



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 12 grudnia 2018 r.¹

Sprawa C-476/17

**Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
przeciwko
Ralfowi Hütterowi,
Florianowi Schneiderowi-Eslebenowi**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Prawo autorskie i prawa pokrewne – Prawo do zwielokrotniania – Zwielokrotnianie drobnych fragmentów fonogramu (samplerowanie) – Swobodne wykorzystanie utworu – Uwzględnienie praw podstawowych ustanowionych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej

Wprowadzenie

1. Samplerowanie (próbkiowanie) to technika polegająca na pobieraniu przy użyciu urządzeń elektronicznych fragmentów („sampli” lub „próbek”, stąd nazwa techniki) fonogramu w celu wykorzystania ich jako nowego elementu innego fonogramu. Podczas ponownego wykorzystania fragmenty te są często miksowane, modyfikowane lub zapętlane, w wyniku czego są w nowym dziele rozpoznawalne w różnym stopniu. Należy także odnotować, że mogą być to fragmenty różnej długości, od mniej niż jednej sekundy do kilkudziesięciu sekund. Samplerowanie jest zatem zjawiskiem wielopłaszczyznowym, co oczywiście nie ułatwia jego kwalifikacji prawnej².

2. Chociaż ponowne wykorzystanie przez kompozytorów poprzednich utworów jest prawdopodobnie tak stare, jak stara jest muzyka, samplerowanie jest nowym zjawiskiem, możliwym dzięki nowoczesnym technikom rejestracji i obróbki dźwięku, w pierw analogowym, a obecnie cyfrowym. W przeciwieństwie bowiem do włączenia fragmentu innego utworu muzycznego do kompozycji nowego dzieła koncepcja samplerowania polega na pobraniu bezpośrednio dźwięków fonogramu, czyli dzieła wykonanego i zarejestrowanego, w celu włączenia ich do fonogramu zawierającego nowy utwór. W ten sposób samplerowanie jest zjawiskiem charakterystycznym dla nagrań muzycznych utrwalonych w formie fonogramów. Innymi słowy, skopiowanie fragmentu zapisu nutowego utworu muzycznego w celu włączenia go do zapisu nutowego nowego dzieła, a następnie odegranie tych nut, nie jest samplerowaniem.

¹ Język oryginału: francuski.

² Zobacz w szczególności P. Piesiewicz, Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne „samplingu”), *Państwo i prawo*, nr 3/2006.

3. Chociaż samplowanie może być wykorzystywane w dowolnym rodzaju muzyki, jest szczególnie ważne dla gatunków muzycznych hip-hop i rap, które pojawiły się w latach 70. w uboższych dzielnicach Nowego Jorku (Stany Zjednoczone)³. Muzyka ta ma swoje źródła w praktyce *didżejów* (*disc jockey*), którzy łączyli, modyfikowali i miksowali dźwięki pochodzące z nagrań muzycznych zarejestrowanych na płytach winylowych. W ramach tej praktyki powstawały prawdziwe odrębne utwory pochodne. W związku z tym samplowanie stanowi podstawę tych gatunków muzycznych. Niektóre utwory mogą nawet być tylko mieszkankami sampli.

4. Niezależnie od znaczenia jego roli w nowej twórczości muzycznej samplowanie stanowi istotny problem prawny, zwłaszcza od czasu, gdy hip-hop opuścił ulice Bronxu i wszedł do głównego nurtu, stając się ważnym źródłem dochodów dla jego autorów, wykonawców i producentów. Trudności w ocenie prawnej tego zjawiska wynikają z faktu, że nie chodzi tu o stosunek jednego utworu do innego, który jest klasyczny w prawie autorskim, ale fonogramu, czyli produktu handlowego, do utworu, będącego dziełem artystycznym. Wykorzystując samplowanie, artysta nie tylko inspirował się cudzą twórczością, lecz również przywłaszcza sobie owoc wysiłku i inwestycji włożonych w publikację fonogramu. Taki układ, całkowicie nowy w prawie autorskim⁴, wprowadza do dyskusji czynniki takie jak z jednej strony prawa pokrewne producentów fonogramów, a z drugiej strony swoboda twórcza artystów stosujących samplowanie.

5. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, który wprowadza kwestię samplowania w obręb prawa Unii, jest wynikiem długiej krajowej sagi sądowej⁵, w której wypowiedziały się już dwa spośród najwyższych sądów niemieckich. Obecnie do zabrania głosu w tej debacie, w której wolność artystyczna „typu postmodernistycznego” ściera się ze starym dobrym prawem własności, został wezwany Trybunał.

Ramy prawne

Prawo Unii

6. Artykuł 2 lit. c) dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym⁶ stanowi:

„Państwa członkowskie przewidują wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego zwielokrotniania utworu, przy wykorzystaniu wszelkich środków i w jakiegokolwiek formie, w całości lub częściowo:

[...]

c) dla producentów fonogramów – w odniesieniu do ich fonogramów;

[...]”.

3 Na temat historii hip-hopu i rapu zob. T.M. Evans, *Sampling, Looping, and Mashing... Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 21, nr 4, s. 843.

4 Chociaż jedna z pierwszych spraw dotyczących samplowania, *Grand Upright Music Ltd przeciwko Warner Bros. Records Inc.*, w której wyrok wydał United States District Court for the Southern District of New York (federalny sąd Stanów Zjednoczonych dla okręgu Nowy Jork południe, Stany Zjednoczone), sięga roku 1991.

5 Powództwo w pierwszej instancji w postępowaniu głównym zostało wniesione w dniu 8 marca 1999 r.

6 Dz.U. 2001, L 167, s. 10.

7. Zgodnie z art. 5 ust. 3 lit. d), k) i o) i art. 5 ust. 5 tej dyrektywy:

„3. Państwa członkowskie mogą przewidzieć wyjątki lub ograniczenia w odniesieniu do praw określonych w art. 2 i 3 w następujących przypadkach:

[...]

- d) cytowania do celów takich jak słowa krytyki lub recenzji, o ile dotyczy ono utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną, który został już prawnie podany do publicznej wiadomości, o ile zostanie podane źródło, łącznie z nazwiskiem autora, poza przypadkami, w których okaże się to niemożliwe, oraz o ile korzystanie odbywa się zgodnie z uczciwymi praktykami i w rozmiarze usprawiedliwionym przez szczególny cel;

[...]

- k) korzystania do celów karykatury, parodii lub pastiszu;

[...]

- o) korzystania w niektórych innych przypadkach o mniejszym znaczeniu, jeśli wyjątki lub ograniczenia są już przewidziane w prawie krajowym i o ile dotyczy jedynie analogowych form korzystania i nie narusza swobodnego obrotu towarów i usług na obszarze Wspólnoty, bez naruszania innych wyjątków i ograniczeń zawartych w niniejszym artykule.

[...]

5. Wyjątki i ograniczenia przewidziane w ust. 1, 2, 3 i 4 powinny być stosowane tylko w niektórych szczególnych przypadkach, które nie naruszają normalnego wykorzystania dzieła lub innego przedmiotu objętego ochroną ani nie powodują nieuzasadnionej szkody dla uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich”.

8. Artykuł 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej⁷ stanowi:

„1. Państwa członkowskie ustanawiają wyłączne prawo udostępniania przedmiotów ochrony określonych w lit. a)–d) i ich kopii w drodze sprzedaży lub w inny sposób (zwane dalej »prawem rozpowszechniania«) na rzecz:

[...]

- b) producentów fonogramów w stosunku do ich fonogramów;

[...]”.

9. Zgodnie z art. 10 ust. 2 akapit pierwszy tej dyrektywy:

„2. Bez względu na ust. 1 każde państwo członkowskie może ustanowić tego samego rodzaju ograniczenia w zakresie ochrony [artystów] wykonawców, producentów fonogramów, organizacji nadawczych i producentów pierwszych zapisów filmów, jakie przewidziane są dla ochrony prawa autorskiego w zakresie utworów literackich i artystycznych”.

⁷ Dz.U. 2006, L 376, s. 28.

Prawo niemieckie

10. Dyrektywy 2001/29 i 2006/115 zostały transponowane do prawa niemieckiego w Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych) z dnia 9 września 1965 r. (zwanej dalej „UrhG”). Prawa producentów fonogramów są chronione na podstawie § 85 ust. 1 tej ustawy.

11. Paragraf 24 UrhG zawiera ogólny wyjątek od prawa autorskiego, który brzmi następująco:

„1. Utwór samoistny, który został stworzony poprzez swobodne wykorzystanie utworu innej osoby, może zostać opublikowany bez zgody autora wykorzystanego utworu.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania do korzystania z utworu muzycznego w taki sposób, że melodia pochodząca z jednego utworu stanowi w sposób czytelny podstawę nowego utworu”.

Okoliczności faktyczne, przebieg postępowania i pytania prejudycjalne

12. Ralf Hütter i Florian Schneider-Esleben, powodowie w pierwszej instancji i pozwani w postępowaniu rewizyjnym (Revision) w postępowaniu głównym (zwani dalej „pozwanymi”) są członkami zespołu muzycznego Kraftwerk. W 1977 r. zespół ten opublikował fonogram zawierający utwór pt. *Metall auf Metall*. Pozwani są producentami tego fonogramu, ale także wykonawcami tego utworu, a R. Hütter jest także jego autorem (kompozytorem).

13. Pelham GmbH, spółka prawa niemieckiego, strona pozwana w pierwszej instancji i wnosząca skargę rewizyjną (Revision) w postępowaniu głównym, jest producentem fonogramu zawierającego utwór pt. *Nur mir* wykonywany, między innymi, przez piosenkarkę Sabrinę Setlur. Autorami tego utworu są Moses Pelham i Martin Haas, również pozwani w pierwszej instancji i wnoszący skargę rewizyjną (Revision) w postępowaniu głównym.

14. Pozwani podnoszą, że spółka Pelham oraz M. Pelham i M. Haas (zwani dalej łącznie „skarżącymi”) skopiowali za pomocą techniki samplowania blisko dwie sekundy sekwencji rytmicznej utworu *Metall auf Metall* i włączyli je w postaci kolejnych powtórzeń do utworu *Nur mir*. Ich zdaniem skarżący naruszyli w ten sposób prawo pokrewne, które przysługuje im jako producentom rzeczzonego fonogramu. Tytułem żądania ewentualnego pozwani powołują się na prawa własności intelektualnej, które przysługują im jako artystom wykonawcom, oraz naruszenie praw autorskich R. Hüttera do utworu muzycznego. Tytułem dalszego żądania ewentualnego pozwani podnoszą naruszenie prawa konkurencji. Postępowanie przed sądem odsyłającym dotyczy jednak jedynie praw pozwanych jako producentów fonogramu.

15. Pozwani wniesli o nakazanie zaprzestania naruszenia, przyznanie odszkodowania, przekazanie informacji i przekazanie fonogramów w celu ich zniszczenia. Sąd pierwszej instancji uwzględnił żądania pozwu, a apelacja wniesiona przez skarżących została oddalona. W następstwie złożenia skargi rewizyjnej (Revision) przez skarżących wyrok wydany przez sąd odwoławczy został uchylony przez sąd odsyłający wyrokiem z dnia 20 listopada 2008 r., a sprawa została przekazana sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania. Sąd odwoławczy ponownie oddalił apelację wniesioną przez skarżących. Po ponownym wniesieniu skargi rewizyjnej (Revision) przez skarżących sąd odsyłający oddalił tym razem ową skargę wyrokiem z dnia 13 grudnia 2012 r. Wyrok ten został uchylony przez Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny, Niemcy)⁸, który przekazał sprawę do sądu odsyłającego.

⁸ Wyrok z dnia 31 maja 2016 r., 1 BvR 1585/13.

16. W tych okolicznościach Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy dochodzi do naruszenia wyłącznego prawa producenta fonogramów do zwielokrotniania jego fonogramu na podstawie art. 2 lit. c) dyrektywy [2001/29], gdy z jego fonogramu zostały pobrane minimalne urywki dźwiękowe, które zostały przeniesione do innego fonogramu?
- 2) Czy fonogram, który zawiera przeniesione z innego fonogramu minimalne urywki dźwiękowe, stanowi kopię innego fonogramu w rozumieniu art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy [2006/115]?
- 3) Czy państwa członkowskie mogą ustanowić przepis – taki jak § 24 ust. 1 [UrhG] – który precyzuje, że zakres ochrony wyłącznego prawa producenta fonogramów do zwielokrotniania [art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29] i rozpowszechniania [art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115] jego fonogramu jest ograniczony w swej istocie w taki sposób, że samodzielny utwór stworzony poprzez swobodne wykorzystanie jego fonogramu może być przedmiotem eksploatacji bez jego zgody?
- 4) Czy utwór lub inny przedmiot ochrony w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy [2001/29] jest używany dla celów cytowania, gdy nie jest rozpoznawalne, że został wykorzystany cudzy utwór lub inny przedmiot ochrony?
- 5) Czy przepisy prawa Unii dotyczące prawa producenta fonogramów do zwielokrotniania i rozpowszechniania [art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 i art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115] oraz wyjątków lub ograniczeń odnoszących się do tych praw (art. 5 ust. 2 i 3 dyrektywy 2001/29 i art. 10 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2006/115) pozostawiają zakres swobody w ramach ich transpozycji do prawa krajowego?
- 6) W jaki sposób przy określaniu zakresu ochrony wyłącznego prawa producenta fonogramów do zwielokrotniania [art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29] i rozpowszechniania [art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115] jego fonogramu oraz zakresu wyjątków lub ograniczeń odnoszących się do tych praw (art. 5 ust. 2 i 3 dyrektywy 2001/29 i art. 10 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2006/115) należy uwzględnić prawa podstawowe wynikające z Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [zwanej dalej »kartą praw podstawowych«]?”.

17. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 4 sierpnia 2017 r. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez strony w postępowaniu głównym, rządy niemiecki, francuski i Zjednoczonego Królestwa oraz przez Komisję Europejską. Ci sami zainteresowani byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 3 lipca 2018 r.

Analiza

18. W niniejszej sprawie Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) zwraca się do Trybunału z szeregiem pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni prawa Unii w dziedzinie prawa autorskiego i praw pokrewnych, a także w dziedzinie praw podstawowych, w okolicznościach takich jak te zaistniałe w postępowaniu głównym. Przeanalizuję te pytania w kolejności, w jakiej zostały zadane.

W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

19. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że pobranie fragmentu fonogramu w celu użycia go w innym fonogramie (samplerowanie) stanowi naruszenie wyłącznego prawa producenta pierwszego fonogramu do zezwalania na zwielokrotnianie jego fonogramu lub zabrania takiego zwielokrotniania w rozumieniu tego przepisu, jeśli owo pobranie nastąpiło bez jego zgody.

20. Zainteresowani, którzy przedstawili uwagi w niniejszej sprawie, zajęli w tym względzie stanowiska rozbieżne. O ile pozwani i rząd francuski proponują udzielić na to pytanie odpowiedzi twierdzącej, o tyle pozostałe rządy oraz Komisja proponują jednak odpowiedzieć na nie przecząco. Wydaje mi się, że przed dokonaniem analizy poszczególnych argumentów warto zbadać pewną kwestię wstępną.

Uwaga wstępna – zakres czasowy stosowania dyrektywy 2001/29

21. Sąd odsyłający zwraca uwagę, że dyrektywa 2001/29, zgodnie z jej art. 10, ogranicza swój zakres stosowania w czasie do czynności dokonanych po dniu 22 grudnia 2002 r., podczas gdy sporny w postępowaniu głównym fonogram, zawierający utwór pt. *Nur mir*, opublikowano w 1997 r.

22. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 10 ust. 1 dyrektywy 2001/29 dyrektywa ta ma zastosowanie do wszystkich utworów i innych przedmiotów, które były chronione przez prawo państw członkowskich w dniu 22 grudnia 2002 r., co ma miejsce w przypadku fonogramu należącego do pozwanych.

23. Prawdą jest, że zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy 2001/29 stosuje się ją bez uszczerbku dla czynów dokonanych i praw uzyskanych przed tą datą. Prawdą jest także, iż Trybunał orzekł na podstawie tego przepisu, że czyny stanowiące wykorzystanie utworów i innych przedmiotów objętych ochroną mające miejsce przed tą datą nie są objęte ową dyrektywą⁹. Niemniej jednak zdaniem sądu odsyłającego fonogram rozpatrywany w postępowaniu głównym był przedmiotem czynów stanowiących jego wykorzystanie również po dniu 22 grudnia 2002 r. Dyrektywa 2001/29 ma zatem zastosowanie do tych czynów.

24. Po wyjaśnieniu tej kwestii zajmę się teraz analizą pierwszego pytania prejudycjalnego co do istoty.

Analiza istoty sprawy

25. Między stronami w postępowaniu głównym bezsporne jest, że skarżący skopiowali fragment sekwencji rytmicznej fonogramu utworu *Metall auf Metall* o długości około dwóch sekund i włączyli go w postaci zapętlonej, z minimalnymi zmianami i w łatwo rozpoznawalnej postaci, jako sekwencję rytmiczną do fonogramu utworu *Nur mir*¹⁰.

26. Jest moim zdaniem oczywiste, że taki akt stanowi zwielokrotnianie w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2001/29, ponieważ przepis ten dotyczy – przypominam – wszelkiego „bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego zwielokrotniania [...], przy wykorzystaniu wszelkich środków i w jakiejkolwiek formie, w całości lub częściowo” chronionego przedmiotu. W przypadku samplerowania mamy do czynienia ze zwielokrotnieniem (najczęściej) bezpośrednim, stałym, przy wykorzystaniu środków cyfrowych i w takiej formie, części fonogramu. Wydaje się zatem dość jasne, że akt ten stanowi naruszenie przysługującego producentom danego fonogramu prawa do zezwalania na takie zwielokrotnienie lub jego zabrania, gdy jest ono dokonywane bez ich zgody.

⁹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 27 czerwca 2013 r., VG Wort i in. (od C-457/11 do C-460/11, EU:C:2013:426, pkt 1 sentencji).

¹⁰ Należy zauważyć, że ów ostatni utwór istnieje w różnych wersjach. Odnoszę się tutaj do wersji podstawowej, zatytułowanej po prostu *Nur mir*.

27. Jednakże skarżący w postępowaniu głównym, niektóre rządy, które przedstawiły swoje uwagi, oraz Komisja podnoszą szereg argumentów w celu wykazania, że rzeczzone prawo producentów powinno być ograniczone w taki sposób, aby czynności zwielokrotniania, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie wchodziły w zakres tego prawa wyłącznego.

– *Próg de minimis*

28. Rzeczzone zainteresowane podmioty wskazują, po pierwsze, na analogię do orzecznictwa Trybunału w sprawie ochrony fragmentów utworów na podstawie prawa autorskiego. Trybunał orzekł bowiem, że ochrona na podstawie prawa autorskiego dotyczy utworów jako wyrazów twórczości intelektualnej ich autorów. W związku z tym fragmenty utworów mogą być chronione prawem autorskim, pod warunkiem że zawarte są w nich określone elementy stanowiące wyraz własnej twórczości intelektualnej autora danego utworu¹¹. Ponieważ prawa producentów fonogramów chronią nie tyle twórczość intelektualną, co inwestycję finansową, niektóre zainteresowane strony twierdzą w niniejszej sprawie, że prawo to może chronić wyłącznie fragmenty fonogramów wystarczająco długie, aby reprezentować ową inwestycję. W związku z tym ich zdaniem pobieranie bardzo krótkich fragmentów w przypadku samplowania nie narusza interesów finansowych producentów fonogramów i nie należy do zakresu ich praw wyłącznych. A zatem zdaniem niektórych z nich ochrona praw producentów fonogramów podlega progowi „de minimis”, tak jak ochrona praw autorów.

29. Wydaje mi się, że rozumowanie to opiera się na błędnym odczytaniu wskazanego powyżej orzecznictwa Trybunału. Jeśli chodzi o wyrok w sprawie Infopaq International, Trybunał stwierdził, że utwory literackie w tej sprawie składały się ze słów, które rozpatrywane odrębnie nie są objęte ochroną prawa autorskiego. Dopiero ich oryginalne połączenie jest chronione jako twórczość intelektualna autora utworu¹². Wniosek ten jest oczywisty: autor utworu literackiego nie może zawłaszczyć sobie słów ani wyrażen potocznych, podobnie jak kompozytor nie może rościć sobie prawa wyłącznego do nut, a malarz – prawa do barw. Jednak w żaden sposób nie stanowi to wyrazu uznania progu de minimis w ochronie utworów na podstawie prawa autorskiego, lecz stanowi po prostu wynik definicji utworu w rozumieniu prawa autorskiego jako twórczości intelektualnej jego autora. Skoro Trybunał orzekł w tym wyroku, że zwielokrotnienie ograniczonego jedynie do jedenastu słów wycinka z artykułu prasowego może potencjalnie mieścić się w zakresie prawa wyłącznego ustanowionego w art. 2 dyrektywy 2001/29¹³, to trudno tu dostrzec uznanie jakiegokolwiek progu de minimis.

30. Zaprezentowane przez Trybunał rozumowanie dotyczące fragmentów utworu nie może jednak zostać zastosowane w odniesieniu do fonogramów. Fonogram nie stanowi bowiem twórczości intelektualnej składającej się z kompozycji elementów takich jak słowa, dźwięki, kolory, itd. Fonogram to utrwalenie dźwięków, które jest chronione nie z powodu połączenia tych dźwięków, lecz z racji jego utrwalenia. W efekcie, o ile w przypadku utworu można rozróżnić elementy, które nie są chronione, takie jak słowa, dźwięki, kolory, itd., oraz przedmiot podlegający ochronie w formie oryginalnego połączenia tych elementów, o tyle takie rozróżnienie nie jest możliwe w przypadku fonogramu. Fonogram nie składa się z małych niechronionych części: jest on chroniony jako niepodzielna całość. Ponadto w przypadku fonogramu nie istnieje żaden wymóg oryginalności, ponieważ fonogram, w przeciwieństwie do utworu, jest chroniony nie z powodu swojego twórczego charakteru, ale z uwagi na inwestycję finansową i nakłady organizacyjne. Innymi słowy, dźwięk ani słowo nie mogą zostać zmonopolizowane przez autora poprzez fakt umieszczenia ich w utworze. Natomiast od momentu ich zarejestrowania ten sam dźwięk wykonany przez muzyka lub to samo słowo odczytane na głos stanowi fonogram, który jest objęty ochroną prawa pokrewnego prawu autorskiemu. Zwielokrotnianie takiego nagrania wchodzi zatem w zakres wyłącznego prawa producenta tego fonogramu. Każdy ma jednak swobodę odtworzenia tego samego dźwięku samodzielnie.

¹¹ Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 39, a także pkt 1 sentencji).

¹² Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 44–46).

¹³ Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 1 sentencji).

31. Prawdą jest, że podobna koncepcja progu de minimis została rozwinięta w odniesieniu do samplowania w orzecznictwie sądów Stanów Zjednoczonych Ameryki¹⁴. Jest to jednak otoczenie prawne radykalnie odmienne od prawa kontynentalnego i prawa Unii. W prawie amerykańskim fonogramy są bowiem chronione przez *copyright* tak samo jak utwory i inne przedmioty. Wymaga się zatem, aby posiadały minimalny stopień oryginalności. Istnienie progu de minimis jest powszechnie uznane w przypadku wszystkich tych przedmiotów chronionych od XIX wieku, a próg ten stanowi jedno z kryteriów oceny do celów stosowania ogólnego wyjątku *fair use*¹⁵. Rozumowania przyjętego przez sądy amerykańskie nie można zatem moim zdaniem przenieść na grunt prawa Unii.

32. Ponadto uważam, że próg de minimis stwarza poważne trudności praktyczne w stosowaniu. Wpierw konieczne byłoby ustalenie tego progu. Czy powinien mieć on tylko charakter ilościowy (czas trwania skopiowanego fragmentu) czy też jakościowy (znaczenie fragmentu dla danego utworu)? Następnie, czy próg ten miałby być mierzony względem fonogramu źródłowego, utworu docelowego, czy też obydwu? Jeśli wziąć za przykład fonogramy będące przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym, fragment pobrany przez skarżących trwa około dwóch sekund. Wydawałoby się zatem a priori, że może on znajdować się poniżej progu de minimis, jak utrzymują niektóre zainteresowane strony w niniejszej sprawie. Należy jednak zauważyć, że rozpatrywane fonogramy zawierają utwory należące do dwóch gatunków muzycznych – muzyki elektronicznej w przypadku *Metall auf Metall* i rap w przypadku *Nur mir* – w których rytm odgrywa kluczową rolę w kompozycji utworu. Tymczasem kopiując sekwencję rytmiczną z tytułu *Metall auf Metall* i wprowadzając ją w zapętlonej postaci do tytułu *Nur mir*, skarżący faktycznie skopiowali istotną część pierwszego fonogramu i stworzyli z niej całość sekcji rytmicznej swojego utworu¹⁶. Zgodnie z podejściem jakościowym z pewnością przekraczałoby to każdy rodzaj progu de minimis. Aby się o tym przekonać, wystarczyłoby usunąć z obu fonogramów tę sekwencję rytmiczną i wysłuchać pozostałej części. Zastosowanie progu de minimis prowadziłoby zatem nieuchronnie do rozbieżności w orzecznictwach krajowych i podważyłoby główny cel dyrektywy 2001/29, którym jest harmonizacja prawa autorskiego państw członkowskich.

33. Wreszcie błędne jest moim zdaniem ograniczenie uzasadnionych interesów finansowych producentów fonogramów do ochrony przed piractwem, czyli przed rozpowszechnianiem lub publicznym udostępnianiem ich fonogramów jako takich. Producenci ci mogą bowiem wykorzystywać fonogramy w inny sposób niż poprzez sprzedaż ich kopii, na przykład poprzez zezwalanie na samplowanie i czerpanie z tego dochodów. Fakt, że prawo tych producentów do ich fonogramów ma chronić ich inwestycje finansowe, nie stoi zatem na przeszkodzie temu, by prawo to obejmowało również zastosowania takie jak samplowanie. Ponadto, skoro ustawodawca postanowił przyznać producentom, jako instrument ochrony ich interesów finansowych, wyłączone prawo do zezwalania na zwielokrotnianie ich fonogramów, także częściowe, lub do zakazywania takiego zwielokrotniania, nielogiczne byłoby w moim przekonaniu kwestionowanie owego wyboru pod pretekstem, że takie prawo nie odpowiada zamierzonemu celowi.

– *Poziom ochrony równy poziomowi ochrony utworów*

34. Po drugie, niektóre zainteresowane strony, które przedstawiły uwagi w niniejszej sprawie, podnoszą, ponownie powołując się na wyrok Infopaq International¹⁷, że producenci fonogramów nie mogą korzystać z ochrony szerszej niż ochrona przyznawana autorom. Argument ten nie przekonuje mnie jednak, i to z dwóch powodów.

¹⁴ Zobacz w szczególności wyrok United States Court of Appeals, 9th Circuit (sąd apelacyjny Stanów Zjednoczonych dla 9. okręgu, Stany Zjednoczone), z dnia 2 czerwca 2016 r., VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

¹⁵ Zobacz art. 107 Copyright Law of the United States (ustawy o prawie autorskim Stanów Zjednoczonych).

¹⁶ Do tego samego wniosku doszedł, według informacji zawartych we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, sąd odwoławczy w postępowaniu głównym, którego zdaniem sporny fragment stanowi „dominującą część” dzieła *Metall auf Metall* i występuje w dziele *Nur mir* w sposób ciągły.

¹⁷ Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

35. Z jednej strony, podobnie jak argument dotyczący progu de minimis, argument ten jest moim zdaniem oparty na błędnym rozumieniu znaczenia powyższego wyroku. W wyroku tym Trybunał zdefiniował pojęcie „utworu” w rozumieniu prawa autorskiego Unii, stwierdzając, że stanowi on własną twórczość intelektualną autora. To samo kryterium ochrony należy stosować do fragmentów utworu, z wyłączeniem ochrony tych jego elementów, które w sposób oczywisty powinny pozostać w domenie publicznej, takich jak odrębne słowa lub wyrażenia potoczne. W żadnym wypadku nie chodzi zatem o ograniczenie ochrony, ale o określenie jej przedmiotu. W przypadku fonogramów fakt, że przedmiot ochrony jest inny, nie oznacza, że ochrona wykracza poza ochronę ustanowioną dla utworów. Zarówno utwory, jak i fonogramy są chronione w całości.

36. Z drugiej strony prawo do ochrony fonogramu jest prawem istniejącym i wykonywanym całkowicie niezależnie od ochrony utworu zawartego ewentualnie w tym fonogramie. O ile bowiem większość fonogramów zawiera utrwalone wykonania utworów chronionych prawem autorskim, o tyle istnieją jednak również inne sytuacje. Na przykład, fonogram może zawierać utrwalenie wykonania utworu, którego ochrona wygasła, lub dźwięków, które nie są w ogóle utworem, takich jak dźwięki natury. Taki fonogram stanowi samoistny przedmiot ochrony. Potwierdza to zresztą definicja fonogramu zawarta w traktacie Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO) o artystycznych wykonaniach i fonogramach¹⁸, którego art. 2 lit. b) stanowi, że fonogramem jest „utrwalenie dźwięków artystycznego wykonania lub innych dźwięków”. O ile prawa producentów fonogramów są prawami pokrewnymi prawu autorskiemu, o tyle nie są one prawami pochodnymi. Zakres ochrony fonogramu nie jest zatem w żaden sposób uzależniony od zakresu ochrony utworu, który może on ewentualnie zawierać.

– *Analogia do ochrony praw producentów baz danych*

37. Po trzecie, niektóre zainteresowane strony wskazują, iż istnieje analogia pomiędzy ochroną fonogramów i baz danych. Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych¹⁹ ustanawia na rzecz producenta bazy danych prawo sui generis do ochrony przed „pobieraniem danych i/lub wtórnym ich wykorzystaniem w całości lub w istotnej części” z bazy danych. Zdaniem tych stron sytuacja producenta fonogramu jest podobna do producenta bazy danych, ponieważ w obu przypadkach przyznane im prawo ma na celu ochronę ich inwestycji finansowych. Ochrona producenta fonogramu powinna zatem w ich przekonaniu również ograniczać się do zwielokrotnienia istotnej części fonogramu.

38. Przekonuje mnie jednak bardziej argument przedstawiony w tym względzie przez pozwanych, zgodnie z którym należy przyjąć w niniejszej sprawie wykładnię a contrario dyrektywy 2001/29. Dyrektywa ta nie zawiera bowiem żadnego odniesienia do ochrony istotnej części fonogramu. Wręcz przeciwnie, producent fonogramu jest chroniony przed zwielokrotnianiem bez zezwolenia „w całości lub częściowo”, podobnie jak autor utworu [i podobnie zresztą jak autor bazy danych zgodnie z art. 5 lit. a) dyrektywy 96/9]. W związku z tym już literalna wykładnia dyrektyw 96/9 i 2001/29 wyłącza moim zdaniem wszelką możliwość analogii pomiędzy zakresami ochrony producenta bazy danych i ochrony producenta fonogramu.

¹⁸ Traktat WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, przyjęty w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r., który wszedł w życie dnia 20 maja 2002 r., a którego Unia Europejska jest stroną na podstawie decyzji Rady 2000/278/WE z dnia 16 marca 2000 r. w sprawie zatwierdzenia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Traktatu WIPO o prawach autorskich oraz Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach (Dz.U. 2000, L 89, s. 6). Zgodnie z motywem 15 dyrektywy 2001/29 ma ona również na celu wykonanie tego traktatu.

¹⁹ Dz.U. 1996, L 77, s. 20.

– *Ochrona całości fonogramu*

39. Po czwarte, nie mogę też zgodzić się z argumentem Komisji, zgodnie z którym art. 11 Traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach ustanawia jedynie ochronę przed niedozwolonym zwielokrotnianiem całości fonogramu²⁰. Artykuł 11 tego traktatu powtarza bowiem treść art. 10 konwencji rzymskiej²¹. Tymczasem, zgodnie z przewodnikiem interpretacyjnym do tej konwencji opracowanym przez WIPO²², na konferencji dyplomatycznej, na której przyjęto ów tekst, uznano, że „ponieważ ochrona przed zwielokrotnianiem nie podlega żadnym ograniczeniom, należy interpretować ją jako obejmującą ochronę przed częściowym zwielokrotnianiem fonogramu”²³ [tłumaczenie nieoficjalne]. A zatem wskazany powyżej art. 11 traktatu WIPO należy rozumieć w ten sam sposób. Artykuł 2 dyrektywy 2001/29 wymienia zresztą wyraźnie zwielokrotnianie fonogramu „częściowo”.

40. Proponuję zatem, by na pierwsze pytanie prejudycjalne odpowiedzieć, że art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że pobranie fragmentu fonogramu w celu użycia go w innym fonogramie (samplerowanie) stanowi naruszenie wyłącznego prawa producenta pierwszego fonogramu do zezwalania na zwielokrotnianie jego fonogramu lub do zabrania takiego zwielokrotniania w rozumieniu tego przepisu, jeśli pobranie to odbyło się bez jego zgody.

W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

41. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115 należy interpretować w ten sposób, że fonogram, który zawiera fragmenty pochodzące z innego fonogramu (sample), stanowi kopię tego innego fonogramu w rozumieniu wspomnianego przepisu.

42. Wydaje się, że zainteresowane strony, które przedstawiły uwagi w niniejszej sprawie, z wyjątkiem rządu francuskiego, analizują pytania prejudycjalne pierwsze i drugie łącznie i na ogół udzielają na nie jednakowych odpowiedzi (mimo iż odpowiedzi te różnią się w zależności od danej strony). Niemniej jednak jestem raczej zdania, podobnie jak rząd francuski, że wykładni art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115 należy dokonywać w świetle celu tego przepisu i niezależnie od dyrektywy 2001/29.

43. Artykuł 9 dyrektywy 2006/115 ustanawia na rzecz, w szczególności, producentów fonogramów, prawo do rozpowszechniania. Prawo to obejmuje publiczne udostępnianie w drodze sprzedaży lub w inny sposób egzemplarzy (kopii) przedmiotów objętych ochroną, między innymi fonogramów.

44. Na szczeblu międzynarodowym prawo to zostało uznane na mocy konwencji genewskiej²⁴. Unia nie jest stroną wspomnianej konwencji, natomiast 22 państwa członkowskie są. Konwencja ta jest prawdopodobnie także wspomniana w motywie 7 dyrektywy 2006/115 jako jedna z „um[ów] międzynarodowy[ch], na których oparte są w wielu państwach członkowskich prawa autorskie i prawa pokrewne”, których przestrzeganie powinno być zapewnione w ramach harmonizacji dokonanej przez tę dyrektywę.

²⁰ Postanowienie to stanowi, że „[p]roducentom fonogramów przysługuje wyłączne prawo zezwalania na bezpośrednie lub pośrednie zwielokrotnianie ich fonogramów, w jakikolwiek sposób i w jakiegokolwiek formie”.

²¹ Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych, podpisana w Rzymie w dniu 26 października 1961 r.

²² *Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI*, WIPO, Genève 2003.

²³ Ibidem, s. 154.

²⁴ Konwencja o ochronie producentów nagrań fonograficznych przed nieupoważnionym powielaniem ich nagrań fonograficznych z dnia 29 października 1971 r., która weszła w życie w dniu 18 kwietnia 1973 r.

45. Prawo do rozpowszechniania ma przede wszystkim na celu ochronę przeciwko tak zwanemu „piractwu”, czyli produkcji i rozpowszechnianiu podrobionych kopii fonogramów (i innych przedmiotów, takich jak filmy). Podrobione kopie, które zastępują kopie legalne, znacznie obniżają dochody producentów fonogramów, a w rezultacie przychody, których autorzy i artyści wykonawcy mogą słusznie oczekiwać ze sprzedaży legalnych kopii. Zagrożenie wynikające z piractwa zostało między innymi wyraźnie wskazane w motywie 2 dyrektywy 2006/115 wśród powodów przyjęcia tej dyrektywy.

46. Piractwo polega na produkcji i rozpowszechnianiu podrobionych kopii fonogramów, które mają zastępować kopie legalne. Z tego względu w art. 1 konwencji genewskiej zdefiniowano kopię jako „nośnik zawierający dźwięki pobrane bezpośrednio lub pośrednio z fonogramu, obejmujący całość lub istotną część dźwięków utrwalonych w tym fonogramie”. W istocie tylko taka kopia umożliwia słuchaczowi zapoznanie się z fonogramem, jednocześnie zwalniając go z konieczności nabycia legalnej kopii.

47. Ponieważ art. 9 dyrektywy 2006/115 ustanawia takie samo prawo do rozpowszechniania jak konwencja genewska, a oba akty mają ten sam cel, czyli ochronę przed piractwem, uważam, że pojęcie „kopii” zawarte w tym przepisie należy interpretować w sposób podobny jak w przypadku tej konwencji i w świetle tego celu, to znaczy, że jest to kopia obejmująca całość lub istotną część dźwięków chronionego fonogramu, która ma zastąpić jego legalne kopie. Zakres tego przepisu jest więc moim zdaniem znacznie węższy niż art. 2 dyrektywy 2001/29.

48. Sampłowanie nie służy do wytworzenia fonogramu zastępującego fonogram oryginalny, lecz do stworzenia nowego, odrębnego od tego fonogramu utworu. Jednocześnie fonogram stworzony w wyniku sampłowania nie obejmuje całości ani istotnej części dźwięków oryginalnego fonogramu. Taki fonogram nie powinien zatem zostać uznany za kopię w rozumieniu art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115.

49. W związku z powyższym proponuję, aby na drugie pytanie prejudycjalne odpowiedzieć, że art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115 należy interpretować w ten sposób, iż fonogram, który zawiera fragmenty pochodzące z innego fonogramu (sample), nie stanowi kopii tego innego fonogramu w rozumieniu wspomnianego przepisu.

W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

50. W trzecim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 i art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie stosowaniu do fonogramów przepisu prawa wewnętrznego państwa członkowskiego, takiego jak § 24 ust. 1 UrhG, zgodnie z którym można stworzyć utwór samoistny poprzez swobodne wykorzystanie innego utworu bez zgody jego autora²⁵.

51. Jak wyjaśniłem w ramach odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne, art. 9 dyrektywy 2006/115 nie ma zastosowania do zwielokrotniania chronionych przedmiotów, które nie mają zastępować legalnych kopii tych przedmiotów. Jest tak w szczególności w przypadku utworów samoistnych, stworzonych z wykorzystaniem elementów innych utworów. Ponieważ wspomniany artykuł nie ma zastosowania do sytuacji regulowanych w § 24 UrhG, nie stoi on mu na przeszkodzie. Analizę pytania trzeciego należy zatem ograniczyć do wykładni przepisów dyrektywy 2001/29.

²⁵ Paragraf 24 UrhG wyraźnie wymienia tylko korzystanie z utworów. Niemniej według sądu odsyłającego przepis ten może mieć zastosowanie przez analogię także do wykorzystywania innych przedmiotów objętych ochroną, między innymi fonogramów.

52. Dyrektywa 2001/29 ustanawia w art. 2–4 prawa wyłączne, z których korzystają określone kategorie osób, w tym przewidziane w art. 2 lit. c) tej dyrektywy prawo producentów fonogramów do zezwalania na zwielokrotnianie ich fonogramów lub zabrania takiego zwielokrotniania. Prawa te są sformułowane w sposób bezwarunkowy. Jednakże art. 5 dyrektywy 2001/29 przewiduje szereg wyjątków i ograniczeń odnoszących się do tych praw wyłącznych, które państwa członkowskie mogą ustanowić w swoim prawie wewnętrznym. Ten wykaz wyjątków i ograniczeń jest wyczerpujący, co potwierdza zarówno motyw 32 dyrektywy 2001/29, jak i utrwalone orzecznictwo Trybunału²⁶.

53. Wspomniany wykaz zawiera pewne wyjątki i ograniczenia odnoszące się do praw wyłącznych, które służą ułatwieniu dialogu i konfrontacji artystycznej poprzez wykorzystywanie utworów już istniejących. Chodzi w szczególności o wyjątek cytowania, przewidziany w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29, oraz o wyjątek dotyczący karykatury, parodii lub pastiszu, przewidziany w art. 5 ust. 3 lit. k) tej dyrektywy.

54. Natomiast zawarty w art. 5 dyrektywy 2001/29 wykaz wyjątków i ograniczeń w odniesieniu do praw wyłącznych nie przewiduje ogólnego wyjątku, dopuszczającego korzystanie z cudzego utworu na potrzeby stworzenia nowego utworu. Z powyższego wynika, że państwa członkowskie nie są uprawnione do ustanowienia w swoim prawie krajowym takiego wyjątku, jeżeli wykracza on poza wyjątki ustanowione w dyrektywie 2001/29, w szczególności poza wyjątki wspomniane w poprzednim punkcie.

55. Twierdzenia tego nie podważa okoliczność, że – jak podkreśla sąd odsyłający – w prawie niemieckim norma z § 24 ust. 1 UrhG nie jest postrzegana jako wyjątek od prawa autorskiego, ale jako ograniczenie będące jego nieodłącznym elementem. Dyrektywa 2001/29 nie wprowadza bowiem w art. 5 rozróżnienia między wyjątkami od prawa autorskiego (lub praw pokrewnych) a jego ograniczeniami. Niektóre z przypadków przewidzianych w tym przepisie dotyczą ograniczeń, które są równie nieodłącznie związane z prawem autorskim co możliwość swobodnego wykorzystania jednego utworu w celu stworzenia innego. Jako przykład można wskazać wyjątek dotyczący kopii do użytku prywatnego, przewidziany w art. 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2001/29²⁷. Ustawodawca Unii uznał jednak za konieczne włączenie tego ograniczenia do wykazu możliwych wyjątków i ograniczeń.

56. Ponadto, jak słusznie podnoszą pozwani, upoważnienie każdego państwa członkowskiego do wprowadzenia – w oderwaniu od wykazu przewidzianego w art. 5 dyrektywy 2001/29 – ograniczeń, które uzna za nieodłącznie związane z prawem autorskim, zagrażałoby skuteczności harmonizacji wyjątków od prawa autorskiego podjętej przez ustawodawcę Unii. Tymczasem, jak zostało podkreślone w motywie 31 tej dyrektywy, eliminacja różnic w stosowaniu wyjątków od prawa autorskiego i praw pokrewnych w państwach członkowskich jest jednym z celów, których realizacji służy ta dyrektywa.

57. Prawdą jest, że art. 5 ust. 3 lit. o) dyrektywy 2001/29 zawiera rodzaj klauzuli standstill w odniesieniu do stosowania przez państwa członkowskie wyjątków i ograniczeń, które istniały już w ich prawie krajowym w momencie wejścia w życie tej dyrektywy. Odnosi się to jednak do wykorzystywania przedmiotów objętych ochroną w „niektórych [...] przypadkach o mniejszym znaczeniu”. Natomiast moim zdaniem odstępstwa tak szerokiego jak to przewidziane w § 24 ust. 1 UrhG nie można uważać za ograniczone do niektórych przypadków mniejszej wagi. Ponadto sposoby wykorzystania objęte art. 5 ust. 3 lit. o) dyrektywy 2001/29 powinny się ograniczać do użycia analogowego. Przepis ten nie może zatem w żadnym razie obejmować publicznego udostępniania w postaci elektronicznej fonogramów zawierających fragmenty innych fonogramów.

²⁶ Zobacz niedawno wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, pkt 16).

²⁷ Zobacz w odniesieniu do nieodłącznego charakteru tego ograniczenia moja opinia w sprawie EGEDA i in. (C-470/14, EU:C:2016:24, pkt 15, 16).

58. Wreszcie zgodnie z art. 5 ust. 5 dyrektywy 2001/29 wyjątki i ograniczenia przewidziane w tym artykule powinno się stosować tylko w niektórych szczególnych przypadkach, które nie naruszają normalnego wykorzystania dzieła lub innego przedmiotu objętego ochroną ani nie powodują nieuzasadnionej szkody dla uzasadnionych interesów podmiotów praw autorskich. Przepis ten, nazywany potocznie „testem trzystopniowym”, odzwierciedla podobne postanowienia umów międzynarodowych w dziedzinie prawa autorskiego i praw pokrewnych. Wprowadza on zawężenie wyjątków i ograniczeń dotyczących praw wyłącznych. Natomiast nie można go rozumieć jako zezwolenia na wprowadzanie nieprzewidzianych wyjątków lub ograniczeń lub na poszerzanie zakresu istniejących wyjątków, pod pretekstem że nie naruszają one normalnego wykorzystania utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną ani uzasadnionych interesów podmiotów praw wyłącznych²⁸.

59. W związku z powyższym proponuję, by na trzecie pytanie prejudycjalne udzielić odpowiedzi, że art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie stosowaniu do fonogramów przepisu prawa wewnętrznego państwa członkowskiego, takiego jak § 24 ust. 1 UrhG, zgodnie z którym można stworzyć samoistny utwór poprzez swobodne wykorzystanie innego utworu bez zgody jego autora w zakresie wykraczającym poza zakres wyjątków i ograniczeń odnoszących się do praw wyłącznych ustanowionych w art. 5 ust. 2 i 3 tej dyrektywy.

W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

60. W czwartym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyjątek dotyczący cytowania przewidziany w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29 znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy fragment fonogramu został włączony do innego fonogramu w sposób nierozróżnialny od reszty tego drugiego fonogramu.

61. Kwestia ta dotyczy istoty problemu stosowania wyjątku dotyczącego cytowania w sytuacjach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym.

62. Wyjątek dotyczący cytowania powstał w odniesieniu do dzieł literackich i do nich jest przede wszystkim stosowany. Nic jednak nie wskazuje moim zdaniem, by w prawie autorskim Unii wyjątek dotyczący cytowania nie mógł dotyczyć innych kategorii utworów, w tym utworów muzycznych²⁹. Należy również przyjąć, że takiego cytowania można dokonać poprzez zwielokrotnienie fragmentu fonogramu, ponieważ wyjątki i ograniczenia przewidziane w art. 5 dyrektywy 2001/29 dotyczą praw producentów fonogramów na równi z prawami autorów.

63. Niemniej jednak cytat musi spełniać szereg przesłanek, aby mógł być zgodny z prawem. Zaistnienie trzech z powyższych przesłanek jest szczególnie istotne w odniesieniu do wykorzystywania takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym.

64. Pierwsza z nich została wyraźnie przewidziana w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29 i dotyczy celu cytowania. Zgodnie z tym przepisem cytowanie musi mieć miejsce „do celów takich jak słowa krytyki lub recenzji”. Użycie wyrażenia „takich jak” wskazuje, że chodzi nie o wyczerpujący wykaz celów cytowania, lecz raczej o wskazanie przykładu. Wielu cytatów, w tym cytatów artystycznych, przykładowo muzycznych, nie towarzyszy intencja krytyki lub recenzji, ale inne cele. Niemniej jednak brzmienie omawianego przepisu wskazuje moim zdaniem jasno, że cytat musi służyć do nawiązania pewnego rodzaju dialogu z cytowanym dziełem. Czy będzie to konfrontacja, czy hołd, czy coś jeszcze innego, interakcja pomiędzy utworem cytującym a utworem cytowanym jest konieczna.

²⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., ACI Adam i in. (C-435/12, EU:C:2014:254, pkt 26, 27).

²⁹ Zobacz w szczególności G. Mania, Cytat w muzyce – o potrzebie reinterpretacji przesłanek, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, nr 1/2017, s. 63–88. Zobacz również M. Vivant, J.M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz 2015, s. 571. Wydaje się, że Trybunał w sposób dorozumiany uznał istnienie wyjątku dotyczącego cytowania w odniesieniu do utworu fotograficznego (zob. wyrok z dnia 1 grudnia 2011 r., Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, pkt 122, 123).

65. Druga przesłanka dopuszczalności cytowania, która wynika w pewnym sensie z pierwszej, to niezmieniony i rozpoznawalny charakter cytatu. I tak, po pierwsze, cytowany fragment powinien zostać włączony do cytującego go utworu w postaci niezmienionej, a w każdym razie bez przeinaczenia (przy czym pewne dostosowania, w szczególności tłumaczenie, są tradycyjnie dopuszczane). Po drugie, i jest to aspekt poruszony bezpośrednio w pytaniu prejudycjalnym – cytat musi zostać włączony do utworu cytującego w taki sposób, aby łatwo można go było rozpoznać jako element zewnętrzny. Wymóg ten może zostać wywiedziony z pierwszej przesłanki: jak bowiem utwór cytujący może nawiązać dialog lub konfrontować się z utworem cytowanym, jeżeli stapia się z nim w jedną całość?

66. Obie powyższe przesłanki umożliwiają odróżnienie cytatu od plagiatu.

67. Wydaje się, że samplowanie ogólnie rzecz biorąc, a w szczególności wykorzystanie fonogramu rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie spełnia tych przesłanek. Celem samplowania nie jest nawiązanie dialogu czy konfrontacja z wykorzystanymi utworami ani też oddanie im hołdu. W technice samplowania fragmenty pobierane z innych fonogramów są surowcami, które są wtapiane do nowych utworów w celu stworzenia z nich ich integralnych i niemożliwych do rozpoznania części. Ponadto fragmenty te są często modyfikowane i miksowane w taki sposób, że zatracają wszelką oryginalną postać. Jest to zatem forma nie tyle interakcji, co przywłaszczenia. Doskonale ilustruje to niniejszy przypadek, w którym fragment fonogramu, zbyt krótki, aby umożliwić jakąkolwiek interakcję, jest odtwarzany w postaci zapętlonej przez całą długość nowego fonogramu i stanowi jego sekwencję rytmiczną.

68. Do tych materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności cytatu dochodzi trzeci wymóg – formalny, również wymieniony w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29, a mianowicie wskazanie źródła cytatu, łącznie z nazwiskiem autora, chyba że okaże się to niemożliwe. Oczywiście w przypadku utworu muzycznego trudno jest (aczkolwiek nie jest to niemożliwe) wskazać źródło cytatu w samym utworze. Jednak można tego dokonać, przykładowo, w opisie utworu cytującego lub w jego tytule. Nie wydaje mi się jednak, by w kulturze hip-hop lub rap istniał zwyczaj wskazywania źródła sampli, które składają się na utwory należące do tych gatunków muzycznych. W każdym razie z akt niniejszej sprawy nie wynika, by skarżący podjęli próbę wskazania źródła fragmentu wykorzystanego w tytule *Nur mir* lub też nazwisk pozwanych.

69. Na czwarte pytanie prejudycjalne proponuję zatem odpowiedzieć, że wyjątek dotyczący cytowania, przewidziany w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29, nie ma zastosowania w sytuacji, gdy fragment fonogramu został włączony do innego fonogramu bez widocznego zamiaru nawiązania interakcji z pierwszym fonogramem i w sposób niepozwalający na rozpoznanie go na tle pozostałej części drugiego fonogramu.

70. Wśród wyjątków i ograniczeń przewidzianych w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2001/29 znajduje się jeszcze wspomniany już wyjątek dotyczący karykatury, parodii lub pastiszu [art. 5 ust. 3 lit. k) dyrektywy 2001/29]. Wyjątek ten mógłby ewentualnie wchodzić w grę w przypadku wykorzystania fragmentu fonogramu w innym fonogramie. Powyższy wyjątek nie został jako taki transponowany do niemieckiego prawa autorskiego, lecz zdaniem sądu odsyłającego można go wywieść z § 24 ust. 1 UrhG. Sąd ten odrzuca jednak, moim zdaniem słusznie, koncepcję zastosowania tego wyjątku w niniejszym wypadku. Wyjątek ten, podobnie jak wyjątek dotyczący cytowania, zakłada bowiem interakcję z wykorzystanym utworem lub przynajmniej z jego autorem, a tego elementu brakuje w przypadku samplowania, o którym mowa w postępowaniu głównym³⁰.

³⁰ Prawdą jest, że w wyroku z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), Trybunał nie postawił zbyt rygorystycznych wymogów względem pojęcia parodii. Orzekł jednak, że parodia „nawiązuje” do innego utworu (zob. pkt 2 sentencji wyroku). Ponadto oczywiście jest moim zdaniem, że w okolicznościach niniejszej sprawy utwór zatytułowany *Nur mir* nie stanowi ani parodii, ani karykatury utworu *Metall auf Metall*. Co do pojęcia pastiszu, oznacza ono imitację stylu utworu lub autora, bez konieczności przejmowania elementów danego utworu. Tymczasem w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją odwrotną, polegającą na skopiowaniu fonogramu w celu stworzenia utworu w stylu zupełnie odmiennym.

W przedmiocie piątego pytania prejudycjalnego

71. Występując z piątym pytaniem prejudycjalnym, sąd odsyłający zmierza do ustalenia zakresu swobody, jakim dysponują państwa członkowskie przy transpozycji do prawa krajowego przepisów dotyczących praw wyłącznych określonych w art. 2 i 3 dyrektywy 2001/29 oraz w art. 9 dyrektywy 2006/115, jak również wyjątków od tych praw wyłącznych przewidzianych w art. 5 dyrektywy 2001/29 i art. 10 dyrektywy 2006/115. Pragnę zaznaczyć na wstępie, że ponieważ prawo do rozpowszechniania, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115, moim zdaniem nie znajduje zastosowania w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym³¹, omówię to pytanie wyłącznie pod kątem dyrektywy 2001/29.

72. Jak wskazuje sąd odsyłający, pytanie to wynika z orzecnictwa Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego), który uważa, że w sytuacji gdy dyrektywa nie pozostawia państwom członkowskim żadnego marginesu swobody w jej transpozycji, przepisy dokonujące transpozycji tej dyrektywy do prawa niemieckiego należy oceniać zasadniczo nie w świetle praw podstawowych gwarantowanych przez Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (ustawę zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec) z dnia 23 maja 1949 r., lecz wyłącznie w świetle praw podstawowych zagwarantowanych w porządku prawnym Unii³².

73. Co się tyczy kontroli przepisów krajowych, które transponują przepisy prawa Unii, pod kątem przestrzegania praw podstawowych, Trybunał uznał, powołując się na art. 53 karty praw podstawowych, że gdy akt prawa Unii wymaga wdrożenia w drodze aktów prawa krajowego, organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty praw podstawowych, zgodnie z jej wykładnią dokonywaną przez Trybunał, ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii³³. Tak więc państwo członkowskie nie może podważyć skuteczności przepisu prawa Unii, który nie jest sprzeczny z kartą praw podstawowych, poprzez stosowanie własnych krajowych standardów ochrony praw podstawowych³⁴.

74. Jeśli chodzi o margines swobody przysługujący państwom członkowskim przy transpozycji dyrektywy 2001/29, podlega on wielu ograniczeniom.

75. Po pierwsze, prawa określone w art. 2 i 3 dyrektywy 2001/29, w tym prawo do zwielokrotniania utworu, które przysługuje producentom fonogramów w odniesieniu do ich fonogramów, ustanowione w art. 2 lit. c) tej dyrektywy, są sformułowane w sposób bezwarunkowy, a ich ochrona w prawie krajowym państw członkowskich jest obowiązkowa.

76. Po drugie, ponieważ pojęcia użyte w przepisach dyrektywy 2001/29 nie odsyłają do prawa państw członkowskich, stanowią one autonomiczne pojęcia prawa Unii³⁵. Dotyczy to na przykład pojęcia „zwielokrotniania” w rozumieniu art. 2 tej dyrektywy³⁶. Jest tak również w przypadku pojęć, które definiują poszczególne wyjątki i ograniczenia wobec praw wyłącznych uregulowanych w dyrektywie 2001/29, w szczególności co się tyczy pojęcia „parodii” w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit. k) tej dyrektywy³⁷. Do tego samego wniosku należy dojść w odniesieniu do pojęcia „cytowania” w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit. d) wspomnianej dyrektywy.

31 Zobacz część niniejszej opinii poświęconą odpowiedzi na pytanie drugie.

32 Orzecnictwo to przywołał Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny) w wyroku z dnia 31 maja 2016 r., 1 BvR 1585/13, który leży u podstaw niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (zobacz pkt 81 niniejszej opinii).

33 Wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, pkt 60).

34 Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, pkt 63).

35 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 27).

36 Zobacz wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, pkt 32).

37 Wyrok z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 15).

77. Wreszcie, po trzecie, prawa wyłączne określone w sposób bezwarunkowy i obowiązkowy dla państw członkowskich w art. 2–4 dyrektywy 2001/29 mogą podlegać jedynie wyjątkom i ograniczeniom wymienionym wyczerpująco w art. 5 ust. 1–3 tej dyrektywy. Ponieważ wyjątki te, oprócz jednego, mają charakter dobrowolny, państwa członkowskie mają pewien margines swobody w wyborze i sposobie sformułowania wyjątków, które uznają za właściwe transponować do swojego prawa krajowego. Natomiast nie mogą one wprowadzać wyjątków nieprzewidzianych w dyrektywie ani rozszerzać zakresu tych ustanowionych³⁸. Należy jednak zauważyć, że ów margines swobody jest również ograniczony, ponieważ niektóre z tych wyjątków odzwierciedlają dokonane przez prawodawcę Unii wyważenie między prawem autorskim a poszczególnymi prawami podstawowymi, w szczególności wolnością wypowiedzi. W rezultacie brak ustanowienia pewnych wyjątków w prawie krajowym mógłby okazać się niezgodny z kartą praw podstawowych³⁹.

78. W związku z powyższym państwa członkowskie mają obowiązek zagwarantowania w prawie krajowym ochrony praw wyłącznych określonych w art. 2–4 dyrektywy 2001/29, których zakres jest definiowany w stosownych przypadkach przez orzecznictwo Trybunału, a prawa te mogą zostać ograniczone tylko w ramach stosowania wyjątków i ograniczeń przewidzianych w sposób wyczerpujący w art. 5 tej dyrektywy. Państwa członkowskie nie mogą przeciwstawić temu obowiązkowi żadnego przepisu swego prawa wewnętrznego, nawet rangi konstytucyjnej lub o charakterze prawa podstawowego⁴⁰. Państwa członkowskie zachowują natomiast swobodę, tak jak ma to miejsce w przypadku każdej dyrektywy zgodnie z art. 288 akapit trzeci TFUE, w odniesieniu do wyboru środków, które uznają za właściwe w celu wypełnienia tego obowiązku. W ramach tego wyboru mogą oczywiście kierować się między innymi aspektami związanymi z ich zasadami konstytucyjnymi i prawami podstawowymi, o ile nie spowoduje to naruszenia skuteczności prawa Unii.

79. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby na pytanie piąte Trybunał odpowiedział w ten sposób, że państwa członkowskie mają obowiązek zagwarantowania w prawie krajowym ochrony praw wyłącznych określonych w art. 2–4 dyrektywy 2001/29, a prawa te mogą zostać ograniczone tylko w ramach stosowania wyjątków i ograniczeń przewidzianych w sposób wyczerpujący w art. 5 tej dyrektywy. Państwa członkowskie zachowują natomiast swobodę w zakresie wyboru środków, które uznają za właściwe w celu wypełnienia tego obowiązku.

W przedmiocie szóstego pytania prejudycjalnego

Uwagi wstępne

80. W ramach szóstego pytania prejudycjalnego sąd odsyłający zastanawia się, w jaki sposób należy uwzględniać prawa podstawowe zawarte w karcie praw podstawowych przy interpretacji zakresu praw wyłącznych przyznanych producentom fonogramów na podstawie dyrektyw 2001/29 i 2006/115, a także przewidzianych w tych dyrektywach ograniczeń i wyjątków odnoszących się do tych praw.

81. W świetle bardzo ogólnego sposobu sformułowania tego pytania wątpię, aby równie ogólna odpowiedź mogła być użyteczna dla sądu odsyłającego. Jednakże wydaje się oczywiste, że pytanie to zostało zadane w związku z wyrokiem Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego)⁴¹, który, po pierwsze, zakwestionował orzeczenie sądu odsyłającego potwierdzające

38 Wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., ACI Adam i in. (C-435/12, EU:C:2014:254, pkt 26, 27).

39 Zobacz także moja opinia w sprawie Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, pkt 38, 39).

40 Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo).

41 Wyrok z dnia 31 maja 2016 r., 1 BvR 1585/13.

wyrok apelacyjny korzystny dla pozwanych na podstawie wolności twórczości artystycznej ustanowionej w art. 5 ustawy zasadniczej, a po drugie, przekazał sprawę sądowi odsyłającemu do ponownego rozpoznania, w razie potrzeby – w świetle praw podstawowych chronionych w porządku prawnym Unii – poprzez złożenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przed Trybunałem.

82. Szóste pytanie prejudycjalne należy zatem rozumieć w ten sposób, że sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy wolność sztuki, ustanowiona w art. 13 karty praw podstawowych, stanowi ograniczenie lub uzasadnia naruszenie wyłącznego prawa producenta fonogramu do zezwalania na częściowe zwielokrotnianie jego fonogramu lub do zakazywania takiego zwielokrotniania w przypadku wykorzystania go w innym fonogramie. Innymi słowy, pytanie to porusza problem ewentualnego pierwszeństwa wolności sztuki przed wyłącznym prawem producentów fonogramów.

83. Przeciwwstawienie wolności sztuki prawu pokrewnemu prawu autorskiemu wydaje się na pierwszy rzut oka paradoksalne. Głównym celem prawa autorskiego i praw pokrewnych jest bowiem wspieranie rozwoju sztuki dzięki zapewnieniu artystom dochodów z ich dzieł, co uwalnia ich od zależności od różnych mecenasów i pozwala im na swobodne realizowanie działalności twórczej⁴².

84. Prawdą jest, że niniejsza sprawa dotyczy bezpośrednio wyłącznego prawa nie autorów, lecz producentów, którym przysługuje ono z racji ich wysiłku organizacyjnego i inwestycji finansowych. Jednak, po pierwsze, przyznanie przez prawodawcę praw wyłącznych producentom wynika z tego, że przyczyniają się oni w sposób pomocniczy do tworzenia i rozpowszechniania utworów. Przysługujące im prawa do fonogramów stanowią gwarancję zwrotu z ich inwestycji. Po drugie, o ile nie każdy fonogram musi być bezwzględnie utrwaleniem wykonania utworu, o tyle jest tak zazwyczaj w przypadku fonogramów muzycznych, których dotyczy niniejsza sprawa. Wśród osób zaangażowanych w powstanie takiego fonogramu znajdują się z reguły, oprócz producenta, autorzy i artyści wykonawcy, których prawa także zostają naruszone w razie nieuprawnionego wykorzystania fonogramu. Postępowanie przed sądem odsyłającym dotyczyć więc może jedynie praw producentów fonogramów, jednak gdy rozpoczynamy rozpatrywać tę kwestię z punktu widzenia praw podstawowych, nie można moim zdaniem pominąć pozostałych zainteresowanych podmiotów.

85. Niniejsza sprawa jest tego doskonałym przykładem. W istocie bowiem pozwani, którzy działają w postępowaniu w charakterze producentów rozpatrywanego fonogramu, są również artystami wykonawcami, a jeden z nich jest także autorem utworu zawartego w fonogramie⁴³. Po drugiej stronie sporu konfiguracja jest podobna: skarżący są nie tylko kompozytorami utworu zawartego w spornym fonogramie, lecz również jego producentami. Spór w postępowaniu głównym toczy się zatem nie tylko między artystą wykonawcą a producentem fonogramu, gdyż oba te przymioty występują po obu stronach. Wszystkie te różnorodne interesy należy wziąć pod uwagę przy rozważaniu poszczególnych praw podstawowych.

⁴² Tę funkcję prawa autorskiego i praw pokrewnych wyraźnie potwierdzają zresztą motywy 9–11 dyrektywy 2001/29.

⁴³ Ich prawa autorskie i wykonawcze zostały zresztą podniesione w postępowaniu w pierwszej instancji tytułem ewentualnym (zobacz pkt 14 niniejszej opinii).

Wyrok Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego)

86. Podstawą wyżej wymienionego wyroku Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego)⁴⁴ jest w głównej mierze wykładnia § 24 ust. 1 UrhG w świetle wolności twórczości artystycznej ustanowionej w art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy zasadniczej. Sąd ten krytykuje sąd odsyłający za to, że przy wykładni § 24 ust. 1 UrhG nie uwzględnił w wystarczającym stopniu wolności artystycznej skarżących i orzekł, że przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli artysta był w stanie samodzielnie odtworzyć sekwencję dźwiękową, którą pobrał z cudzego fonogramu. Taka wykładnia ogranicza w sposób nieproporcjonalny wolność twórczą, a w konsekwencji możliwości dialogu artystycznego. Opcje, które pozostawia się w ten sposób artystom, a mianowicie uzyskanie licencji, samodzielne odtworzenie dźwięków lub poprzestanie na dźwiękach dostępnych w istniejących bazach sampli, są zdaniem tego sądu niewystarczające, w szczególności w przypadku gatunków muzycznych opierających się w dużej mierze na samplowaniu, takich jak hip hop.

87. Przeciwnie, zdaniem Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) zastosowanie § 24 ust. 1 UrhG do samplowania mogłoby jedynie w nieznaczny sposób ograniczyć zagwarantowane w art. 14 ust. 1 ustawy zasadniczej prawa własności producentów fonogramów, ponieważ nowe utwory nie konkurują z ich fonogramami. Paragraf 85 ust. 1 UrhG, który dotyczy praw producentów fonogramów, chroni ich bowiem tylko przed wykorzystaniem komercyjnym oraz piractwem ich fonogramów, co nie ma miejsca w przypadku samplowania, które stanowi działalność artystyczną. Chociaż – według opinii Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) – ustawodawca mógł zapewnić podmiotom praw wyłącznych rekompensatę z tytułu swobodnego wykorzystania (*freie Benutzung*) na mocy § 24 ust. 1 UrhG, to brak takiej rekompensaty nie narusza konstytucyjnego prawa własności.

88. Wreszcie Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny) dodaje, że poza wykładnią § 24 ust. 1 UrhG zgodną z wolnością sztuki sąd odsyłający może dokonać prawidłowego wyważenia wchodzących w grę praw w drodze zawężającej wykładni praw producentów fonogramów zawartych w § 85 ust. 1 tej ustawy. Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny) zauważa jednak, że sprawa może podlegać prawu Unii ze względu na harmonizację praw producentów fonogramów dokonaną dyrektywą 2001/29. W przypadku gdyby dyrektywa ta nie pozostawiała państwom członkowskim marginesu swobody przy jej transpozycji, sąd odsyłający będzie musiał zapewnić ochronę praw podstawowych w sposób zgodny z kartą praw podstawowych⁴⁵, w razie potrzeby poprzez wystąpienie z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału. Sąd odsyłający powinien również zapewnić utrzymanie minimalnego niezbywalnego poziomu ochrony praw podstawowych, tak jak został on określony w ustawie zasadniczej.

Ocena w świetle prawa Unii

89. W prawie autorskim Unii nie istnieje ograniczenie praw wyłącznych określonych w dyrektywie 2001/29 analogiczne do przewidzianego w § 24 ust. 1 UrhG. Jak już wskazałem w ramach odpowiedzi na trzecie pytanie prejudycjalne, przepis ten jest moim zdaniem niezgodny z dyrektywą 2001/29 w zakresie, w jakim zezwala na odstępstwa od praw wyłącznych wykraczające poza wyjątki określone w art. 5 tej dyrektywy, w szczególności wyjątek cytowania i karykatury, parodii lub pastiszu. Wyjątki te nie znajdują jednak moim zdaniem zastosowania w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu

⁴⁴ W niniejszej analizie opieram się na angielskojęzycznej wersji wyroku Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego), dostępnej na stronie internetowej tej instytucji, a także, w części opisowej, na komentarzach do tego wyroku, między innymi, I. Duhanic, Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, vol. 11, nr 12, s. 932–945; P. Mezei, De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, nr 1, s. 56–67; oraz M.D. Mimler, *Metall auf Metall* – German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, vol. 7, nr 1, s. 119–127.

⁴⁵ Zgodnie z orzecznictwem Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) wskazanym w pkt 72 niniejszej opinii.

głównym⁴⁶. Rozumowanie analogiczne do zastosowanego przez Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny) nie jest zatem możliwe na gruncie prawa Unii. Jak należy więc oceniać wyłączne prawo do zwielokrotniania przysługujące producentom fonogramów zgodnie z art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 w świetle praw podstawowych zagwarantowanych w karcie praw podstawowych?

90. Prawo autorskie i prawa pokrewne w zakresie, w jakim ustanawiają monopol ich podmiotów wobec dóbr intelektualnych i artystycznych, takich jak utwory, fonogramy itp., mogą ograniczać wykonywanie niektórych praw podstawowych, w szczególności wolności wypowiedzi oraz wolności sztuki. Ponadto własność intelektualna sama w sobie jest chroniona jako podstawowe prawo własności. Należy zatem dokonać wyważenia tych praw, spośród których żadne nie jest, co do zasady, ważniejsze od innych⁴⁷. Co się tyczy prawa autorskiego, już w jego ramach dokonuje się tego wyważenia poprzez ustanowienie szeregu ograniczeń i wyjątków. Mają one zapewnić właściwą równowagę między z jednej strony prawami i interesami podmiotów prawa autorskiego i praw pokrewnych, a z drugiej strony różnymi innymi interesami publicznymi i prywatnymi, w tym ochroną praw podstawowych.

91. Wolność sztuki, o której mowa w art. 13 zdanie pierwsze karty praw podstawowych, stanowi formę wolności wypowiedzi, która jest zapisana w art. 11 tej karty. System europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”), nie uznaje takiej wolności jako odrębnego prawa, ponieważ wolność sztuki wywodzi się z wolności wyrażania opinii, zapisanej w art. 10 tej konwencji.

92. Wolność wypowiedzi, z której wynika wolność sztuki, dotyczy przede wszystkim otrzymywania i rozpowszechniania idei i informacji, a w konsekwencji w odniesieniu do sztuki – otrzymywania i rozpowszechniania treści utworów⁴⁸. Szczególnym zagrożeniem, które może spowodować naruszenie wolności sztuki, jest cenzura treści⁴⁹. Uważam natomiast, że wolność artystów ma znacznie mniejszy zakres w odniesieniu do sposobów zdobywania środków ich twórczości. Każdy artysta musi liczyć się z warunkami życia w społeczeństwie i na rynku, na którym działa. Wolność sztuki nie zwalnia artystów z ograniczeń życia codziennego. Czy można sobie wyobrazić, że malarz mógłby powoływać się na swoją swobodę twórczą, aby nie płacić za farby i pędzle^{50?51}.

93. Prawdą jest, że w gatunkach muzycznych takich jak hip hop czy rap, sampłowanie odgrywa szczególną rolę, ponieważ stanowi nie tylko środek twórczy, ale również działanie artystyczne samo w sobie. Nie może być to jednak decydujący argument w ramach debaty prawnej, ponieważ wykładnia przepisów powinna być taka sama dla wszystkich. Gdyby uznać za dopuszczalne sampłowanie fragmentów fonogramów bez zezwolenia podmiotów uprawnionych, byłoby ono dopuszczalne zarówno w przypadku muzyków należących do kultury hip hop, jak i dla wszystkich innych.

⁴⁶ Zobacz część niniejszej opinii dotyczącą odpowiedzi na pytanie czwarte.

⁴⁷ Zobacz podobnie ostatnio wyrok z dnia 18 października 2018 r., Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, pkt 44).

⁴⁸ Zgodnie z formułą ustanowioną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka „wolność wyrażania opinii, zapisana w art. 10 ust. 1 [EKPC], stanowi jedną z istotnych podstaw społeczeństwa demokratycznego i jeden z podstawowych warunków jego rozwoju oraz samospełnienia jednostki. Z zastrzeżeniem ust. 2, odnosi się nie tylko do »informacji« lub »idei« przyjmowanych przychylnie lub uznawanych za nieobraźliwe lub obojętne, lecz również tych, które urażają, szokują lub niepokoją państwo lub jakąkolwiek część społeczeństwa” [tłumaczenie nieoficjalne, tak jak pozostałe cytaty z tego wyroku] (wyrok ETPC z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

⁴⁹ Zobacz wyrok ETPC z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401.

⁵⁰ Prawdą jest, że odmienna ocena mogłaby mieć miejsce, gdyby takie trudności piętrzone przed artystą w celu uniemożliwienia mu tworzenia właśnie z powodu treści jego utworu (zob. film A. Wajdy *Powidoki* o nękanii polskiego malarza Władysława Strzemińskiego w okresie stalinowskim). Są to jednak sytuacje wyjątkowe.

⁵¹ W tym względzie Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że „ani artysta, ani osoby popularyzujące jego dzieła nie są wolni od ograniczeń, które wprowadza art. 10 ust. 2 [EKPC]. Każdy, kto korzysta ze swobody wypowiedzi, przyjmuje bowiem na siebie, zgodnie z brzmieniem tego ustępu, »obowiązki i odpowiedzialność«; ich zakres zależy od sytuacji i zastosowanej techniki” (wyrok ETPC z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, § 26).

94. Artyści muszą szczególnie liczyć się z limitami i ograniczeniami, jakie życie stawia ich swobodzie twórczej w sytuacji, gdy są one związane z prawami i wolnością innych osób, przykładowo, z prawem własności, w tym własności intelektualnej. W takich przypadkach wyważenie poszczególnych praw i interesów jest szczególnie złożone i rzadko istnieje jedno rozwiązanie mogące uzyskać poparcie ze strony wszystkich zainteresowanych. W demokratycznym społeczeństwie wyważenie tych praw i interesów należy w pierwszej kolejności do ustawodawcy, który jest ucieleśnieniem woli ogółu. Ustawodawca dysponuje w tym względzie szerokim zakresem uznania⁵². Stosowanie rozwiązań legislacyjnych podlega następnie kontroli sądów, które z kolei muszą dopilnować przestrzegania praw podstawowych w ramach stosowania ich w konkretnych przypadkach. Jednak poza przypadkami wyjątkowymi⁵³ kontrola ta powinna mieć zwykle miejsce w granicach mających zastosowanie przepisów, które korzystają z domniemania legalności, w tym w świetle praw podstawowych. Gdyby uznać, że tylko jedno rozwiązanie jest zgodne z prawami podstawowymi, zakres uznaniowości prawodawcy byłby żaden.

95. Jak już wspomniałem, prawo autorskie Unii bierze pod uwagę różne prawa i interesy, które mogą kolidować z wyłącznymi prawami autorów i innych posiadaczy praw, w tym wolność sztuki. Wyjątki od praw wyłącznych, takie jak wyjątki cytowania lub karykatury, parodii lub pastiszu, umożliwiają dialog i konfrontację artystyczną poprzez odniesienia do istniejących utworów. W ramach obowiązujących przepisów konfrontacja ta może odbywać się, w szczególności, na trzy następujące sposoby. Po pierwsze, poprzez tworzenie utworów, które choć czerpią inspirację z istniejących wcześniej utworów, nie przejmują bezpośrednio ich elementów chronionych; po drugie, w ramach istniejących ograniczeń i wyjątków dotyczących praw wyłącznych i wreszcie, po trzecie, dzięki uzyskaniu niezbędnych zezwoleń.

96. Natomiast nie uważam, by wolność sztuki, zgodnie z tym, jak ją wyraża w art. 13 karty praw podstawowych, wymagała wprowadzenia lub uznania wyjątku lub ograniczenia podobnego do przewidzianego w § 24 UrhG, obejmującego takie sposoby wykorzystania jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, w których utwory lub inne przedmioty objęte ochroną są wykorzystywane nie w celu nawiązania interakcji z nimi, lecz jedynie jako materiał do tworzenia nowych utworów, które nie mają żadnego związku z wcześniejszymi utworami. Konieczność uzyskania licencji na takie wykorzystanie nie ogranicza w moim przekonaniu wolności sztuki w stopniu wykraczającym poza normalne ograniczenia rynkowe, tym bardziej że nowe utwory często przynoszą ich autorom i producentom znaczne dochody. W odniesieniu do argumentu, że w niektórych przypadkach uzyskanie licencji może okazać się niemożliwe, na przykład wskutek odmowy posiadaczy praw, uważam, że wolność sztuki nie może gwarantować każdemu możliwości swobodnego wykorzystywania wszystkiego, co zechce, do celów jego działalności artystycznej.

97. Nie sądzę też, by interesy finansowe producentów fonogramów, które stanowią uzasadnienie ich wyłącznych praw, były ograniczone do wykorzystywania komercyjnego i ochrony przed piractwem. W prawie Unii jest tak w przypadku prawa do rozpowszechniania⁵⁴. Prawo do zwielokrotniania zostało jednak skonstruowane w sposób szeroki i obejmuje wszystkie możliwe formy wykorzystywania fonogramu. Ponadto wydaje się uzasadnione, by producent fonogramu uczestniczył w dochodach z eksploatacji utworów stworzonych przy użyciu jego fonogramu. Co więcej, przy wyważeniu praw podstawowych należy brać pod uwagę nie tylko prawa i interesy majątkowe producentów fonogramów, lecz również prawa artystów wykonawców i autorów, w tym ich prawa osobiste. Prawa te, takie jak prawo do integralności utworu, mogą zaś w sposób zasadny stanąć na przeszkodzie wykorzystaniu tego utworu, nawet gdy wykorzystanie to jest objęte wyjątkiem⁵⁵.

⁵² Zobacz podobnie wyrok ETPC z dnia 10 stycznia 2013 r. w sprawie Ashby Donald i inni przeciwko Francji (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

⁵³ Zobacz na przykład sprawę C-469/17 Funke Medien NRW, w której przedstawiłem opinię w dniu 25 października 2018 r. (EU:C:2018:870).

⁵⁴ Zobacz część niniejszej opinii dotycząca odpowiedzi na pytanie drugie.

⁵⁵ Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 września 2014 r., Deckmyn i Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, pkt 27–31).

98. Ochronę przyznaną producentom fonogramów, zarówno z punktu widzenia prawa Unii, jak i prawa międzynarodowego, można uznać za nadmierną z tego względu, że jest równa ochronie autorów (w dziedzinie praw majątkowych). Nie wykluczam, że wyważenie poszczególnych praw i interesów przez ustawodawcę Unii może w przyszłości doprowadzić do wprowadzenia wyjątku od wyłącznych praw autorów i innych uprawnionych, dotyczącego wykorzystania w sposób taki jak samlowanie. Nie jest to jednak zadanie sądów. W ramach kontroli sądowej stosowania obowiązujących przepisów prawa podstawowe odgrywają inną rolę: jest to swego rodzaju środek ostateczny, który może uzasadniać odejście od brzmienia właściwych przepisów jedynie w przypadku rażącego naruszenia istoty prawa podstawowego⁵⁶. Tymczasem moim zdaniem taka sytuacja nie zachodzi na gruncie prawa autorskiego Unii w odniesieniu do samlowania.

99. Proponuję zatem, by na szóste pytanie prejudycjalne odpowiedzieć w ten sposób, że ustanowione w art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 wyłączne prawo producentów fonogramów do zezwalania na częściowe zwielokrotnianie ich fonogramów w przypadku ich wykorzystania do celów samlowania lub do zabrania takiego zwielokrotniania nie jest sprzeczne z wolnością sztuki wyrażoną w art. 13 karty praw podstawowych.

Wnioski

100. W świetle całości powyższych rozważań proponuję udzielić następującej odpowiedzi na pytania prejudycjalne przedstawione przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy):

- 1) Artykuł 2 lit. c) dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym należy interpretować w ten sposób, że pobranie fragmentu fonogramu w celu użycia go w innym fonogramie (samlowanie) stanowi naruszenie wyłącznego prawa producenta pierwszego fonogramu do zezwalania na zwielokrotnianie jego fonogramu lub do zabrania takiego zwielokrotniania w rozumieniu tego przepisu, jeśli pobranie to odbyło się bez jego zgody.
- 2) Artykuł 9 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej należy interpretować w ten sposób, że fonogram, który zawiera fragmenty pochodzące z innego fonogramu (sample), nie stanowi kopii tego innego fonogramu w rozumieniu wspomnianego przepisu.
- 3) Artykuł 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu do fonogramów przepisu prawa wewnętrznego państwa członkowskiego, takiego jak § 24 ust. 1 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) z dnia 9 września 1965 r., zgodnie z którym można stworzyć samoistny utwór poprzez swobodne wykorzystanie innego utworu bez zgody jego autora w zakresie, w jakim wykracza poza zakres wyjątków i ograniczeń odnoszących się do praw wyłącznych ustanowionych w art. 5 ust. 2 i 3 tej dyrektywy.
- 4) Wyjątek dotyczący cytowania, przewidziany w art. 5 ust. 3 lit. d) dyrektywy 2001/29, nie ma zastosowania w sytuacji, gdy fragment fonogramu został włączony do innego fonogramu bez widocznego zamiaru nawiązania interakcji z pierwszym fonogramem i w sposób niepozwalający na rozpoznanie go na tle pozostałej części drugiego fonogramu.

⁵⁶ Zobacz podobnie ostatnio wyrok z dnia 18 października 2018 r., Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, pkt 46).

- 5) Państwa członkowskie mają obowiązek zagwarantowania w prawie krajowym ochrony praw wyłącznych określonych w art. 2–4 dyrektywy 2001/29, a prawa te mogą zostać ograniczone tylko w ramach stosowania wyjątków i ograniczeń przewidzianych w sposób wyczerpujący w art. 5 tej dyrektywy. Państwa członkowskie zachowują natomiast swobodę w zakresie wyboru środków, które uznają za właściwe w celu wypełnienia tego obowiązku.
- 6) Ustanowione w art. 2 lit. c) dyrektywy 2001/29 wyłączne prawo producentów fonogramów do zezwalania na częściowe zwielokrotnianie ich fonogramów w przypadku ich wykorzystania do celów samlowania lub do zabrania takiego zwielokrotniania nie jest sprzeczne z wolnością sztuki wyrażoną w art. 13 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.