Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 8. maj 2025[1]

Forenede sager C-580/23 og C-795/23

Mio AB,
Mio e-handel AB,
Mio Försäljning AB
mod
Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag
(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Svea Hovrätt Patent- och marknadsöverdomstolen (appeldomstolen for Svealand, appeldomstol i patent- og handelsretlige sager, Stockholm, Sverige))
og
konektra GmbH,
LN
mod
USM U. Schärer Söhne AG

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – ophavsret og beslægtede rettigheder – direktiv 2001/29/EF – artikel 2 – retten til reproduktion – begrebet »værk« – ophavsretlig beskyttelse af brugskunstværker – vurdering af brugskunstværkets originalitet – begrebet »frie og kreative valg« – kriterier for vurdering af frie og kreative valg – vurdering af krænkelsen af enerettigheder«

Indledning

1. To nylige afgørelser truffet af retter i to medlemsstater vedrørende ikoniske modeller inden for designverdenen er en god illustration af dilemmaerne i forbindelse med det problem, som de foreliggende forenede sager rejser, nemlig den ophavsretlige beskyttelse af brugskunstværker. Tribunal judiciaire de Paris (retten i første instans i Paris, Frankrig) har således anerkendt, at de to håndtaskemodeller »Kelly« og »Birkin« af mærket Hermès kan kvalificeres som »værker« i

[1] – Originalsprog: fransk.

ophavsretlig forstand [2]. Nogle dage senere afslog Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland, en af de forelæggende retter i de foreliggende hovedsager) at foretage den samme kvalificering af to sandalmodeller af mærket Birkenstock [3].

2. De vanskeligheder, som beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret giver anledning til i forbindelse med denne kategori af genstande, skyldes det forhold, at disse genstande befinder sig i grænselandet mellem »rene« kunstværker og simple brugsgenstande: De tilhører disse to grupper, men uden klart at henhøre under nogen af dem. Endvidere er kategorien af brugskunstværker selv ikke ensartet, for så vidt som den både omfatter egentlige kunstværker, der har en yderligere brugsfunktion, og brugsgenstande, som skaberne har givet et »kunstnerisk« aspekt i ordets bredeste forstand. For slet ikke at tale om genstande, hvis kvalificering som rene kunstværker eller som brugskunstværker vil være vanskelig, såsom modetøj, smykker eller visse parfumeflakoner.

3. Selv om der findes sui generis-beskyttelsesordninger for denne type genstande, såsom ordningen for beskyttelse af design i EU-retten, opstår spørgsmålet om deres ophavsretlige beskyttelse til stadighed. Dette spørgsmål besvares på forskellig vis i forskellige retssystemer, fra udelukkelse af ophavsretlig beskyttelse af brugsgenstande til en helt selvstændig beskyttelse på grundlag af samme kriterier som dem, der anvendes på andre værkkategorier, i henhold til teorien om kunstens enhed [4], over en begrænset beskyttelse eller en beskyttelse, der er underlagt strengere betingelser end andre værkkategorier.

4. Fællestrækket ved disse systemer synes at være, at der er utilfredshed med, hvordan de fungerer. Denne utilfredshed skyldes dels manglen af en klar afgrænsning mellem de brugsgenstande, som kan være omfattet af ophavsretlig beskyttelse, og dem, der er udelukket herfra, og dels den uforudsigelighed og manglende retssikkerhed, som dette medfører. Derfor er de nationale ordninger for beskyttelse af brugskunstgenstande under stadig forandring, både gennem lovgivning og retspraksis, idet der søges løsninger, som er bedre tilpasset de berørte gruppers behov [5].

5. EU's ophavsret fastsætter for så vidt angår brugskunstgenstande princippet om beskyttelse uden særlige krav. Spørgsmålet om de nærmere regler for denne beskyttelse er allerede blevet rejst for Domstolen [6]. I de foreliggende forenede sager anmodes Domstolen om at præcisere sin retspraksis på området. Det drejer sig i denne henseende ikke om at indføre en enkelt beskyttelsesstandard, som gør det muligt at fastslå med sikkerhed, om en genstand er omfattet af denne beskyttelse; en sådan ambition ville være utopisk. Den ophavsretlige kvalificering af et værk kræver komplicerede vurderinger, der nødvendigvis er delvist subjektive, og som kun kan foretages fra sag til sag. Denne kvalificering bør derimod harmoniseres i det indre marked, således at »Birkin«-taskens og Birkenstock-sandalernes beskyttelsesværdighed vurderes på grundlag af de samme kriterier i alle medlemsstater.

[2] – Dom af 7.2.2025, RG 22/09210. Jf. også A. Söğüt, *Design or art? French court rules that Birkin Bag is a copyright work* (https://ipkitten.blogspot.com).

[3] – Dom af 20.2.2025, I ZR 16/24. Jf. også M. Pemsel, *Birkenstock's sandals are not sufficiently artistic to enjoy copyright protection* (https://ipkitten.blogspot.com).

[4] – Ifølge denne teori er der ingen forskel mellem »ren kunst« og »brugskunst«, idet alle frembringelser har krav på samme beskyttelse uanset deres formål.

[5] – Jf. for en fremstilling af situationen i forskellige europæiske og ikke-europæiske lande E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge University Press, 2018.

[6] – Jf. bl.a. dom af 12.9.2019, Cofemel (C-683/17, herefter »Cofemel-dommen«, EU:C:2019:721), og af 11.6.2020, Brompton Bicycle (C-833/18, herefter »Brompton Bicycle-dommen«, EU:C:2020:461).

Retsforskrifter

EU-retten

6. Artikel 2-4 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet[7] fastsætter følgende:

»Artikel 2

Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[…]

Artikel 3

1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

[…]

Artikel 4

1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde af deres originalværker eller eksemplarer heraf.

[…]«

Svensk ret

7. I henhold til § 1, stk. 1, nr. 6, i Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (lov (1960:729) om ophavsret til litterære og kunstneriske værker) er bl.a. brugskunstgenstande beskyttede.

8. Ifølge denne lovs § 2 omfatter ophavsretten med visse begrænsninger eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og ved at gøre det tilgængeligt for offentligheden i oprindelig eller ændret skikkelse, i oversættelse eller omarbejdelse, i en anden litterær eller kunstnerisk form eller i en anden teknik. For eksemplarfremstilling anses enhver direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent eksemplarfremstilling på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, og uanset om den sker helt eller delvist. Værket gøres bl.a. tilgængeligt for offentligheden, når det overføres til offentligheden, eller når eksemplarer af værket udbydes til salg, udlejning eller udlån eller på anden måde spredes i offentligheden.

[7] – EFT 2001, L 167, s. 10.

Tysk ret

9. § 2 i Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret) af 9. september 1965[8] med overskriften »Beskyttede værker« fastsætter i stk. 1, nr. 4, at beskyttede værker bl.a. omfatter kunstværker, herunder arkitektoniske værker og brugskunstværker, samt udkast til sådanne værker, og, i stk. 2, at det kun er personlige intellektuelle frembringelser, der er værker i denne lovs forstand.

Faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-580/23

10. Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag, et selskab efter svensk ret (herefter »Asplund«), fremstiller og designer indretningsprodukter og møbler, bl.a. borde i serien »Palais Royal«.

11. Mio AB, Mio e-handel AB og Mio Försäljning AB, selskaber efter svensk ret (herefter samlet »Moi«), driver detailhandel inden for sektoren for møbler og indretningsartikler. Mios møbelsortiment omfatter bl.a. borde i møbelserien »Cord«.

12. I oktober 2021 anlagde Asplund sag ved Patent- och marknadsdomstolen (ret i patent- og handelsretlige sager, Sverige), bl.a. med påstand om, at det blev forbudt Mio at fremstille, markedsføre eller sælge »Cord«-bordet som følge af krænkelse af Asplunds ophavsret til »Palais Royal«-bordet.

13. Mio bestred, at »Palais Royal«-bordet var ophavsretligt beskyttet, eftersom dette bord ikke frembyder tilstrækkelig originalitet til at opnå en sådan beskyttelse. Selv hvis dette var tilfældet, ville denne beskyttelse ifølge Mio desuden være begrænset, og forskellene mellem de to omtvistede borde var tilstrækkelige til at konstatere, at der ikke forelå en krænkelse af Asplunds ophavsret. Mio gjorde desuden gældende, at »Cord«-bordet er blevet udviklet selvstændigt og ikke udgør en kopi af »Palais Royal«-bordet.

14. Patent- och marknadsdomstolen (ret i patent- og handelsretlige sager) tog Asplunds søgsmål til følge ved dom af 19. oktober 2022. Mio har iværksat en appel til prøvelse af denne afgørelse ved den forelæggende ret.

15. På denne baggrund har Svea Hovrätt Patent- och marknadsöverdomstolen (appeldomstolen for Svealand, appeldomstol i patent- og handelsretlige sager, Stockholm, Sverige) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Hvordan skal undersøgelsen i forbindelse med vurderingen af, om en brugskunstgenstand fortjener omfattende ophavsretlig beskyttelse som et værk som omhandlet i artikel 2-4 i direktiv [2001/29], foregå – og hvilke faktorer skal eller bør tages i betragtning – ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt genstanden afspejler ophavsmandens personlighed ved at udtrykke dennes frie og kreative valg? Spørgsmålet er i denne forbindelse især, om originalitetstesten skal fokusere på faktorer, der vedrører den kreative proces og

[8] – BGBl. 1965 I, s. 1273.

ophavsmandens redegørelse for de faktiske valg, som han eller hun har truffet i forbindelse med skabelsen af genstanden, eller på faktorer, der vedrører selve genstanden og slutresultatet af den kreative proces, og om genstanden i sig selv er udtryk for en kunstnerisk virksomhed.

2) Hvad betyder det for svaret på spørgsmål 1 og spørgsmålet om, hvorvidt en brugskunstgenstand afspejler ophavsmandens personlighed ved at udtrykke dennes frie og kreative valg, at

   a) genstanden består af elementer, der findes i den almindelige designbestand[…]

   b) genstanden bygger videre på og udgør en variation af et tidligere kendt design eller en igangværende designtrend[…]

   c) identiske eller lignende genstande er skabt før eller – uafhængigt af og uden kendskab til den genstand, der ønskes beskyttet som et værk – efter skabelsen af den pågældende genstand?

3) Hvordan skal vurderingen af ligheden foretages – og hvilken lighed er påkrævet – ved undersøgelsen af, om en angiveligt krænkende brugskunstgenstand falder inden for et værks beskyttelsesområde og krænker den eneret til værket, som i henhold til artikel 2-4 i direktiv [2001/29] tilkommer ophavsmanden? Spørgsmålet er i denne forbindelse især, om undersøgelsen skal lægge vægt på, om værket er genkendeligt i den angiveligt krænkende genstand, eller om denne genstand giver det samme helhedsindtryk som værket, eller hvad undersøgelsen ellers skal lægge vægt på.

4) Hvilken betydning har følgende for svaret på spørgsmål 3 og for spørgsmålet om, hvorvidt en angiveligt krænkende brugskunstgenstand falder inden for et værks beskyttelsesomfang og krænker eneretten til værket:

   a) værkets grad af originalitet i relation til værkets beskyttelsesomfang[…]

   b) den omstændighed, at værket og den angiveligt krænkende brugskunstgenstand består af bestanddele, der genfindes i den almindelige designbestand eller bygger videre på og udgør variationer af tidligere kendt design eller en igangværende designtrend[…]

   c) den omstændighed, at andre identiske eller lignende genstande er blevet skabt før eller – uafhængigt af og uden kendskab til værket – efter skabelsen af værket?«

Sag C-795/23

16. USM U. Schärer Söhne AG, et selskab efter schweizisk ret (herefter »USM«), fremstiller og markedsfører et modulært møbelsystem under betegnelsen »USM Haller«. Dette møbelsystem er kendetegnet ved, at højglansforkromede runde rør ved hjælp af kugleformede forbindelseselementer sættes sammen til et stel, hvori indsættes farvede paneler af metal. Derved dannes elementer, som frit kan kombineres både vertikalt og horisontalt.

17. Konektra GmbH, et selskab efter tysk ret, og LN, dets direktør (herefter samlet »Konektra«), tilbød online, uden at USM gjorde indsigelse, løsdele og udvidelser til »USM Haller«-møbelsystemet, som i form og overvejende også i farve svarede til USM's komponenter.

Siden 2018 er der på Konektras internetside blevet annonceret for alle de komponenter, der er nødvendige for en fuldstændig samling af »USM Haller«-møblerne, ligesom der reklameres med billeder af samlede møbler. Endvidere er Konektras leverancer vedlagt en monteringsvejledning, som forklarer opbygningen af fuldstændige møbler, og selskabet tilbyder sine kunder en monteringsservice.

18. Ifølge USM begrænser Konektra sig ikke længere til at udbyde løsdele til »USM Haller«-systemet, men fremstiller, tilbyder og markedsfører sit eget møbelsystem, som er identisk med USM's. USM er af den opfattelse, at Konektras tilbud krænker USM's ophavsret til »USM Haller«-systemet som brugskunstværk eller i det mindste udgør en i henhold til konkurrenceretten ulovlig efterligning.

19. USM anlagde derfor sag mod Konektra ved Landgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf, Tyskland) med påstand om nedlæggelse af forbud, fremlæggelse af oplysninger og regnskab, erstatning af omkostninger i forbindelse med kravet og fastsættelse af erstatningspligt. Denne ret gav USM medhold, idet den primært støttede sin afgørelse på ophavsretten.

20. Appeldomstolen, Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland), forkastede derimod USM's påstande, som var støttet på ophavsretten, og gav kun USM medhold for så vidt angår de påstande, som var støttet på den konkurrenceretlige beskyttelse.

21. De to parter har iværksat revisionsappeller til prøvelse af denne afgørelse ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol), den forelæggende ret. Ifølge denne ret afhænger udfaldet af USM's revisionsappel af fortolkningen af begrebet »originalitet«, således som det er blevet fortolket af Domstolen, samt af forbindelsen mellem den ophavsretlige beskyttelse og den, der ydes af designretten.

22. På denne baggrund har Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Findes der for brugskunstværker et regel-undtagelsesforhold mellem den designretlige og den ophavsretlige beskyttelse, således at der i forbindelse med den ophavsretlige prøvelse af disse værkers originalitet skal stilles større krav til skaberens frie og kreative valg end for andre værktyper?

2) Skal der i forbindelse med den ophavsretlige prøvelse af originaliteten (også) tages hensyn til skaberens subjektive synspunkt i forhold til skabelsesprocessen, og skal denne navnlig træffe de frie og kreative valg bevidst, for at de skal anses for frie og kreative valg som omhandlet i [Domstolens] praksis?

3) Såfremt der i forbindelse med prøvelsen af originalitet skal tages afgørende hensyn til, om og hvorvidt kunstnerisk virksomhed objektivt er kommet til udtryk i værket: Kan der med henblik på denne prøvelse også tages hensyn til omstændigheder, som er indtrådt efter tidspunktet for frembringelsens tilblivelse, som er afgørende for bedømmelsen af originaliteten, såsom præsentation af frembringelsen på kunstudstillinger eller museer eller dens anerkendelse i fagkredse?«

Retsforhandlingerne for Domstolen

23. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse i sag C-580/23 og sag C-795/23 indgik til Domstolen henholdsvis den 21. september og den 21. december 2023. I sag C-580/23 har hovedsagens parter, den franske regering og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg, og i sag C-795/23 har hovedsagens parter, den franske og den nederlandske regering samt Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 13. maj 2024 er sagerne C-580/23 og C-795/23 blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen. Parterne i de to sager samt den franske regering og Kommissionen var repræsenteret ved retsmødet den 30. januar 2025.

Bedømmelse

24. De præjudicielle spørgsmål, der er blevet forelagt i de foreliggende forenede sager, vedrører begrebet »værk« som omhandlet i EU's ophavsret, således som den er blevet fortolket af Domstolen, og rejser en række juridiske problemstillinger, nærmere bestemt: forbindelsen mellem den ophavsretlige beskyttelse og den, der sikres af designretten (det første spørgsmål i sag C-795/23), kriterierne for vurdering af et værks originalitet (det første og det andet spørgsmål i sag C-580/23 og det andet og det tredje spørgsmål i sag C-795/23) og kriterierne for vurdering af en krænkelse af beskyttede ophavsrettigheder (det tredje og det fjerde spørgsmål i sag C-580/23). Jeg vil i dette forslag til afgørelse drøfte disse problemer i denne rækkefølge.

Forbindelsen mellem den ophavsretlige beskyttelse og den, der ydes af designretten

25. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i sag C-795/23 nærmere bestemt oplyst, om der i EU-retten findes et regel-undtagelsesforhold mellem den designretlige og den ophavsretlige beskyttelse, som medfører, at der i forbindelse med den ophavsretlige prøvelse af brugskunstværkers originalitet skal stilles større krav end for andre værktyper.

26. Det fremgår af den forelæggende rets forklaringer, at dette spørgsmål er opstået i forbindelse med Domstolens konklusion i Cofemel-dommens præmis 52, hvoraf det følger, at »selv om beskyttelsen af design og den ophavsretlige beskyttelse i henhold til EU-retten kan tildeles kumulativt til samme genstand, må denne kumulation kun komme i betragtning i visse situationer«. I forbindelse med undersøgelsen af dette spørgsmål vil jeg kort redegøre for grundlaget for beskyttelsen i henhold til disse to ordninger.

27. Det fremgår af fast retspraksis, at begrebet »værk« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i EU's ophavsret, forudsætter, at to kumulative elementer foreligger. Dels indebærer det, at der foreligger en original genstand i den forstand, at denne er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. Dels er kvalificeringen som værk forbeholdt de elementer, der er udtryk for en sådan frembringelse[9].

[9] – Jf. Cofemel-dommen (præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

28. Hvad angår det første kriterium er det, for at en genstand kan anses for original, både nødvendigt og tilstrækkeligt, at den afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg. Når frembringelsen af en genstand derimod er bestemt af tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger, der ikke giver plads til kreativ frihed, kan denne genstand ikke anses for at have den nødvendige originalitet for at kunne udgøre et værk [10].

29. Hvad angår dette sidstnævnte aspekt har Domstolen fastslået, at en genstand, der opfylder originalitetsbetingelsen, kan være ophavsretligt beskyttet, selv om frembringelsen af denne er blevet bestemt af tekniske hensyn, for så vidt som denne bestemmelse ikke har forhindret ophavsmanden i at lade sin personlighed afspejle i denne genstand ved at give udtryk for frie og kreative valg. Det er dog ikke blot nødvendigt, at der har foreligget en valgmulighed med hensyn til genstandens form, men også at dets ophavsmand på original måde har udtrykt sin kreative evne ved at foretage frie og kreative valg og har udformet produktet således, at det afspejler hans personlighed [11].

30. Afspejlingen af ophavsmandens personlighed i formen af den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, udgør således en hjørnesten i begrebet »originalitet« og dermed den grundlæggende forudsætning for den ophavsretlige beskyttelse i EU. Ophavsmandens personlige præg kan komme til udtryk i forskellige grader og kan endda være yderst begrænset, men det skal foreligge. Det er dette, der giver genstanden den »unikke« karakter, således at den adskiller sig fra enhver lignende genstand skabt af en anden person.

31. Domstolens formulering »frie og kreative valg« bør forstås i denne sammenhæng. Det er således ikke blot valg, der ikke er frie, i den forstand at de er bestemt af tekniske eller andre begrænsninger, der ikke er kreative, men også de valg, der, selv om de ikke er underlagt sådanne begrænsninger, enten følger af rent funktionsmæssige overvejelser eller af metoder eller standarder, der sædvanligvis anvendes ved fremstillingen af de pågældende genstande, samt valg, der er helt ubetydelige eller banale.

32. Selv om enhver materiel genstand nødvendigvis har en form, og denne form følger af dens ophavsmands mere eller mindre frie valg, er det kun en genstand, hvis form, idet den i det mindste delvist er fastlagt ved ophavsmandens kreative valg, afspejler dennes personlighed, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse. Inden for ophavsretten anvendes således et subjektivt beskyttelseskriterium [12].

33. Inden for designretten anvendes derimod et objektivt beskyttelseskriterium, nærmere bestemt kriteriet om nyhed og individuel karakter [13]. Dette kriterium vurderes i forhold til tidligere design: Ethvert design, der adskiller sig tilstrækkeligt herfra til at give et andet visuelt helhedsindtryk, er omfattet af beskyttelsen. Der stilles ingen krav til selve designets kendetegn, ud over at de ikke udelukkende må være bestemt af den tekniske funktion af den genstand, hvorpå designet anvendes.

[10] – Jf. Cofemel-dommen (præmis 30 og 31 og den deri nævnte retspraksis).

[11] – Jf. i denne retning Brompton Bicycle-dommen (præmis 26 og 32-35).

[12] – Vedrørende begrebet »originalitet« i fransk ret, som synes at ligne det, der anvendes af Domstolen, jf. bl.a. F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 2014, s. 156-168.

[13] – Jf. artikel 3-5 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13.10.1998 om retlig beskyttelse af mønstre (EFT 1998, L 289, s. 28) og artikel 4-6 i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12.12.2001 om EF-design (EFT 2002, L 3, s. 1).

34. Efter min opfattelse kan Domstolens konklusion i Cofemel-dommens præmis 52 derfor ikke forstås således, at den fastsætter et regel-undtagelsesforhold mellem den designretlige og den ophavsretlige beskyttelse.

35. Hvad angår disse to typer af beskyttelse har Domstolen i denne doms præmis 50 fastslået forskellene mellem deres formål og de regler, de er underlagt. Den har ligeledes, i den efterfølgende præmis, påpeget, at tildelingen af en ophavsretlig beskyttelse ikke må medføre, at bl.a. deres formål undergraves.

36. På denne baggrund synes Cofemel-dommens præmis 52 blot at gøre de nationale retter opmærksom på, at der ikke findes nogen automatik mellem tildelingen af designretlig og ophavsretlig beskyttelse, og at betingelserne for denne beskyttelse, dels betingelsen om nyhed og individuel karakter, dels betingelsen om originalitet, ikke bør sammenblandes. En genstand skal nemlig ikke nødvendigvis være original i ophavsretlig forstand for at kunne anses for at være ny og frembyde en individuel karakter i designretlig forstand. Omvendt kan det, om end denne situation er mindre hyppig i praksis, forekomme, at en original genstand ikke har nogen individuel karakter, hvis den i visuel henseende ikke adskiller sig tilstrækkeligt fra eksisterende former.

37. Domstolens konklusion om, at kumulationen af beskyttelsen i henhold til disse to mekanismer kun kan komme betragtning »i visse situationer«, skal forstås således. Det synes derimod efter min opfattelse ikke at kunne udledes af denne konstatering, at der med henblik på at begrænse denne kumulation til bestemte tilfælde skal anvendes en højere originalitetstærskel på brugsgenstande end den, der anvendes på andre værkkategorier. En sådan konklusion ville være i strid med, hvad der klart følger af Cofemel-dommens præmis 48 samt denne doms generelle opbygning, nemlig at brugskunstværkers originale karakter skal vurderes efter samme kriterier som dem, der anvendes på andre værkkategorier.

38. Jeg foreslår derfor, at det første spørgsmål i sag C-795/23 besvares med, at der i EU-retten ikke findes et regel-undtagelsesforhold mellem den designretlige og den ophavsretlige beskyttelse, som medfører, at der i forbindelse med den ophavsretlige prøvelse af brugskunstværkers originalitet skal stilles større krav end for andre værktyper.

Kriterierne for vurdering af originaliteten

39. Med det første og det andet spørgsmål i sag C-580/23 og det andet og det tredje spørgsmål i sag C-795/23, som jeg foreslår at behandle samlet, ønsker de forelæggende retter nærmere bestemt oplyst, hvordan brugskunstværkers originalitet skal vurderes med henblik på anvendelsen af artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29, navnlig om disse bestemmelser skal fortolkes således, at der ved denne vurdering skal tages hensyn til elementer i forbindelse med den kreative proces og ophavsmandens hensigter eller blot til de elementer, der fremgår af værket selv. Disse retter ønsker ligeledes oplyst, hvilken rolle yderligere elementer, såsom anvendelsen af allerede tilgængelige former i skabelsen af værket, ophavsmandens inspiration fra eksisterende genstande, sandsynligheden for en uafhængig lignende frembringelse eller anerkendelse af frembringelsen i fagkredse, spiller for denne vurdering.

Vurderingen af brugskunstværkers originalitet

40. Hvad angår det indledende spørgsmål om, hvordan den originale karakter af et brugskunstværk skal fastslås, følger svaret af mine bemærkninger i punkt 27-32 i dette forslag til afgørelse om begrebet »originalitet« i EU's ophavsret. Retten skal således vurdere, om den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, er et udtryk for frie og kreative valg, der afspejler ophavsmandens personlighed. Efter min opfattelse kan der ikke på abstrakt vis formuleres nogen yderligere præcisering på dette stadium. Begrebet »originalitet« er nemlig et yderst generelt, for ikke at sige uklart, begreb, der kan anvendes på genstande af meget forskellig karakter, og som derfor egner sig dårligt til en stringent og systematisk definition udviklet i retspraksis [14]. Det bør anvendes i hvert enkelt konkrete tilfælde på grundlag af faktuelle vurderinger.

41. Denne anvendelse skal imidlertid foretages under hensyntagen til det berørte værks specifikke type. Brugskunstværker adskiller sig fra andre værkkategorier ved, at de i første række udgør brugsgenstande. Sådanne genstande er et produkt af ophavsmændenes viden og valg. Disse valg kan være bestemt af tekniske, ergonomiske eller sikkerhedsmæssige begrænsninger eller følge af standarderne eller sædvanerne i den pågældende sektor. De kan også være frie, men ikke tilføre genstanden noget personligt præg, således at de kunne have været de samme, hvis en anden person havde skabt dem. Det er dog ikke nødvendigt at foretage kreative valg som omhandlet i punkt 28-31 i dette forslag til afgørelse for at skabe en brugsgenstand. De kreative valg er en fakultativ tilføjelse, der er mulig, men ikke nødvendig for selve den pågældende genstands væsensindhold. Selv om disse valg kan være en iboende del af en given genstands form [15], kan en anden genstand med samme brugsfunktioner, således som det ofte sker, skabes uden tilføjelse af sådanne kreative valg.

42. Den ret, der skal til stilling til spørgsmålet om en sådan genstands originalitet, skal således undersøge og identificere disse kreative valg i genstandens form for at kunne fastslå, at den er ophavsretligt beskyttet. I modsætning til andre værkkategorier, hvor beslutningen om at skabe i sig selv allerede er et kreativt valg, foreligger der ikke en sådan formodning i tilfælde af brugskunstværker. Bl.a. medfører det forhold, at ophavsmanden til en brugsgenstand har foretaget valg, der ikke er dikteret af tekniske eller øvrige begrænsninger, ikke en formodning for, at disse valg er af kreativ karakter i ophavsretlig forstand.

43. Der skal tilføjes en sidste terminologisk bemærkning. Efter min opfattelse foreligger der nemlig en risiko for forveksling, når udtrykkene »kunstnerisk« eller »æstetisk« anvendes til at betegne de valg, der foretages af ophavsmanden til et værk eller resultatet af dennes frembringelse. I visse sammenhænge kan disse udtryk ganske vist forstås som synonymer for »kreative valg«. Det er ligeledes korrekt, at der i sprogbrugen tales om brugs*kunst*værker. Imidlertid giver udtrykket »kunstnerisk« indtryk af en værdidom i den forstand, at der er tale om et relativt højt kunstnerisk niveau. Sådanne domme er dog ikke relevante inden for ophavsretten: Beskyttelsen er på ingen måde betinget af værkets kunstneriske (eller øvrige) kvalitet, heller ikke for så vidt angår brugskunstværker. Udtrykket »æstetisk« kan forstås således, at det henviser til alle de af ophavsmanden foretagne valg, som ikke er bestemt af tekniske eller funktionsmæssige begrænsninger. Det er imidlertid ikke ethvert æstetisk valg, der nødvendigvis afspejler

[14] – Jf. for en dybdegående analyse i den juridiske litteratur jf. *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).

[15] – Herved mener jeg ikke, at formen nødvendigvis skal kunne adskilles fra genstanden selv som omhandlet i teorien om »conceptual separability«, der synes at give anledning til vanskeligheder i forbindelse med anvendelsen for retterne i USA (jf. herom J.C. Ginsburg, »Courts Have Twisted Themselves into Knots (and the Twisted Knots Remain to Untangle): US Copyright Protection for Applied Art after *Star Athletica*«, i E. Derclaye, op.cit., s. 297).

ophavsmandens personlighed og dermed medfører originalitet[16]. Det er derfor efter min opfattelse mere hensigtsmæssigt at henholde sig til formuleringen »frie og kreative valg, der afspejler ophavsmandens personlighed«.

Hensyntagen til den kreative proces og ophavsmandens hensigter

44. De forelæggende retter ønsker nærmere bestemt oplyst, om originaliteten af den genstand, hvis ophavsretlige beskyttelse påberåbes, skal vurderes under hensyntagen til ophavsmandens hensigter i forbindelse med frembringelsesprocessen, eller om den skal være synlig i selve værket. Svaret kan efter min opfattelse udledes af Domstolens praksis vedrørende begrebet »værk«.

45. Som før nævnt følger det af denne retspraksis, at det, for at en genstand kan anses for original, er både nødvendigt og tilstrækkeligt, at den *afspejler* ophavsmandens personlighed ved at *give udtryk for* dennes frie og kreative valg[17]. Det fremgår klart af anvendelsen af udtrykkene »afspejler« og »give udtryk for«, at sådanne valg og ophavsmandens personlighed skal være synlig i den genstand, hvis beskyttelse påberåbes. Det er således ikke tilstrækkeligt, at ophavsmanden har foretaget frie og kreative valg: Disse skal fortsat være synlige for tredjemænd i selve værket.

46. Domstolen har derfor fastslået, at begrebet »værk« ud over den originale karakter nødvendigvis indebærer, at der foreligger en genstand, som kan identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt. Dels skal de myndigheder, der skal overvåge beskyttelsen af ophavsrettens iboende enerettigheder, nemlig klart og præcist kunne kende den således beskyttede genstand. Det samme gælder for tredjemænd, over for hvilke den af ophavsmanden til genstanden påberåbte beskyttelse vil kunne gøres gældende. Dels forudsætter den omstændighed, at det i processen med identifikation af nævnte genstand er nødvendigt at fjerne ethvert element af subjektivitet, som skader retssikkerheden, at denne genstand er blevet udtrykt objektivt[18].

47. Denne betingelse om, at der foreligger en genstand, som kan identificeres som værk, afspejler det grundlæggende ophavsretlige princip om, at det ikke er idéerne, men kun udtrykkene herfor, der er beskyttet. Ophavsmændenes hensigter er sidestillet ikke med udtrykkene, men med idéerne. De er kun beskyttet, i det omfang ophavsmanden har udtrykt dem i værket, dvs. den identificerbare genstand, som er den eneste relevante udmøntning af dem. Den ret, der skal tage stilling til den originale karakter af den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, kan derfor ikke i afgørende grad støtte sin vurdering på elementer, der ikke er kommet til udtryk i selve denne genstand.

48. I øvrigt er det muligt, at beviset for de hensigter, som ophavsmanden til den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, har haft, simpelthen ikke er tilgængeligt for den ret, der skal tage stilling til dette spørgsmål, eller at denne ret ikke finder et sådant bevis overbevisende. Det eneste element, der nødvendigvis skal fremlægges for retten, er genstanden selv, uden hvilken retten ikke vil være i stand til at træffe afgørelse.

16 – Jf. i denne retning Cofemel-dommen (præmis 53-55).

17 – Jf. Cofemel-dommen (præmis 30 og den deri nævnte retspraksis) og punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

18 – Jf. Cofemel-dommen (præmis 32 og 33 og den deri nævnte retspraksis).

49. Denne betragtning besvarer også spørgsmålet om, hvorvidt ophavsmandens kreative valg nødvendigvis skal være bevidste. Disse valg skal identificeres og tages i betragtning, således som de fremstår i værket. Eftersom ophavsmandens hensigter ikke er afgørende, ville det være overflødigt at forsøge at fastslå dennes bevidsthedstilstand under den kreative proces.

50. Hvis beviset for ophavsmandens hensigter derimod er tilgængeligt, kan retten tage hensyn til det, sammen med andre indicier, ved vurderingen af den pågældende genstands originale karakter. Dette kan imidlertid ikke anses for tilstrækkeligt. Retten skal selv være overbevist om, at der foreligger en genstand, som afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg. Kun i så fald er det muligt for den at fastslå denne genstands originale karakter og dermed kvalificere den som et ophavsretligt beskyttet værk.

Hensyntagen til andre elementer

51. De forelæggende retter ønsker endvidere oplyst, hvilken betydning der ved vurderingen af et brugskunstværks originalitet skal tillægges forhold såsom ophavsmandens anvendelse af elementer, der findes i den almindelige designbestand, ophavsmandens inspiration fra allerede eksisterende genstande, uafhængige lignende frembringelser eller muligheden herfor eller omstændigheder, der er indtrådt efter værkets frembringelse, såsom præsentation af værket på udstillinger eller museer eller mere generelt dets anerkendelse i fagkredse.

52. Domstolen har allerede bemærket, at den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, for at vurdere, om den pågældende genstand er en original frembringelse og således er ophavsretligt beskyttet, skal tage hensyn til alle relevante elementer i tvisten [19]. Hvad angår eksistensen af et tidligere patent og formens effektivitet med henblik på at føre til det samme tekniske resultat fastslog Domstolen således, at der kun skal tages hensyn hertil, for så vidt som disse kriterier gør det muligt at afsløre overvejelser, der er blevet taget i betragtning ved valget af formen af det pågældende produkt [20].

53. Det samme gælder de forhold, som de forelæggende retter har beskrevet. Alle disse elementer kan nemlig udgøre relevante omstændigheder for vurderingen af et værks originalitet. Der skal dog altid tages hensyn til det grundlæggende element i denne vurdering: undersøgelsen af, om der i værket foreligger et udtryk for ophavsmandens frie og kreative valg, der afspejler dennes personlighed.

54. For det første udelukker ophavsmandens anvendelse af elementer, der findes i den almindelige designbestand, således ikke i sig selv, at der foreligger originalitet. Disse elementer kan nemlig suppleres med originale elementer. Et værk, der udelukkende er sammensat af elementer, som allerede findes, kan også være originalt, såfremt ophavsmanden har udtrykt sine kreative valg ved tilrettelæggelsen af disse elementer. En genstand, der er sammensat af elementer, der allerede findes, og som er blevet tilrettelagt på en konventionel måde, kan derimod ikke være omfattet af ophavsretlig beskyttelse, selv om dens ophavsmand måtte have foretaget frie valg ved udvælgelsen eller tilrettelæggelsen af disse elementer, eftersom disse valg ikke er kreative.

[19] – Brompton Bicycle-dommen (konklusionen).

[20] – Brompton Bicycle-dommen (præmis 36).

55. Hvad for det andet angår inspirationen kan der forekomme forskellige situationer. Når det nye værk er en variant af et andet værk, der selv er originalt og har samme ophavsmand, kan det efter min opfattelse nyde fuld beskyttelse. De gentagne kreative elementer foreligger nemlig fortsat i det nye værk og udgør et udtryk for samme ophavsmands personlighed. Når ophavsmændene i en sådan situation derimod er forskellige, er det nye værk et afledt eller inspireret værk [21]. Det kan ikke desto mindre også nyde beskyttelse, forudsat at – og i det omfang – det frembyder egne kreative elementer. Beskyttelsen er i så fald begrænset til disse elementer.

56. For det tredje indebærer ophavsretten ganske vist ikke en betingelse om nyhed, men den uafhængige frembringelse af genstande, der ligner eller ligefrem er identiske med en bestemt genstand, før eller efter denne genstands frembringelse, kan dog udgøre et indicium for, at denne genstand besidder en svag grad af, eller ligefrem savner, originalitet. Som før nævnt [22] forventes det nemlig, at ophavsmanden med kreative valg, der afspejler vedkommendes personlighed, skaber et unikt værk, som adskiller sig fra dem, der er blevet eller vil blive frembragt af andre på uafhængig vis.

57. Denne betragtning finder imidlertid uden videre anvendelse på værkkategorier, hvor begrænsningerne af ophavsmændenes skabelsesfrihed er små, eller hvor den formmæssige kompleksitet gør en identisk parallel frembringelse usandsynlig i praksis. Her tænker jeg bl.a. på »rene« kunstværker, såsom musikværker eller litterære værker.

58. I tilfælde af brugskunstværker, hvor forskellige forhold kraftigt indskrænker ophavsmændenes frihed, og hvor de kreative elementer ofte er få, kan det derimod ikke fuldstændig udelukkes, at to ophavsmænd har foretaget valg, der ligner hinanden eller endda er identiske, og at disse valg alligevel er kreative. En uafhængig lignende frembringelse eller muligheden for en sådan kan derfor ikke i sig selv og uden andre indicier for manglende originalitet udelukke en brugsgenstand fra ophavsretlig beskyttelse.

59. Hvad for det fjerde og sidste angår genstandens præsentation på kunstudstillinger eller museer og anerkendelse i fagkredse er disse omstændigheder eksterne og ligger senere i forhold til frembringelsen af den genstand, hvis beskyttelse påberåbes. Domstolen bemærkede i Brompton Bicycle-dommens præmis 37, at vurderingen af originaliteten skal foretages »uafhængigt af faktorer, der er eksterne og ligger senere end skabelsen af produktet«.

60. Domstolen gentog imidlertid ikke dette forbehold i denne doms konklusion, hvor den blot fastslog, at retten skal efterprøve, om den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, er original, »under hensyntagen til alle de relevante elementer i tvisten«. Jeg opfatter derfor dette forbehold således, at det herved præciseres, at faktorer, der er eksterne og ligger senere end frembringelsen, ikke kan anses for at være afgørende for denne efterprøvelse. Omstændigheder såsom præsentation af genstanden på kunstudstillinger eller museer og anerkendelse i fagkredse kan derimod udgøre et indicium, der bekræfter denne genstands kunstneriske værdi og dermed dens originalitet. Det er nemlig ganske vist ikke nødvendigt, at en genstand frembyder en høj kunstnerisk kvalitet, for at den kan anses for at være original, men det kan antages, at et værk, der frembyder en sådan kvalitet, vil blive betragtet som originalt, for så vidt som kunstnerisk aktivitet netop består i at skabe unikke genstande, der bærer præg af deres ophavsmænds personlighed.

[21] – Ved et »inspireret værk« forstår jeg et værk, der ikke som sådan gentager et andet værks kreative elementer, men på anden måde er inspireret af dem.

[22] – Jf. punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

61. Det er desuden påkrævet, at den pågældende genstand præsenteres på en udstilling eller et museum som følge af sin kreative værdi. Det kan nemlig forekomme, at anerkendelsen af et design i designfagkredse blot skyldes dets nyhed, tekniske niveau eller enestående brugsværdi, uden at dette design frembyder de kreative kendetegn, der kræves af ophavsretligt beskyttede værker. Præsentationen af den pågældende genstand på kunstudstillinger eller museer og anerkendelsen i fagkredse er dermed i intet tilfælde nødvendig for eller tilstrækkelig til at fastslå originaliteten af den genstand, hvis beskyttelse påberåbes. Disse omstændigheder kan højst udgøre et indicium blandt andre for denne originalitet.

Besvarelse af spørgsmålene

62. Jeg foreslår derfor, at det første og det andet spørgsmål i sag C-580/23 og det andet og det tredje spørgsmål i sag C-795/23 besvares med, at artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at en genstand, der afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg (original genstand), udgør et værk i disse bestemmelsers forstand. Det er ikke blot valg, der er bestemt af andre begrænsninger, som ophavsmanden har været bundet af ved frembringelsen af den pågældende genstand, der ikke er kreative, men også valg, der, selv om de er frie, ikke bærer præg af ophavsmandens personlighed og dermed giver denne genstand et unikt aspekt. Navnlig medfører muligheden for at foretage frie valg ved frembringelsen ikke en formodning for, at disse valg er af kreativ karakter. Omstændigheder såsom ophavsmandens hensigter i forbindelse med den kreative proces, vedkommendes inspirationskilder og anvendelse af allerede eksisterende elementer, sandsynligheden for en uafhængig lignende frembringelse eller anerkendelsen af genstanden i fagkredse kan tages i betragtning ved vurderingen af denne genstands originale karakter. Disse omstændigheder er dog i intet tilfælde afgørende, idet den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, selv skal efterprøve, at der er tale om en original genstand, for at kunne fastslå, at den er ophavsretligt beskyttet.

Vurderingen af krænkelsen

63. Med sit tredje og fjerde spørgsmål, som jeg foreslår at behandle samlet, ønsker den forelæggende ret i sag C-580/23 nærmere bestemt oplyst, hvordan vurderingen af en eventuel krænkelse af de ophavsretlige enerettigheder i henhold til artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal foretages. Mere præcist tager dette spørgsmål sigte på dels, om det pågældende værk skal være genkendeligt i den angiveligt krænkende genstand, eller om det er tilstrækkeligt, at den angiveligt krænkende genstand giver det samme helhedsindtryk, dels betydningen for denne vurdering af elementer såsom værkets »grad af originalitet«, det forhold, at de to omtvistede genstande har fælles inspiration, samt en uafhængig lignende frembringelse eller muligheden for en sådan.

64. Indledningsvis understreger jeg disse spørgsmåls betydning for sikringen af de respektive formål med de to omhandlede beskyttelsesordninger. Efter min opfattelse er den korrekte anvendelse af ordningernes respektive kriterier, der gør det muligt at fastslå krænkelsen, lige så væsentlige som den korrekte anvendelse af kriterierne for tildeling af beskyttelse. Det forekommer mig imidlertid, at overvejelserne både i retspraksis og i den juridiske litteratur alt for ofte er fokuseret på det sidstnævnte aspekt på bekostning af det førstnævnte.

Kriterierne for krænkelse

65. Kriterierne for at fastslå en krænkelse hviler på forskellige logikker i de to omhandlede beskyttelsesordninger. Inden for ophavsretten er krænkelsen en følge af, at værket anvendes uden ophavsmandens tilladelse [23]. Denne anvendelse kan bl.a. bestå i reproduktion af værket og eventuelt overføring af denne reproduktion til offentligheden eller distribution af kopier af det reproducerede værk. Hvad angår reproduktion har Domstolen fastslået, at den kan udgøre en delvis reproduktion og kun vedrøre en relativt lille del af værket, når denne del som sådan udtrykker ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse [24]. Domstolen har endvidere, i forbindelse med fonogrammer, i det væsentlige fastslået, at reproduktionen for at udgøre en krænkelse skal være synlig i den krænkende genstand [25]. Denne betragtning kan efter min opfattelse overføres på værker.

66. Inden for designretten er en gentagelse af elementerne i den beskyttede genstand på ingen måde nødvendig for, at der kan konstateres en krænkelse. Rækkevidden af beskyttelsen i henhold til denne ret omfatter ethvert design, der ikke giver et andet helhedsindtryk end det beskyttede design [26]. Inden for denne beskyttelsesordning er det således uden betydning at vide, om det beskyttede design er genkendeligt i den angiveligt krænkende genstand, eftersom det afgørende er helhedsindtrykket, eller om ligheden mellem de to omtvistede genstande skyldes reproduktion eller uafhængig frembringelse, eftersom beskyttelseskriteriet er objektivt.

67. For at kunne fastslå en krænkelse af ophavsretten skal den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, således vurdere, om det beskyttede værks kreative elementer, dvs. de elementer, der er udtryk for valg, som afspejler dets ophavsmands personlighed, er blevet gentaget på genkendelig vis i den angiveligt krænkende genstand. Gentagelsen af kreative elementer i en brugsgenstand af samme type kan selvfølgelig også føre til den konstatering, at der ikke er nogen forskel mellem det helhedsindtryk, som de to omtvistede genstande giver. Dette kan imidlertid ikke anses for tilstrækkeligt til at fastslå en krænkelse af ophavsretten og bør i praksis slet ikke forelægges for retten. Inden for ophavsretten er det, der adskiller to værker, ikke helhedsindtrykket, men de detaljer, der på unik vis giver dem et personligt præg.

Hensyntagen til andre elementer

68. Hvad for det første angår hensyntagen til »graden af originalitet« som en afgørende faktor for beskyttelsens omfang synes denne løsning at svare til logikken inden for designretten. I denne ordning vurderes både en genstands beskyttelsesegnethed og krænkelsen af dens beskyttelse nemlig ved at sammenligne det helhedsindtryk, som de to omtvistede design giver, idet der ved denne sammenligning tages hensyn til ophavsmandens grad af frihed [27]. Niveauet af den individuelle karakter er således afgørende for beskyttelsens omfang.

69. Inden for ophavsretten gør denne logik sig derimod ikke gældende. Originaliteten følger ikke af forskellen mellem det beskyttede værk og andre genstande, men er iboende i værket og skyldes ophavsmandens personlige præg. Eftersom værket er originalt, er det beskyttet, bl.a. mod reproduktion af de kreative elementer, uanset med hvilken »intensitet« ophavsmanden har givet

[23] – Og selvfølgelig på en måde, der går ud over undtagelserne fra og begrænsningerne af enerettigheder.

[24] – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 48).

[25] – Jf. i denne retning dom af 29.7.2019, Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2019:624, punkt 1 i konklusionen).

[26] – Jf. artikel 9 i direktiv 98/71 og artikel 10 i forordning nr. 6/2002.

[27] – Jo større denne grad af frihed er, desto mere skal de omtvistede design adskille sig fra hinanden for at give et forskelligt helhedsindtryk.

udtryk for denne kreativitet. Domstolen har således udtrykkeligt fastslået, at omfanget af beskyttelsen i henhold til direktiv 2001/29 ikke afhænger af graden af den kreative frihed, som ophavsmanden har haft, og dermed er den samme for alle værker, der er omfattet af dette direktiv [28].

70. Denne konklusion gælder naturligvis med forbehold af reglen om, at det i tilfælde af delvis reproduktion af et værk kun er en gentagelse af kreative elementer på genkendelig vis, der udgør en krænkelse af ophavsretten [29]. I tilfælde af en sådan gentagelse er det forhold, at ændringerne er foretaget på elementer, der ikke er kreative, dog ikke til hinder for, at der kan konstateres en krænkelse.

71. Hvad for det andet angår de to omtvistede genstandes fælles inspirationskilde kan der forekomme forskellige situationer, men princippet forbliver det samme, nemlig identificering af den synlige reproduktion af kreative elementer. Når den genstand, hvis beskyttelse påberåbes, består af kendte elementer, der blot er tilrettelagt på en original måde, vil en reproduktion af denne tilrettelæggelse udgøre en krænkelse, mens den blotte gentagelse af kendte elementer ikke vil udgøre en krænkelse. Når de to omtvistede genstande er inspireret af den samme tidligere genstand eller det samme tidligere design, er det kun de »nye« kreative elementer, der er originale i det afledte værk, og det er kun gentagelsen af disse nye elementer, der udgør en krænkelse af dette værk. Endelig udgør forfølgelse af samme kunstneriske tendens eller strømning som ophavsmanden til et tidligere værk selvfølgelig ikke i sig selv en krænkelse, hvis der ikke foreligger en gentagelse af dette værks kreative elementer.

72. Hvad for det tredje angår muligheden for en uafhængig selvstændig frembringelse er en sådan mulighed, som jeg allerede har påpeget [30], ikke udelukket i tilfælde af brugskunstværker, hvor ophavsmændenes kreative spillerum er relativt begrænset, selv hvis der foreligger en vis originalitet. I tvisten i sag C-580/23 har Mio bl.a. gjort gældende, at selskabets angiveligt krænkende model blev udarbejdet uafhængigt og ikke udgør en reproduktion af Asplunds model. Hvis den forelæggende ret på grundlag af de relevante elementer i tvisten i hovedsagen måtte konstatere, at dette faktisk er tilfældet, vil den på baggrund heraf konkludere, at der ikke foreligger en krænkelse. Derimod kan den blotte mulighed for en uafhængig lignende frembringelse ikke begrunde en nægtelse af ophavsretlig beskyttelse, hvis der konstateres en reproduktion af kreative elementer.

Besvarelse af spørgsmålene

73. Jeg foreslår derfor, at det tredje og det fjerde spørgsmål i sag C-580/23 besvares med, at artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, for at konstatere en krænkelse af ophavsretten skal vurdere, om det beskyttede værks kreative elementer er blevet gentaget på genkendelig vis i den angiveligt krænkende genstand. Det forhold, at de to omtvistede genstande ikke giver et forskelligt helhedsindtryk, kan ikke i sig selv anses for tilstrækkeligt til at konstatere en sådan krænkelse. Begrebet det beskyttede værks »grad af originalitet« er ikke relevant for denne vurdering. En uafhængig lignende frembringelse udgør ganske vist ikke en krænkelse af ophavsretten, men den

28 – Jf. i denne retning Cofemel-dommen (præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

29 – Jf. punkt 65 i dette forslag til afgørelse.

30 – Jf. punkt 58 i dette forslag til afgørelse.

blotte mulighed for en sådan uafhængig frembringelse kan ikke berettige en nægtelse af ophavsretlig beskyttelse, når der er konstateret en reproduktion af det beskyttede værks kreative elementer.

Forslag til afgørelse

74. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Svea Hovrätt Patent- och marknadsöverdomstolen (appeldomstolen for Svealand, appeldomstol i patent- og handelsretlige sager, Stockholm, Sverige) og Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) således:

»1) Der findes i EU-retten ikke et regel-undtagelsesforhold mellem den designretlige og den ophavsretlige beskyttelse, som medfører, at der i forbindelse med den ophavsretlige prøvelse af brugskunstværkers originalitet skal stilles større krav end for andre værktyper.

2) Artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

skal fortolkes således, at

en genstand, der afspejler ophavsmandens personlighed ved at give udtryk for dennes frie og kreative valg (original genstand), udgør et værk i disse bestemmelsers forstand. Det er ikke blot valg, der er bestemt af andre begrænsninger, som ophavsmanden har været bundet af ved frembringelsen af den pågældende genstand, der ikke er kreative, men også valg, der, selv om de er frie, ikke bærer præg af ophavsmandens personlighed og dermed giver denne genstand et unikt aspekt. Navnlig medfører muligheden for at foretage frie valg ved frembringelsen ikke en formodning for, at disse valg er af kreativ karakter. Omstændigheder såsom ophavsmandens hensigter i forbindelse med den kreative proces, vedkommendes inspirationskilder og anvendelse af allerede eksisterende elementer, sandsynligheden for en uafhængig lignende frembringelse eller anerkendelsen af genstanden i fagkredse kan tages i betragtning ved vurderingen af den pågældende genstands originale karakter. Disse omstændigheder er dog i intet tilfælde afgørende, idet den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, selv skal efterprøve, at der er tale om en original genstand, for at kunne fastslå, at den er ophavsretligt beskyttet.

3) Artikel 2, litra a), artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/29

skal fortolkes således, at

den ret, for hvilken spørgsmålet er indbragt, for at konstatere en krænkelse af ophavsretten skal vurdere, om det beskyttede værks kreative elementer er blevet gentaget på genkendelig vis i den angiveligt krænkende genstand. Det forhold, at de to omtvistede genstande ikke giver et forskelligt helhedsindtryk, kan ikke i sig selv anses for tilstrækkeligt til at konstatere en sådan krænkelse. Begrebet det beskyttede værks »grad af originalitet« er ikke relevant for denne vurdering. En uafhængig lignende frembringelse udgør ganske vist ikke en krænkelse af ophavsretten, men den blotte mulighed for en sådan uafhængig frembringelse kan dog ikke berettige en nægtelse af ophavsretlig beskyttelse, når der er konstateret en reproduktion af det beskyttede værks kreative elementer.«