

**Mål C-590/23**

**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler**

**Datum för ingivande:**

25 september 2023

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Bundesgerichtshof (Tyskland)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

14 september 2023

**Kärande i första instans och klagande hos den hänskjutande domstolen:**

CG

YN

**Svarande i första instans och motpart hos den hänskjutande domstolen:**

Pelham GmbH

SD

UP

**Saken i målet vid den nationella domstolen**

Intrång i upphovsrätt och närstående rättigheter genom att använda fragment från främmande fonogram genom tekniken ”sampling”

**Saken och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF avseende tolkningen av artikel 5.3 k i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

## Tolkningsfrågor

1. Är den undantagsbestämmelse som gäller användning i pastischsyfte i den mening som avses i artikel 5.3 k i direktiv 2001/29/EG under alla omständigheter en uppsamlingsbestämmelse för en konstnärlig konfrontation mot ett sedan tidigare existerande verk eller ett annat alster till vilket pastischen hänvisar, även om tekniken sampling använts? Gäller för definitionen av begreppet ”pastisch” tvingande kriterier såsom att en pastisch ska innehålla en dimension av humor, efterbildning av stil eller hyllning?

2. Kräver en användning ”i pastischsyfte” i den mening som avses i artikel 5.3 k i direktiv 2001/29/EG att det kan konstateras att användaren har haft för avsikt att använda sig av ett upphovsrättsligt skyddat alster i syfte att skapa en pastisch, eller är det tillräckligt att någon som känner till det upphovsrättsligt skyddade alstret till vilket pastischen hänvisar, och som har den intellektuella förmågan att kunna identifiera en pastisch, uppfattar karaktären av pastisch hos det nya alstret?

## Anförda unionsbestämmelser

Artikel 5.3 k i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

## Anförda nationella bestämmelser

51a § i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter, upphovsrättslagen) (nedan kallad UrhG)

## Kort redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet

- 1 Musikgruppen ”Kraftwerk”, i vilken CG och YN:s rättsliga föregångare var medlemmar, gav år 1977 ut ett fonogram som innehöll ett musikstycke med titeln ”Metall auf Metall”. SD och UP är kompositörerna till musikstycket ”Nur mir” som Pelham GmbH (nedan kallat Pelham) har spelat in på fonogram, vilka gavs ut år 1997.
- 2 CG och YN gör gällande att Pelham, SD och UP i elektronisk form har kopierat (”samplat”) ett fragment om cirka två sekunder av en rytmsekvens från musikstycket ”Metall auf Metall” och fört in detta fragment i musikstycket ”Nur mir” i form av på varandra följande upprepningar, trots att det hade varit möjligt för dem att själva spela in den använda rytmsekvensen. Därmed hävdas att de har begått ett intrång i CG:s och YN:s närstående rättigheter som de är innehavare av i egenskap av fonogramframställare. CG och YN har väckt talan mot Pelham, SD och UP och har bland annat yrkat att intrånget ska upphöra, att vissa upplysningar ska lämnas och att fonogrammen ska överlämnas för destruering.

- 3 Landgericht (den regionala domstolen) biföll talan. Pelhams, SD:s och UP:s överklagande till Oberlandesgericht (regionöverdomstolen) avslogs. Pelham, SD och UP överklagade vidare till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland). Bundesgerichtshof återförvisade målet till Oberlandesgericht. Efter det att den andra prövningen i Oberlandesgericht återigen utmynnade i ett avslag avseende Pelhams, SD:s och UP:s överklagande, och efter det att även deras överklagande av den domen till Bundesgerichtshof avslagits, upphävde Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland) Bundesgerichtshofs domar och den andra domen från Oberlandesgericht samt återförvisade målet till den hänskjutande domstolen. Under den tredje prövningen hos den hänskjutande domstolen ställdes tolkningsfrågor till EU-domstolen som denna har besvarat (dom av den 29 juli 2019, Pelham, C-476/17, EU:C:2019:624). I och med den tredje domen avseende Pelhams, SD:s och UP:s överklagande till Bundesgerichtshof upphävde den dömande avdelningen hos Bundesgerichtshof domen av Oberlandesgericht och återförvisade målet för ny prövning tillbaka till Oberlandesgericht.
- 4 Oberlandesgericht ändrade Landgerichts dom på så sätt att Pelham, SD och UP förpliktades att både lämna upplysningar avseende antalet fonogram med ljudinspelningar av musikstycket ”Nur mir” som framställts och/eller levererats mellan den 22 december 2002 och den 7 juni 2021 och att överlämna kopior av dessa fonogram för destruktion och den fastställde deras skyldighet att betala skadestånd i denna del. Överklagandet avslogs i övriga delar. CG och YN vidhåller i överklagande till den hänskjutande domstolen sina yrkanden för tiden från och med den 7 juni 2021. Pelham, SD och UP yrkar att överklagandet ska avslås.

### **Kort redogörelse för grunderna till begäran om förhandsavgörande**

- 5 Huruvida överklagandet ska bifallas beror på tolkningen av artikel 5.3 k i direktiv 2001/29.
- 6 Oberlandesgericht har inte ansett att det har förelegat ett åsidosättande av gällande rätt avseende perioden från och med den 7 juni 2021, vid vilken tidpunkt 51a § i UrhG trädde i kraft. Rätten har funnit att talan om förbudsföreläggande var ogrundad, och att det från och med den 7 juni 2021 inte (längre) funnits förutsättningar för att bifalla yrkandena enligt vilka vissa upplysningar ska lämnas, fonogrammen ska överlämnas för destruering och ett skadestånd ska fastställas, eftersom användningen av rytmsekvensen från musikstycket ”Metall auf Metall” genom tekniken ”sampling” utgjorde en pastisch i den mening som avses i 51a § första meningen i UrhG i dess lydelse från och med det aktuella datumet.
- 7 Överklagandet till Bundesgerichtshof ska således bifallas i det fallet att Oberlandesgericht felaktigt kommit fram till att användningen av rytmsekvensen från musikstycket ”Metall auf Metall” genom tekniken ”sampling” har varit en

tillåten användning i pastischsyfte enligt 51a § första meningen i UrhG i dess lydelse från och med den 7 juni 2021. Oberlandesgerichts avgörande har inneburit att inget intrång anses föreligga i vare sig CG:s och YN:s närstående rättigheter som de innehar i egenskap av fonogramframställare eller utövande konstnärer, så som de har gjort gällande, eller i CG:s upphovsrätt.

- 8 Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning har Oberlandesgericht rättsenligt fastställt att ett intrång i CG:s och YN:s rättigheter, vilka de innehar i egenskap av fonogramframställare och utövande konstnärer, föreligger och att den använda rytmsekvensen är att anse som ett upphovsrättsligt skyddat musikaliskt verk.
- 9 Enligt 51a § första meningen i UrhG är det tillåtet att mångfaldiga, sprida och till allmänheten överföra ett offentliggjort verk i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte. Denna bestämmelse är analogt tillämplig i fråga om närstående rättigheter som tillkommer både utövande konstnärer och fonogramframställare.
- 10 Genom 51a § UrhG införlivandes artikel 5.3 k och 5.4 i direktiv 2001/29. 51a § UrhG ska därför tolkas på ett direktivkonformt sätt.
- 11 Eftersom den klandrade användningen av rytmsekvensen inte uppfyller kriterierna för en karikatyr eller en parodi av musikstycket ”Metall auf Metall” är det i det aktuella målet avgörande om den klandrade användningen skedde i pastischsyfte i den mening som avses i 51a § UrhG jämförd med artikel 5.3 k i direktiv 2001/29.
- 12 Avseende den första tolkningsfrågan: det är nödvändigt att klarlägga om undantagsregeln i fråga om användning i pastischsyfte i den mening som avses i artikel 5.3 k i direktiv 2001/29 under alla omständigheter är en uppsamlingsbestämmelse för en konstnärlig konfrontation mot ett sedan tidigare existerande verk eller ett annat alster till vilket pastischen hänvisar, även om tekniken sampling använts, och om det för definitionen av begreppet ”pastisch” gäller tvingande kriterier såsom att en pastisch ska innehålla en dimension av humor, efterbildning av stil eller hyllning.
- 13 Oberlandesgericht har inte gjort några uttalanden om innebörden av begreppet ”pastisch” i vanligt språkbruk i Europeiska unionens medlemsstater. Vidden vad gäller betydelsen av begreppet ”pastisch” i många medlemsstaters vanliga språkbruk torde sträcka sig från efterbildning av stil till nya sammansättningar av arrangemang eller nya kompositioner som utgår från ett redan existerande material med främmande ursprung. I detta avseende har alla betydelser, hur olika de än må vara i detalj, gemensamt att en pastisch innebär att det refereras till något som redan existerar.
- 14 Omständigheten att pastischen regleras tillsammans med parodin och karikatyren i en och samma undantagsbestämmelse skulle kunna tala för att pastischen, parodin och karikatyren har samma väsentliga kännetecken. Enligt EU-domstolens praxis (dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds, C-201/13, punkt 20) är en parodis väsentliga kännetecken dels att den erinrar om ett existerande verk, samtidigt som den märkbart skiljer sig från det verket, dels att den har ett

humoristiskt eller förlöjligande syfte. Däremot förutsätts inte att parodin måste uppvisa egen originalitet.

- 15 Mot denna bakgrund torde ett väsentligt kännetecken även av pastischen under alla omständigheter kunna vara att den erinrar om ett redan existerande verk, samtidigt som den märkbart skiljer sig från det verket. Det förefaller däremot tveksamt om det dessutom är ett väsentligt kännetecken för pastischen att den – som i fråga om parodin och karikatyren – återger en dimension av humor eller förlöjligande, eller att den stil som ett upphovsrättsligt skyddat alster uppvisar efterbildas eller att det refereras till ett verk i form av en hyllning. Även om artikel 5.3 k i direktiv 2001/29 ska tolkas restriktivt, eftersom den är en undantagsregel i förhållande till de rättigheter som föreskrivs i artikel 2 och artikel 3 i direktivet, måste en tolkning göra det möjligt att bevara den praktiska effektiviteten av det i lagen definierade undantaget och att respektera dess syfte.
- 16 Utifrån syftet med undantaget för ”pastisch” ligger det nära till hands att betrakta det aktuella undantaget under alla omständigheter som en uppsamlingsbestämmelse för en konstnärlig konfrontation mot ett sedan tidigare existerande verk eller ett annat alster till vilket pastischen hänvisar, även om tekniken sampling använts, utan att det krävs att ytterligare kriterier ska uppfyllas för att undantaget ska anses vara tillämpligt. EU-domstolen erinrar i detta avseende om syftena med direktiv 2001/29 generellt, som bland annat är harmonisering, vilken underlättar genomförandet av den inre marknadens fyra friheter, men även att en skälig balans upprätthålls mellan å ena sidan upphovsmännens rättigheter och intressen och å andra sidan de rättigheter och intressen som användarna av skyddade alster har (se C-201/13, punkterna 25 och 26).
- 17 Mot denna bakgrund skulle undantaget för ”pastisch” möjligen kunna tillämpas när det sker en konstnärlig konfrontation mot det använda verket. Pastischundantaget skulle kunna förstås som ett allmänt undantag för konstnärlig frihet.
- 18 Å ena sidan åtnjuter de rättigheter som tillkommer upphovsmän, fonogramframställare och utövande konstnärer enligt artiklarna 2 och 3 i direktiv 2001/29 ett immaterialrättsligt skydd enligt artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Å andra sidan kan en användning av verk eller andra alster i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte omfattas av skyddet för yttrandefriheten eller friheten för konsten. Den i målet aktuella tekniken att sampla, vilken består i att användare hämtar – vanligtvis med hjälp av elektronisk utrustning – ett avsnitt från ett fonogram och använder detta avsnitt för att skapa ett nytt verk, utgör ett konstnärligt uttryck som omfattas av friheten för konsten, en frihet som är skyddad i artikel 13 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.
- 19 Den tyska lagstiftaren hade ett brett pastischbegrepp i åtanke när det nya undantaget i 51a § i UrhG infördes. Begreppet skulle, med förbehåll för en skälig

avvägning mellan å ena sidan upphovsmännens rättigheter och intressen och å andra sidan de rättigheter och intressen som användarna av skyddade alster har, särskilt omfatta tekniker som bland annat sampling, eftersom tekniker såsom citering, imitation och snarlika kulturella tekniker, vilka innebär att det refereras till ett verk eller ett annat alster, är karakteristiska inslag i intertextualitet samt i ett samtida kulturellt skapande och kommunikation på sociala medier.

- 20 Avseende den andra tolkningsfrågan: Det är vidare nödvändigt att klargöra när en användning i den mening som avses i artikel 5.3 k i direktiv 2001/29 äger rum i ”pastischsyfte”. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning borde det i detta avseende vara tillräckligt att kunna konstatera att en användning i pastischsyfte kan identifieras av någon som känner till det upphovsrättsligt skyddade alstret till vilket det refereras och som har den erforderliga intellektuella förmågan att kunna uppfatta en pastisch som just en sådan.
- 21 Tolkningsfrågorna är relevanta för målets avgörande. Den första tolkningsfrågan är relevant med hänsyn till att Oberlandesgericht har kommit fram till att musikstycket ”Nur mir” visserligen erinrar om den använda rytmsekvensen från musikstycket ”Metall auf Metall”, men samtidigt påvisar märkbara skillnader i förhållande till denna, och därvid inte vare sig efterbildar stilen av den använda rytmsekvensen från musikstycket ”Metall auf Metall” eller innehåller en dimension av humor eller förlöjligande. Den andra tolkningsfrågan är relevant med hänsyn till att Oberlandesgericht inte har gjort några uttalanden om Pelhams, SD:s och UP:s intentioner, eftersom rätten var av den uppfattningen att det inte krävdes att användarna har en intention att efterbilda eller hylla det ursprungliga alstret.
- 22 I artikel 5.5 i direktiv 2001/29 tas hänsyn till direktivets syfte att uppnå en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen. Således får de i artikel 5 i direktivet föreskrivna undantagen och inskränkningarna endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av det skyddade verket eller alstret och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen (”trestegstest”). Oberlandesgericht har ansett att dessa förutsättningar är uppfyllda i förevarande fall.