), otsuse Pelhami jt kasuks, asudes seisukohale, et vaidlusalune sämplimine oli (endise) UrhG § 24a alusel vabalt lubatud. Teiseks tegi ta selles osas, mis puudutab ajavahemikku alates infoühiskonna direktiivi ülevõtmistähtaja möödumisest kuni UrhG § 51a jõustumiseni (7. juunil 2021), otsuse Kraftwerki liikmete kasuks, juhindudes Euroopa Kohtu otsusest Pelham I. Lõpuks tegi Oberlandesgericht Hamburg (liidumaa kõrgeim kohus Hamburgis, Saksamaa) selles osas, mis puudutab alates 7. juunist 2021 kestvat perioodi, jällegi otsuse Pelhami jt kasuks, asudes seisukohale, et vaidlusaluse sämpli kasutamine saab olla UrhG §-s 51a sätestatud uue pastišši käsitleva erandi alusel vabalt lubatud

17. Seejärel esitasid CG ja YN kohtuotsuse selle osa peale, mis puudutas 7. juunil 2021 alanud perioodi, BGH-le uue kassatsioonkaebuse (*Revision*). Nimetatud kohus märgib, et UrhG §-ga 51a on üle võetud infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkt k ja seega tuleb seda tõlgendada sellega kooskõlas. Sama kohus märgib, et kuna mõiste „pastišš“ on piiritlemata ja vaidlusaluse erandi eesmärk on tagada harta artikliga 13 ette nähtud kunstivabadus, saaks see erand olla „üldsäte“, mis hõlmab olemasolevate teoste või muu ainese kunstilist taaskasutamist, sealhulgas sämplimist. Niisugusena saaks see toimida autoriõiguse üldise kitsendusena kunstivabaduse kasuks, mida on vaja seetõttu, et muud autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste ulatust kitsendavad põhimõtted, erandid ja piirangud ise ei taga selles aspektis piisavalt „hingamisruumi“. Sellegipoolest, kuna tegu on liidu õiguses uudse küsimusega ja sellest oleneb kassatsioonimenetluse (*Revision*) lahend, otsustas BGH menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas autoriõiguse piirang pastišis kasutamiseks [infoühiskonna direktiivi] artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses kujutab endast üldsätet, mistõttu kuulub selle alla igal juhul olemasoleva teose või muu põhiobjekti kunstiline käsitlemine, sealhulgas sämplimine? Kas mõistele „pastišš“ kehtivad piiravad kriteeriumid, nagu huumori, stiili jäljendamise või tunnustusavalduse nõue?

2. Kas pastišis kasutamine [infoühiskonna direktiivi] artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses eeldab seda, et tehakse kindlaks kasutaja kavatsus kasutada autoriõigusega kaitstud objekti pastišis, või piisab sellest, kui pastišlik laad on äratuntav isikule, kes tunneb autoriõigusega kaitstavat objekti, millele viidatakse, ja kel on pastiši tajumiseks vajalik intellektuaalne võimekus?“

18. Käesolev, 14. septembri 2023. aasta kuupäeva kandev eelotsusetaotlus esitati 25. septembril 2023. CG, Pelham jt, Saksamaa valitsus ja Euroopa Komisjon on esitanud kirjalikud seisukohad. Need huvitatud isikud olid esindatud kohtuistungil, mis toimus 14. jaanuaril 2025.

IV. Analüüs

19. Nagu sissejuhatuses märgitud, seisneb käesoleva asja taust autoriõigusega kaitstud *olemasolevate* teoste või autoriõigustega kaasnevate õigustega kaitstud muu materjali,[10] nagu fonogrammid, taaskasutamises *uue* loomingu jaoks (sämplimine on kõigest üks näide niisugusest tegevusest). Nendel asjaoludel soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma kahe küsimusega, mida analüüsin koos, teada, kas infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud erand autoriõigusest ja sellega kaasnevatest õigustest, mis on pühendatud teoste või muu ainese kasutamisele „pastišis“, kujutab endast „üldsätet“, mis hõlmab niisugust kaitstud materjali kunstilist taaskasutamist.

20. Nende seni uurimata liidu õiguse mõiste („pastišš“) tõlgendamist puudutavate küsimuste taga peitub põhimõttelisem probleem, nimelt infoühiskonna direktiiviga sisse seatud süsteemi ühitamine harta artiklis 13 tagatud kunstivabadusega. Nagu eespool märgitud, näeb BGH ebasoovitavat võimalust, et kui tõlgendada pastišši käsitlevat erandit nii, et see sellist kunstilist tegevust ei hõlma, võttes arvesse, et autoriõigust ja sellega kaasnevaid õigusi kitsendavad muud piirangud ja erandid ei pruugi jätta selles aspektis piisavalt tegevusruumi, oleks see süsteem vastuolus selle vabadusega.

21. Võimalikult suurema näitlikkuse huvides analüüsin kõigepealt seda, kuidas infoühiskonna direktiivis ette nähtud autoriõigus ja sellega kaasnevad õigused, nagu Euroopa Kohus on neid tõlgendanud, piiravad kaitstud materjali kunstilist taaskasutamist ja seetõttu ka harta artikliga 13 ette nähtud kunstivabadust (A). Seejärel selgitan, et pastišši käsitlevat erandit autoriõigusest ja sellega kaasnevatest õigustest ei saa tõlgendada kui „üldsätet“, mis hõlmab niisugust tegevust, ning et muud erandid ja piirangud võimaldavad selles aspektis piiratud õiguskaitset (B). See toob mind lõpuks delikaatse küsimuseni, kas infoühiskonna direktiiviga kehtestatud süsteem selle praegusel kujul on harta artikliga 13 kooskõlas (C).[11]

A. Kuidas autoriõigus ja sellega kaasnevad õigused teenivad, ent ka piiravad kunsti

22. Käsitlen kõigepealt (liidu) kirjandus- ja kunstiomandiga harta artiklis 13 sätestatud kunstivabadusele seatud piirangute ulatust ja olemust (1), misjärel asetan need piirangud perspektiivi (2).

[10] Tõsi küll, Kraftwerki liikmed tuginevad esmalt fonogrammitootjate autoriõigusega kaasnevatele õigustele. Siiski tuginevad nad teise võimalusena ka autoriõigusele. Igal juhul on infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud pastišši käsitlev erand üldkohaldatav ka autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes (vt käesoleva ettepaneku punkt 36). Seega ei piirdu selle erandi kohta esitatud eelotsuse küsimused üksnes fonogrammide kasutamisviisidega, vaid hõlmavad ka muid objekte, nagu teosed. Niisiis tuleb analüüsis arvesse võtta mõlemat liiki õigusi.

[11] Kuigi probleem puudutab kunstivaldkondi üldiselt, keskendun oma argumentatsioonis muusika valdkonnale, sest põhikohtuasjas käsitletav juhtum on seotud muusikaga, ja kaldun aeg-ajalt ka muudesse valdkondadesse.

1. „Kunsti … ei piirata“, ent „sa ei tohi varastada!“

23. Harta artikkel 13 tagab „kunsti […] vabaduse“ liidu õiguse reguleerimisalas.[12] Seda vabadust peetakse harta artikliga 11 tagatud sõnavabaduse üheks (omaenda eraldi staatust väärivaks) aspektiks.[13] Sellisena kätkeb see igaühe õigust „levitada teavet ja ideid“ kunsti vormis[14] (s.o õigust kujutleda, luua ja jagada kunstiteoseid)[15] ning neid „saada“ (s.o neile juurde pääseda), kummalgi juhul „avaliku võimu sekkumiseta“. Seejärel on harta artiklis 13 sätestatud, et „kunsti […] ei piirata“.

24. Autoriõigus, mida on ühtlustatud infoühiskonna direktiiviga ja mitme rahvusvahelise konventsiooniga,[16] vaieldamatult toetab kunstivabadust. See kujutab endast „positiivset kaitsemeedet“, mille ametivõimud on võtnud, et see vabadus tegelikult tagada.[17] Nimelt on antud loovisikutele (kes liigituvad „autoriteks“) autoriõiguse kohaselt rida majanduslikke ainuõigusi[18] (sisuliselt monopol) nende intellektuaalse loomingu (mida nimetatakse „teosteks“) kasutamiseks, tingimusel et need on „algupärased“.[19] Muu hulgas on neil selle direktiivi artikli 2 punkti a kohaselt[20] reprodutseerimise ainuõigus, mis hõlmab üldjuhul igasugust nende „teoste“ „täielikult“ või „osaliselt“ reprodutseerimist. See monopol toetab *eilseid* loojaid, andes neile võimaluse oma loomingut käsutada ja saada selle vilju.[21]

12 Kunstivabadus on riigi tasandil loetud autonoomseks põhiõiguseks mitmes liikmesriigis, nende seas Saksamaal (vt põhiseaduse (Grundgesetz) artikkel 5), ja rahvusvahelises õiguses (vt inimõiguste ülddeklaratsiooni artikkel 27; ÜRO rahvusvahelise majanduslike, sotsiaalsete ja kultuuriliste õiguste pakti (edaspidi „sotsiaalpakt“) artikli 15 lõike 1 punkt a ning ÜRO rahvusvahelise kodaniku- ja poliitiliste õiguste pakti artikli 19 lõige 2).

13 Põhiõiguste harta selgitused (ELT 2007, C 303, lk 17). Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi „EIK“) on märkinud, et Roomas 4. novembril 1950 alla kirjutatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste konventsiooni (edaspidi „EIÕK“) artikliga 10 tagatud sõnavabaduse hulka kuulub „kunstiline väljendusvabadus“ (EIK 24. mai 1988. aasta otsus Miller jt *vs.* Šveits, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, punkt 27). Erinevus nende kahe vahel seisneb selles, kas väljendus on „kunstiline“ või mitte.

14 Vt selle kohta kohtuotsus Pelham I, punkt 34; EIK 24. mai 1988. aasta otsus Miller jt *vs.* Šveits, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, punkt 27, ning EIK 8. juuli 1999. aasta otsus Karataş *vs.* Türgi, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, punkt 49.

15 Nagu selgelt nähtub sellest, et artiklis 13 on kasutatud üldist sõna „kunst“, on see vabadus ulatuslik, hõlmates kõiki kunstilise väljenduse vorme olenemata meediumist (kirjandus, muusika, visuaalkunst jne) (vt Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., ja Ward, A. (toim), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2021, lk 417–419).

16 Vt Berni kirjandus- ja kunstiteoste kaitse konventsioon (24. juuli 1971. aasta Pariisi akt), mida on muudetud 28. juulil 1979 (edaspidi „Berni konventsioon“); Genfis 20. detsembril 1996 sõlmitud ja Euroopa Ühenduse nimel nõukogu 16. märtsi 2000. aasta otsusega 2000/278/EÜ (EÜT 2000, L 89, lk 6; ELT eriväljaanne 11/33, lk 208) heaks kiidetud Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni (WIPO) autoriõiguse leping (edaspidi „WIPO autoriõiguse leping“); intellektuaalomandi kaubandusaspektide leping, mis kujutab endast lisa 1C Maailma Kaubandusorganisatsiooni (WTO) asutamislepingule, mis kirjutati alla Marrakechis 15. aprillil 1994 ja kiideti Euroopa Ühenduse nimel heaks nõukogu 22. detsembri 1994. aasta otsusega 94/800/EÜ, mis käsitleb Euroopa Ühenduse nimel sõlmitavaid tema pädevusse kuuluvaid küsimusi puudutavaid kokkuleppeid, mis saavutati mitmepoolsete kaubandusläbirääkimiste Uruguay voorus (1986–1994) (EÜT 1994, L 336, lk 1; ELT eriväljaanne 11/21, lk 80) (edaspidi „TRIPS-leping“).

17 Selle kohta, et EIÕK artikliga 10 (ja selles mõttes ka harta artikliga 13) on kehtestatud ametiasutustele mitte üksnes „negatiivseid kohustusi“ (mitte sekkuda), vaid ka „positiivseid“ (võtta meetmeid, et tagada sõnavabaduse tegelik kasutatavus), vt EIK 6. mai 2003. aasta otsus Appleby *vs.* Ühendkuningriik, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, punkt 39. Õigupoolest on kunstivabadust ja autorõiguse kaitset rahvusvahelistes õigusaktides sageli käsitletud koos (vt inimõiguste ülddeklaratsiooni artikli 27 lõiked 1 ja 2 ning sotsiaalpakti artikli 15 punktid a ja c).

18 Ja „isiklikud õigused“ (vt Berni konventsiooni 6.bis artikkel), mis ei kuulu infoühiskonna direktiivi kohaldamisalasse. Vt samuti käesoleva ettepaneku 54. joonealune märkus.

19 St „peegeldavad autori isiksust“ (vt selle kohta 16. juuli 2009. aasta kohtuotsus Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 37, edaspidi „kohtuotsus Infopaq“). Kunstiline kvaliteet seevastu ei puutu asjasse. Nimelt ei saa kohtunikud otsustada selle üle, mis on „hea“ või „halb“ kunst (kuna see on olemuslikult subjektiivne küsimus).

20 Vt samuti Berni konventsiooni artikkel 9.

21 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendused 9–11 ja 14, samuti kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (punkt 83).

25. Samal ajal piirab autoriõigus olemuslikult ka *homsete* loojate võimalusi laenata olemasolevatest teostest eesmärgiga luua midagi uut. Teisisõnu „piirab“ see sel määral nende endi õigust „levitada“ harta artikli 13 alusel üldsusele kunsti.[22]

26. Selguse huvides: see ei tähenda, nagu ei saaks need loovisikud olemasolevatest töödest üldse midagi „laenata“. Meenutan esiteks, et autoriõigus kaitseb üksnes konkreetset teost selle konkreetses *vormis*, mitte selles väljendatud abstraktseid *ideid*, järgides n-ö „idee/väljenduse dihhotoomiat“.[23] Teiseks ei ole ka paljud olemasolevate teoste kandvad elemendid eraldiseisvatena kaitstud.[24] Muusikas ei tähenda see ainult üksiknoote, vaid laiemalt üldist rütmi, baashelilaade, akorde ja järjestusi, harmooniaid ja muusikalisi fraase.[25] Sellele vastavalt on tulevastel loojatel põhimõtteliselt vabadus töötada läbi varasemaid teoseid, laenata niisuguseid ideid ja elemente ning kombineerida neid ümber uude loomingusse. See on minu arvates kunstivabaduse imperatiiv. Vastupidine lahendus riivaks selle vabaduse „sisu“ (sest see õigupoolest nulliks seda). Igasugune kultuuriline looming on rajatud eelnenule. Enamasti seisneb see varasema materjali „algupäraselt“ töötlemisel. Tulevased teosed võivad nende laenude tõttu isegi näida (väga) sarnased varasemate teostega, rikkumata seejuures autoriõigust. Õigupoolest liigitatakse muusikas uut loomingut harilikult ühesse või teise „žanri“ põhjusel, et see sisaldab elemente (teatavat rütmi, mõningaid muusikalisi motiive, „gruuvi“, meeleolu jms), mis harilikult esinevad teistes, varasemates teostes.

27. Euroopa Kohtu praktika[26] kohaselt on siiski nii, et niipea kui loovisik „laenab“ olemasolevast teosest elemente, mis on „algupärased“ (näiteks laulu meloodia või piisavalt eristatav lõik sellest meloodiast),[27] ning kasutab neid tajutaval viisil[28] uues loomingus, kujutab see endast infoühiskonna direktiivi artikli 2 punkti a tähenduses selle teose (vastavalt olukorrale kas tervikuna või osaliselt) „reprodutseerimist“, mis on üldjuhul[29] keelatud, kui autor seda ei luba. See, et see „laenamine“ on piiratud või et niisugune looming sisaldab ka looja enda sisendit ja selle tulemusel jätab algse teosega võrreldes teistsuguse üldmulje, ei ole selles aspektis oluline.

28. Samalaadsed (ehkki mitte täpselt samasugused) kaalutlused kehtivad autoriõigusega kaasnevate reprodutseerimisõiguste suhtes, mis on ette nähtud infoühiskonna direktiivi artikli 2 punktides c–e.[30] Tuletan meelde, et need õigused on antud fonogrammitootjatele (punkt c),[31]

22 Nagu harta artiklis 11 ette nähtud sõnavabadusega, võttes arvesse harta artikli 13 laia sõnastust, nii ei ole kunstivabadusega vastuolus mitte ainult poliitiline või kõlbeline tsensuur. Kunsti „piiramiseks“ artikli 13 tähenduses kvalifitseeruvad ka kitsendused materjali suhtes, mida kunstnikud saavad kasutada.

23 Vt WIPO autoriõiguse lepingu artikkel 2 ja TRIPS-lepingu artikli 9 lõige 2.

24 Vt kohtuotsus Infopaq (punktid 38, 39 ja 48).

25 Ehkki teatav niisuguste elementide paigutus kompositsioonis võib olla „algupärand“ ja eeldada autoriõiguse kaitset, ei tee see heliloojast iga niisuguse elemendi ainuomanikku, sest need ei ole „tema looming“, vaid on jagatud vahendite kogum, mida kasutab lugematul arvul loojaid. Vt Wilson, L., „The case for common property in musical objects“, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 26. kd, nr 3, 2024, lk 413–460.

26 Vt selle kohta kohtuotsus Infopaq (punktid 38, 39 ja 48) ning 1. detsembri 2011. aasta kohtuotsus Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, punktid 36, 40, 41, 42 ja 95–98).

27 Vabalt kopeeritavate nootide arvu suhtes ei ole künnist, mille ületamisel rakendub reprodutseerimisõigus. Seda, kas laenatud elementide suhtes kehtib autoriõigus, hinnatakse mitte kvantitatiivselt, vaid kvalitatiivselt.

28 Rikkumise olemasolu hindamine seisneb olemasoleva teose ja uue loomingu kandvate elementide võrdlemises. Muusikateose korral on võrdlus kuuldeline. Rikkumine tuvastatakse juhul, kui mõned esimese teose algupärased tunnused on teises teoses (meeleliselt) tajutavad. Kerged variatsioonid, nagu helistiku või kiiruse muutmine, ei puutu asjasse. Ent kui muudatused on niisugused, mille tulemusel esimese teose originaalelemendid ei ole enam teises materjalis tajutavad, ei ole tegu „reprodutseerimisega“ infoühiskonna direktiivi artikli 2 punkti a tähenduses (vt selle kohta 9. märtsi 2021. aasta kohtuotsus VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, punkt 25)).

29 Olenevalt eranditest ja piirangutest, mida käsitletakse allpool B jaos.

30 Jätan kõrvale (kuna ma ei saa analüüsida ühes ettepanekus iga konkreetset potentsiaalset probleemi) infoühiskonna direktiivi artikli 2 punkti b tähenduses esitajatele nende esituste salvestuste osas antud reprodutseerimisõiguse, millel on teistsugune põhjendus.

31 Vt samuti Rooma konventsiooni artikkel 10, WIPO esituste ja fonogrammide lepingu artikkel 11 ning TRIPS-lepingu artikli 14 lõige 2.

filmide esmasalvestuste tootjatele (punkt d) ja ringhäälinguorganisatsioonidele (punkt e) ning hõlmavad nende fonogrammide, „nende filmide originaali ja koopiate“ ja „nende saadete salvestuste“ igasugust „osaliselt või täielikult“ reprodutseerimist olenemata nendes sisalduda võivate teoste autoriõigustest.[32] Nende eesmärk on pakkuda muusika, filmide ja saadete tootjatele võimalust saada „rahuldavat kasumit“ „märkimisväärselt“ investeeringult, mida on vaja nende materjalide tootmiseks. Need õigused on mõeldud omakorda tagama, et need sidusrühmad jätkaksid autorite ja nende loometöö rahastamist ning seega aitaksid (kaudselt) kaasa kunstivabadusele.[33]

29. Samal ajal piiravad need õigused tulevaste loojate võimalust taaskasutada olemasolevaid fonogramme (näiteks sämplimise kaudu) või filmide esmasalvestusi või saateid millegi uue loomiseks. Ka käesoleval juhul „piiravad“ need selles ulatuses nende harta artiklist 13 tulenevat õigust „levitada“ kunsti üldsusele.[34]

30. Üldjuhul,[35] kui järgida tõlgendust, mille Euroopa Kohus andis kohtuotsuses Pelham I fonogrammide kohta, kuid mis on selgelt ülekantav ka filmide esmasalvestustele ja saadetele,[36] tähendab isegi „väga lühikese“ lõigu (nagu käesolevas asjas vaidlusaluse kahesekundilise kestusega sämpli või ühe filmikaadri) võtmine niisugusest materjalist ja taaskasutamine uues loomingus nii, et see jääb „kuulamisel äratuntavaks“[37] (või vaatamisel äratuntavaks), infoühiskonna direktiivi artikli 2 punktides c–e sätestatud reprodutseerimise ainuõiguste kohaldumist ning on seetõttu keelatud, kui õiguste omaja seda ei luba. Ka niisugusel juhul ei ole oluline, et see looming võib sisaldada ka looja enda sisendit ja selle tulemusel jätta kasutatud algse teosega võrreldes teistsuguse üldmulje.[38]

2. „Hea helilooja ei jäljenda, ta varastab“[39] – sama teevad juutuuberid

31. Nagu eelmises jaos selgitatud, toimivad praegused kunsti- ja kirjandusomandit käsitlevad õigusnormid tulevaste loojate suhtes vastavalt rangele (õiguslikule) vahetegemisele ühelt poolt „inspiratsiooni ja uue vormingu andmise“,[40] mis on vabalt lubatud, ja teiselt poolt kaitstud materjali kopeerimise vahel, mis üldjuhul ei ole lubatud.

32 Näiteks muusikateose salvestamise korral on see salvestis kaitstud peale teose autoriõiguse, mis on autori huvides, iseenesest ka infoühiskonna direktiivi artikli 2 punktis c ette nähtud kaasneva õigusega, mis antakse fonogrammitootjale.

33 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendus 10.

34 Selle kohta, et sämplimine on harta artikli 13 alusel kaitstav kunstiline väljendusvorm, vt kohtuotsus Pelham I (punkt 35). Sama kehtib analoogia alusel ka filmisalvestiste või saadete taaskasutamise kohta kunstiteose loomise eesmärgil.

35 Kooskõlas erandi ja piiranguga, mida käsitlen käesoleva ettepaneku B jaos.

36 Vt Grisse, K., ja Kaiser, C., „On the significance of (un)recognisability for the reproduction right in European copyright law: Pelham GmbH v Hutter (C-476/17)“, *European Intellectual Property Review*, 2022, 44. kd, nr 2, 2022, lk 78–90, lk 82.

37 Selle üle, mida Euroopa Kohus sellega silmas pidas, käib ulatuslik arutelu (vt muu hulgas eespool viidatud Grisse, K., ja Kaiser, C., 36. joonealune märkus, lk 82). Minu arvates pidas Euroopa Kohus sõnaga „äratuntav“ silmas seda, et sämpel on kuuldelisel võrdlemisel omistatav algsele fonogrammile (vt analoogia alusel käesoleva ettepaneku 28. joonealune märkus). On selge, et sõnaga „kuulamisel“ on silmas peetud seda, et sämpel peab olema tajutav inimesele. Neid, mida suudavad kindlaks teha vaid robotid ja masinad, ei ole silmas peetud. Keeruline küsimus, mis tuleb lahendada, on see, *kelle kõrv* on määrav. Asjatundlik hiphopiprodutsent paneb tähele rohkem sämpleid kui harrastuskuulaja. Selle küsimuse lahendamiseks saaksid kohtud kasutada õiguslikke fiktsioone (nagu seda on kaubamärgiõiguses „keskmine tarbija“). Õigupoolest lõigi eelotsusetaotluse esitanud kohus, kui ta kohaldas Euroopa Kohtu vastust kohtuotsuses Pelham I, selleks fiktsiooni „keskmine muusikakuulaja“. Nimetatud kohus asus seisukohale, et vaidlusalune sämpel, olgugi et seda on pisut muudetud, jääb muusikateoses „Nur mir“ niisuguse kuulaja jaoks „kuulamisel äratuntavaks“.

38 Nimelt ei teki asjasse puutuvat reprodutseerimisõigust vaid juhul, kui kaitstud materjali lõiku on uues loomingus muudetud niivõrd, et see on „äratundmatu“ (vt kohtuotsus Pelham I (punktid 29–31)). Vt analoogia alusel käesoleva ettepaneku 28. joonealune märkus.

39 Tsitaat, mida on omistatud Vene heliloojale I. Stravinskile.

40 Kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Cofemel (C-683/17, EU:C:2019:363, punkt 55).

32. Peale selle, et „inspiratsiooni“ ja „reprodutseerimist“ eraldav piir ei ole praktikas alati selge,[41] ning samal ajal kui plagieerimine, mida esitletakse kui „originaali“, ja inspiratsioonita jäljendused on alati olemas olnud, seisneb niisuguse range vahetegemise probleem selles, et „loomingulise kopeerimise“ praktika on olnud kunstis, eriti aga muusikas[42] kogu ajaloo vältel laialt levinud. Klassikalised heliloojad, nagu Bach, Mozart, Haydn, Charke ja Liszt taaskasutasid alatasa (ja „kuulamisel äratuntavalt“) populaarseid meloodiaid ja palasid, lisades omaenda ideid ja muutes need uueks loominguks, näiteks variatsioonideks.[43] Selline tegevus oli levinud ka moodsas muusikas, mida komponeerisid niisugused heliloojad nagu Bartok, Steiner või Ives.[44] Ka popmuusikas ei ole selliseid juhtumeid olnud vähe. On loendamatuid näiteid alates ansambli The Beatles teosest „All You Need Is Love“, mis algab Rouget de Lisle'i kirjutatud Prantsusmaa hümni „La Marseillaise“ avataktidega, kuni Serge Gainsbourgi lauluni „Aux armes et cætera“, milles on seesama hümn mänguliselt *reggae*'ks muundatud. Kogu džäss kui muusikažanr on ehitatud üles sellele, et muusikud muundavad oma aja populaarsete muusikapalade teemasid standarditeks, mida nad igal õhtul erimoodi taastõlgendavad ja mille põhjal nad improviseerivad, ikka-jälle muud materjali „tsiteerides“. Selles kontekstis on sämplimine – kui jätta kõrvale, et sellega kaasneb *salvestiste* otsene kopeerimine, mitte lihtsalt teiste *teoste* lõikude kasutamine – kõigest selle laiema nähtuse üks avaldumisvorm.[45] Niisugune kuulamisel äratuntav eksisteeriva materjali taaskasutamine markeerib kunstis intertekstuaalsust.[46] Kuna see reaalsus muutub praegusajal üha aktsepteeritumaks, on kunstnikud ise seesuguse kopeerimise üle uhkemad kui varem.[47]

33. Samuti on infotehnoloogia alates 20. sajandi lõpust võimaldanud uusi ja kättesaadavaid vahendeid nii kopeerimiseks kui ka loomiseks. Teise ja kolmanda põlvkonna veebi, eriti aga suhtlusvõrgustike, blogide, niisuguste jagamisplatvormide nagu YouTube (jms) esiletõus hägustas traditsioonilist vahetegemist kultuurilise sisu tootja ja tarbija vahel, internetikasutajad hakkasid aktiivsemalt suhestuma audiovisuaalse sisuga, nagu kolmandate isikute toodetud fonogrammid, filmid ja saated (ning nendes sisalduvad teosed), ja looma nende abil omaenda sisu, nagu

41 Vt käesoleva ettepaneku punkt 66.

42 See ei piirdu siiski sugugi vaid selle valdkonnaga. Kui tuua vaid mõni näide visuaalsetest kunstidest, koosnevad niisugused maalid nagu Manet' „Eine murul“ ja van Goghi „Lambapügaja (Millet' järgi)“ taaskasutatud materjalist, mis on loominguliselt ümber tõlgendatud. Sellekohased (üsna äärmuslikud) näited on ka 20. sajandil alanud nn apropriatsioonikunsti liikumine ja sealhulgas dadaism, popkunst, kontseptuaalne kunst (jms) sellistelt kunstnikelt nagu Bouchet, Warhol või Koons (vt Williams, T., „Appropriation in art“ – Marter, J. (toim), *The Grove Encyclopedia of American Art*, Oxford, 2011).

43 Näiteks Bachi kolm orelikontserti BWV 593, 594 ja 596 on tuletatud Vivaldi kontserdist *op*. 3 nr 8 kahele viiulile *basso continuo* saatel (RV 522), Vivaldi viiulikontserdist *op*. 7 nr 5 *basso continuo* saatel (RV 208) ning tema kontserdist *op*. 3 nr 11 (RV 565). Mozarti kaksteist variatsiooni „Je suis Lindor“ Mi-bemoll-mažooris, K. 354/299a on üles ehitatud Baudroni kuulsale aariale ooperist „Sevilla habemeajaja“.

44 Näiteks kasutas Steiner 1944. aasta filmile „Passage to Marseille“ komponeeritud muusika partituuris mitut takti Prantsusmaa hümnist „La Marseillaise“. Ivesi klaverisonaadis nr. 2 „Concord, Mass“ kordub neljanoodiline avamotiiv Beethoveni sümfooniast nr 5 *op*. 67.

45 Sämplimine on abstraktse hinnangu andmise seisukohast keerukas teema. Sämpleid võib olla väga mitmesuguseid (pikki, lühikesi, eristuvaid, eristumatuid). Need võivad esineda palas korra või korduses. Vahel taasesitatakse neid algupäranditruult, teinekord muudetakse ja kohandatakse. Samuti ei piirdu sämplimine ühe muusikažanriga. Kindlasti on see osalt ajaloolistel põhjustel seotud hiphopiga. Kui see 1970. aastal Bronxis (New Yorki linnas Ameerika Ühendriikides) žanrina esile kerkis, panid diskorid kahel grammofonil kahte samasugust plaati mängides teatavaid lauluosi korduma, et tekitada pidev „biit“, mille taustal nn *MC*-d (*Masters of Ceremonies*) said räppida. Hiljem kammisid hiphopiprodutsendid läbi vanu plaate, et luua sealt lõike kopeerides digitaalsete sämplerite abil sellist biiti (vt Katz, M., *Capturing sound – how technology has changed music*, University of California Press, täiendatud trükk, 2010, lk 124–176).

46 Algul kirjandusteoorias välja kujunenud, kuid teistesse kunstivaldkondadesse laienenud mõiste „intertekstuaalsus“ kajastab ideed, et ükski teos ei saa eksisteerida üksi toimiva tervikuna, sest i) iga teos on läbi imbunud välistest viidetest, tsitaatidest ja mõjudest ning ii) selle teose vastuvõttu sisustavad alati kõik teised teosed, mida vaataja, kuulaja või lugeja selle juurde kaasa toob.

47 Vt samuti Olufunmilayo, A. B., „From J. C. Bach to hip hop: musical borrowing, copyright and cultural context“, *North Carolina Law Review*, 2006, 84. kd, 2006, lk 547–645; eespool viidatud Boyle, J., Ap Siôn, P. ja Redhead, M., „Musical Borrowing and Quotation in the Twentieth and Twenty first Centuries”, *Contemporary Music Review*, 33. kd, nr 2, lk 125–127; ning Myung-Ji Lee, B., *The art of borrowing: quotations and allusions in western music*, 2016.

„remiksid“ [48] ja *mashup*'id. [49] Veeb on andnud nendele kasutajatele ka varem kujuteldamatud vahendid oma loomingu levitamiseks. Selles kontekstis on kolmandate isikute materjal üha enam saamas kommunikatsioonivahendiks väljaspool kunsti valdkonda. Terved põlvkonnad internetikasutajaid väljenduvad „meemide“ [50] ja „GIFide“ [51] kaudu, mis on sageli koostatud mõnedest filmide või saadete kaadritest.

34. Paljud eespool toodud näited on ajast, mil autoriõigust ega sellega kaasnevaid õigusi ei eksisteerinud või ei olnud need niisuguse ulatusega nagu praegu. [52] Teised näited, nagu sämplimine 1980. aastate Ameerika Ühendriikide hiphopis, said välja kujuneda seetõttu, et niisuguse tegevuse uudsus tekitas teatavas mõttes „õigusliku otsustamatuse“ (enne, kui Ameerika Ühendriikide kohtud pärast 1990. aastaid otsustasid, et autoriõigust tuleb kohaldada rangelt). [53] Kolmandad näited, nagu internetis ringlevad „meemid“ või “GIFid“, levivad jõudsalt mingisuguse *de facto* aktsepteerimise varal. Tänapäeval aga, nagu nähtub eelmisest jaost, on kõik need näited põhimõtteliselt hõlmatud infoühiskonna direktiivi artiklis 2 sätestatud ainuõigusega, mis on antud mõningatele õiguste omajatele olenemata sellest, kui väike on taaskasutatava kaitstud materjali kogus (nagu märkisin, võib selleks olla isegi mõni sekund fonogrammi või mõni kaader filmist). Neid peetakse pelgalt algsest materjalist „tuletatud teosteks“ ja sellistena olenevad need täielikult õiguste omajate tahtest anda vastavalt olukorrale luba (või jätta see andmata) tasu eest, mida õiguse omaja peab sobivaks. [54]

35. Samuti, kuna tehnoloogia hõlbustab kaitstud materjali kopeerimist ja levitamist, võimaldab see ka õiguste omajatel sellist kopeerimist avastada ja oma õigusi tõhusalt maksma panna. Internetis kasutatakse korrapäraselt filtreerimisvahendeid, et automaatselt tuvastada kasutajate üles laaditud sisus lõike fonogrammidest, filmidest või saadetest. Õigupoolest kohustabki DSM-direktiivi artikkel 17 suuremaid internetis tegutsevaid jagamisplatvorme sellist tarkvara kasutusele võtma. [55] Seetõttu kardetakse, et need ulatuslikud ainuõigused ja nende maksmapanek avaldavad teatavatele loovuse vormidele internetis ja mujal „pärssivat mõju“. [56]

48 „Remiksimine“ tähendab protsessi, milles korraldatakse olemasoleva sisu osad uutmoodi ümber, ning remiksid on selle protsessi tulemus (Chandler, D., ja Munday, R., *A Dictionary of Social Media*, Oxford, 2016, artikkel „remixing“).

49 Mõiste *mashup* tähendab laias laastus protsessi, mille käigus luuakse mitmest olemasolevast eri allikast sisu kokku pannes midagi uut, ja niisuguse protsessi tulemust (vt eespool viidatud Chandler, D., ja Munday, R., 48. joonealune märkus, artikkel „mashup“).

50 „Meem“ on üks pilt, mis on mõnikord (kuigi mitte alati) võetud tuntud filmist või saatest ja millele on lisatud humoorikas allkiri ning mida väga laialt internetis jagatakse (vt eespool viidatud Chandler, D., ja Munday, R., 48. joonealune märkus, artikkel „meme (internet-meme)“).

51 GIFid koosnevad mõnest kaadrist audiovisuaalsest sisust, mis kirjeldab kedagi või midagi, ning neid kasutatakse tavapäraselt sotsiaalmeedias, et väljendada reaktsiooni sõnumile või kommentaarile (jms) (vt https://www.merriam-webster.com/dictionary/reaction%20GIF).

52 Näiteks ei kehtinud muusikateoste suhtes enne 19. sajandit üldiselt autoriõigust. Sellega kaasnev fonogrammitootjate õigus loodi alles 1960. aastatel ning õigused filmide ja saadete salvestistele 1990. aastatel (vt Hugenholtz, P. B., „Neighbouring rights are obsolete“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2019, 50. kd, nr 8, lk 1006–1011).

53 Vt Ameerika Ühendriikide District Court for the Southern District of New Yorki 17. detsembri 1991. aasta otsus kohtuasjas Grand Upright Music *vs.* Warner Bros Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

54 Lisakoormuse tekitavad autoritele nende teoste suhtes reserveeritud „isiklikud õigused“. Sellega seoses annab Berni konventsiooni 6.bis artikkel autorile esmalt õiguse esineda teose autorina („õigus autorsusele“). Sellega kaasneb harilikult nõue märkida autori nimi, kui teost uues loomingus reprodutseeritakse. Teiseks – ja mis on problemaatilisem – annab 6.bis artikkel autorile õiguse vaidlustada teose moonutamist, lühendamist või muud muutmist või teose väärtust kahandavat muud tegevust, mis „haavab autori au ja väärikust“ („õigus teose terviklikkusele“). Mõne liikmesriigi õiguses, näiteks Prantsusmaa autoriõiguses, on mindud kaugemale ja antud autorile õigus keelata oma teose *igasugune oluline muutmine*, isegi kui see ei oleks nii „haavav“. See on ilmselgelt tohutu takistus olemasolevate teoste loomingulise taaskasutamise ees.

55 Vt selle kohta DSM-direktiivi artikli 17 lõige 4. Selles ette nähtud filtreerimiskohustuste süsteemi täielikku selgitust vt kohtujurist Saugmandsgaard Øe ettepanekus kohtuasjas Poola *vs.* parlament ja nõukogu (C-401/19, EU:C:2021:613, punkt 48–69).

56 Vt muu hulgas Cabay, J., Lambrecht, M., „Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10. kd, nr 5, 2015, lk 359–377; Senftleben, M., „Flexibility Grave: Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, lk 751–769, ja Westkamp, G., „Two Constitutional Cultures, Technological Enforcement and User Creativity: The Impending Collapse of the EU Copyright Regime?“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2022, 53. kd, lk 62–93.

B. (Piiratud) õiguskaitse, mida võimaldavad autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes kehtivad erandid ja piirangud

36. Infoühiskonna direktiivis on siiski ette nähtud teatav mööndus „tuletatud“ väljenduste suhtes. Nimelt sisaldavad artikli 5 lõiked 1–4 loetelu *mittekohustuslikest*[57] „eranditest ja piirangutest“, mis kitsendavad (muu hulgas) sama direktiivi artiklis 2 ette nähtud reprodutseerimisõigusi (nii autoriõigust kui ka sellega kaasnevaid õigusi). Liidu seadusandja on need erandid ja piirangud välja töötanud selleks, et kaitsta kirjandus- ja kunstiomandi süsteemis „tasakaalu“, mida ta pidas õiglaseks, ühelt poolt õiguste omajate ning teiselt poolt kaitstud materjali kasutajate huvide ja õiguste, samuti avaliku huvi vahel.[58] Nendes on ette nähtud mõned täpselt määratletud olukorrad, mille suhtes oli seadusandja seisukohal, et kaitstud materjal peab olema kasutamiseks vaba, sest teatavad kaalutlused kaalusid tema meelest üles õiguste omajate huvid.

37. Toonitan, et see erandite ja piirangute loetelu on mõeldud olema ammendav.[59] Sellest järeldas Euroopa Kohus, et liikmesriigid ei saa näha oma riigisiseses õiguses ette muid võimalusi kaitstud materjali vabaks kasutamiseks. Muu hulgas välistati sellega algul UrhG § 24 lõikes 1 sätestatud „vaba kasutamise“ tingimus, mis võimaldas kaitstud materjali loominguliselt taaskasutada, kui selle tulemuseks on teos, mis jätab algsest teosest erineva üldmulje.[60] Samuti ei saa kohtunikud vastavalt Euroopa Kohtu praktikale (vt kohtuotsused Funke Medien NRW[61] ja Spiegel Online[62]) aktsepteerida muid erandeid nendest õigustest, mis põhinevad sõnavabadusel või kunstivabadusel, mis on tagatud vastavalt harta artiklitega 11 ja 13. Sisuliselt on Euroopa Kohus seisukohal, et niisugused lisaerandid riivaksid infoühiskonna direktiiviga saavutatud ühtlustatust ja koos sellega sisemist „tasakaalu“, mida seadusandja seda välja töötades taotles.

38. Kaitstud materjali loomingulise taaskasutamise suhtes on asjakohased mõningad olemasolevad autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste erandid ja piirangud, nimelt infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d ettenähtu, mis puudutab „tsiteerimist“, ja artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud, mis puudutavad „karikatuuri“, „paroodiat“ ja „pastišši“. Järgmistes punktides keskendun eelotsuse küsimuste sõlmprobleemile, nimelt pastišši puudutavale erandile ja sellele, miks see võimaldab tegelikkuses piiratud tegutsemisruumi (1). Lisan mõned kommentaarid seoses (samamoodi piiratud) ruumiga, mis on reserveeritud „tsitaati“ (2) ja „paroodiat“ (3) puudutavate eranditega, kuna see on kasulik käesoleva ettepaneku C jao seisukohast.

1. Pastišši käsitleva erandi ulatus

39. Nagu eespool märgitud, on infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k ette nähtud erand sama direktiivi artiklis 2 sätestatud reprodutseerimisõigustest (autoriõigusest ja sellega kaasnevatest õigustest), kui teoseid kasutatakse „karikatuuris, paroodias või pastišis“. Selles sättes ei ole peale kasutamiseesmärgi viidatud muudele nende erandite kohaldatavuse tingimustele.

57 Nimelt on liikmesriikidel, kui arvata välja infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 1 sätestatud erand (mis ei puutu käesolevas arutelus asjasse), põhimõtteliselt vabadus võtta oma riigisisesesse õigusesse üle muid erandeid ja piiranguid (vt siiski käesoleva ettepaneku punkt 105).

58 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendused 3 ja 31.

59 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendus 32.

60 Vt kohtuotsus Pelham I (punktid 63–65) ja käesoleva ettepaneku punktid 12–15. Samalaadsed sätted eksisteerisid eri liikmesriikide õigusnormides (vt Hui, A., ja Döhl, F., „Collateral damage: reuse in the arts and the new role of quotation provisions in countries with free use provisions after the ECJ's Pelham, Funke Medien and Spiegel Online judgments“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52. kd, nr 7, lk 852–892.

61 29. juuli 2019. aasta kohtuotsus (C-469/17, EU:C:2019:623, punktid 55–64, edaspidi „kohtuotsus Funke Medien“,).

62 29. juuli 2019. aasta kohtuotsus (C-516/17, EU:C:2019:625, punktid 40–49, edaspidi „kohtuotsus Spiegel Online“,).

Sellele vastavalt oleneb nende ulatus selles sättes loetletud kolme mõiste tähendusest. Paraku ei sisalda see direktiiv sellekohaseid määratlusi. Mõiste „paroodia“ osas täitis Euroopa Kohus selle lünga kohtuotsuses Deckmyn.[63] Ta märkis, et „paroodia põhitunnused on esiteks seostumine olemasoleva teosega, sisaldades samas märgatavaid erinevusi sellest teosest, ja teiseks nalja või pilke väljendamine“. Seevastu, nagu eespool märgitud, ei ole Euroopa Kohus mõistet „pastišš“ varem analüüsinud.

40. Õigupoolest on nii kohtud kui ka õiguskirjanduse autorid selle keeruka mõiste kahekümne aasta jooksul pärast infoühiskonna direktiivi vastuvõtmist üldiselt tähelepanuta jätnud. Artikli 5 lõike 3 punktile k kui *mittekohustuslikule* sättele tekkis samaväärseid vaid mõningate liikmesriikide õiguses ja sealgi eeldati, et „pastišš“ on kõigest väheoluline „paroodia“ sünonüüm (või jäeti see ülevõtmise protsessist üldse välja).[64] Väärib tähelepanu, et pastišši käsitlevat erandit Saksamaa õiguses ei olnud.[65]

41. DSM-direktiivi artikli 17 vastuvõtmine aga andis sellele mõistele uue elu ja tekitas selle vastu uut huvi. Nimelt *kohustab* selle sätte artikli lõike 7 punkt b nüüd liikmesriike mitmesuguseid erandeid, sealhulgas pastišši käsitlevat erandit oma riigisisesesse õigusesse üle võtma (vähemalt seoses kaitstud materjali kasutamisega nende interneti sisujagamisteenuste kasutajate poolt, mida artikkel 17 käsitleb).[66]

42. Liikmesriigid muutsid oma riigisiseseid autoriõiguse norme sellele vastavalt. Muu hulgas reformis Saksamaa seadusandja 2021. aastal UrhG-d.[67] Ta lisas UrhG-sse muu hulgas uue § 51a, mis vastab infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktile k.[68] Selles kontekstis käsitas Saksamaa seadusandja mõistet „pastišš“ *laialt*. Kuigi UrhG-s ei ole sellekohast määratlust sätestatud, on reformi seletuskirjas märgitud, et see mõiste hõlmab potentsiaalselt laia valikut kaitstud materjali taaskasutamise viise, sealhulgas kasutajate loodud infosisu, ja viidatud sõnaselgelt muu hulgas remiksidele, meemidele, GIFidele, *mashup*'idele ja sämplimisele kui näidetele.[69] Selle laia käsituse kiitis põhikohtuasjas heaks Oberlandesgericht Hamburg (liidumaa kõrgeim kohus Hamburgis, Saksamaa). Nimetatud kohus asus seisukohale, et Pelham jt taaskasutasid vaidlusalust muusikateose „Metall auf Metall“ sämplit „pastišis“ UrhG § 51a tähenduses.[70]

43. Siiski ei ole vaidlust selle üle, et kuna infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k ei ole sellega seoses viidatud liikmesriikide õigusele, tuleb mõistet „pastišš“ pidada liidu õiguse autonoomseks mõisteks, mis vajab ühetaolist määratlust, mis sobib selleks, et tagada kõnealuse

63 3. septembri 2014. aasta kohtuotsus Deckmyn ja Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 20, edaspidi „kohtuotsus Deckmyn“,).

64 Vt seoses Prantsusmaaga käesoleva ettepaneku punkt 52. Võrdlevat vaadet liikmesriikide seaduste kohta vt Mezei, P., Jütte, B. J., Sganga, C., ja Pascault, L., „Oops, I sampled again … the meaning of „pastiche“ as an autonomous concept under EU copyright Law“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55. kd, 2024, lk 1225–1256.

65 Seevastu „paroodiad“ ja „karikatuurid“ olid UrhG § 24 lõikes 1 sätestatud „vaba kasutamise“ tingimuse alusel lubatud (vt Stieper, M., „Es ist nicht alles Kunst, was glänzt – Versuch einer Eingrenzung des Pastichebegriffs in § 51a UrhG“, *GRUR*, 2023, lk 1660–1665).

66 Väljaspool neid teenuseid on pastišši käsitlev erand praeguseni mittekohustuslik vastavalt infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktile k (vt siiski käesoleva ettepaneku punkt 105).

67 Sama tegevuse käigus tunnistas Saksamaa seadusandja kehtetuks selle seaduse § 24 lõikes 1 sätestatud „vaba kasutamise“ tingimuse (reageerides kohtuotsusele Pelham I) (vt käesoleva ettepaneku punkt 15).

68 Artikkel 51a ei piirdu ainult DSM-direktiivi artiklis 17 hõlmatud kasutamisviisidega.

69 Vt Deutscher Bundestag Drucksache 19/27426, 19. Wahlperiode 09.03.2021, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes. Samalaadse arusaama pastišši käsitlevast erandist on hiljuti heaks kiitnud Austria, Hispaania ja Ungari seadusandjad (vt võrdlev analüüs, eespool viidatud Mezei, P., Jütte, B. J., Sganga, C., ja Pascault, L., 64. joonealune märkus, op. cit.).

70 Vt käesoleva ettepaneku punkt 16.

erandi (võrdselt) ühetaoline kohaldamine kõikjal Euroopa Liidus.[71] Seetõttu ei ole liikmesriikidel vabadust rakendada oma riigisisestes autoriõiguse normides omaenda nägemust „pastišist“. Nad peavad seda autonoomset määratlust järgima. Eelotsuse küsimuste sõlmpunkt on niisiis selles, kas „Saksamaa nägemus“ mõistest „pastišš“ seda järgib.

44. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika[72] kohaselt tuleb infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses mõiste „pastišš“ autonoomsel määratlemisel lähtuda selle tähendusest igapäevakeeles, võttes arvesse selle sõna kasutamise konteksti ja nende sätete eesmärke, mille osaks see on. Olgugi et kõik Euroopa Kohtus seisukohad esitanud huvitatud isikud on selle meetodiga nõus, on nad jõudnud drastiliselt erinevate tulemusteni.

45. Ühelt poolt märgib CG, nõustumata seisukohaga, millele Saksamaa seadusandja UrhG §-s 51a asus, et see mõiste hõlmab teoseid, mis sihilikult ja varjamatult jäljendavad teravmeelsel, humoristlikul või satiirilisel viisil teise teose või autori (või mitme ühte ja samasse „žanri“ või „koolkonda“ kuuluva teose või autori) stiili. Niisugusena ei võimaldaks pastišši käsitlev erand kaitstud materjali, sealhulgas fonogrammide taaskasutamist uue kunstiteose loomiseks, millel niisugust jäljenduseesmärki ei ole.[73]

46. Teiselt poolt väidavad Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon kooskõlas seisukohaga, millele asus Saksamaa seadusandja UrhG §-s 51a, ja tuginedes sellele, kuidas mõiste „paroodia“ on kohtuotsuses Deckmyn määratletud, et mõiste „pastišš“ hõlmab iga objekti, mis i) „tugineb olemasolevale teosele“ või materjalile (selles mõttes, et see reprodutseerib kaitstud materjali äratuntaval kujul), olles samal ajal ii) „sellest märgatavalt erinev“ (selles mõttes, et jätab vaatajale/kuulajale teistsuguse mulje). Erinevalt „paroodiast“ ei pea „pastišš“ siiski „väljendama huumorit või pilget“. Sellest hoolimata iii) on vaja algse materjali „kunstilist käsitlemist“. See „käsitlemine“ võib aga olla mis tahes kujul: pastiši looja võib olla algset materjali oluliselt muutnud või stiililiselt teisendanud[74] või asetanud selle uude konteksti või andnud sellele uue tähenduse või sõnumi. Rohkem interaktsiooni algse materjaliga ei ole vaja. Muu hulgas ei pea loodud objekt olema algse materjali suhtes kriitiline ega astuma sellega „dialoogi“[75] ega selle stiili jäljendama ega ka kujutama endast selle suhtes lugupidamisavaldust.[76]

47. Seega toimib infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud pastišši puudutav erand nende huvitatud isikute arvates, nagu BGH on oma esimeses küsimuses kirjeldanud, „üldsättena“, mis hõlmab igasugust kaitstud materjali taaskasutamisel põhinevat loomingulist (või vähemalt lihtsalt kommunikatiivset) väljendust, sealhulgas ka remikse, meeme, GIFe,

71 Vt analoogia alusel seoses „paroodiaga“ kohtuotsus Deckmyn (punktid 14 ja 15). Seda tõlgendust ei sea kahtluse alla see, et infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkt k ei ole kohustuslik. Ehkki liikmesriikidel on põhimõtteliselt vabadus asjasse puutuv erand üle võtta, ei ole neil vabadust määrata ühtlustamata kindlaks selle ulatust (sealsamas, punkt 16).

72 Vt muu hulgas kohtuotsus Deckmyn (punkt 19 ja seal viidatud kohtupraktika).

73 Vt sama seisukohta: Pollaud-Dulian, F., „Le pastiche en quête de sens“, *Recueil Dalloz*, 2024, 23. kd, 2024, lk 1138, ja Spina Ali, G., „Is EU copyright law an obstacle to internet memes?“, *European Intellectual property Review*, 2023, 45. kd, nr 12, lk 714–724, eriti lk 721.

74 Nagu on selgitanud Pelham jt, pidas Oberlandesgericht Hamburg (liidumaa kõrgeim üldkohus Hamburgis) piisavaks „käsitlemiseks“ seda, et „Nur mir“ kuulub teise muusikažanri kui „Metall auf Metall“.

75 Niisugune „dialoog“ on seevastu nõutav infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d ette nähtud „tsiteerimist“ käsitleva erandi raames (vt selle kohta käesoleva ettepaneku punkt 88).

76 Vähemalt sain mina seda järeldada Pelhami jt, Saksamaa valitsuse ja komisjoni selgitustest „kunstilise käsitlemise“ kohta, mis olid märkimisväärselt ebamäärased. Sama määratlust sisaldab Hudson, E., „The pastiche exception in copyright law: a case of mashed-up drafting?“, *Intellectual Property Quarterly*, 2017, nr 4, lk 346–368; Kreutzer, T., *The Pastiche in Copyright Law*, Gesellschaft für Freiheitsrechte, 2022, lk 14–22; Euroopa Autoriõiguse Ühing, *Opinion on CG and YN v Pelham GmbH and Others, Case C-590/23 (Pelham II)*, European Copyright Society, 6. november 2024.

mashup'e, sämplimist (ja nii edasi), mis kuulub harta artikli 11 või 13 kohaldamisalasse.[77] Selle erandi avarat kohaldamisala korvaks juhtumhaaval siiski kohtunike kohustus kontrollida juhul, kui rikkumise väite peale on esitatud niisugune kaitseargument, kõiki olulisi asjaolusid (kopeeritud materjali maht, loomingulise sisendi maht, kas tegu on kasutamisega kaubanduslikul või mittekaubanduslikul eesmärgil, asendamise oht jms) arvesse võttes, kas vaidlusaluse kasutamisviisi vabalt lubamine oleks kooskõlas „õiglase tasakaaluga“ asjaosaliste huvide ja õiguste vahel vastavalt infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud kolmeastmelisele kriteeriumile. Nimetatud sätte kohaselt saab pastišši käsitlevat erandit kohaldada üksnes i) „teatavatel erijuhtudel“, mis ii) „ei ole vastuolus teose või muu objekti tavapärase kasutusega“ ning iii) „ei mõjuta põhjendamatult õiguste valdaja õiguspäraseid huve“.

48. Kuigi Pelhami jt, Saksamaa valitsuse ja komisjoni pakutud tõlgendus on mulle sümpaatne (sest see on heade kavatsustega katse pakkuda kaitstud materjali taaskasutamise probleemile A jaos kirjeldatud pragmaatiline lahendus),[78] ja kuigi sõna „pastišš“ tavapärast tähendust üldkeeles (a) ümbritseb mõningane ebamäärasus, viivad kontekst, milles seda mõistet on kasutatud (b), ja infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k eesmärk (c), mu järeldusele (enamikus, kuid mitte kõikides aspektides) CG kasuks (d).

a) Sõna „pastišš“ tavapärane tähendus

49. Kõik Euroopa Kohtus seisukohad esitanud huvitatud isikud on ühel meelel, et sõna „pastišš“ „tavapärast tähendust“ ei ole lihtne ammendavalt kirjeldada. See sõna on mitte ainult „nišisõna“, mistõttu esineb seda üldkeeles harva, vaid seda on ka eri ajastutel, eri keeltes ja eri kunstivaldkondades kasutatud erinevalt (ja mitte alati sidusalt).

50. Samas näib (mitme eri keele) sõnastike ja kunstiekspertide uurimuste põhjal, millega olen selles küsimuses tutvunud (ja mida Euroopa Kohtu tõlkeosakonnad on oma vastavates keeltes kasutanud), et sõna „pastišš“ kasutatakse *valdavalt* niisuguses stiilis kunstiteose kohta, mis jäljendab teise teose, kunstniku või perioodi (või samasse „žanri“ kuuluvate teoste jms) stiili,[79] laenates ja segades selleks kokku eri motiive, troope jm iseloomulikke detaile (kooskõlas selle sõna etümoloogilise pärinemisega itaaliakeelsest sõnast *pasticcio*, mis viitab koostisosade segust valmistatud roale).[80]

51. See üldine kategooria kätkeb endas mitmesuguseid arusaamu. Vahel kirjeldatakse sõnaga „pastišš“ *varjatud* jäljendamist, mille eesmärk on tavaliselt petturlik (muutes selle sõna plagiaadi sünonüümiks). Ajalooliselt kajastab see arusaam näiteks *„pasticcio*-maali“, Itaalias renessansi

[77] Sama seisukohta on väljendanud Euroopa Komisjon, „Copyright Reform: Questions and Answers“, viimati uuendatud 22. veebruaril 2022 (https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/faqs/copyright-reform-questions-and-answers). Küsimus: „Kas autoriõiguse direktiiv takistab kasutajaid väljendumast internetis samamoodi nagu praegu? Kas meemid ja GIFid keelustatakse?“ Vastus: „Ei. Vastupidi, konkreetselt on lubatud üles laadida meeme ja muud sisu (*nagu GIFid vms*), mida kasutajad on loonud tsiteerimise, kritiseerimise, ülevaate, karikeerimise, paroodia ja *pastiši* eesmärgil. […]“ (kohtujuristi kursiiv).

[78] Vt samuti käesoleva ettepaneku C jagu.

[79] Vt seda määratlust üheselt või vähemalt peamise tähendusena inglise keeles: Collins English Dictionary; The Oxford Dictionary of English; The Merriam-Webster English Dictionary; Shorter Oxford English Dictionary; hispaania keeles: Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española; saksa keeles: Duden; Brockhaus; prantsuse keeles: Littré; Dictionnaire de l'Académie Française; Le Petit Robert; Larousse. Kunstiasjatundjate uurimustest vt Hoesterey, I., *Pastiche: cultural memoy in art, film, literature*, Indiana University Press, 2001, lk 1–10; Dyer, R., *Pastiche*, Routledge, 2007, lk 28–40. Õiguskirjandusest vt Döhl, F., „Pastiche zwischen Generalklausel und Auffangtatbestand“, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, nr 4, 2020, lk 380–442.

[80] Vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 1–4.

järellainetuses õitsenud, kuid madalalt hinnatud žanri, milles maalikunstnikud lõid teoseid, mis lähedaselt jäljendasid suurte meistrite omi, kombineerides oskuslikult mitmetest meistriteostest laenatud tehnikat ja motiive, ning hiljem müüdi neid teoseid algupärandite pähe. [81]

52. Teistel aegadel on sõnaga „pastišš“ kirjeldatud hoopis *varjamata* stiililist jäljendamist. Kirjanduses viitab see mõiste selles kategoorias kitsalt ja üksnes autori (või koolkonna) stiili, maneeride või lemmikteemade *humoristlikule või satiirilisele* jäljendamisele, mida seostatakse Prantsusmaal 18. sajandil õitsenud žanriga „kirjanduslik pastišš“, millel olid need tunnused. [82] Ootuspäraselt tõlgendatakse mõistet „pastišš“ niiviisi Prantsuse autoriõiguses (mis sisaldab alates 1950. aastatest erandit, mis on peaaegu identne infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktiga k). Seal peetakse pastišši selle humoristliku või satiirilise aspekti tõttu pelgalt „paroodia“ alamžanriks. [83] CG tugineb Euroopa Kohtu menetluses sellele arusaamale.

53. Teistes kunstivaldkondades kirjeldatakse mõistega „pastišš“ siiski laiemalt *mis tahes* kunstiteost, mida iseloomustab varjamata stilistiline jäljendamine. [84] Kui ma tohin ise „loominguliselt taaskasutada“ mõisteid, mida Euroopa Kohus kasutas oma otsuses Deckmyn, on mõiste „pastišš“ põhitunnused selles käsituses järgmised: i) „seostumine olemasoleva teosega“ (või mitme teosega või žanriga või kunstnikuga või koolkonnaga), võttes üle selle (või nende) iseloomulikku „esteetikakeelt“, mis ei ole pastiši loojale endale omane, ii) sisaldades samas „märgatavaid erinevusi“ jäljendatavast allikmaterjalist. Nimelt, nagu eespool märgitud, ei ole niisuguse pastiši eesmärk olla allikmaterjali asendav pahauskne võltsing, vaid on tegelikult iii) olla jäljendusena äratuntav. [85] Milline täpselt on pastiši eesmärk, ei ole seevastu oluline: see *võib* olla nagu „paroodia“, „nalja või pilke väljendamine“ või muul viisil allikmaterjali suhtes kriitiline. See võib aga olla ka hoopis tribuut või lugupidamisavaldus selle materjali suhtes. Siiski ei pea pastišš olema tingimata „hinnangut väljendav“ ega allikmaterjali muul viisil kommenteeriv. See võib olla loodud ka näiteks seostumiseks teatava kultuurilise kontekstiga. See võib olla ka eesmärk iseeneses (kui pastiši looja näitab oma oskuslikkust, jutustades jäljendamise kaudu uut lugu) jne. [86] See varjamata, viitava jäljendamise vorm on iseloomulik postmodernismile. [87]

54. Filmiuuringutes on Quentin Tarantino teoseid sageli kirjeldatud kui pastišši, kuna nendes on oskuslikult ja varjamata korratud niisuguseid elemente nagu troobid, võttetehnikad, misanstseenid, ülesehitus, süžee, karakterid ja teemad (jms), mis on iseloomulikud ühte või teise žanri kuuluvatele varasematele filmidele. [88] Sama kehtib muusikas tänapäevaste artistide nagu

81 *Ibid.*

82 Näiteks jutustab Proust oma 1919. aasta romaanis „Pastiches et Mélanges“ pisikuritegevusest üheksa autori, sealhulgas Balzaci ja Flauberti stiilis. Huumor peitub „ebakõlas“, mis seisneb selliste jutustuste esitamises nende autorite pühalike sõnade kaudu (vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 1, 4–7 ja 80–94).

83 Vivant, M., ja Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Pariis, Dalloz, 2015, lk 415–416.

84 Vt kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (30. joonealune märkus).

85 Pastišš juhib ise tähelepanu sellele, et ta sisaldab jäljendavat materjali. Äratundmine, et pastišš viitab millelegi, mis on eelnenud, on pastiši identiteedi suhtes kriitiliselt oluline (vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Dyer, R.).

86 Vahel peidab teose loomine teise, eduka teose stiilis endas vähem auväärset kavatsust, nimelt katset meelitada osa sellest edust endale.

87 Vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 8 ja 9; Jacques, S., *The Parody Exception in Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, lk 10, ja eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 440–443.

88 Vt Bell, C., *Premonitions of the past: an analysis of pastiche in the films of Quentin Tarantino*, Digitized Theses, 2011. Näiteks on Tarantino 1997. aasta film „Jackie Brown“ pastišš 1970. aastate naispeaosatäitjatega *blaxploitation*-filmidest, nagu „Foxy Brown“. Vt muid näiteid filmipastišše kohta: eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 47–52; eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Dyer, R., ning Kuhn, A. ja Westwell, G., *A Dictionary of Film Studies*, teine trükk, Oxford University Press, Oxford, 2020, „pastiche“.

Bruno Marsi [89] suhtes, sest neil on kalduvus jäljendada ühte või teise žanri kuuluvaid varasemaid teoseid, komponeerides palasid, milles esinevad neile iseloomulikud produktsioonistiilid, troobid, vokaalitehnikad, ühised motiivid, arranžeeringud ja löökfraasid. Samuti on sõnaga „pastišš“ viidatud niisugustele teostele nagu Ridley Scotti 1982. aasta film „Blade Runner“ või ansambli Queen hittlaul „Bohemian Rhapsody“, milles on oskuslikult jäljendatud ja kombineeritud iseloomulikke stiile. [90] Igal juhul on selles tähenduses mõiste „pastišš“ keskmes stiililine jäljendamine.

55. Tõsi küll, nagu Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon toonitavad, viitavad mõned sõnastikud ja asjatundjad sellele, et mõistet „pastišš“ on samuti kasutatud ja kasutatakse mõningal määral ka praegu niisuguste kunstiteoste kohta, mille loomisel on uuesti kombineeritud teistest teostest võetud elemente *ilma stiililise jäljendamise kavatsuseta*. [91] Selles aspektis on peamine näide *„pasticcio*-ooper“, ooperilaadsete teoste žanr, milles kombineeriti kuulsaid aariaid ja muid muusikapalasid justkui „lapitekiks“ ja mis oli populaarne 18. sajandil. See arusaam muudab termini „pastišš“ sünonüümseks mitmesuguste terminitega, mis seostuvad samalaadse „lapitekiloomega“, nagu *cento* kirjanduses, kollaaž visuaalsetes kunstides, popurriid muusikas või „kollaažfilmid“ (*found-footage films*). [92]

56. Ent kui jätta kõrvale, et teised eksperdid eristavad näiteks muusikas „pastišši“ *pasticcio*'st, [93] näib mulle, et kui eelmises punktis antud selgituse põhjal järeldada, nagu need huvitatud isikud seda teevad, et mõiste „pastišš“ on piiritlemata sisuga ja võib hõlmata igasuguseid olemasoleva materjali loomingulise taaskasutamise juhtumeid (alates meemidest kuni *mashup*'ide ja sämplimiseni), liialdaks see niisuguse alternatiivse arusaama tähtsust „igapäevases keeles“ [94] ja seega ka funktsiooni, mis sellel võis olla infoühiskonna direktiivi ülesehituses. [95]

89 Vt DJ Louie XIV, „Pharrell, Bruno Mars and the age of pastiche pop – are chart-topping retro-style hits honoring the past or simply retreading it?“, *Medium*, 4. mai 2015 (veebis aadressil https://medium.com/cuepoint/pharrell-bruno-mars-and-the-age-of-pastiche-pop-cdeaf98aff54). Näide klassikalisest muusikast oleks Liszti pastišš Bachist „Variationen über das Motiv von Bach, S.180“.

90 Filmis „Blade Runner“ on kombineeritud ühest küljest futuristlikku arhitektuuri, esteetikat, režiid ja teemasid Fritz Langi 1927. aasta avangardulmefilmist „Metropolis“ ning teisest küljest žanri *film noir* troope, paigutades kõik need elemendid postapokalüptilisse Los Angelese linnaruumi (vt eespool 88. joonealuses märkuses viidatud Kuhn, A., ja Westwell, G.). Muusikateoses „Bohemian Rhapsody“ on kombineeritud troope, motiive, ülesehitust ja harmooniaid stiilidest, mis ulatuvad klassikalisest muusikast ooperi ja *heavy metal*'ini.

91 Vt sellist alternatiivset arusaama sisaldav teine tähendus sõnastikes The Collins English Dictionary; The Oxford Dictionary of English; The Merriam-Webster English Dictionary; Shorter Oxford English Dictionary; prantsuse keeles: Littré; Le Petit Robert. Vt samuti eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 10–16; eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Dyer, R., lk 9–21, ja Ortland, E., „Pastiche im europäischen Sprachgebrauch und im Urheberrecht“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, 14. kd, nr 1, 2022, lk 3, 17–19.

92 Mõiste *cento* viitab antiikkreeka luuleteostele, mis koosnevad tuntud poeetidelt, nagu Homeros ja Virgilius, ühekaupa võetud värssidest (vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Hoesterey, I., lk 9, 11 ja 80). Kollaaž on visuaalsetes kunstides Braque'i ja Picasso *papiers collés*' jälgedes ligikaudu 1910. aastal kujunenud protsess, milles kleebiti visuaale (ajalehepaberi, sigaretipakkide paberit jms) kubistlikeks kompositsioonideks (sealsamas lk 11). Mõiste „kollaažfilm“ (*found footage*) tähendab filmi, mis koosneb filmi looja poolt leitud ja kokku pandud olemasolevast eri filmimaterjalist, nagu Michel Hazanaviciuse ja Dominique Mézerette'i filmis „La Classe américaine“ (vt eespool 88. joonealuses märkuses viidatud Kuhn, A., ja Westwell, G., „found footage“).

93 Vt Kennedy, J., Kennedy, M., Rutherford-Johnson, T., *The Oxford Dictionary of Music*, Oxford University Press, Oxford, 2012, kuues trükk, artiklid „Pastiche“ ja „Pasticcio“.

94 Vt sama seisukohta eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 390, 425 ja 426 ning 429–436.

95 Oleks tõesti raske uskuda, et liidu seadusandja pidas infoühiskonna direktiivi sõnastades silmas 18. sajandi *pasticcio*-ooperit (sealsamas, lk 418).

57. Samas olen nõus, et seda mitmetimõistetavust [96] arvesse võttes on kontekstil põhinevad ja teleoloogilised tõlgendused määrava tähtsusega, et jõuda infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis kasutatud õigusmõiste „pastišš“ ühetaolise määratlemiseni. Ent nagu ma järgmistes jagudes selgitan, kinnitavad need minu arvamust selle kohta, milline sõna „pastišš“ igapäevakeeles kasutatav tavapärane „tähendus“ tuleb selles aspektis heaks kiita.

b) Selle mõiste kasutamise kontekst

58. Tuletan meelde, et mõistet „pastišš“ kasutatakse autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis 2 sätestatud erandis, milles on viidatud ka „karikatuurile“ ja „paroodiale“.

59. Ühest küljest toetab rida sellest konkreetsest kontekstist tulenevaid asjaolusid minu arvates vaidlusaluse mõiste määratlemist stiililise jäljendamise tähenduses.

60. Esiteks tähendab mõistete „karikatuur“, „paroodia“ ja „pastišš“ rühmitamine ühte sättesse igal juhul seda, et liidu seadusandja arvates on neil ühiseid tunnuseid. Käesoleva ettepaneku punktides 50–54 antud selgitusi arvesse võttes näib mõistlik eeldada, et seadusandja käsitas „pastišši“ millenagi, mis sarnaneb „paroodiaga“ (ja eeldatavasti „karikatuuriga“), allika *jäljendamisel* põhineva tuletatud väljenduse vormiga.

61. Teiseks on selles kontekstis minu arvates selge, et õigusmõiste „pastišš“ ei saa hõlmata sedalaadi *varjatud* jäljendamist, mida on kirjeldatud käesoleva ettepaneku punktis 52. Plagiaadi jaoks erandi võimaldamine oleks vastuolus liidu kunsti- ja kirjandusomandi korra olemusega. See mõiste saab hõlmata vaid sedalaadi *varjamata* stiililist jäljendamist, mida on käsitletud käesoleva ettepaneku punktides 52–54.

62. Kolmandaks, vastupidi sellele, mida on väitnud CG, ei saa see mõiste piirduda punktis 52 mainitud prantsuspärase, kirjandusliku arusaamaga „pastišist“ kui humoristlikust või satiirilisest jäljendamisest, „paroodia“ sünonüümist. See, et „paroodial“ ja „pastišil“ on ühiseid jooni ning et need on sel põhjusel artikli 5 lõike 3 punktis k kokku rühmitatud, ei tähenda, et need kaks mõistet tuleb õiguse kohaldamisel täielikult samastada. Kui seadusandja otsustab lisada õigusnormi teksti võrdsetel alustel erinevad terminid, peaks Euroopa Kohus olema ettevaatlik nendest ühe õiguslikus mõttes liigseks tunnistamisega (seda enam, kui ta tõlgendab suletud, ammendavat erandite ja piirangute loetelu). [97]

[96] Selgust ei too ka infoühiskonna direktiivi eri keeleversioonide võrdlev analüüs, sest i) enamikus nendest versioonidest on kasutatud kas prantsuskeelset terminit *pastiche* (taani, saksa, inglise, hispaania, prantsuse, itaalia, hollandi, portugali) või peaaegu identset omakeelset terminit (eesti „pastišis“; soome „pastississa“; horvaadi „pastiša“; leedu „pastišui“; malta „pastiċċ“; poola „pastiszu“; rumeenia „pastișelor“; sloveeni „pastiša“; rootsi „pastischsyfte“) ja ii) vähesed eristuvad keeleversioonid sisaldavad vastuolulisi märke, kuna mõnes neist on kasutatud sõnu, mida saab tõlkida kui „jäljendamist“ (bulgaaria „имитация“; kreeka „μίμηση“; ungari „utánzat“) või lausa „stiililist jäljendamist“ (läti „stilizācijās“), samas kui teistes on kasutatud sõnu, mis seostuvad pigem varasematest teostest võetud osade kollaažiga (tšehhi ja slovaki „koláže“).

[97] Tõsi küll, artikli 5 lõike 3 punkt k on pärit Prantsuse delegatsiooni poolt Euroopa Liidu Nõukogus tehtud ettepanekust, mis oli ilmselt inspireeritud Prantsuse õigusest (vt Euroopa Komisjon, „Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251(2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society“, (SEC/2000/1734 (lõplik), punkt 3.2.4)). Sellegipoolest ei saa liidu õiguse sätte päritolu iseenesest dikteerida selle tõlgendamist. Liidu õigusakti integreerituna muutus mõiste „pastišš“ autonoomseks ning Euroopa Kohus ei peaks tuletama selle määratlust ühe riigi tavadest.

63. Nendest kaalutlustest tulenevalt hõlmab mõiste „pastišš“ infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses minu arvates suurt hulka kunstiteoseid, mida iseloomustab varjamata stiililine jäljendamine ja milles ilmnevad käesoleva ettepaneku punktis 53 kirjeldatud sisulised tunnused.[98] Siinkohal tuleb lisada veel üks kontekstiga seotud asjaolu. Selle sätte sõnastus ei viita nõudele, et kasutaja loodud „pastišš“ peab olema autoriõiguse tähenduses algupärane teos. Seega, ehkki „pastišis“ peab olema „märgatavaid erinevusi“ allikmaterjalist, nagu eespool märgitud, ei pea see ületama „algupärasuse“ künnist.[99]

64. Peamine kontekstiga seotud vastuargument, millega Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon on kritiseerinud „pastiši“ niisugust tõlgendamist stiililise jäljendamisena, seisneb selles, et nende arvates jääks vastav erand seetõttu ilma kogu kasulikust mõjust – see aga oleks vastuolus erandite tõlgendamise nõudega, mille on ette näinud Euroopa Kohus.[100] Nimelt ei tingiks selline jäljendav kunstiteos üldse infoühiskonna direktiivi artiklis 2 sätestatud reprodutseerimisõiguste kohaldumist. „Stiil“ kui selline ei ole autoriõigusega kaitstud. See kuulub ideede, mitte väljenduste valdkonda.[101] Samamoodi ei ole kaitstud ka niisugused elemendid nagu üldised motiivid, ülesehitus või tehnika (jms), mis on iseloomulikud kunstikoolkonnale või -žanrile, kuigi need võivad olla teoses kandvad.[102]

65. See vastuväide ei veena mind. On ilmne, et infoühiskonna direktiivi artiklis 2 sätestatud reprodutseerimisõigustest (nii autoriõigusest kui ka sellega kaasnevatest õigustest) tehtud erandina on sama direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud pastišši käsitlev erand mõeldud niisuguste olukordade jaoks, kus (vähemalt) üks nendest õigustest rakendub. Sellisena tuleb seda tõlgendada nii, et kaitstud materjali, nagu teoste „algupärased“ osad või fonogrammide sämplid, on vähemalt mingis ulatuses lubatud „kasutada“, sest muidu muutuks see tõepoolest mõttetuks.

66. Selles osas, mis puudutab jäljendavaid kunstiteoseid, on piir kaitsmata elementide laenamise ja kaitstud materjali reprodutseerimise vahel siiski habras. Reas hiljutistes kohtuasjades on autorid väitnud, et nende „ainulaadne“ stiil kvalifitseerub „algupäraseks“ väljenduseks.[103] Ühes teises kohtuasjade reas, mis leidis iseäranis palju kommenteerimist, väitsid õiguste omajad, et nende teostes esinevate stiililiste tunnuste taaskasutamisega on rikutud autoriõigust.[104] Veelgi enam on

98 Ilmselt võivad mõisted „paroodia“ ja „pastišš“ teineteisega mingil määral kattuda. Nagu eespool märgitud, võib mõnedel pastiššidel, mis on niisugustena määratletud, olla humoristlik või kriitiline eesmärk.

99 Vt muu hulgas kohtuotsus Deckmyn (punkt 21). Praktikas aga *on* pastišš harilikult „algupärane“, sest see künnis on madalal. Soovin samuti toonitada, et nagu autoriõiguse puhul tavaline (vt käesoleva ettepaneku 19. joonealune märkus), ei puutu pastiši kunstiline väärtus (see, kas tegu on hea või halva teosega) vastava erandi kohaldamisel lihtsalt asjasse.

100 Vt muu hulgas kohtuotsus Deckmyn (punkt 23 ja seal viidatud kohtupraktika).

101 Nii on kaitstud ainult selle „stiili“ konkreetne väljendus teoses.

102 Vt seoses idee/väljenduse dihhotoomia ning tavaliste ja „algupäraste“ elementide eristamisega käesoleva ettepaneku punkt 26.

103 Vt praegu High Courti (kõrge kohus, Ühendkuningriik) menetluses olevad kohtuasjad Andersen *vs*. Stability AI ning Getty Images *vs*. Stability AI.

104 Muu hulgas pöördus Marvin Gaye 1973. aasta laulu „Let's Get It on“ kaasautori õigusjärglane 2018. aastal kohtusse Ed Sheerani vastu põhjendusel, et too on oma laulus „Thinking Out Loud“ „varastanud“ esimesena nimetatud laulu akordijärjestuse ja harmoonilise rütmi. Kummaski asjas ei nõustunud kohus lõpuks väidetega rikkumise kohta, põhjendades seda nii, et laenatud elemendid olid liiga tavalised, et anda alust autoriõiguse kaitseks (vt Ameerika Ühendriikide Court of Appeals For the Second Circuiti 1. novembri 2024. aasta otsus kohtuasjas Structured Asset Sales, LLC *vs*. Sheeran, No. 23-905 (2d Cir. 2024)). Sellegipoolest tekitavad niisugused kohtuasjad õiguslikku ebakindlust muusikutes, kes soovivad iseloomulikke stiile jäljendada. Euroopa Liidus tugevdaks pastišši käsitlev erand, nagu see on eespool määratletud, selles suhtes loojate õiguslikku positsiooni.

see nii juhul, kui kunstiteos jäljendab lähedaselt üheainsa teose stiili. Laenatud elemente, olgugi et need on „stiililised“, saab ikkagi pidada algupärasteks, eriti kui need on omavahel kombineeritud. [105]

67. Õigupoolest annaks pastišši käsitlev erand minu pakutava määratluse kohaselt loovisikutele teatava tegutsemisruumi taaskasutada oma loomingus kaitstud elemente teostest või objektidest („äratuntaval“ kujul), niikaua kui need elemendid toimivad millegi muu varjamata jäljendusena. [106] Näiteks saab kasutaja vabalt taaskasutada fonogrammidest võetud sämpleid [107] selleks, et luua „pastišš“ žanrist, millesse algsed teosed kuuluvad. [108] Niisugune kaitstud materjali taaskasutamine iseenesest lihtsalt ei moodusta „pastišši“. Sellest tulenev jäljendav kunstiteos aga moodustab. Üldiselt kaitseb niisugune tõlgendus pastišši käsitleva erandi soovitavat toimet.

68. Teisest küljest räägivad muud kontekstiga seotud asjaolud minu arvates selgelt vastu infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses mõiste „pastišš“ määratlemisele nii, et see tähendab iga kunstiteost, mis on loodud kaitstud materjalist, ilma stiililise jäljendamise kavatsuseta, nagu on välja pakkunud Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon.

69. Esiteks, nagu märgib CG, ei viita kõnealuse sätte sõnastus ega ülesehitus sellele, nagu oleks pastišši käsitlev erand üldse kunagi mõeldud „üldsätteks“, mis hõlmab kaitstud materjali loomingulist (või koguni kommunikatiivset) taaskasutamist. Loetledes selles võrdsetel alustel kolm eri mõistet („karikatuur“, „paroodia“ ja „pastišš“), soovis seadusandja lubada kolme selgelt näidatud kasutamiskategooriat. [109] „Pastiši“ muutmine niisuguseks „sätteks“ muudaks ülejäänud kaks mõistet liigseks, sest „karikatuuri“ ja „paroodiat“ käsitataks pelgalt kui loomingulise taaskasutamise juhtumeid, mis liigituvad esimesena nimetatu alla. [110]

70. Teiseks, ehkki käesoleva ettepaneku punktis 64 viidatud Euroopa Kohtu praktikast nähtuvalt ei pea infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõigetes 1–4 loetletud erandeid ja piiranguid tingimata tõlgendama kitsalt, vaid selle asemel tuleb säilitada nende soovitav toime, näib mulle, et Pelham jt, Saksamaa valitsuse ja komisjoni pakutud tõlgendus pastišši käsitleva erandi kohta on *kitsast* tõlgendamisest nii kaugel kui üldse võimalik. See ei taga üksnes selle erandi soovitavat toimet, vaid maksimeerib selle, andes sellele *võimalikult laia* ulatuse.

71. Kolmandaks, nagu olen märkinud käesoleva ettepaneku punktides 36 ja 37, on infoühiskonna direktiivi artiklis 5 ette nähtud erandite ja piirangute süsteemis selle praegusel kujul ammendavalt loetletud need juhud, mil kaitstud materjali kasutamine on vabalt lubatud. Kuigi mõned nendest

[105] Vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 427–429. Näiteks süüdistasid Marvin Gaye pärandvara fond ja selle muusikaprodutsent 2013. aastal Pharrell Williamsit ja Robin Thicke'i selles, et nad on oma laulus „Blurred lines“ „varastanud“ „signatuurfraase, löökfraase, bassimeloodiaid [ja] n-ö muusika verbaliseerimist (*word painting*)“ Gaye laulust „Got to give it up“. Asja arutanud Ameerika Ühendriikide kohtud otsustasid, et lauluga „Blurred lines“ on rikutud lauluga „Got to give it up“ seotud õigusi, sest laenatud stiililiste elementide kombinatsioon oli „algupärane“ (vt Ameerika Ühendriikide Court of Appeals for the Ninth Circuiti 21. märtsi 2018. aasta otsus kohtuasjas Williams *vs.* Gaye, 895 F.3d 1106 (9th Cir. 2018)). Euroopa Liidus ei oleks pastišši käsitleva erandi kehtides sellisele tulemusele jõutud, sest laulu „Blurred lines“ oleks saanud käsitada kui pastišši laulust „Got to give it up“.

[106] Olenevalt infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 ette nähtud kolmeastmelisest kriteeriumist. Selles osas võib see test olla otsustav eelkõige siis, kui hinnatakse selliste teatavate jäljendavate kunstiteoste lubatavust, mis on loodud tehisintellektiga kaitstud teoste ja muu materjali skaneerimise teel.

[107] Vt analoogia alusel seoses infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d sätestatud „tsiteerimist“ käsitleva erandiga kohtuotsus Pelham I (punkt 68).

[108] Kui viidata analoogiale, siis Rochbergi „Nach Bach“ jäljendab barokkstiili mitte üksnes teatavate iseloomulike vormide ülevõtmise kaudu, vaid ka otseselt reprodutseerides mõningaid „algupäraseid“ osi Bachi teostest (vt eespool 47. joonealuses märkuses viidatud Myung-Ji Lee, B., lk 56).

[109] Vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 424–425.

[110] See muudaks liigseks ka infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d sätestatud „tsiteerimist“ käsitleva erandi, sest mis tahes sisu, milles on taaskasutatud kolmandate isikute materjali, sealhulgas „tsitaati“, saaks lugeda pastišiks.

juhtudest on suhteliselt laia ulatusega (nagu „tsiteerimine“ või „isiklikuks otstarbeks kopeerimine“), ei ole ka need kunagi täiesti piiritlemata. Seevastu Pelhami jt, Saksamaa valitsuse ja komisjoni pakutud käsituses hõlmaks selle direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud pastišši käsitlev erand niisugust kaitstud materjali loomingulist taaskasutamist, mis on halvasti määratletud ja potentsiaalselt *piiramata* [111] ning mis oleneks vaid juhtumhaaval tasakaalustamisest artikli 5 lõikes 5 sätestatud (samamoodi piiritlemata) kolmeastmelise kriteeriumi põhjal, võttes arvesse eri tegureid (kasutamise ulatus ja eesmärk, asendamise oht jms). Tegelikkuses, nagu märgib CG, muudaks see kõnealuse erandi üldiseks „õigustatud kasutamise“ tingimuseks, nagu seda leidub teistes õiguskordades, sealhulgas Ameerika Ühendriikides, [112] ja mille paindlik juhtumikeskne loogika on vastuolus liidu süsteemi suletusega. [113] Samuti oleks sellel niisugune omapärane tagajärg, et (taas)legitimeeruks UrhG § 24 lõikes 1 sätestatud „vaba kasutamise“ tingimus, mille Euroopa Kohus tunnistas oma otsuses Pelham I sellesama süsteemiga kokkusobimatuks.

c) Infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k eesmärk

72. On selge, et pastišši käsitlev erand, mis on sätestatud infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k, põhineb teoste vm kaitstud materjali kasutajate sõna- ja kunstivabadusel. [114] Seda loogikat arvesse võttes on samuti selge, et see erand annab nendele kasutajatele „õigusi“. [115]

73. Samas on seadusandja selle erandiga minu arvates soovinud sellele vabadusele konkreetsemalt kaasa aidata, lubades *teatavaid* „tuletatud“ väljendusi, mis on kaitstud harta artikliga 11 ja/või artikliga 13, nimelt pastišše. Pastišid, nagu need on määratletud käesoleva ettepaneku punktis 53, on harta artikli 13 kohaldamisalasse kuuluvad kunstiteosed. Neid võidakse kasutada ka harta artikli 11 kohaselt kaitstud arvamuste väljendamiseks. [116]

74. Seevastu oleks ekslik sellel põhiõigusel põhinemisest järeldada, et pastišši käsitlev erand oli mõeldud hõlmama potentsiaalselt *kõiki* neid „tuletatud“ väljendusi (mis olenevad infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud kolmeastmelisest kriteeriumist).

111 Teisest küljest on mõned Saksamaa kohtud ja õiguskirjandusautorid, küll nõustudes mõiste „pastišš“ määratlusega, mille on välja pakkunud Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon, piiranud selle ulatust, tõlgendades „kunstilise käsitlemise“ nõuet kui niisugust, mille kohaselt peab „pastišš“ pakkuma „antiteesi“, s.o olema allikmaterjali suhtes kriitiline (vt nt Landgericht Berlini (Berliini esimese astme kohus, Saksamaa) 2. novembri 2021. aasta otsus kohtuasjas The Unknowable, ECLI:DE/LGBE:2021:1102:15O551.19.00) või vähemalt „astuma dialoogi“ selle materjaliga (vt eespool 65. joonealuses märkuses viidatud Stieper, M., lk 1662). Seda alternatiivset „kunstilise käsitlemise“ tõlgendust toetab ka CG – näib, et teise võimalusena. Selle arusaama kohaselt hõlmaks pastišši käsitlev erand kitsamat loominguliste taaskasutamisviiside valikut, millest jääks välja palju kasutajate loodud infosisu ja enamik sämplimise juhtumeid, kui niisugune dialoog või antiteesi kaudu käsitlemine ei ole tuvastatav. Ma siiski ei näe niisuguse tõlgenduse kasulikkust. Nõue, et kasutamine peab pakkuma „antiteesi“, tingib „paroodia“ ja „pastiši“ ühtesulamise (vt käesoleva ettepaneku punkt 93). „Dialoogi“ nõudmine omakorda tingib „pastiši“ ja „tsitaadi“ ühtesulamise (vt käesoleva ettepaneku punkt 88).

112 Ameerika Ühendriikide autoriõiguse seaduse (Copyright act) §-s 107 sätestatud „õigustatud kasutamise“ (*fair use*) tingimus kui erand autoriõigusest lubab kaitstud materjali vaba kasutamist, kui seda peetakse „õigustatuks“ niisugustel asjaoludel nagu „kasutamise eesmärk ja laad, sealhulgas kas tegu on kasutamisega kaubanduslikul eesmärgil või mittekaubanduslikul hariduslikul eesmärgil“, „autoriõigusega kaitstud teose olemus“, „kasutatava osa suurus ja olulisus autoriõigusega kaitstud teose kui terviku suhtes“ ning „kasutamise mõju autoriõigusega kaitstud teose potentsiaalsele turule või väärtusele“.

113 Väärib märkimist, et praegu infoühiskonna direktiivi artikliga 5 ette nähtud süsteemis ei ole lõikes 5 sätestatud kolmeastmeline kriteerium mõeldud ainsaks parameetriks erandi võimaldamisel. Tegelikult on selle kriteeriumi funktsioon *veelgi piirata* sama direktiivi artikli 5 lõigetes 1–4 loetletud (niigi kitsaste ja väheste) erandite ja piirangute kohaldamisala. Isegi kui niisugune kasutamine vastab nendest eranditest ja piirangutest ühe nõuetele, võib see kasutamine olla lubatud vaid juhul, kui peale nende nõuete on täidetud ka see kolmeastmeline kriteerium.

114 Vt DSM-direktiivi põhjendus 70. Vt analoogia alusel seoses paroodiat käsitleva erandiga ka kohtuotsus Deckmyn (punktid 25 ja 26).

115 Vt kohtuotsused Funke Medien (punkt 70) ja Spiegel Online (punkt 54).

116 Vt analoogia alusel kohtuotsus Deckmyn (punkt 25).

75. See, et pastišši käsitleva erandi eesmärk ei ole kunagi olnud hõlmata mis tahes „tuletatud“ väljendusi, mis kuuluvad harta artikli 11 ja/või artikli 13 kohaldamisalasse, nähtub ka DSM-direktiivi vastuvõtmisele eelnenud liidu kirjandus- ja kunstiomandit käsitleva *acquis*' ülevaatamise protsessist ja selle direktiivi ettevalmistavatest materjalidest.[117] Selles kontekstis tehti ettepanek lisada sellesse *acquis*'sse erand seoses kaitstud materjali loomingulise või kommunikatiivse taaskasutamisega (eriti kasutajate loodud infosisus)[118] ning seda kaalusid mõnda aega ka komisjon[119] ja Euroopa Parlamendi liikmed.[120] Ilmselt ei arvanud tollal keegi, et infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k sätestatud pastišši käsitlev erand juba täidab seda ülesannet. Viimaks loobusid mõlemad institutsioonid sellest ideest[121] ja liidu seadusandja piirdus lõpuks pastišši käsitleva erandi kordamisega DSM-direktiivi artikli 17 lõike 7 punktis b.[122]

76. Teleoloogiline argument, millega Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon on põhjendanud omapoolset mõiste „pastišš“ tõlgendust, on siiski mõnevõrra teistsugune. Sisuliselt väidavad nad, et Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt tuleb infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tõlgendades „täielikult järgida“ harta artiklitega 11 ja 13 tagatud põhiõigusi.[123] Selles aspektis väidavad need huvitatud isikud, et kui paljud loomingulised (või ka lihtsalt kommunikatiivsed) tavad, mis põhinevad kaitstud materjali taaskasutamisel, sealhulgas remiksid, meemid, GIFid, *mashup*'id, sämplimine (jms), ei leiaks pastišši käsitlevas erandis toetust, oleksid ohus väljendusvormid, mis on praeguses digitaalses keskkonnas üldlevinud ja ühtaegu ühiskondlikult soovitavad. Niisugune tõlgendus asetaks infoühiskonna direktiivi vastuollu kõnealuste põhiõigustega.

77. Nagu edaspidi üksikasjalikult selgitan, kaldun nende kaalutlustega teatavas osas nõustuma. Õigupoolest olen nõus, et liidu kirjanduse ja kunsti süsteem selle praegusel kujul ei võimalda teatavatele kaitstud materjali loomingulise taaskasutamise viisidele piisavalt tegutsemisruumi, et olla täielikus kooskõlas muu hulgas kunstivabadusega. Sellegipoolest ei ole nende huvitatud isikute pakutud põhiõiguste kohane tõlgendus mõiste „pastišš“ kohta sobiv viis selle probleemi lahendamiseks.

117 Seoses ainsa elemendiga, mis tuleneb infoühiskonna direktiivi ettevalmistavatest materjalidest, vt käesoleva ettepaneku 97. joonealune märkus.

118 Vt nt Gowers, A., *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, § 4.86–4.89, Soovitus 11: „Propose that Directive 2001/29/EC be amended to allow for an exception for creative, transformative or derivative works, within the parameters of the Berne Three Step Test.“

119 Vt muu hulgas Euroopa Komisjon, „Roheline raamat – Autoriõigus teadmistepõhises majanduses“, 16. juuli 2008, KOM(2008) 466, lk 19 ja 20.

120 Euroopa Parlament, õiguskomisjon, „Raporti projekt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta direktiivi 2001/29/EÜ (autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas) rakendamise kohta“ (2014/2256(INI)), punkt 13.

121 Vt muu hulgas Euroopa Komisjon, „Komisjoni 19. oktoobri 2009. aasta teatis – Autoriõigus teadmistepõhises majanduses“, (KOM(2009) 532 (lõplik)), lk 9, ja Euroopa Parlamendi 9. juuli 2015. aasta resolutsioon Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta direktiivi 2001/29/EÜ (autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas) rakendamise kohta (2017/C 265/14), punkt 42.

122 Samas kui liidu seadusandja kehtestas muidu uusi erandeid seoses muude internetis kasutamise viisidega (vt DSM-direktiivi artiklid 3–6). Seega, kuigi seadusandja asus selles direktiivis, pidades seda „eriti oluli[seks], et tagada [hartas] sätestatud põhiõiguste […] ja omandiõiguse, sealhulgas intellektuaalomandiõiguse […] omavaheline tasakaal“, seisukohale, et *mõningane* kaitstud materjali taaskasutamine kasutajate loodud infosisus on lubatud, eriti „pastišis“, ei saa sellest järeldada, nagu tuleks *kogu* kasutajate loodud infosisu käsitada pastišina.

123 Vt kohtuotsused Funke Medien (punktid 65–76) ja Spiegel Online (punktid 50–59).

78. Nimelt eeldab hartakohane liidu teisese õiguse teksti tõlgendus seda, et tekst enda sõnastuse, ökonoomika ja eesmärgi poolest niisugust tõlgendamist võimaldab.[124] Käesoleval juhul, nagu olen juba selgitanud, *ei võimalda* selle direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k kasutatud mõiste „pastišš“ kontekstiliselt ega teleoloogiliselt tõlgendust, mille need huvitatud isikud on välja pakkunud. Selle seisukoha heakskiitmine venitaks seda sätet *moonutamiseni* välja.

79. Nagu käesoleva ettepaneku punktis 37 selgitatud, asus Euroopa Kohus seisukohale, et kuna infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõigetes 1–4 sätestatud erandite ja piirangute loetelu on ammendav, ei saa kohtunikud lubada hartaga tagatud põhiõiguste alusel muid erandeid autoriõigusest ega sellega kaasnevatest õigustest. Samamoodi arvan, et Euroopa Kohus ei saa ka olemasolevat erandit *moonutada*, võttes arvesse sõnavabadust, et lubada kasutamisviise, milleks see ei ole kunagi mõeldud olnud.[125] See oleks minu arvates samaväärne *contra legem* tõlgendamisega. See ohustaks seadusandja loodud „õiglast tasakaalu“ õiguste omajate ja kasutajate vahel ning esimesena nimetatute „kõrgetasemelist kaitset“, mida seadusandja soovis.[126]

80. Sellises olukorras, kus kooskõlaline tõlgendamine ei ole võimalik, tuleb arutada ka selle üle, kas infoühiskonna direktiiv on nende põhiõigustega kooskõlas. Nagu eespool märgitud, analüüsin seda C jaos.

d) Vahekokkuvõte

81. Nendest kaalutlustest nähtub, et „pastišš“ infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses on kunstiline looming, mis i) seostub olemasoleva teosega, võttes üle selle iseloomulikku „esteetikakeelt“, ii) sisaldades samas märgatavaid erinevusi jäljendatavast allikmaterjalist iii) eesmärgiga olla jäljendusena äratuntav. Selle varjamata stiililise jäljendamise eesmärk ei puutu asjasse. Teostest vm materjalist võetud kaitstud elementide, sealhulgas fonogrammidest võetud sämplite kasutamine kuulub vastava erandi kohaldamisalasse, kui selle tulemusel tekkinud kunstilisel loomingul on need olulised tunnused.

82. BGH teine küsimus puudutab konkreetselt seda, kas niisuguse „pastiši“ olemasolu eeldab kasutaja subjektiivse kavatsuse kindlakstegemist või piisab sellest, kui pastišlik laad on äratuntav isikule, kes tunneb taaskasutatavat materjali ja kellel on selle tajumiseks vajalik intellektuaalne võimekus. Siin on minu arvates vaja lühidat vastust. Ühest küljest tuleneb eespool sõnastatud määratlusest, et pastišši iseloomustab muu hulgas see, et see on *mõeldud* olema jäljendusena äratuntav (erinevalt plagiaadist). Niisiis on see, kas kasutajal oli selline kavatsus, tõepoolest määrav. Teisest küljest näib mulle, et vajaliku õiguskindluse tagamiseks (ja iseäranis, et hoida ära olukordi, kus pahausksed kasutajad esitlevad rikkumismenetluse korral tagantjärele plagiaati „pastišina“) tuleb seda kavatsust hinnata objektiivselt. Sellele vastavalt peaks kasutamise pastišlik laad olema lõpptulemuses ilmne. See peab seal (kuidagi) signaliseeruma või vähemalt olema niisugusena äratuntav vaatajale/kuulajale, kes on allikmaterjaliga tuttav.

[124] Vt selle kohta kohtuotsused Funke Medien (punkt 76) ja Spiegel Online (punkt 59).

[125] Vt eespool 73. joonealuses märkuses viidatud Pollaud-Dulian, F. Seda enam, nagu toonitab Saksamaa valitsus, ei saa asjaolu, et infoühiskonna direktiivi põhjenduses 31 on märgitud, et selle õigusakti artiklis 5 sätestatud erandid ja piirangud, sealhulgas uued kasutusviisid, „tuleb uut elektroonilist keskkonda arvesse võttes läbi vaadata“, õigustada pastišši käsitleva erandi moonutamist üldsätteks loomingulise taaskasutamise viiside, sealhulgas kasutajate loodud infosisu kohta (vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 417–418).

[126] Vt infoühiskonna direktiivi põhjendused 4 ja 9.

83. Seega võimaldab pastišši käsitlev erand, mis on sätestatud infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis k, kaitstud materjali loomingulisel taaskasutamisel piiratud tegutsemisruumi. Niisugusest materjalist võetud sämplid ega muud „laenud“, mille eesmärk ei ole niisugune varjamata kunstiline stiililine jäljendamine, selle erandi kohaldamisalasse ei kuulu. Näiteks ei saa seda erandit kohaldada fonogrammist, nagu muusikateose „Metall auf Metall“ fonogramm, võetud sämpli taaskasutamisele täiesti teistsuguses stiilis uue muusikateose, nagu „Nur mir“, loomiseks. [127] Ülejäänud erandid ja piirangud võimaldavad samuti piiratud tegutsemisruumi, nagu järgnevates jagudes selgitan.

2. „Tsiteerimist“ käsitlev erand

84. Infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkt d sisaldab mittekohustuslikku erandit muu hulgas selle direktiivi artiklis 2 ette nähtud reprodutseerimisõigustest niisuguseks kasutamiseks, mida võib iseloomustada kui „tsiteerimist“ ja mis vastab teatavatele tingimustele. Peale selle on see erand DSM-direktiivi artikli 17 lõike 7 punkti a kohaselt kohustuslik selle sätte kohaldamisalasse kuuluva veebis kasutamise osas. [128]

85. Kohtuotsusest Pelham I nähtub, et see erand ei piirdu kirjandusteosest võetud lõigu paradigmaatilise reprodutseerimisega teises tekstis, vaid võib hõlmata teist liiki (muusika-, kinematograafia- jms) teoste või materjali (fonogrammid, filmisalvestised jms) kasutamist teist liiki sisus. Muu hulgas võib fonogrammi sämpli kasutamine ja uude muusikalisse sisusse lõimimine kvalifitseeruda „tsiteerimiseks“. [129]

86. Samuti on „tsiteerimine“ lubatud mitte üksnes infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d loetletud eesmärkidel (nimelt „kriitika või ülevaade“), kuna see loetelu on kõigest näitlik („[…] sellistel eesmärkidel nagu […]“). Nagu Euroopa Kohus oma otsuses Pelham I (kaudselt) möönis, võib niisugusel „tsiteerimisel“ vabalt olla ka teistsugune, *kunstiline* eesmärk. [130]

87. Mõistagi tähendab see, et tsiteerimist käsitlev erand puutub asjasse, kui tegu on kaitstud materjali taaskasutamisega kunstis. Ka selles sättes ette nähtud sõnaselged nõuded ei ole selles suhtes ülemäära piiravad. Esiteks tuleb märkida „allikas, sh autori nimi“, „kui see ei ole võimatu“. Seoses näiteks muusikateose tsiteerimisega teises muusikalises sisus, võib olla keeruline teha seda selles sisus eneses. [131] Niisuguse teabe avaldamine saatematerjalis (infolehel, kirjelduses vms) vastab aga autorsuse tunnustamise „vaimule“, mis on sellele nõudele olemuslikult omane. [132] Teiseks peab tsitaadi kasutamine lihtsalt olema „kooskõlas mõistlike tavadega“ ja „konkreetse eesmärgi jaoks vajalik[u] ulatuse[ga]“, s.o proportsionaalne. Seega võib kaitstud teose või materjali tsiteerimine pikkade lõikudena või isegi *tervikuna* olla olenevalt asjaoludest vabalt lubatud. [133]

127 Vt kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (30. joonealune märkus).

128 Vt seoses teostega ka Berni konventsiooni 10. artikli lõige 1.

129 Vt kohtuotsus Pelham I (punktid 68 ja 72).

130 Vt selle kohta kohtuotsus Pelham I (punkt 72).

131 Vaevalt saaks kujutleda näiteks džässmuusikut keset refrääni peatumas ja publikule selgitamas, et ta tsiteeris äsja Gerschwini pala „Summertime“.

132 Vt kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (punkt 68). See on ka kooskõlas autoritele antud isikliku õigusega autorsusele (vt käesoleva ettepaneku 54. joonealune märkus).

133 Vt selle kohta kohtuotsus Pelham I (punkt 71). See oleneb infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud kolmeastmelisest kriteeriumist. Mida ulatuslikum on tsitaat, seda suurem on oht, et tsiteeritud sisu konkureerib tsiteeritud allika tavapärase kasutamisega (vt kohtuotsus Spiegel Online (punkt 79)).

88. Sellegipoolest ei hõlma tsiteerimist käsitlev erand infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d kaitstud materjali kunstilist taaskasutamist mis tahes kujul. Vastavalt mõiste „tsiteerimine“ määratlusele, mida kasutas Euroopa Kohus oma otsuses Pelham I, peab kolmanda isiku materjal, näiteks fonogrammi sämpel, olema selleks, et kvalifitseeruda „tsitaadiks“, reprodutseeritud i) eesmärgiga „astuda […] dialoogi“ sel viisil tsiteeritava teosega, mis eeldab, ii) et kuulaja või vaataja saab seda teost „eristada“. [134]

89. Teisisõnu peab niisugune kasutamine selleks, et kvalifitseeruda „tsiteerimiseks“, kandma lisaks pelgalt *olulisele* seosele, mis on omane igasugusele olemasolevate teoste või muu materjali kasutamisele uues loomingus, ka mingit laadi *intellektuaalset* suhestumist uue loomingu ja allikmaterjali vahel, „[o]lgu vastandumisena, tunnustusavaldusena või muul viisil“. [135] Ei piisa pelgalt kolmanda isiku materjali kasutamisest n-ö ehituskivina selle esteetiliste omaduste pärast. Samuti peab tsitaat olema selle dialoogilaadse funktsiooni täitmiseks äratuntav kui viide kolmanda isiku loodud sisule. Et ei jääks kahtlust: tsitaat ei pea olema uues loomingus *eristuvalt esitatud* (nagu seda esitatakse tekstis jutumärkides või kursiivkirjas). Näiteks uues muusikateoses teisele muusikateosele viitamisel oleks see võimatu. Kolmanda isiku materjalist võetud lõigu võib *sujuvalt lõimida* uude teosesse. Siiski peab see olema tsitaadina äratuntav isikutele, kes tunnevad allikmaterjali ja kellel on tsitaadi tajumiseks vajalik intellektuaalne võimekus. [136]

90. Nii tõlgendatuna hõlmab tsiteerimist käsitlev erand, mis on sätestatud infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punktis d, olukordi, kus loovisikud omaenda loomingus varjamata viitavad olemasolevatele teostele, et avaldada lugupidamist nende autoritele või kultuurilisele tähtsusele, osutada ühisele kultuurilisele taustale [137] või näidata selliste tsitaatide kaudu omaenda ideede kontrasti varasemate heliloojate omadega. [138] Samuti hõlmab see, nagu Euroopa Kohus oma otsuses Pelham I viitas, teatavaid sämplimise juhtumeid, sealhulgas hiphopis, kus äratuntavad sämplid on mõeldud toimima viiteliste digitaalsete tsitaatidena allikteostest. [139]

91. Siiski ei hõlma see paljusid kaitstud materjali taaskasutamise juhtusid, mil „laenamine“ ei ole tsitaadina äratuntav ja allikmaterjali „kõigest“ kasutatakse uue loomingu ehitamiseks ilma edasise intellektuaalse suhestumiseta. See hõlmaks näiteks peale enamiku meemide [140] ja GIFide ka kunstilist praktikat, mille käigus kasutatakse kuulsaid teemasid ära variatsioonide loomiseks, või niisuguste sämplite kasutamist, mis ei ole mõeldud olema kuulaja jaoks viitena äratuntavad ja/või

134 Kohtuotsus Pelham I (punktid 71–73). Niisugusel juhul võib tsiteerimist käsitleva erandiga põhjendada *nii* fonogrammi *kui ka* selles kajastuva teose reprodutseerimist erandina õigustest, mis on sätestatud vastavalt infoühiskonna direktiivi artikli 2 punktides c ja a.

135 Kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (punkt 64).

136 Vt selle kohta kohtuotsus Pelham I (punkt 72). Niikaua kui olukord on selline, võib minu arvates isegi teataval määral muuta allikmaterjali (helistiku, kiiruse vms muudatused). On selge, et kui taaskasutatavat kaitstud materjali muudetakse nii palju, et see ei ole uues sisus „äratuntav“, ei saa seda pidada „tsitaadiks“, sest see ei saa täita funktsiooni „dialoogi“ vahendina (sealsamas, punkt 73). Niisuguses olukorras aga ei esine „reprodutseerimist“ infoühiskonna direktiivi artikli 2 tähenduses ega seega ka vajadust erandi järele.

137 See hõlmab minu arvates näiteid, mis ulatuvad „tsitaatidest“ džässmuusikute improvisatsioonide kuulsates standardites kuni Laurent Voulzy teoseni „Rockolletion“ (milles ta illustreerib episoode oma noorusest eri lauludega, mida ta tol ajal raadiost kuulas) ning rahvalaulude „tsiteerimiseni“ Bartoki kompositsioonides (vt eespool viidatud 47. joonealune märkus Myung-Ji Lee, B., lk 38–39).

138 Jällegi, Rochbergi teoses „Nach Bach“ on olemas ilmne ja tahtlik kontrast „tsiteeritud“ Bachi teoste vahel (mis järgivad ranget barokset harmooniat ja ülesehitust) ning Rochbergi enda komponeeritud (atonaalsete) osade vahel (vt eespool viidatud 47. joonealune märkus Myung-Ji Lee, B., lk 56).

139 Muu hulgas iseloomustab 1990. aastate esimese poole hiphoppi ikooniliste afroameerika muusika teoste fonogrammidest võetud sämplite kasutamine, mis on mõeldud hiphopikogukonnale adresseeritud äratuntavateks viideteks. Eri hiphopilauludes on isegi antud sellistest sämplitest märku nn skrätšimishelidega – prõksumise ja sahinaga –, juhtides tähelepanu, et mängimisel on „virtuaalne“ vinüülplaat ja seega „tsiteeritakse“ teist laulu (vt nt Williams, J. A., „Theoretical Approaches to Quotation in Hip-Hop Recordings“, *Contemporary Music Review*, 2014, 33. kd, nr 2, 2014, lk 188–209, eriti lk 193–196).

140 Meemid on hõlmatud vaid juhul, kui pildiallkirjas kommenteeritakse või kritiseeritakse laenatud pilti või kasutatakse seda looja avaldust toetava tõendina. Enamikus meemides aga võetakse olemasolevaid pilte taaskasutusele täiesti uue tähenduse loomiseks, mitte vahendina „dialoogiks“ algse teosega (vt eespool 73. joonealuses märkuses viidatud Spina Ali, G., lk 722–724).

on liiga lühikesed, et võimaldada suhestumist allikteosega (näiteks üksainus trummilöök või mõnesekundiline lõik instrumentaalpalast, mida taaskasutatakse korduses uue loomingu rütmipartii loomiseks), nagu see, mis on põhikohtuasjas vaidluse all.[141]

3. „Paroodiat“ käsitlev erand

92. Tuletan meelde, et infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkt k sisaldab (ka) mittekohustuslikku erandit, mis on seotud kaitstud materjali kasutamisega „paroodias“. Ka see erand on muutunud DSM-direktiivi artikli 17 lõike 7 punkti b kohaselt kohustuslikuks seoses selle sätte kohaldamisalasse kuuluva internetis kasutamise osas.

93. Mäletatavasti märkis Euroopa Kohus oma otsuses Deckmyn, et paroodia põhitunnused selle sätte tähenduses on i) „seostumine olemasoleva teosega“, ii) „sisaldades samas märgatavaid erinevusi sellest teosest“, ja iii) „nalja või pilke väljendamine“. Peale selle ei pea paroodia sisu ületama „algupärasuse“ künnist. Samuti ei pea see sisu kujutama endast paroodiat algse teose „suhtes“. Algset teost võib lihtsalt taaskasutada kui humoristliku või satiirilise sõnumi väljendamise vahendit, sihtides midagi muud.

94. See üsna lai „paroodia“ käsitus jätab mõnevõrra ruumi kaitstud materjali loomingulisele taaskasutamisele.[142] See võib kehtida näiteks paljude meemide suhtes, milles esineb „äratuntavalt“ reprodutseeritud filmikaadreid[143] ja nende humoristlikku teisekspööramist märgatava modifitseerimise ja/või pildiallkirjade lisamise kaudu.[144] Samamoodi võib see hõlmata teatavaid *mashup*'e, mis võivad olla loodud teiste fonogrammide sämplimise teel ja mida iseloomustab humoristlik toon või ebakõlalisus.[145] See võib hõlmata ka teatavat nn *found footage*'it, mis seisneb filmikaadrite humoristlikus taaskasutamises,[146] või isegi armastatud ja autoriõigusega kaitstud tegelaskujude äraspidist rakendamist.[147]

95. Kuna see erand eeldab kaitstud materjali humoristlikku või satiirilist teisekspööramist, ei saa see siiski hõlmata selliseid objekte nagu niisugused reaktsiooni väljendavad GIFid või meemid, mille allikmaterjal oli *juba* algusest peale humoristlik. Samuti ei saa seda hüpoteetiliselt kohaldada terve rea loomingulise taaskasutamise viiside suhtes, milles puudub humoristlik või kriitika kavatsus, sealhulgas enamiku sämplimise juhtude (ja ka põhikohtuasjas vaidluse all oleva juhtumi) suhtes

141 Vt kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas Pelham I (punkt 67). Selle tõlgenduse paradoksaalsena näiv tulemus on niisugune, et pikad ja äratuntavad sämplid võivad kvalifitseeruda tsitaatideks ja seega olla vabalt lubatud, samas kui lühikesed, hägusad sämplid, mille seosed ei ole nii ilmsed, seda teha ei saa, olgugi et taaskasutatava fonogrammi tootja huvide kahjustamine näib esimesel juhul tõenäolisem kui teisel. Minu arvates ei tohiks lühikesed ja hägusad sämplid siiski üldse tingida fonogrammitootja reprodutseerimisõiguse rakendumist (vt käesoleva ettepaneku C jagu).

142 Siiski oleneb see alati juhtumhaaval infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud kolmeastmelisest kriteeriumist.

143 Kuna infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkt k on olemuselt üleüldine ja kvalifitseerib muu hulgas kõik eri liiki reprodutseerimisõigused, võib paroodiat käsitleva erandiga põhjendada nii teose kui ka näiteks fonogrammi, filmi või saadete taaskasutamist.

144 Vt eespool viidatud 73. joonealune märkus Spina Ali, G., lk 719.

145 Nimelt ei pruugi „huumor“ muusikas alati esineda tavapäraselt naeruvääristaval kujul, vaid võib minu arvates tekkida ka näiteks allikate ebakõlalise põrkumise kaudu, nagu rahvalaulude *mashup*'is *death metal*'i stiilis muusikapalaga (vt Jacques, S., „Mash-ups and mixes: what impact have the recent copyright reforms had on the legality of sampling?“, *Entertainment Law Review*, 27. kd, nr 1, 2016, lk 3–10, eriti lk 6).

146 Eespool mainitud „La classe américaine“ kvalifitseeruks minu arvates „paroodiaks“ infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 3 punkti k tähenduses.

147 Vt nt tribunal judiciaire de Rennesi (Rennesi kohus, Prantsusmaa) 10. mai 2021. aasta otsus kohtuasjas nr 17/04478. Selles asjas oli kunstnik loonud maale, milles ta paigutas (autoriõigusega kaitstud) tegelaskuju nimega Tintin konteksti, mis rabavalt erines tema „tavapärasest“ keskkonnast, ja sellest tekkis koomiline ebakõla (kontekst, mis seisnes näiteks flirtivates kokkupuudetes *pin-up* tüdrukutega, samas kui Hergé teostes on Tintin tegelaskuju, kellel üldse puudub seksuaalsus).

C. Infoühiskonna direktiivi kooskõla kunstivabadusega

96. Eelmisest jaost nähtub, et ühelt poolt piiravad õiguste omajatele infoühiskonna direktiivi artikli 2 alusel antud reprodutseerimise ainuõigused nende kaitstud materjali suhtes teiste loovisikute tulevast võimalust seda materjali (isegi väikest osa sellest) uues loomingus tajutavalt taaskasutada. Teiselt poolt võimaldavad sama direktiivi artiklis 5 sätestatud erandid ja piirangud, sealhulgas pastišši käsitlev erand, selles suhtes piiratud tegutsemisruumi. Seetõttu jääb üles küsimus, kas niisugune süsteem on kooskõlas harta artiklis 13 sätestatud kunstivabadusega.

97. On selge, et „tuletatud“ kunstilised väljendused kuuluvad harta artikli 13 kohaldamisalasse. Neid väljendusi piirates piiravad autoriõigus ja sellega kaasnevad õigused seda põhivabadust. Samuti piiravad need kaudselt üldsuse õigust juurdepääsuks nendele väljendustele. Sellegipoolest ei ole kunstivabadus absoluutne. Harta artikli 52 lõike 1 kohaselt on sellised piirangud lubatavad tingimusel, et need on i) „seadusega“ ette nähtud, ii) arvestavad selle vabaduse „olemust“ ja iii) vastavad proportsionaalsuse põhimõttele, mille kohaselt peavad need piirangud a) „tegelikult [vastama] liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või [vajadusele] kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi“ ning b) olema asjakohased, vajalikud ja proportsionaalsed *kitsas tähenduses*.

98. Pooled ei vaidle selle üle, et vaidlusalused piirangud on „seadusega“ (nimelt infoühiskonna direktiiviga) ette nähtud ja arvestavad kunstivabaduse „olemust“, nagu on märgitud käesoleva ettepaneku punktis 26.[148] Samuti on selge, et need vastavad „[vajadusele] kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi“. Nagu on selgitatud vastavalt käesoleva ettepaneku punktides 24 ja 28, on autoritele antud autoriõigus nende teoste suhtes positiivne meede, mille eesmärk on kaitsta nende endi kunstivabadust harta artikli 13 alusel; fonogrammi- ja filmitootjatele ning ringhäälinguettevõtjatele antud kaasnevad õigused on mõeldud selleks, et kaitsta nende investeeringuid. Peale selle tingivad mõlemat liiki õigused „intellektuaalomandi“ kaitse põhiõiguste harta artikli 17 lõike 2 alusel.[149] Lõpuks on infoühiskonna direktiivis ette nähtud süsteem „asjakohane“ vahend taotletavate eesmärkide saavutamiseks. Samuti on see selles aspektis „vajalik“, sest kitsamate ainuõiguste või laiemate erandite ja piirangutega ei oleks sama tõhusalt tagatud intellektuaalomandi „kõrgetasemeline kaitse“, mis oli liidu seadusandja eesmärk.

99. Ainus vaidlusküsimus seisneb selles, kas proportsionaalsuse nõue selle kitsas tähenduses on täidetud, nimelt kas infoühiskonna direktiiviga sisse seatud süsteemis kehtestatud piirangutest tulenevad ebamugavused on süsteemi eesmärke arvestades proportsionaalsed sellest süsteemist tulenevate eelistega.[150]

100. Neid ebamugavusi on varemgi arutatud. Üldjuhul tingib kaitstud materjali tajutav taaskasutamine asjaomase õiguste omaja reprodutseerimisõiguste rakendumise, mis võib oluliselt piirata igaühe võimalusi „tuletatud“ kunstilise väljenduse loomisel. Selles suhtes oleks mõnevõrra lihtsustav tõrjuda seda küsimust väitega, et iga soovija peab „lihtsalt“ saama õiguste omajatelt loa ja maksma selleks litsentsitasu.

[148] Põhjus on selles, et autoritele nende teoste suhtes ning tootjatele ja ringhäälinguettevõtjatele nende fonogrammide, filmide ja saadete suhtes võimaldatud monopol ei takista ideede ja ühiste elementide vaba ringlust, mis on *igasuguse* tulevase kunstiloomingu seisukohast hädavajalik.

[149] Vt muu hulgas 26. aprilli 2022. aasta kohtuotsus Poola *vs.* parlament ja nõukogu (C-401/19, EU:C:2022:297, punkt 82) ning analoogia alusel EIK 1. septembri 2022. aasta otsus Safarov *vs.* Aserbaidžaan, CE:ECHR:2022:0901JUD000088512, punkt 30.

[150] Vt muu hulgas 17. detsembri 2020. aasta kohtuotsus Centraal Israëlitisch Consistorie van België jt (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 64).

101. Näiteks selleks, et seaduslikult laenata fonogrammist sämpel ja kasutada seda uues heliloomingus, on loovisikul üldjuhul vaja saada i) igal juhul litsents fonogrammi kasutamiseks ja ii) potentsiaalselt litsents fonogrammis sisalduva teose kasutamiseks (kui sämpel sisaldab selle „algupäraseid“ osi). [151] Selles suhtes, kui ka jätta kõrvale see, et õiguste omajad ei ole alati teada või neid ei ole lihtne üles leida, on niisuguste litsentside hankimine uute loojate jaoks sageli liiga koormav.

102. Kui puudub piiritletud sundlitsentsimise süsteem teoste või fonogrammide kunstiliseks taaskasutamiseks, kehtib lepinguvabadus. Kuid poolte positsioonid läbirääkimiseks ei ole ühesugused. Autoriõiguse süsteem jätab õiguste omajatele kogu vabaduse anda või mitte anda litsents, mis asetab nad algusest peale tugevasse läbirääkimispositsiooni. Nad võivad nõuda oma materjali kasutamise eest tasu, mis ei pruugi olla vastavuses tuluga, mida võiks „tuletatud“ loomingust selle kasutamise korral saada. [152] Samuti on eilsetel kunstnikel ja nende produtsentidel (nagu on seda n-ö suured tegijad) sageli rahalisi vahendeid, mis nende läbirääkimispositsiooni tugevdavad. Samal ajal kui teised kuulsad kunstnikud ja produtsendid on positsioonis läbirääkimiste pidamiseks vaba konkurentsi tingimustes, ei ole vähetuntud kunstnikud samas olukorras. Sellega kaasneb „kahetasandiliste“ loomevõimaluste tekkimise oht, mille puhul on „tuletatud“ teoste loomise võimalus reserveeritud võimsatele ja varakatele.

103. Lõpuks võivad eilsed õiguste omajad lihtsalt keelduda andmast luba oma loomingu kasutamiseks, mistõttu loovisikutel tuleb valida, kas i) jätta silmaspeetav kunstiteos loomata või ii) kasutada kaitstud materjali sellest hoolimata ja seista vastamisi riskiga, et rikkumise peale esitatakse kulukas nõue. [153] Niisugused „piirangud“ on iseäranis hirmuäratavad, kui kõnesolev kunsti vorm *sõltub* konkreetsest laenamisest, nagu sämplimine (aga ka kollaaž jms). Üldiselt võib see mitmeid loomingu vorme lämmatada.

104. Infoühiskonna direktiivis ette nähtud süsteemi eelised on nende ebamugavuste „peegelpilt“. See premeerib varasemat loomingut ja/või varasemaid investeeringuid, tagades varasematele õiguste omajatele peaaegu täieliku kontrolli nende intellektuaalomandi kasutamise üle ja selge võimaluse seda täiel määral ära kasutada.

105. Nagu käesoleva ettepaneku B jaos märgitud, püüdis seadusandja leida „tasakaalu“ mineviku premeerimise ja uue toetamise vahel. Autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste suhtes kehtivad olemasolevad erandid ja piirangud, eriti need, mis on seotud tsiteerimise, paroodia ja pastišiga, toetavad selles suhtes tulevasi loojaid, eelistades neid varasematele õiguste omajatele. Minu arvates ei ole erilist kahtlust, et kuigi seadusandja on esitlenud neid infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 3 kui *mittekohustuslikke*, on liikmesriigid *kohustatud* need riigisisesesse õigusesse üle võtma, et järgida harta artiklit 13. [154]

151 Peale selle võib sämpliga olla seotud ka kaasnev interpreedi reprodutseerimisõigus salvestisele, mis eeldab veel ühte luba.

152 Seega võib sämpli kasutamiseks loa saamine olla palju kulukam kui värvide või pintslite ostmine. Näiteks ei saada enamiku meemide eest raha, mistõttu oleks litsentsitasude maksmine sama hästi kui võimatu.

153 Loomulikult on palju näiteid sellest, et õiguste omajad tuletatud väljendusi sallivad. Siiski sõltuvad need väljendused nende tahtest.

154 Vt selle kohta kohtuotsused Funke Medien (punktid 57 ja 58) ning Spiegel Online (punktid 42 ja 43). Ka see, et õiguste omajatele antud ainuõigused ei ole igavesed, aitab kaasa teatavale tasakaalule vana ja uue vahel. Õiguste kestust on aja jooksul siiski oluliselt pikendatud. Autoriõigus kestab praegu kogu autori eluaja ja 70 aastat pärast tema surma. Fonogrammi puhul kestab see 50 aastat alates salvestamisest (või seaduslikust avaldamisest) (vt vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiivi 2006/116/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste kaitse tähtaja kohta (kodifitseeritud versioon), ELT 2006, L 372, lk 12, artikli 1 lõige 1 ja artikli 3 lõige 2). See raskendab kaasaegse kultuuri taaskasutamist uues loomingus. Eriti kehtib see sämplimise kohta.

106. Kommenteerijate poolt sageli toonitatud probleem (mis toetab mõnevõrra „loomingulist“ mõiste „pastišš“ tõlgendust, mille on välja pakkunud Pelham jt, Saksamaa valitsus ja komisjon) seisneb selles, et niisugune laiade ainuõiguste ning suletud, ammendava erandite ja piirangute loeteluga süsteem on oma olemuselt eriti *jäik*.

107. Nagu oleme näinud, võib kaitstud materjali praeguste erandite ja piirangute kohaselt vabalt taaskasutada vaid juhul, kui see panustatakse varjamata jäljendavasse kunstilisse loomingusse („pastišši“), kujutaks endast dialoogilaadset viidet allikteosele („tsitaati“) või kui seda kasutatakse humoristlikult või kriitiliselt äraspidises võtmes („paroodiana“). See süsteem ei võimalda *kunagi* „pelgalt“ esteetilise väärtuse pärast valitud kaitstud materjali võtmist ja taaskasutamist uues loomingus. Olukord on selline olenemata i) laenatava materjali ulatusest ning (nii loomingulisest kui ka majanduslikust) väärtusest ja ii) sellest, kui palju kasutaja juurde lisab, ja seega selle uue loomingu „loomingulisest intensiivsusest“. Näib üsna ilmne, et asjasse puutuva õiguste omaja harta artikli 13 ja/või artikli 17 lõike 2 kohase intellektuaalomandit puudutava nõude kaal oleneb esimesest nimetatud parameetrist, samal ajal kui uue looja harta artikli 13 kohase kunstivabadust puudutava nõude kaal oleneb teisest. Nagu nähtub käesoleva ettepaneku punktis 32 toodud näidetest, *võib* niisuguse taaskasutamisega seostuda ulatuslikult innovatsiooni ja kultuurilist väärtust.[155] Praegune süsteem aga niisugustele nüanssidele ruumi ei jäta.

108. Õieti ei tehta selles süsteemis vahet ühelt poolt võltsimisel, pahausksel plagieerimisel ja teatavate „laenava kunsti“ (*appropriation art*) harrastajate liialdustel (kes laenavad olemasolevatest teostest *väga* palju, lisades omalt poolt vaid vähe midagi juurde),[156] mille tagajärjed võivad suuresti kahjustada õiguste omajate majandushuve seetõttu, et niisugused teosed hakkavad allikmaterjali asendama,[157] ning teiselt poolt kunstiteostel, mida luues on laenatud kaitstud materjali vaid vähesel määral või kasutatud seda vägagi „muundavalt“ ja mis seetõttu selle allikmaterjaliga ei konkureeri ega põhjustaks seega ka niisugust kahju. Näiteks on Saksamaa kohtud põhikohtuasjas tuvastanud, et muusikapala „Nur mir“ loomine ja kasutamine ei ole avaldanud kahjulikku mõju muusikateose „Metall auf Metall“ tavapärasele kasutamisele.[158] Siiski on need majanduslikud kaalutlused kohaldatava erandi või piirangu puududes praegustes õigusnormides lihtsalt tähelepanuta jäetud.[159]

109. Sõlmküsimus seisneb selles, kas niisugune „tasakaal“ vastab harta artikli 52 lõike 1 nõuetele (ja seda saab seega pidada tegelikult „õiglaseks“). Soovin siinkohal osutada, et mõistagi on liidu seadusandjal avar kaalutlusruum, kui on vaja tasakaalustada kaks konkureerivate õiguste ja huvide kogumit, mis on mõlemad hartaga kaitstud.[160] Seega võib olla rohkem kui üks tulemus, mida võib pidada „õiglaseks tasakaaluks“ ja mis võib olla selle sättega kooskõlas. Selles kontekstis võib

155 Ma ei soovi mõista anda, nagu oleks kopeerimine *alati* loov. Loeb siiski see, et see *võib* olla loov ja et autoriõiguse süsteemis ei võeta seda täielikult arvesse.

156 Vt Pollaud-Dulian, F., „„Fait d'hiver“: la revanche des trois petits cochons sur le grand méchant Koons“, *RTD Com*, 2021, lk 818.

157 Vt 26. aprilli 2017. aasta kohtuotsus Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punkt 70).

158 Väidetakse koguni, et paljud loomingulise taaskasutamise juhtumid koguni *suurendavad* allikmaterjali väärtust. Näiteks unustatud fonogrammide ja muusikateoste sämplite kasutamine võib taaselustada huvi nende vastu ja suurendada näiteks nende teoste seaduslikke „vooge“ niisugustel platvormidel nagu Spotify (vt tõendust selle kohta: Schuster, W. M., „Fair use, girl talk, and digital sampling: an empirical study of music sampling's effect on the market for copyrighted works“, *Oklahoma Law Review*, 67. kd, nr 3, 2015).

159 Täpsemalt, neid kaalutlusi võetakse arvesse, ent üksnes *konkreetse erandi või piirangu ulatuses*. Kui kasutamine on niisuguse erandi või piirangu kohaldamisalas, rakendatakse infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõikes 5 sätestatud kriteeriumi, ning seda, kas see kasutamisviis „konkureerib“ algse teose või materjali „tavapärase kasutamisega“, võetakse arvesse. Siiski ei anta hinnangut sellest olukorrast väljaspool. Seetõttu ei saa majandusliku kahju puudumisega põhjendada erandi tegemist juhul, kui ükski erand ega piirang ei ole kohaldatav.

160 Vt muu hulgas 17. detsembri 2015. aasta kohtuotsus Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, punkt 76 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt analoogia alusel ka EIK 10. jaanuari 2013. aasta otsus Ashby Donald jt *vs*. Prantsusmaa (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, punkt 40).

seadusandja põhimõtteliselt otsustada kallutada kaalukeeli rohkem õiguste omajate kasuks ja võimaldada nende intellektuaalomandile „kõrgetasemelise“ kaitse. Siiski ei saa see kaalutlusruum olla piiramatu. Vastasel juhul muutuks kitsamas tähenduses proportsionaalsuse nõue mõttetuks ja sellega koos ka oluline põhiõiguse garantii, mida see on mõeldud tagama. Nagu märkis kohtujurist Saugmandsgaard Øe oma ettepanekus kohtuasjas Tele2 Sverige jt,[161] „sunnib [see nõue] arutama, missugused väärtused peavad olema demokraatlikus ühiskonnas esiplaanil, ja kokkuvõttes küsimust, mis tüüpi ühiskonnas me elada soovime“.

110. Vastu tuleks võtta piisav kontrollistandard, et kooskõlastada see kaalutlusruum kohtuliku kontrolli nõudega. Seega peaks Euroopa Kohus minu arvates saama kritiseerida liidu seadusandja võetud meedet niisuguses kontekstis, kus põhiõiguste „tasakaal“ selles meetmes on *ilmselgelt* vale.[162]

111. Mis puudutab infoühiskonna direktiiviga sisse seatud süsteemi, siis on siin minu arvates vajalik teatav eristus. Fonogrammi- ja filmitootjatele ning ringhäälinguettevõtjatele antud kaasnevate õiguste osas, nagu Euroopa Kohus on neid tõlgendanud, *on* see tasakaal ilmselgelt vale (1). Seevastu autoritele antud autoriõiguse osas on see tasakaal üldiselt harta artikli 52 lõikega 1 kooskõlas (2). Siiski võiks *de lege ferenda* olla soovitav teatav areng (3).

1. Tasakaalu puudumine autoriõigusega kaasnevate õiguste praeguses käsituses

112. Autoriõigusega kaasnevate õiguste osas näib mulle selge, et asjaomastele tootjatele või ringhäälinguettevõtjatele kuuluvate reprodutseerimise ainuõiguste kohaldamine niisugusest materjalist nagu fonogrammid, filmisalvestised või saated „pelgalt“ esteetiliste omaduste pärast võetud *mis tahes*, isegi „väga lühikese“ lõigu „äratuntavale“ taaskasutamisele ilmselgelt ei taga „õiglast tasakaalu“ harta artikli 17 lõikest 2 nendele asjaosalistele tuleneva intellektuaalomandiõiguse ja harta artiklist 13 igaühele tuleneva kunstivabaduse vahel. Õieti just nii otsustas BVerfG põhikohtuasjas olevas vaidluses, lähtudes Saksamaa põhiseadusega tagatud põhiõigustest,[163] seoses sämplite taaskasutamisega.[164]

113. Harta artiklis 13 ette nähtud kunstivabadusel peaks olema selles tasakaalustamises suur kaal. Seda seetõttu, et väljendusvabaduse ühe väljendusena „kujutab see endast üht [demokraatliku ühiskonna] alustala“. Nimelt on igaühe õigus osaleda ühiskonna kultuurielus „üks [niisuguse ühiskonna arengu] põhitingimusi“.[165]

114. Tootjate ja ringhäälinguettevõtjate nõudeõigus harta artikli 17 lõike 2 alusel on seevastu vähem veenev. Meenutan, et selles sättes ette nähtud intellektuaalomandiõigusega tuleb arvestada vastavalt selle ülesandele ühiskonnas.[166] Teisisõnu ei ole tootja või ringhäälinguettevõtja

161 Ettepanek liidetud kohtuasjades C-203/15 ja C-698/15 (EU:C:2016:572, punkt 248).

162 See erineb sellest, kas seadusandja on rikkunud põhiõiguse „olemust“. Austus selle „olemuse“ vastu ja proportsionaalsus kitsamas tähenduses on kaks eri nõuet ja neid tuleb ka niisugustena käsitada.

163 Vt Saksamaa põhiseaduse (Grundgesetz) artikkel 5, millega on tagatud kunstivabadus.

164 Vt käesoleva ettepaneku punkt 12.

165 Vt EIK 7. detsembri 1976. aasta otsus Handyside, CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, punkt 49; Garben, S., „Fundamental rights in EU copyright harmonization – balancing without a solid framework: Funke Medien, Pelham, Spiegel Online“, *Common Market Law Review*, 57. kd, nr 6, 2020, lk 1909–1932, eriti lk 1929–1930.

166 Vt analoogia alusel 3. septembri 2008. aasta kohtuotsus Kadi ja Al Barakaat International Foundation *vs.* nõukogu ja komisjon (C-402/05 P ja C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 355 ja seal viidatud kohtupraktika).

„omandi“ kaitse eesmärk omaette. Kaasnevaid ainuõigusi fonogrammide, filmide ja saadete suhtes tuleb kaaluda nende põhjendatust arvesse võttes. Õieti ei tohi nendele õigustele kui igaühe kunstivabaduse piirangutele anda laiemat ulatust kui see, mida see põhjendatus eeldab. [167]

115. Minu arvates ei saa investeeringute kaitsmise loogikas, millega tootjatele ja ringhäälinguettevõtjatele antud kaasnevaid õigusi põhjendatakse ja mida on selgitatud käesoleva ettepaneku punktis 28, olenemata selle headest külgedest [168] kunstivabadust arvesse võttes eeldada, et need kaasnevad õigused hõlmavad fonogrammidest, filmidest või saadetest võetud *mis tahes* „äratuntava“ lõigu loomingulist taaskasutamist.

116. Pelgalt see, et tootjad ja ringhäälinguettevõtjad võivad selliste lõikude litsentsimisest tulu saada, ei ole iseenesest oluline. Autoriõigusega kaasnevad õigused kujundati välja eesmärgiga tagada, et nende materjalide müüki ja nendega seotud seaduslikke tehinguid ei ohusta ebaseaduslik paljundamine, nii et tootjad ja ringhäälinguettevõtjad võiksid saada nendest rahuldavat tulu ja tootmisse tehtud investeeringud tasa teenida. [169] Nende eesmärk ei olnud tagada tootjatele ja ringhäälinguettevõtjatele võimalust kasseerida lõikude litsentsimise kaudu oma fonogrammidelt, filmidelt ja saadetelt võimalikult suurt tasu. [170]

117. Erinevalt kellegi füüsilise vara „laenuks võtmisest“ ei vähenda iga fonogrammi, filmi või saate lõigu reprodutseerimine selle väärtust ega ohusta asjaomase tootja või ringhäälinguettevõtja investeeringut. Need õiguste omajad peaksid olema kaitstud üksnes niisuguse neile kuuluva materjali reprodutseerimise – nagu fonogrammide sämplid – eest, mis on (kvantitatiivselt või kvalitatiivselt) piisavalt oluline, et mõjutada nende võimalust teenida oma investeeringult rahuldavat tulu, kuivõrd neid saab kasutada asendustoote loomiseks, mis võib ebasoodsalt mõjutada selle materjali müüki või muid sellega seotud seaduslikke tehinguid. [171]

167 Vt analoogia alusel 4. oktoobri 2011. aasta kohtuotsus Football Association Premier League jt (C-403/08 ja C-429/08, EU:C:2011:631, punktid 104–107 ja seal viidatud kohtupraktika).

168 Näiteks olid suured investeeringud Rooma konventsiooni vastuvõtmise ajal (1961) sageli seotud plaatide tootmisega (mis oli seotud salvestusstuudiote, tehnikute, masterdamise, plaatide valmistamise ja levitamisega), ning just need kulud õigustasid fonogrammitootjatele antud kaasnevaid õigusi (vt WIPO, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, lk 11). Mõned kommenteerijad kahtlevad, kas need põhjendused endiselt kehtivad, sest tänapäeval moodustavad näiteks fonogrammide salvestamise, tootmise ja levitamise kulud kõigest murdosa sellest, mis need kunagi olid (vt Hugenholtz, P. B., „Neighbouring rights are obsolete“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 50. kd, nr 8, 2019, lk 1006–1011).

169 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendus 10. Rooma konventsiooni kujunemisloost tuleneb, et fonogrammitootjale kaasneva õiguse andmine oli muu hulgas reaktsioon massilise „plaadipiraatluse“ kasvule 1960. aastatel, mil üldsusele said järjest enam kättesaadavaks odavad ja kergesti kasutatavad salvestusmasinad (vt WIPO, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, lk 11). Selle õiguse eesmärk oli takistada plaatide täpsete koopiate turulejõudmist, sest need koopiad oleksid hakanud asendama originaale, takistades tootjate investeeringute tasateenimist ning nullides nende motivatsiooni ka edaspidi fonogrammidesse investeerida (vt eespool 168. joonealuses märkuses viidatud Hugenholtz, P. B., lk 1006–1011; eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Westkamp, G.; eespool 36. joonealuses märkuses viidatud Grisse, K., ja Kaiser, C., lk 79 ja 80; eespool punktis 12 viidatud BVerfG otsus, punkt 104).

170 Vt 4. oktoobri 2011. aasta kohtuotsus Football Association Premier League jt (C-403/08 ja C-429/08, EU:C:2011:631, punktid 107 ja 108).

171 Samamoodi on Euroopa Kohus otsustanud seoses andmebaasi loojale antud *sui generis* õigusega selle andmebaasi suhtes (vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. märtsi 1996. aasta direktiivi 96/9/EÜ andmebaaside õiguskaitse kohta (EÜT 1996, L 77, lk 20; ELT eriväljaanne 13/15, lk 459) artikkel 7), et andmebaasist väljavõtte tegemine ja selle taaskasutamine kuuluvad selle ainuõiguse kohaldamisalasse vaid juhul, „kui need ohustavad võimalust teenida see investeering tasa kõnealuse andmebaasi tavalise haldamise teel“ (3. juuni 2021. aasta kohtuotsus CV-Online Latvia (C-762/19, EU:C:2021:434, punkt 47)), tavaliselt seetõttu, et niisugused toimingud sarnaneksid asendustoote loomisele, millega suunatakse ümber tulusid, mis peaksid minema andmebaasi loojale (sealsamas, punkt 40).

118. Näiteks fonogrammide osas hõlmaks see pikki ja/või eristatavaid sämpleid, mis sisaldavad „löökfraase“ tuntud lauludest. Seevastu lühikeste ja/või mitteeristatavate sämplite kasutamisega seesugust riski ei kaasneks, olenemata sellest, kas need sämplid on kõrvutades „kuulamisel äratuntavad“. Seega on õiguste omajate huvi kunstivabadust üles kaaluda teisena nimetatud stsenaariumi puhul vähe põhjendatud või ei ole seda üldse. [172]

119. Küll aga riivab selline tõlgendus suuresti kunstivabadust, kuna see takistab digitaalse revolutsiooni tulemusel võimalikuks saanud kaasaegse kunsti vorme, mis põhinevad fonogrammide, filmisalvestiste ja saadete taaskasutamisel, nagu sämplimine, hoolimata nendega seostatavast kultuurilisest väärtusest. Iga fonogrammide, filmisalvestiste ja saadete lõikude „äratuntava“ taaskasutamise juhu allutamine õiguste omajate eelnevale kontrollile on vastuolus ka interneti toimimise ja interneti tegelikkusega. Selliselt tõlgendatuna riivavad need õigused igapäevast kommunikatsiooni ja internetis kujunevaid suundumusi, nagu meemid ja GIFid, aga ka tervet hulka kasutajate loodud infosisu, mida on käsitletud eespool. [173]

120. Vastupidised argumendid ei kannata minu arvates kriitikat. Eespool on juba analüüsitud sämplite kasutamiseks lubade saamisega seotud raskusi. Euroopa Kohtu menetluses CG poolt uuesti esitatud väide, et tegelikku takistust kunsti suhtes ei ole, sest kuna kaasnevad õigused kehtivad üksnes fonogrammi (või filmisalvestise jne) reprodutseerimise juhtude suhtes *iseenesest*, on loojatel alati vabadus ise taasluua salvestatud helisid (või kujutisi) (kasutades muusikariistu või mis tahes vajalikke vahendeid), ei ole veenev. Minu arvates eitab see väide niisuguse kunstivormi olemust, mis seisneb just nimelt *salvestatud muusika* kasutamises uue muusika loomiseks (või salvestatud audiovisuaalse sisu kasutamises, et luua uut audiovisuaalset sisu). See põhineb halvustaval eeldusel, et näiteks muusikas kasutatakse fonogrammide sämpleid selleks, et hoida kokku tööd, aega ja vaeva, mida kujutaks endast algse heli ise tekitamine. Tegelikult kasutatakse ja kombineeritakse sämpleid sageli sellest saadavate esteetiliste tulemuste pärast. Salvestisel sisalduva heli uuesti salvestamisega ei ole alati võimalik saavutada sama tulemust. Seega ei asenda üks (kunstilisest seisukohast) alati teist. Samuti kaasneb sämplimisega paljudes olukordades rohkem aega ja vaeva kui iseseisvalt samasuguse heli tekitamisega. Sämplijad peavad läbi kuulama suurel hulgal muusikat, valima välja selle, mis nende arvates koos toimib, ja seejärel seda töötlema. See võib olla töömahukas. [174]

121. Olen teadlik, et kohtuasjas Pelham I viitas Euroopa Kohus „kuulamisel mitteäratuntavale kujule“ muudetud sämplite väljaarvamisele fonogrammitootjate reprodutseerimisõigusest kui vahendile, mis aitab tagada „õiglast tasakaalu“ kunstivabaduse ja tootja intellektuaalomandiõiguse vahel.

122. Ent esiteks eitab ka avaldus, et sämplimine peab olema vaba, kui see ei ole äratuntav, osa niisuguste kunsti vormide olemusest, mis põhinevad esteetiliste omaduste põhjal valitud salvestiste kasutamise kaudu muusika loomisel: kui sämplit tuleb muuta nii, et see ei ole enam

[172] Autoriõigusega kaasnevate õiguste laiendamine niisugustele väljavõtetele tähendab, et õiguste omajatel on teoste suhtes ulatuslikum õigus kui autoritel. Tootjad saavad tõhusalt takistada äratuntavate sämplite võtmist oma fonogrammidelt, samas kui teose autor peab tõendama, et vaidlusalune sämpel kujutab endast selle teose „algupärast“ osa. Sageli ei ole see nii lühikeste või eristumatute sämplitega, mis võivad kujutada endast tavalisi elemente ja/või olla liiga lühikesed, et selle teose „algupärasust“ kanda. Samuti ei ole nende kahe intellektuaalomandiõiguste kogumi vastavaid põhjendusi arvesse võttes selge, miks peaks „pelk“ salvestustoiming saama parema kaitse kui loovus.

[173] Vt eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Senftleben, M., lk 757–758; Arora, Y., „Music sampling and copyright law: are the courts hung up on restricting creativity?“, *Trinity College Law Review*, 25. kd, 2022, lk 168–190; eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Westkamp, G., ning Kraetzig, V., „Pastiche als Fair Use?“, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2024, lk 1–9.

[174] Vt eespool 45. joonealuses märkuses viidatud Katz M.; eespool 173. joonealuses märkuses viidatud Arora, Y., lk 172–174; Bently, L., Sherman, B., „Culture of copying – digital sampling and copyright law“, *Entertainment Law Review*, 3. kd, nr 5, 1992, lk 158–163, eriti lk 160.

äratuntav, siis milleks on üleüldse vaja seda kasutada?[175] Olulisemgi on – ja märgin seda kogu lugupidamise juures –, et Euroopa Kohus ei kaalunud vaidlusaluseid õigusi ja huve põhjalikult.[176] Kuigi Euroopa Kohus väitis, et tema tõlgendus jätab mõningal määral ruumi sämplite vabaks taaskasutamiseks (moonutamise kaudu),[177] ei selgitanud ta, i) kuidas ükski „äratuntav“ sämpel, isegi kui see on väga lühike, saaks mõjutada tootja võimalust saada oma investeeringult rahuldavat tulu, ja ii) miks peaksid tootja majandushuvid üles kaaluma ühiskondlikult põhimõttelise tähtsusega kunstivabaduse isegi lühikeste lõikude osas.

123. Minu arvates leidub eelmistes punktides kirjeldatud tasakaalupuuduse heastamiseks mitu võimalust, kui läheneda infoühiskonna direktiiviga ette nähtud süsteemile holistiliselt.

124. Ühest küljest saaks Euroopa Kohus minna kaugemale kui kohtuotsuses Pelham I ja selle asemel teleoloogiliselt tõlgendada üsna avatud mõistet „osaline reprodutseerimine“ infoühiskonna artikli 2 punktide c–e tähenduses,[178] võttes asjakohaselt arvesse selles sättes ette nähtud õiguse loogikat, mille kohaselt hõlmab see vaid niisuguseid lõike, mis võivad mõjutada tootja/ringhäälinguettevõtja võimalust saada oma investeeringult rahuldavat tulu. Sellise *de minimis* reegli vastuvõtmine „taastasakaalustaks“ kaasnevad õigused ja tagaks seega nende kooskõla harta artikli 52 lõikega 1.

125. Teisest küljest saaks vajaliku „taastasakaalustamise“ saavutada ka siis, kui liidu seadusandja muudaks infoühiskonna direktiivi selgelt nii, et artikli 2 punktide c–e kohaldamisalast oleksid välja arvatud lühikesed lõigud,[179] või lisaks erandi, mis on pühendatud kaitstud materjali, sealhulgas fonogrammide, filmide ja saadete lõikude taaskasutamisele uues kunstilises loomingus, olenevalt (muu hulgas) selle direktiivi artikli 5 lõikes 5 ette nähtud kolmeastmelisest kriteeriumist (mis mäletatavasti sisaldab nõuet, et kasutamine ei tohi olla „vastuolus teose või muu objekti tavapärase kasutusega“), nagu on kirjeldatud järgnevalt 3. jaos.

2. Autoriõigusega seoses tagatud piisav tasakaal

126. Seevastu on kaitstud teoste „algupäraste“ osade, isegi väikeste osade uue loomingu eesmärgil kasutamise keeld, mille suhtes kehtivad tsiteerimist, paroodiat ja pastišši käsitlevad erandid, minu arvates kooskõlas kitsamas tähenduses proportsionaalsuse nõuetega.

127. Autori intellektuaalomandit puudutaval nõudel, mis on esitatud harta artikli 17 lõike 2 alusel, on selles tasakaalus oluliselt rohkem kaalu kui eelnevas jaos käsitletud tootjate ja ringhäälinguettevõtjate omal. Tegelikult on autori intellektuaalomand tema teoste suhtes mõeldud kaitsma tema *enda* kunstivabadust, mis tuleneb harta artiklist 13. See ei puuduta pelgalt

175 Vt eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 422, ja eespool 173. joonealuses märkuses viidatud Arora, Y., lk 184.

176 Vt sama kommentaar, eespool 36. joonealuses märkuses viidatud Grisse, K., ja Kaiser, C., lk 80; eespool 165. joonealuses märkuses viidatud Garben, S., lk 1911, 1912, 1927–1929, ja eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Westkamp, G.

177 Vt kohtuotsus Pelham I (punktid 36–38).

178 Minu arvates ei kohusta infoühiskonna direktiivi artikli 2 punkti c sõnastus ega selles direktiivis ette nähtud süsteem Euroopa Kohut tõlgendama mõistet „osaline reprodutseerimine“ selle sätte tähenduses täht-tähelt nii, et see hõlmab mis tahes väljavõtet fonogrammist (kohtuotsus Pelham I (punktid 29 ja 30)). Tegelikult ei nõustunud Euroopa Kohus niisuguse tähttähelise käsitusega ja lähtus hoopis teleoloogilisest tõlgendusest autoritele nende teoste suhtes antud reprodutseerimisõiguste kohta. Seal tõlgendas ta mõistet „osaline reprodutseerimine“ infoühiskonna direktiivi artikli 2 punkti a tähenduses nii, et see ei hõlma iga väljavõtet teosest, vaid ainult niisuguseid, mis jagavad terviku „algupärasust“.

179 Nagu ta tegi näiteks DSM-direktiivi artikli 15 lõikes 1 seoses ajakirjandusväljaannete kirjastajatele antud kaasneva õigusega nende väljaannete kasutamiseks internetis infoühiskonna teenuste osutajate poolt.

majandusliku investeeringu kaitsmist. On muid, isiklikumaid ja põhimõttelisemaid põhjusi, mis seovad autorit tema loomingu viljadega, ja pakuvad seletust, miks ta õigustatult soovib öelda oma sõna seoses selle taaskasutamisega teiste loovisikute poolt.[180]

128. Õigupoolest seab teose taaskasutamine uues loomingus seega vastamisi *kaks loovisikut* kahe teineteisele vastanduva nõudega, mis puudutavad kunstivabadust, ja näivad esmapilgul olevat demokraatlikus ühiskonnas sarnase kaaluga, mis muudab nende konkureerivate huvide kooskõlastamise iseäranis keeruliseks. See õigustab selles osas liidu seadusandja *eriti* laia kaalutlusõiguse tunnustamist.

129. Minu arvates on infoühiskonna direktiiviga ette nähtud abstraktne „tasakaal“ süsteemsel tasandil üldiselt „õiglane“, kuigi vastavate nõuete täpne kaal võib olla konkreetsel juhtumil erinev, nagu on märgitud eespool punktis 107. Infoühiskonna direktiivi artikli 2 punktiga a autoritele nende teoste suhtes antud reprodutseerimisõiguse ulatus, ehkki see avaldab oma mõju kunstivormidele, mis põhinevad taaskasutamisel ja igapäevasel kommunikatsioonil internetis,[181] ei ületa selle põhjendatust, sest see piirdub teoste „algupäraste“ osade kopeerimisega, jättes igaühele vabaduse taaskasutada neid elemente, mis ei ole autori enda looming, nagu on selgitatud käesoleva ettepaneku punktis 26. Samuti jätavad tsiteerimist, paroodiat ja pastišši käsitlevad erandid ruumi olemasolevate teoste viiteliseks/dialoogilaadseks ja jäljendavaks kasutamiseks ning isegi nende teisekspööramiseks humoristlikel või satiirilistel eesmärkidel.[182] See ei tähenda, et praeguses süsteemis saavutatud „tasakaal“ on ainus mõeldav, nagu selgitan järgmises jaos.

3. *Soovitav areng* de lege ferenda

130. Sageli märgitakse, et kirjandus- ja kunstiomandit käsitlevate liidu õigusnormide lõppeesmärk on loomingu, tootmise ja teabe, teadmiste ja kultuuri edendamine.[183] Loogiliselt peaksid ainuõigused ning erandid ja piirangud olema kujundatud seda lõppeesmärki silmas pidades.

131. Sellega seoses võib olla soovitav muuta seda süsteemi paindlikumaks seoses kaitstud materjali kunstilise (või isegi kommunikatiivse) taaskasutamisega. See oleks paremas kooskõlas mitmesuguste kaasaegsete liikumiste, nagu hiphop, vajadustega. On vähemalt küsitav, kas see žanr oleks olnud nii edukas, nagu see 1980. aastatel oli, kui autoritele ja tootjatele antud õigusi, mis on sätestatud infoühiskonna direktiivis, oleks kohaldatud täht-tähelt. Sama kehtib mitmete käesoleva ettepaneku punktis 32 toodud ajalooliste näidete kohta. Vaevalt on uute kunstivormide kujunemise takistamine ühiskondlikult soovitav tulemus. See süsteem saaks olla paremas kooskõlas ka interneti toimimise ja seal kujunevate suundumustega. Kasutajate loodud infosisu on selles aspektis oluline ühiskondlik nähtus. Siiski ei paku süsteem oma praegusel kujul selleks sihipäraseid lahendusi. Paljud väärtuslikud tuletatud väljendused eksisteerivad internetis teatavas mõttes hallil alal, peamiselt seetõttu, et õiguste omajad neid kaudselt sallivad (või ei suuda neid kõiki tegelikult kontrolli all hoida). Võib väita, et neid loovuse vorme tuleks samuti toetada. See ei

180 See kajastub autoritele rahvusvahelise ja riigisisese õiguse kohaselt antud isiklikes õigustes (vt käesoleva ettepaneku 54. joonealune märkus).

181 Paljud meemid, GIFid, *mashup*'id, sämplid (jne) rikuvad peale tootjate ja ringhäälinguettevõtjate kaasnevate õiguste ka autoriõigust, sest nad sisaldavad teoste „algupäraseid“ osi.

182 Sellest hoolimata ei saa välistada erandlike asjaolude (mida seadusandja ei ole ette näinud) esinemist, kus autoriõigus võib kujutada endast ebaproportsionaalset sõnavabaduse riivet, mistõttu võib kohus lubada sellel vabadusel põhinevat kasutust (vt selle kohta kohtujurist Szpunari ettepanek kohtuasjas *Pelham I*, punkt 98).

183 Vt infoühiskonna direktiivi põhjendused 9–11 ja 14.

ole üksnes sotsiaalse osaluse, vaid on ka kunstilise mitmekesisuse küsimus. Lõppkokkuvõttes esineb ka oht, et nii loojad kui ka üldsus selle süsteemi tagasi lükkavad, kui liiga jäiku eeskirju muutuva keskkonnaga ei kohandata.

132. Sellega seoses võib olla abi kaitstud materjali kunstilist taaskasutamist käsitlevast erandist (nagu „vaba kasutamise“ klausel Saksamaa õiguses), mis võimaldab poolte õigusi ja huve juhtumhaaval tasakaalustada. See toetaks väga loomingulisi ja seega ühiskondlikult väärtuslikke kunstilise taaskasutamise olukordi (hoides samal ajal vaos inspiratsioonita kopeerimist). Ette võiks näha ka piiritletud sundlitsentside või kohustusliku tasu [184] süsteemi, et loovisikuid teatavatel juhtudel toetada. Niisugune paindlik ja avatud erand tagaks ka, et kirjandus- ja kunstiomandi süsteem kohaneb aegsasti praeguste ja tulevaste ühiskondlike ja tehnoloogiliste muutustega. Majanduslikust seisukohast peaks see, et paljud maailma riigid on niisuguse klausli vastu võtnud, leevendama muret selle pärast, et niisugune klausel „hävitaks“ Euroopa Liidu kultuuritööstuse. [185] Igal juhul oleks selliste mehhanismide kehtestamine liidu seadusandja ülesanne. [186]

V. Ettepanek

133. Kõikidel nendel kaalutlustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesgerichtshofi (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2001. aasta direktiivi 2001/29/EÜ autoriõiguse ja sellega kaasnevate õiguste teatavate aspektide ühtlustamise kohta infoühiskonnas artikli 5 lõike 3 punkti k

   tuleb tõlgendada nii, et mõiste „pastišš“ selle sätte tähenduses hõlmab kunstilist loomingut, mis i) seostub olemasoleva teosega, võttes üle selle iseloomulikku „esteetikakeelt“, ii) sisaldades samas märgatavaid erinevusi jäljendatavast allikmaterjalist, ja iii) on mõeldud olema jäljendusena äratuntav. Selle varjamata stiililise jäljendamise eesmärk ei puutu seevastu asjasse. Teostest vm materjalist võetud kaitstud elementide, sealhulgas fonogrammidest võetud sämplite kasutamine kuulub vastava erandi kohaldamisalasse, kui selle tulemusel tekkinud kunstilisel loomingul on need olulised tunnused.

2. Direktiivi 2001/29 artikli 5 lõike 3 punkti k tuleb tõlgendada nii, et

184 Nagu isiklikuks otstarbeks kopeerimise eest tagatud „õiglane hüvitis“ (vt infoühiskonna direktiivi artikli 5 lõike 2 punkt a). Samuti oleks seoses teoste taaskasutamisega tagatud autori isiklik õigus teose terviklikkusele, nagu see on ette nähtud Berni konventsioonis, kui autoril oleks lubatud takistada vaid niisugust taaskasutamist, mis haavaks tema au või mainet. Õigus autorsusele oleks tagatud sellega, et tulevased loojad on kohustatud viitama oma allikatele, mis näib täiesti mõistlik.

185 Vt Geiger, C., „Freedom of artistic creativity and copyright law – a compatible combination?“, *UC Irvine Law Review*, 8. kd, 3. väljaanne, 2018, lk 413–458; McDonagh, L. T., „Is the creative use of musical works without licence acceptable under copyright law“, *International Review of Intellectual property and Competition Law*, 43. kd, nr 4, 2012, lk 401–426; eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Senftleben, M., lk 751–769; eespool 56. joonealuses märkuses viidatud Westkamp, G.; eespool 79. joonealuses märkuses viidatud Döhl, F., lk 387, 417, 440–443.

186 Selleks et oleks täidetud kolmeastmeline kriteerium, mis on ette nähtud mitmes Euroopa Liidule siduvas rahvusvahelises aktis ja mis piirab uute erandite loomist autoriõigusest või sellega kaasnevatest õigustest (vt Berni konventsiooni 9. artikli lõige 2; TRIPS-lepingu artikkel 13; WIPO autoriõiguse lepingu artikli 10 lõiked 1 ja 2 ning WIPO esituste ja fonogrammide lepingu artikli 16 lõiked 1 ja 2), ning et oleks konkreetselt astutud „erijuhtumitega“ seotud samm, peaks niisugune erand olema piiritletud vajalike ja piisavate tingimustega. Seda, kas kasutamisviis vastab ülejäänud kahele kriteeriumile (puudub „vastuolu teose või objekti tavapärase kasutamisega“ ja õiguste omajate „õigustatud huvide suhtes ei teki ebamõistlikku kahju“), saaksid kohtunikud kontrollida iga kord eraldi.

kaitstud teose või muu materjali kasutamist tuleb pidada kasutamiseks „pastišis“ selle sätte tähenduses, kui selle kasutamise „pastišlik“ laad on äratuntav isikule, kes tunneb taaskasutatavat kaitstud materjali ja kellel on „pastiši“ tajumiseks vajalik intellektuaalne võimekus.