Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 8 maj 2025 [1]

Förenade målen C-580/23 och C-795/23

Mio AB,
Mio e-handel AB,
Mio Försäljning AB
mot
Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag
(begäran om förhandsavgörande från Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt, Sverige))
och
konektra GmbH,
LN
mot
USM U. Schärer Söhne AG

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

”Begäran om förhandsavgörande – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Direktiv 2001/29/EG – Artikel 2 – Rätten till mångfaldigande – Begreppet verk – Upphovsrättsligt skydd för alster av brukskonst – Prövning av originaliteten hos alstret av brukskonst – Begreppet ’fria och kreativa val’ – Kriterier vid bedömningen av fria och kreativa val – Bedömning av intrånget i ensamrätten”

Inledning

1. Två avgöranden som nyligen meddelats av domstolar i två medlemsstater, avseende alster som utgör ikoner i designvärlden, illustrerar väl de dilemman som hänger samman med den problematik som tas upp i de aktuella förenade målen, det vill säga upphovsrättsligt skydd för alster av brukskonst. Tribunal judiciaire de Paris (Förstainstansdomstolen i Paris, Frankrike) har nämligen slagit fast att två handväskmodeller, ”Kelly” och ”Birkin” av varumärket Hermès, ska kvalificeras som ”verk” i den mening som avses i upphovsrätten. [2] Några dagar senare fann

[1] Originalspråk: franska.

[2] Dom av den 7 februari 2025, RG 22/09210. Se även Söğüt, A, *Design or art? French court rules that Birkin Bag is a copyright work*, https://ipkitten.blogspot.com.

Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland, en av de hänskjutande domstolarna i förevarande förenade mål) att två modeller av tofflor av varumärket Birkenstock inte kunde kvalificeras på samma sätt. [3]

2. Svårigheterna som uppstår för skydd av immateriella rättigheter avseende denna kategori av alster beror på att dessa föremål befinner sig på gränsen mellan ”rena” konstverk och enkla bruksföremål: de tillhör båda grupperna, dock utan att helt och hållet tillhöra någon av dem. Kategorin alster av brukskonst är för övrigt inte enhetlig i sig, eftersom den omfattar såväl verkliga konstverk med en bruksfunktion, som bruksföremål som upphovsmännen har gett en ”konstnärlig” aspekt i begreppets vidaste bemärkelse. För att inte tala om föremål som skulle vara svåra att kvalificera som rena konstverk eller som alster av brukskonst, såsom designkläder, smycken eller vissa parfymflaskor.

3. Även om det finns system för *sui generis*-skydd för denna typ av föremål, såsom det unionsrättsliga systemet för formskydd, kvarstår följaktligen frågan om upphovsrättsligt skydd för dessa föremål. Olika rättssystem ger olika svar på denna fråga, alltifrån att utesluta upphovsrättsligt skydd för bruksföremål, till att ge ett skydd som är begränsat eller villkorat av strängare krav än för andra kategorier av verk, eller till att ge ett fullvärdigt skydd utifrån samma kriterier som dem som tillämpas på andra kategorier av verk, enligt teorin om konstverket som en enhet. [4]

4. Det gemensamma för dessa system förefaller vara missnöjet med hur de fungerar. Detta missnöje beror dels på att det inte finns någon tydlig avgränsning mellan de bruksföremål som kan komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd och de som inte omfattas av detta skydd, dels på den oförutsägbarhet och avsaknad av rättssäkerhet som följer härav. De nationella systemen för skydd av alster av brukskonst är därför i ständig utveckling vad gäller lagstiftning och rättspraxis, i syfte att finna lösningar som är bättre anpassade till de berörda kretsarnas behov. [5]

5. Unionens upphovsrätt stadfäster principen om skydd för alster av brukskonst utan några särskilda krav. Frågan om hur detta skydd ska se ut i praktiken har redan tagits upp vid domstolen. [6] I förevarande förenade mål har domstolen ombetts att precisera sin rättspraxis på området. Det handlar inte om att införa en enda skyddsstandard som gör det möjligt att på ett säkert sätt avgöra om ett föremål omfattas av detta skydd. En sådan ambition skulle vara utopisk. Vid bedömningen av huruvida något utgör ett verk enligt upphovsrätten krävs komplicerade och med nödvändighet delvis subjektiva bedömningar som endast kan göras från fall till fall. Däremot bör denna kvalificering harmoniseras på den inre marknaden så att bedömningen av huruvida Birkin-väskan och Birkenstock-tofflorna kan skyddas görs på grundval av samma kriterier i alla medlemsstater.

[3] Dom av den 20 februari 2025, I ZR 16/24. Se även Pemsel, M., *Birkenstock’s sandals are not sufficiently artistic to enjoy copyright protection*, https://ipkitten.blogspot.com.

[4] Enligt denna teori finns det ingen skillnad mellan ”ren” konst och ”brukskonst”, eftersom alla verk är värda skydd på samma sätt, oberoende av deras avsedda ändamål.

[5] För en översikt över situationen i olika länder, både europeiska och icke-europeiska, se Derclaye, E. (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge University Press, 2018.

[6] Se, bland annat, dom av den 12 september 2019, Cofemel (C-683/17, EU:C:2019:721) (nedan kallad domen Cofemel), och dom av den 11 juni 2020, Brompton Bicycle (C-833/18, EU:C:2020:461) (nedan kallad domen Brompton Bicycle).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

6. I artiklarna 2–4 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 [7] föreskrivs följande:

”Artikel 2

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

a) för upphovsmän: av deras verk,

…

Artikel 3

1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

…

Artikel 4

1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

…”

Svensk rätt

7. Enligt 1 § första stycket punkt 6 i lagen (1960:729), om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk skyddas bland annat alster av brukskonst.

8. Enligt 2 § i denna lag innefattar upphovsrätt, med vissa inskränkningar, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik. Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis. Verket görs tillgängligt för allmänheten bland annat när verket överförs till allmänheten eller när exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.

[7] EGT L 167, 2001, s. 10.

Tysk rätt

9. I 2 § i Urheberrechtsgesetz (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 9 september 1965,[8] med rubriken ”Verk som är föremål för skydd”, föreskrivs i punkt 1 led 4 att bland annat konstverk, inbegripet alster av byggnadskonst eller brukskonst, samt utkast till sådana verk, omfattas av skyddet. I punkt 2 i samma bestämmelse föreskrivs att endast personliga intellektuella skapelser utgör verk i den mening som avses i denna lag.

Bakgrund, målen vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

Mål C-580/23

10. Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag, ett bolag bildat enligt svensk rätt (nedan kallat Asplund), tillverkar och utformar produkter och möbler för inomhusbruk, däribland bord i serien ”Palais Royal”.

11. Mio AB, Mio e-handel AB och Mio Försäljning AB, som är bolag bildade enligt svensk rätt (nedan gemensamt kallade Mio), bedriver detaljhandel inom sektorn för möbler och inredningsartiklar. Mios möbelsortiment omfattar bland annat bord i möbelserien ”Cord”.

12. I oktober 2021 väckte Asplund talan vid Patent- och marknadsdomstolen (Sverige) och yrkade i huvudsak att Mio skulle förbjudas att tillverka, saluföra eller sälja bordet ”Cord” på grund av intrång i Asplunds upphovsrätt till bordet ”Palais Royal”.

13. Mio har bestritt att bordet Palais Royal är upphovsrättsligt skyddat, eftersom bordet saknar tillräcklig originalitet för att kunna erhålla ett sådant skydd. Även om så vore fallet skulle detta skydd enligt Mio dessutom vara begränsat och mycket snävt och skillnaderna mellan de två borden i fråga är tillräckliga för att konstatera att det inte föreligger något intrång i Asplunds upphovsrätt. Mio har dessutom hävdat att bordet ”Cord” har tagits fram självständigt och inte utgör en kopia av bordet ”Palais Royal”.

14. Patent- och marknadsdomstolen biföll Asplunds talan genom dom den 19 oktober 2022. Mio överklagade den domen till den hänskjutande domstolen.

15. Det är mot den nu angivna bakgrunden som Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (Sverige) har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Vid bedömningen av om ett alster av brukskonst förtjänar upphovsrättens långtgående skydd som verk i den mening som avses i artiklarna 2–4 i [direktiv 2001/29], hur ska prövningen göras – och vilka faktorer ska eller bör beaktas – i frågan om alstret återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val? Härvid är frågan särskilt om originalitetsprövningen ska vara inriktad på faktorer kring skapandeprocessen och upphovsmannens redogörelse för de faktiska val som han eller hon har gjort vid skapandet av alstret eller på faktorer avseende alstret i sig och slutresultatet av skapandeprocessen och om själva alstret ger uttryck för en konstnärlig verkan.

[8] BGBl. 1965 I, s. 1273.

2) För svaret på fråga 1 och frågan om ett alster av brukskonst återspeglar upphovsmannens personlighet genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val, vilken betydelse har det att

   a) alstret består av element som återfinns i det allmänna formförrådet?

   b) alstret bygger vidare på och utgör en variation av tidigare känd formgivning eller en pågående formgivningstrend?

   c) identiska eller liknande alster har skapats före eller – oberoende och utan vetskap om det alster av brukskonst som påstås ha skydd som verk – efter skapandet av det ifrågavarande alstret?

3) Hur ska likhetsbedömningen göras – och vilken likhet krävs – vid prövningen av om ett påstått intrångsgörande alster av brukskonst omfattas av ett verks skyddsomfång och gör intrång i den ensamrätt till verket som enligt artiklarna 2–4 i [direktiv 2001/29] ska tillkomma upphovsmannen? Härvid är frågan särskilt om prövningen ska ta sikte på om verket är igenkännbart i det påstått intrångsgörande alstret eller på om det påstått intrångsgörande alstret ger samma helhetsintryck som verket, eller vad prövningen annars ska vara inriktad på.

4) För svaret på fråga 3 och frågan om ett påstått intrångsgörande alster av brukskonst omfattas av ett verks skyddsomfång och gör intrång i ensamrätten till verket, vilken betydelse har

   a) verkets grad av originalitet för verkets skyddsomfång?

   b) det förhållandet att verket och det påstått intrångsgörande alstret av brukskonst består av element som återfinns i det allmänna formförrådet eller bygger vidare på och utgör variationer av tidigare känd formgivning eller en pågående formgivningstrend?

   c) det förhållandet att andra identiska eller liknande alster har skapats före eller – oberoende och utan vetskap om verket – efter verkets skapande?”

Mål C-795/23

16. USM U. Schärer Söhne AG, ett bolag bildat enligt schweizisk rätt (nedan kallat USM), tillverkar och saluför ett system med anpassningsbara möbler under namnet USM Haller. Detta möbelsystem kännetecknas av runda glänsande rör i krom som är sammansatta med hjälp av sammanfogande kulor för att bilda en struktur där kulörta metallskivor sätts in. De på detta sätt skapade strukturerna kan kombineras fritt vertikalt eller horisontellt.

17. Konektra GmbH, ett bolag bildat enligt tysk rätt, och LN, dess direktör (nedan gemensamt kallade Konektra), erbjöd, på internet, utan att USM motsatte sig detta, reservdelar och utbyggnadsdelar till systemet ”USM Haller”, vars form och till största delen färg motsvarade USM:s komponenter. Sedan år 2018 innehåller Konektras webbplats en förteckning över alla komponenter som är nödvändiga för en fullständig sammansättning av möblerna ”USM Haller” och gör även reklam med bilder av monterade möbler. Konektras leveranser åtföljs dessutom av instruktioner för montering av kompletta möbler och Konektra erbjuder sina kunder en monteringstjänst.

18. Enligt USM begränsar sig Konektra inte längre till att erbjuda reservdelar till systemet ”USM Haller”, utan tillverkar, erbjuder och saluför sitt eget möbelsystem, som är identiskt med USM:s. USM anser att Konektras utbud gör intrång i USM:s upphovsrätt till systemet ”USM Haller” såsom alster av brukskonst, eller att det i vart fall utgör en imitation som är otillåten enligt konkurrensrätten.

19. USM väckte därför talan mot Konektra vid Landgericht Düsseldorf (Regionala domstolen i Düsseldorf, Tyskland) om föreläggande om förbud, lämnande av upplysningar och redovisning, och om ersättning för kostnaderna för underrättelse och fastställelse av bolagets ersättningsskyldighet. Nämnda domstol biföll dessa yrkanden och grundade sitt avgörande huvudsakligen på upphovsrätten.

20. Överdomstolen, Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) ogillade däremot USM:s yrkanden som grundade sig på upphovsrätten genom dom av den 2 juni 2022 och biföll endast de yrkanden som grundades på konkurrensrätten.

21. Båda parterna överklagade detta avgörande till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen), som är den hänskjutande domstolen. Den hänskjutande domstolen anser att frågan huruvida USM:s överklagande ska bifallas beror på tolkningen av begreppet originalitet, såsom det tolkats av EU-domstolen, och på förhållandet mellan det upphovsrättsliga skyddet och skyddet enligt formgivningsrätten.

22. Under dessa omständigheter beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) När det är fråga om alster av brukskonst, är då förhållandet mellan formskyddet och upphovsrättsskyddet sådant att de utgör huvudregel och undantag i förhållande till varandra på ett sätt som innebär att det vid den upphovsrättsliga bedömningen av sådana alsters originalitet ställs högre krav på den grad av kreativ frihet som dess upphovsman haft?

2) Ska den upphovsrättsliga bedömningen av ett alsters originalitet (även) omfatta upphovsmannens subjektiva uppfattning om skapandeprocessen, och krävs det att upphovsmannens fria kreativa val ska vara medvetna för att de ska anses som fria kreativa val i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis?

3) Om det är avgörande för originalitetsprövningen huruvida och i vilken mån alstret ger objektivt uttryck för ett konstnärligt skapande: Är det möjligt att i samband med nämnda prövning ta hänsyn till omständigheter som inträffat efter tidpunkten som är avgörande för originalitetsprövningen, nämligen tidpunkten för utformningen av alstret, såsom att det visats på konstutställningar eller i museer, eller att alstret fått erkännande i branschkretsar?”

Förfarandet vid domstolen

23. Respektive begäran om förhandsavgörande i målen C-580/23 och C-795/23 inkom till domstolen den 21 september respektive den 21 december 2023. I mål C-580/23 har skriftliga yttranden inkommit från parterna i det nationella målet, den franska regeringen och Europeiska kommissionen och i mål C-795/23 har skriftliga yttranden inkommit från parterna i det nationella målet, den franska och den nederländska regeringen samt kommissionen. Domstolens ordförande

beslutade den 13 maj 2024 att förena de två målen vad gäller det muntliga förfarandet och domen. Parterna i målen vid de nationella domstolarna, den franska regeringen och kommissionen var närvarande vid förhandlingen den 30 januari 2025.

Bedömning

24. Tolkningsfrågorna i förevarande förenade mål rör begreppet verk i den mening som avses i unionens upphovsrätt, såsom den har tolkats av domstolen, och ger upphov till flera rättsliga frågeställningar, nämligen följande: förhållandet mellan det upphovsrättsliga skyddet och formskyddet (den första frågan i mål C-795/23), kriterierna för bedömning av ett verks originalitet (den första och den andra frågan i mål C-580/23 samt den andra och den tredje frågan i mål C-795/23) och kriterierna för bedömning av intrång i den skyddade upphovsrätten (den tredje och den fjärde frågan i mål C-580/23). Det är i denna ordning som jag kommer att behandla dessa frågor i förevarande förslag till avgörande.

Förhållandet mellan upphovsrättsligt skydd och formskydd

25. Den hänskjutande domstolen i mål C-795/23 har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida förhållandet mellan formskyddet och upphovsrättsskyddet är sådant att de utgör huvudregel och undantag i unionsrätten med den följden att högre krav ska tillämpas vid prövningen av originaliteten hos alster av brukskonst än vad som gäller för andra typer av verk.

26. Det framgår av de förklaringar som den hänskjutande domstolen har lämnat att denna fråga har ställts med anknytning till EU-domstolens uttalande i punkt 52 i domen Cofemel, enligt vilket ”även om ett och samma alster kan ges ett dubbelt skydd genom formskyddet och upphovsrättsskyddet enligt unionsrätten, är detta dubbla skydd enbart avsett att omfatta vissa situationer”. I samband med bedömningen av denna fråga kommer jag kortfattat att erinra om grunderna för skyddet enligt dessa båda system.

27. Enligt fast rättspraxis förutsätter begreppet verk, i den mening som avses i unionens upphovsrätt, att två kumulativa rekvisit är uppfyllda. För det första innebär det att det finns ett original, i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. För det andra är det endast element som ger uttryck för ett sådant skapande som kan kvalificeras som verk. [9]

28. När det gäller den första förutsättningen är det, för att ett alster ska kunna anses vara ett original, både nödvändigt och tillräckligt att det återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val. När förverkligandet av ett alster däremot har fastställts av tekniska överväganden, regler eller krav som inte lämnar utrymme för något utövande av en kreativ frihet, ska alstret i fråga inte anses ha den originalitet som krävs för att utgöra ett verk och således för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd. [10]

29. När det gäller den senare aspekten har domstolen preciserat att ett alster som uppfyller kravet på originalitet kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd även om förverkligandet av alstret har fastställts av tekniska överväganden, under förutsättning att ett sådant fastställande inte har hindrat upphovsmannen från att återspegla sin personlighet i alstret genom att ge uttryck för fria och kreativa val. Det krävs emellertid inte bara att det har funnits en möjlighet att välja form på

[9] Se domen Cofemel (punkt 29 och där angiven rättspraxis).

[10] Se domen Cofemel (punkterna 30 och 31 samt där angiven rättspraxis).

alstret, utan även att upphovsmannen på ett originellt sätt har gett uttryck för sin kreativa förmåga genom att göra fria och kreativa val och utformat produkten så att den återspeglar vederbörandes personlighet. [11]

30. En återspegling av upphovsmannens personlighet i formen på det alster för vilket skydd åberopas utgör således hörnstenen i begreppet originalitet och följaktligen den grundläggande förutsättningen för unionens upphovsrättsskydd. Upphovsmannens personliga prägel kan visa sig i varierande grad, och till och med vara mycket lågmäld, men den måste vara närvarande. Det är den personliga prägeln som ger föremålet en ”unik” karaktär, i den meningen att den skiljer sig från alla andra liknande föremål som skapats av andra personer.

31. Det är i detta sammanhang som formuleringen ”fria och kreativa val” som domstolen har använt ska förstås. Det är således inte bara sådana val som inte är fria, i den meningen att de styrs av tekniska eller andra krav, som inte är kreativa, utan även sådana som, även om de inte är bundna av sådana krav, beror antingen på rent funktionella överväganden eller på metoder eller standarder som är allmänt förekommande vid den aktuella tillverkningen av föremålen, och sådana som är helt obetydliga eller banala.

32. Även om varje fysiskt alster nödvändigtvis har en form och denna form är ett resultat av ett mer eller mindre fritt val av skaparen, kan följaktligen endast ett alster vars form, som åtminstone delvis bestäms av upphovsmannens kreativa val, återspeglar upphovsmannens personlighet, åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Det är således ett subjektivt skyddskriterium som används i upphovsrätten. [12]

33. Inom formgivningsrätten används däremot ett objektivt skyddskriterium, nämligen kriteriet om nyhet och särprägel. [13] Detta kriterium ska bedömas i förhållande till de tidigare formgivningarna: en formgivning som skiljer sig tillräckligt mycket från dessa för att ge ett annat helhetsintryck kan åtnjuta skydd. Inga krav ställs på själva detaljerna i formgivningen, förutom att de inte uteslutande är betingade av den tekniska funktionen hos det alster som formgivningen används för.

34. Jag anser därför inte att domstolens uttalande i punkt 52 i domen Cofemel kan förstås så, att det skapar ett förhållande med regel och undantag mellan det skydd som ges enligt formgivningsrätten och det skydd som garanteras genom upphovsrätten.

35. När det gäller dessa båda skydd erinrade domstolen, i punkt 50 i den domen, om skillnaderna vad gäller deras syften och de bestämmelser som reglerar dem. Domstolen påpekade även i den efterföljande punkten att beviljandet av upphovsrättsskydd inte får leda till att bland annat deras syften undergrävs.

36. I detta sammanhang anser jag att punkt 52 i domen Cofemel endast utgör en varning till de nationella domstolarna om att det inte finns någon automatik mellan beviljandet av skydd enligt formgivningsrätten och enligt upphovsrätten och att villkoren för detta skydd, det vill säga dels kraven på nyhet och särprägel, dels på originalitet, inte får förväxlas. Ett alster behöver nämligen inte nödvändigtvis vara originellt i upphovsrättslig mening för att anses vara nytt och ha särprägel

[11] Se, för ett liknande resonemang, domen Brompton Bicycle (punkterna 26 och 32–35).

[12] Beträffande begreppet originalitet i fransk rätt, som förefaller ligga nära hur domstolen tolkar begreppet, se bland annat Pollaud-Dulian, F., *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 2014, s. 156–168.

[13] Se artiklarna 3–5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd (EGT L 289, 1998, s. 28) och artiklarna 4–6 i rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning (EGT L 3, 2002, s. 1).

i den mening som avses i formgivningsrätten. Omvänt gäller att även om denna situation i praktiken är mindre vanligt förekommande, kan det hända att ett original inte har särprägel om det inte i tillräcklig grad skiljer sig från befintliga formgivningar vad gäller den visuella aspekten.

37. Det är på detta sätt som domstolens konstaterande att kumulering av skydd enligt dessa båda mekanismer endast är tänkbart ”i vissa situationer” ska förstås. Däremot anser jag inte att man av detta konstaterande kan dra slutsatsen att det ska tillämpas en högre tröskel för originalitet på bruksföremål än på andra kategorier av verk för att begränsa denna kumulering till vissa fall. En sådan slutsats skulle strida mot vad som klart framgår av punkt 48 i domen Cofemel och av den allmänna systematiken i den domen, nämligen att frågan huruvida alstren av brukskonst har originalitet ska bedömas enligt samma kriterier som dem som används för andra kategorier av verk.

38. Jag föreslår därför att den första frågan i mål C-795/23 besvaras så, att förhållandet mellan formskyddet och upphovsrättsskyddet inte är sådant att de utgör huvudregel och undantag i unionsrätten med den följden att högre krav ska tillämpas vid prövningen av originaliteten hos alster av brukskonst än vad som är fallet för andra typer av verk.

Kriterierna för bedömning av originalitet

39. Genom den första och den andra frågan i mål C-580/23, samt den andra och den tredje frågan i mål C-795/23, vilka jag föreslår ska prövas tillsammans, har de hänskjutande domstolarna sökt klarhet i hur originaliteten ska bedömas hos alstren av brukskonst vid tillämpningen av artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29 och, i synnerhet, huruvida dessa bestämmelser ska tolkas så, att det vid denna bedömning ska tas hänsyn till de faktorer som har samband med upphovsmannens kreativa process och intentioner eller endast de faktorer som kan uppfattas i själva verket. Dessa domstolar vill även få klarhet i vilken betydelse de ytterligare faktorerna, såsom användningen av redan tillgängliga formgivningar vid skapandet av verket, formgivarens inspiration av befintliga alster, sannolikheten för ett liknande självständigt skapande eller den omständigheten att skapandet erkänns av branschkretsar, har vid denna bedömning.

Bedömning av originalitet hos alster av brukskonst

40. Vad gäller den inledande frågan om hur originalitet ska fastställas hos ett alster av brukskonst, framgår svaret av mina påpekanden i punkterna 27–32 ovan avseende begreppet originalitet i unionens upphovsrätt. Domstolen ska således bedöma huruvida det alster för vilket skydd begärs är ett uttryck för fria och kreativa val som återspeglar upphovsmannens personlighet. Jag anser inte att någon ytterligare precisering kan göras i detta skede på ett abstrakt sätt. Begreppet originalitet är nämligen ett mycket allmänt, för att inte säga vagt, begrepp, och det kan tillämpas på föremål av helt olika slag och lämpar sig därför knappast för en strikt och systematisk definition i rättspraxis.[14] Det ska tillämpas i varje enskilt fall på grundval av en bedömning av de faktiska omständigheterna.

41. Denna tillämpning ska emellertid göras med beaktande av särdragen hos den aktuella typen av verk. Alster av brukskonst skiljer sig från andra kategorier av verk genom att de i första hand utgör bruksföremål. Sådana föremål är emellertid resultatet av upphovsmännens skicklighet och val.

[14] Se, för en grundlig analys i doktrinen, *The Protection of Works of Applied Art under EU Copyright Law. Opinion of the European Copyright Society in MIO/konektra* (Cases C-580/23 and C-795/23)” (europeancopyrightsociety.org).

Dessa val kan grundas på tekniska, ergonomiska eller säkerhetsmässiga begränsningar eller följa av standarder eller konventioner som antagits inom den berörda sektorn. De kan också vara fria, men inte ge alstret någon personlig prägel, utan skulle ha kunnat vara desamma om en annan person hade skapat dem. Det är emellertid inte nödvändigt att göra kreativa val, i den mening jag erinrat om i punkterna 28–31 ovan, för att skapa ett bruksföremål. Kreativa val är ett möjligt, men inte nödvändigt, bidrag till kvintessensen av alstret i fråga. Även om dessa val kan vara inneboende i formen på ett visst alster,[15] kvarstår det faktum att ett annat föremål med samma bruksfunktioner kan skapas, vilket ofta är fallet, utan att sådana kreativa val kombineras.

42. Den domstol som ska pröva frågan om ett sådant alsters originalitet måste således söka efter och identifiera dessa kreativa val i alstrets form för att kunna förklara att det är upphovsrättsligt skyddat. Till skillnad från andra kategorier av verk, där blotta beslutet att skapa redan är ett kreativt val, finns det ingen presumtion i detta avseende när det gäller alster av brukskonst. Den omständigheten att formgivaren har gjort val som inte är bundna av tekniska eller andra begränsningar ger inte upphov till en presumtion om att dessa val är av kreativ karaktär i upphovsrättslig mening.

43. Jag måste tillägga en sista anmärkning av terminologisk art. Jag anser nämligen att det föreligger en risk för förväxling när orden konstnärlig eller estetisk används för att beskriva de val som upphovsmannen till ett verk har gjort eller resultatet av dennes skapande. I vissa betydelser kan dessa ord visserligen förstås som synonymer till ”kreativa val”. Det är också riktigt att man talar om alster av bruks*konst*. Ordet konstnärlig antyder emellertid ett värdeomdöme i betydelsen av en relativt hög grad av konstnärlig framgång. Sådana omdömen är inte relevanta inom upphovsrätten: skyddet är inte på något sätt villkorat av verkets konstnärliga kvalitet (eller annan kvalitet), inte heller när det gäller alster av brukskonst. Vad gäller ordet estetisk, kan det förstås så, att det avser alla de val av formgivaren som inte är bundna av tekniska eller funktionella begränsningar. Alla estetiska val återspeglar emellertid inte nödvändigtvis formgivarens personlighet och ger således inte upphov till originalitet.[16] Det är därför enligt min mening mer aktsamt att hålla sig till orden ”fria och kreativa val som återspeglar upphovsmannens personlighet”.

Beaktande av upphovsmannens kreativa process och avsikter

44. De hänskjutande domstolarna vill närmare bestämt få klarhet i huruvida originaliteten hos det verk för vilket upphovsrättsligt skydd görs gällande ska bedömas med beaktande av upphovsmannens avsikter under skapandeprocessen eller om originaliteten ska vara synlig i själva verket. Svaret kan enligt min mening utläsas av domstolens praxis avseende begreppet verk.

45. Såsom jag redan har erinrat om är det, enligt denna praxis, för att ett alster ska kunna anses vara ett original, både nödvändigt och tillräckligt att det *återspeglar* upphovsmannens personlighet, genom att *ge uttryck för* dennes fria och kreativa val.[17] Användningen av orden avspegla och ”ge uttryck för” visar tydligt att sådana val och upphovsmannens personlighet ska

[15] Jag vill därför inte säga att formen med nödvändighet måste kunna skiljas från själva alstret, i enlighet med teorin om ”conceptual separability”, som förefaller ge upphov till tillämpningssvårigheter för domstolarna i Förenta staterna (se, i detta avseende, Ginsburg, J.C., *’Courts Have Twisted Themselves into Knots’ (and the Twisted Knots Remain to Untangle): US Copyright Protection for Applied Art after Star Athletica*, dans Derclaye, E., a.a., s. 297).

[16] Se, för ett liknande resonemang, domen Cofemel (punkterna 53–55).

[17] Se domen Cofemel (punkt 30 och där angiven rättspraxis) och punkt 28 ovan.

vara synliga i det alster för vilket skydd åberopas. Det räcker således inte att skaparen har gjort fria och kreativa val: dessa måste fortfarande kunna uppfattas av tredje man genom själva verket eller alstret.

46. Domstolen fann följaktligen att begreppet verk, förutom att förutsätta originalitet, med nödvändighet förutsätter att det finns ett alster som kan identifieras med tillräcklig precision och objektivitet. De myndigheter som har i uppgift att säkerställa skyddet av de ensamrätter som följer av upphovsrätten måste nämligen klart och tydligt kunna veta vilket alster som ska skyddas. Detsamma gäller för utomstående, mot vilka det skydd som kan göras gällande av upphovsmannen till alstret kan komma att aktualiseras. Vidare krävs det – för att vid identifieringen av alstret undvika alla subjektiva inslag, vilka skadar rättssäkerheten – att alstret har kommit till uttryck på ett objektivt sätt. [18]

47. Detta krav på att det ska finnas ett alster som kan identifieras som ett verk återspeglar den grundläggande upphovsrättsliga principen att idéer inte skyddas, utan endast uttryck. Upphovsmannens avsikter ligger emellertid inte på uttryckssidan, utan på idésidan. De skyddas endast i den mån upphovsmannen har uttryckt dem i verket, det vill säga det identifierbara alstret, vilket är det enda relevanta uttrycket för idéerna. Den domstol som har att pröva frågan huruvida det alster för vilket skydd åberopas är originellt kan följaktligen inte på ett avgörande sätt grunda sin bedömning på omständigheter som inte kommer till uttryck i själva alstret.

48. Det är dessutom möjligt att det vid den domstol som handlägger denna fråga helt enkelt inte finns något bevis för avsikterna hos upphovsmannen till det alster för vilket skydd har gjorts gällande eller att denna domstol inte anser att en sådan bevisning är övertygande. Den enda omständighet som nödvändigtvis måste läggas fram för domstolen är själva det aktuella alstret, eftersom domstolen annars inte kommer att kunna meddela sitt avgörande.

49. Detta övervägande ger också svar på frågan huruvida upphovsmannens kreativa val nödvändigtvis måste vara medvetna. Dessa val ska identifieras och beaktas såsom de framgår av verket. Eftersom upphovsmannens avsikter inte är avgörande, är det överflödigt att försöka fastställa upphovsmannens medvetenhet under den kreativa processen.

50. Om det däremot är möjligt att bevisa formgivarens avsikter, kan den domstol vid vilken talan väckts beakta detta, bland andra indicier, vid bedömningen av huruvida alstret i fråga har originalitet. Detta kan dock inte anses vara tillräckligt. Domstolen måste själv vara övertygad om att det rör sig om ett alster som återspeglar upphovsmannens personlighet genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val. Det är endast i detta fall som domstolen kan fastställa att alstret i fråga har originalitet och således kvalificera det som ett upphovsrättsligt skyddat verk.

Beaktande av andra faktorer

51. De hänskjutande domstolarna vill även få klarhet i vilken betydelse som, vid bedömningen av originaliteten hos ett alster av brukskonst, ska fästas vid sådana faktorer som formgivarens användning av allmänt tillgängliga former, formgivarens inspiration av befintliga alster, förekomsten av eller möjligheten till ett liknande självständigt skapande eller omständigheter som inträffat efter det att verket skapades, såsom att det visats i utställningar eller på museer eller, mer allmänt, den omständigheten att det är känt i branschkretsar.

[18] Se domen Cofemel (punkterna 32 och 33 samt där angiven rättspraxis).

52. Domstolen har redan angett att vid bedömningen av huruvida ett alster är en originell skapelse och således upphovsrättsligt skyddat ankommer det på den domstol vid vilken talan har väckts att beakta samtliga relevanta omständigheter i målet.[19] Vad gäller förekomsten av ett tidigare patent och det aktuella alstrets forms effektivitet för att uppnå samma tekniska resultat, har domstolen funnit att detta endast skulle beaktas i den mån dessa omständigheter gör det möjligt att visa de överväganden som har beaktats vid valet av form på den aktuella produkten.[20]

53. Detsamma gäller de omständigheter som de hänskjutande domstolarna har hänvisat till. Alla dessa omständigheter kan utgöra relevanta omständigheter vid bedömningen av ett verks originalitet. Det grundläggande inslaget i denna bedömning ska emellertid alltid beaktas: strävan efter att i verket ge uttryck för upphovsmannens fria och kreativa val som återspeglar upphovsmannens personlighet.

54. För det första utesluter således inte formgivarens användning av allmänt tillgängliga former i sig originalitet. Dessa former kan nämligen kompletteras med originella former. Ett verk som endast består av tillgängliga former kan också vara originellt om upphovsmannen har uttryckt sina kreativa val i arrangemanget av dessa former. Ett alster som består av tillgängliga former som är konventionellt arrangerade kan däremot inte åtnjuta upphovsrättsligt skydd, även om formgivaren har gjort fria val vid valet eller arrangemanget av dessa former, eftersom dessa val inte är kreativa.

55. För det andra kan olika situationer uppstå när det gäller inspiration. När det nya verket är en variant av ett annat verk som i sig är originellt och som härrör från samma upphovsman, kan det enligt min mening skyddas fullt ut. De kreativa element som återges kvarstår nämligen i det nya verket och utgör samma upphovsmans personliga prägel. Om upphovsmännen däremot är olika i ett sådant fall är det nya verket härlett eller inspirerat av det tidigare verket.[21] Det kan emellertid också åtnjuta skydd under förutsättning att – och i den mån – det har egna kreativa element. Skyddet kommer då att begränsas till dessa delar.

56. För det tredje, även om det i upphovsrätten inte uppställs något krav på nyhet, kan det självständiga skapandet av alster som liknar eller till och med är identiska med ett aktuellt alster, före eller efter skapandet av alstret, emellertid utgöra ett indicium på att alstret har en låg originalitet eller rentav saknar originalitet. Som jag redan har påpekat[22] kan upphovsmannen nämligen, genom kreativa val som återspeglar hans eller hennes personlighet, skapa ett unikt verk som skiljer sig från dem som har skapats eller kommer att skapas självständigt av andra.

57. Detta övervägande är emellertid lätt att tillämpa på kategorier av verk för vilka upphovsmännens kreativa frihet är föga begränsad eller för vilka det på grund av uttrycksformens komplexitet i praktiken är osannolikt att det kommer en identisk parallell skapelse. Jag tänker här bland annat på ”rena” konstverk, musikaliska verk och litterära verk.

58. När det däremot gäller alster av brukskonst, där olika ramar i hög grad begränsar upphovsmännens frihet och antalet kreativa element ofta är få, kan det inte helt uteslutas att två upphovsmän har gjort mycket likartade, eller till och med identiska, val och att dessa val trots allt

[19] Domen Brompton Bicycle (domslutet).

[20] Domen Brompton Bicycle (punkt 36).

[21] Med ett verk som inspirerats av andra verk menar jag ett verk som inte återger de kreativa elementen i ett annat verk som sådana, utan på annat sätt har inspirerats av det.

[22] Se punkt 30 ovan.

är kreativa. Förekomsten av eller möjligheten till ett liknande självständigt skapande kan således inte i sig, och utan andra indicier på att det inte föreligger någon originalitet, utesluta ett bruksföremål från upphovsrättsligt skydd.

59. Vad slutligen och för det fjärde gäller visandet av föremålet i konstutställningar eller på museer och branschkretsars igenkänning av alstret, rör dessa omständigheter yttre omständigheter som hänför sig till tiden efter skapandet av det alster för vilket skydd åberopas. Domstolen fann emellertid i punkt 37 i domen i målet Brompton Bicycle att bedömningen av originaliteten ska göras ”oberoende av yttre faktorer som hänför sig till tiden efter det att produkten skapades”.

60. Domstolen återgav emellertid inte detta förbehåll i domslutet i den domen, utan slog endast fast att den domstol som prövar målet ska pröva huruvida det alster för vilket skydd åberopas är originellt ”med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det nationella målet”. Jag uppfattar således detta förbehåll som ett förtydligande av att yttre faktorer och faktorer som hänför sig till tiden efter skapandet inte kan anses vara avgörande för denna kontroll. Sådana omständigheter som att alstret visas i konstutställningar eller på museer och att det är känt i branschkretsar kan däremot utgöra ett indicium som bekräftar alstrets konstnärliga värde och således dess originalitet. Även om det inte är nödvändigt att ett alster är av hög konstnärlig kvalitet för att det ska anses vara originellt, kan det däremot antas att ett verk som har en sådan kvalitet kommer att betraktas som originellt, eftersom den konstnärliga verksamheten just består i att skapa unika alster som bär upphovsmannens personliga prägel.

61. Det krävs dessutom att alstret i fråga har visats i en utställning eller på ett museum på grund av sitt kreativa värde. Det är nämligen möjligt att den omständigheten att en formgivning erkänns av kretsar som är specialiserade på *design* helt enkelt beror på dess nyhet, tekniska finess eller exceptionella bruksvärden, utan att formgivningen har de kreativa särdrag som krävs av upphovsrättsligt skyddade verk. Det är således inte i något fall nödvändigt eller tillräckligt att alstret visas i konstutställningar eller på museer och att det är känt i branschkretsar för att fastställa originaliteten hos det alster för vilket skydd åberopas. Dessa omständigheter kan på sin höjd utgöra ett indicium bland andra på denna originalitet.

Svar på frågorna

62. Jag föreslår därför att den första och den andra frågan i mål C-580/23 samt den andra och den tredje frågan i mål C-795/23 ska besvaras enligt följande. Artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att ett alster som återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för upphovsmannens fria och kreativa val (original), utgör ett verk i den mening som avses i dessa bestämmelser. Det är inte bara de val som styrs av olika begränsningar som upphovsmannen varit bunden av vid skapandet av det aktuella alstret som inte är kreativa, utan även de val som, även om de är fria, inte bär upphovsmannens personliga prägel genom att ge alstret en unik aspekt. Möjligheten att göra fria val vid skapandet ger i synnerhet inte upphov till någon presumtion om att det rör sig om kreativa val. Sådana omständigheter som upphovsmannens avsikter under den kreativa processen, upphovsmannens inspirationskällor och användningen av kända former, sannolikheten för ett liknande självständigt skapande eller att föremålet erkänns av branschkretsar kan beaktas vid bedömningen av det aktuella alstrets originalitet. Dessa omständigheter är emellertid inte på något sätt avgörande, utan den domstol som prövar målet måste själv förvissa sig om att det rör sig om ett original för att kunna förklara att det är upphovsrättsligt skyddat.

Bedömning av intrånget

63. Den hänskjutande domstolen i mål C-580/23 har ställt den tredje och den fjärde frågan, vilka jag föreslår ska prövas tillsammans, för att få klarhet i hur bedömningen av ett eventuellt intrång i upphovsmannens ensamrätt enligt artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29 ska göras. Denna fråga avser närmare bestämt dels huruvida det aktuella verket ska vara igenkännbart i det påstått intrångsgörande alstret eller om det räcker att det ger samma helhetsintryck, dels inverkan på denna bedömning av sådana faktorer som verkets ”grad av originalitet”, de två motstående alstrens gemensamma inspirationskälla och huruvida det har skapats eller är möjligt att skapa ett liknande självständigt verk.

64. Inledningsvis vill jag understryka betydelsen av dessa frågor för att bevara de respektive syftena med de två aktuella skyddssystemen. Enligt min mening är en korrekt tillämpning av de kriterier i varje system som gör det möjligt att konstatera en kränkning lika viktig som en korrekt tillämpning av kriterierna för beviljande av skydd. Jag anser dock att analysen såväl i rättspraxis som i doktrin alltför ofta fokuserar på den andra av dessa aspekter, till nackdel för den första.

Kriterier för intrång

65. Kriterierna för att fastställa att det föreligger ett intrång grundar sig på olika logik i de två aktuella skyddssystemen. Inom upphovsrätten är intrånget en konsekvens av att upphovsmannens verk används utan upphovsmannens samtycke.[23] Sådan användning kan bland annat bestå i mångfaldigande av verket och, eventuellt, i en senare överföring till allmänheten av detta mångfaldigande eller i spridning av kopior av det mångfaldigade verket. Vad gäller mångfaldigandet har domstolen slagit fast att det kan ske delvis och till och med beröra en relativt liten del av verket, när denna del i sig uttrycker upphovsmannens egen intellektuella skapelse.[24] Domstolen har även, i fråga om fonogram, i huvudsak slagit fast att för att ett mångfaldigande ska utgöra ett intrång måste mångfaldigandet kunna uppfattas i det intrångsgörande alstret.[25] Detta övervägande kan enligt min mening överföras på verk.

66. Enligt formgivningsrätten är det däremot inte nödvändigt att återge element av det skyddade alstret för att ett intrång ska kunna fastställas. Skyddsomfånget enligt denna rätt ska omfatta varje formgivning som inte ger ett annat helhetsintryck än den skyddade formgivningen.[26] I detta skyddssystem saknar det således betydelse om den skyddade formgivningen är igenkännbar i det påstått intrångsgörande alstret, med anledning av att det är helhetsintrycket som ska beaktas, och om likheten mellan de två motstående alstren följer av mångfaldigandet eller av det självständiga skapandet, eftersom skyddskriteriet är objektivt.

67. För att fastställa ett intrång i upphovsrätten måste den domstol som prövar målet således fastställa huruvida kreativa element hos det skyddade verket, det vill säga de element som är uttryck för val som återspeglar upphovsmannens personlighet, har mångfaldigats på ett igenkännbart sätt i det påstått intrångsgörande alstret. Mångfaldigandet av kreativa element i ett bruksföremål av samma typ kan naturligtvis också leda till slutsatsen att de två motstående alstren inte ger olika helhetsintryck. Detta kan emellertid inte anses vara tillräckligt för att

[23] Och naturligtvis utanför undantagen och inskränkningarna i ensamrätten.

[24] Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 48).

[25] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 juli 2019, Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2019:624, punkt 1 i domslutet).

[26] Se artikel 9 i direktiv 98/71 och artikel 10 i förordning nr 6/2002.

konstatera ett intrång i upphovsrätten och bör i praktiken inte ens användas av domstolen. Inom upphovsrätten är det som skiljer två verk från varandra inte helhetsintrycket, utan detaljerna som särskiljer dem från varandra på ett unikt sätt.

Beaktande av andra faktorer

68. Vad för det första gäller beaktandet av ”graden av originalitet” som en avgörande faktor för skyddets omfattning, tycks detta synsätt grunda sig på logiken i formgivningsrätten. I detta system bedöms nämligen såväl ett föremåls möjlighet att skyddas som intrånget i detta skydd genom att man jämför de helhetsintryck som de aktuella formgivningarna ger. Graden av formgivarens frihet ska beaktas vid denna jämförelse.[27] Graden av särprägel avgör således skyddets omfattning.

69. Inom upphovsrätten finns det emellertid ingen anledning att följa denna logik. Originaliteten beror inte på skillnaden mellan det skyddade verket och andra alster, utan är inneboende i verket och i upphovsmannens personliga prägel. När verket är originellt skyddas det bland annat mot mångfaldigande av kreativa element, oaktat den ”intensitet” med vilken upphovsmannen har uttryckt denna kreativitet. Domstolen har således uttryckligen angett att omfattningen av skyddet enligt direktiv 2001/29 inte är beroende av den grad av kreativ frihet som dess upphovsman har haft, och det är således detsamma för alla verk som omfattas av direktivet.[28]

70. Denna slutsats gäller naturligtvis med förbehåll för regeln att endast ett igenkännbart mångfaldigande av ett verk utgör ett intrång i upphovsrätten vid partiellt mångfaldigande av ett verk.[29] Vid ett sådant mångfaldigande innebär emellertid inte den omständigheten att ändringarna har gjorts av element som inte är kreativa att det går att undgå att konstatera att det rör sig om ett intrång.

71. För det andra kan olika situationer uppstå när det gäller den gemensamma inspirationskällan för de två motstående alstren, men principen förblir densamma, nämligen att identifiera ett märkbart mångfaldigande av kreativa element. När det alster för vilket skydd åberopas består av kända element där endast arrangemanget är originellt, utgör ett mångfaldigande av detta arrangemang ett intrång, medan enbart mångfaldigandet av kända element inte gör det. När de två motstående alstren har inspirerats av samma tidigare alster eller formgivning, är det endast de ”nya” kreativa elementen som är originella i det härledda verket och endast om dessa nya element mångfaldigas föreligger ett intrång i verket. Slutligen innebär enbart den omständigheten att en upphovsman till ett tidigare verk följer samma konstnärliga trend eller strömning naturligtvis inte något intrång om det inte sker något mångfaldigande av kreativa element av detta verk.

72. För det tredje, vad gäller möjligheten till ett liknande självständigt skapande är, såsom jag redan har påpekat,[30] när det gäller alster av brukskonst, för vilka upphovsmännens kreativa handlingsutrymme är relativt begränsat, en sådan möjlighet inte utesluten även om det föreligger en viss originalitet. I det nationella förfarandet i mål C-580/23 har Mio bland annat gjort gällande att Mios formgivning, som påstås utgöra intrång, har framställts självständigt och inte utgör ett mångfaldigande av Asplunds formgivning. Om den hänskjutande domstolen, på grundval av de relevanta omständigheterna i det nationella målet, skulle finna att så faktiskt är fallet, skulle detta

[27] Ju större denna grad av frihet är, desto längre ifrån varandra måste de motstående formgivningarna vara för att ge olika helhetsintryck.

[28] Se, för ett liknande resonemang, domen Cofemel (punkt 35 och där angiven rättspraxis).

[29] Se punkt 65 ovan.

[30] Se punkt 58 ovan.

leda till slutsatsen att det inte föreligger något intrång. Enbart möjligheten till ett liknande självständigt skapande kan däremot inte motivera att skydd vägras enligt upphovsrätten om det konstateras att det rör sig om mångfaldigande av kreativa element.

Svar på frågorna

73. Jag föreslår därför att den tredje och den fjärde frågan i mål C-580/23 ska besvaras enligt följande. Artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den domstol vid vilken talan väckts, för att kunna fastställa ett intrång i upphovsrätten, ska fastställa huruvida kreativa element i det skyddade verket har mångfaldigats på ett igenkännbart sätt i det påstått intrångsgörande alstret. Enbart den omständigheten att de två motstående föremålen inte ger olika helhetsintryck kan inte anses vara tillräcklig för att det ska anses föreligga ett sådant intrång. Begreppet ”graden av originalitet” hos det skyddade verket är inte relevant för denna bedömning. Även om ett liknande självständigt skapande inte utgör ett intrång i upphovsrätten, motiverar emellertid inte enbart möjligheten till ett sådant självständigt skapande att upphovsrättsligt skydd nekas när ett mångfaldigande av kreativa element hos det skyddade verket har konstaterats.

Förslag till avgörande

74. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Patent- och marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt (Sverige) och Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) har ställt enligt följande:

1) Förhållandet mellan formskyddet och upphovsrättsskyddet är inte sådant att de utgör huvudregel och undantag i unionsrätten med den följden att högre krav ska tillämpas vid prövningen av originaliteten hos alster av brukskonst än vad som gäller för andra typer av verk.

2) Artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

   ska tolkas så,

   att ett alster som återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för upphovsmannens fria och kreativa val (original), utgör ett verk i den mening som avses i dessa bestämmelser. Det är inte bara de val som styrs av olika begränsningar som upphovsmannen varit bunden av vid skapandet av det aktuella alstret som inte är kreativa, utan även de val som, även om de är fria, inte bär upphovsmannens personliga prägel genom att ge alstret en unik aspekt. Möjligheten att göra fria val vid skapandet ger i synnerhet inte upphov till någon presumtion om att det rör sig om kreativa val. Sådana omständigheter som upphovsmannens avsikter under den kreativa processen, upphovsmannens inspirationskällor och användningen av kända former, sannolikheten för ett liknande självständigt skapande eller att föremålet erkänns av branschkretsar kan beaktas vid bedömningen av det aktuella alstrets originalitet. Dessa omständigheter är emellertid inte på något sätt avgörande, utan den domstol som prövar målet måste själv förvissa sig om att det rör sig om ett original för att kunna förklara att det är upphovsrättsligt skyddat.

3) Artiklarna 2 a, 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29

   ska tolkas så,

att för att fastställa ett intrång i upphovsrätten måste den domstol som prövar målet fastställa huruvida kreativa element har mångfaldigats på ett igenkännbart sätt i det påstått intrångsgörande alstret. Enbart den omständigheten att de två motstående föremålen inte ger olika helhetsintryck kan inte anses vara tillräcklig för att det ska anses föreligga ett sådant intrång. Begreppet ”graden av originalitet” hos det skyddade verket är inte relevant för denna bedömning. Även om ett liknande självständigt skapande inte utgör intrång i upphovsrätten, motiverar emellertid inte enbart möjligheten till ett sådant självständigt skapande att upphovsrättsligt skydd nekas när ett mångfaldigande av kreativa element hos det skyddade verket har konstaterats.