



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. SZPUNAR  
fremsat den 2. maj 2019<sup>1</sup>

**Sag C-683/17**

**Cofemel – Sociedade de Vestuário SA  
mod  
G-Star Raw CV**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol, Portugal))

»Præjudiciel forelæggelse – ophavsret og beslægtede rettigheder – retlig beskyttelse af mønstre – reproduktionsretten – tøj«

### Indledning

1. Den retlige beskyttelse af brugskunstværker er stort set lige så gammel som beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret i almindelighed<sup>2</sup>. Den retlige beskyttelse af brugskunstværker har imidlertid altid haft vanskeligt ved at finde sin plads inden for retssystemet vedrørende den intellektuelle ejendomsret. Denne dækker tre hovedområder: patentretlig beskyttelse af opfindelser, ophavsretlig beskyttelse af intellektuelle frembringelser og varemærkeretlig beskyttelse af renommé. På grund af deres på en gang dekorative og brugsmæssige karakter samt deres såvel kunstneriske som industrielle formål egner brugskunstgenstande sig til disse tre former for beskyttelse, uden dog helt at opfylde nogen af disse formers formål eller mekanismer<sup>3</sup>. Selv om der navnlig i Europa er udviklet sui generis-beskyttelsesordninger, har denne form for beskyttelse imidlertid aldrig opnået en særegen status; den kan stadig kumuleres med andre beskyttelsestyper<sup>4</sup>.

2. Denne sag omhandler nærmere bestemt kumulation af mønstres beskyttelse i medfør af sui generis-ordningen og deres ophavsretlige beskyttelse i medfør af deres egenskab af værker. Forholdet mellem disse to beskyttelsesordninger har altid været en kilde til kontroverser og til tvøen såvel hos lovgiver som i retspraksis.

3. Dels sår brugskunstgenstandes karakter af brugs- eller funktionsgenstande og deres tilbøjelighed til at være industrielt masseproduceret tvivl om deres egnethed til en ophavsretlig beskyttelse og om denne beskyttelses overensstemmelse med deres aksiologiske grundlag (det personlige bånd, der forbinder ophavsmanden til dennes værk) og med deres formål (vederlaget for den intellektuelle, kreative indsats). Den ophavsretlige beskyttelse af mønstre indebærer navnlig to typer farer: inflation

1 – Originalsprog: fransk.

2 – En af de første retsakter på området var den franske lov af 18.3.1806 om oprettelse af et »conseil des prud'hommes« i Lyon, som tillagde designs fra silkeproducenter i Lyon beskyttelse.

3 – Jf. O. Fischman Afori »Reconceptualizing Property in Designs«, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, nr. 3, 2008, s. 1105-1178.

4 – Om kumulation af beskyttelsen af mønstre inden for den intellektuelle ejendomsret; jf. navnlig E. Derclaye, M. Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2011 og A. Tischner, *Kumulatywna ochrona wzornictwa przemysłowego w prawie własności intelektualnej*, C.H. Beck, Warszawa, 2015.

af den ophavsretlige beskyttelse og hindring af den frie økonomiske konkurrence<sup>5</sup>. Af denne grund har mange retsordener udviklet anordninger med henblik på at forbeholde den ophavsretlige beskyttelse mønstre, der repræsenterer en høj kunstnerisk værdi. Fra den juridiske litteratur kan nævnes »scindibilità« i italiensk ret, »Stufentheorie« i tysk ret eller den indskrænkning i beskyttelsestiden for frembringelser, der er produceret i industriel målestok i Det Forenede Kongeriges lovgivning<sup>6</sup>.

4. Dels har visse brugskunstgenstande utvivlsomt et højt krav til originalitet. Det bedste bevis herpå er stilarter udviklet på området såsom Art déco eller Bauhaus. Det samme gør sig gældende inden for den erhvervssektor, som denne sag omhandler, dvs. tøjsektoren: Designtøj er lige så meget – eller mere – kunstværker, som det er tøj. Det er således ikke berettiget på forhånd at udelukke brugskunstgenstande fra ophavsretlig beskyttelse alene på grund af deres (ligeledes) funktionelle karakter. Desuden kan andre kategorier af værker, hvor den ophavsretlige beskyttelse er utvivlsom, også have brugsfunktion, alt imens de forbliver originale intellektuelle frembringelser. Dette er tilfældet for så vidt angår visse litterære, fotografiske eller musikalske værker.

5. Den af EU-lovgiver valgte løsning – der er i tråd med teorien om kunstens enhed, som er udviklet i den franske juridiske litteratur<sup>7</sup> – om kumulation af beskyttelsen af brugskunst ved en sui generis-ordning og ved ophavsretten, forekommer således ikke at være uden relevans<sup>8</sup>. Det er imidlertid nødvendigt at sikre uafhængigheden og opfyldelsen af de forskellige beskyttelsesordningers formål.

6. Det er på denne baggrund, at Domstolen forelægges de retsspørgsmål, der er stillet af Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol, Portugal), til afgørelse inden for rammerne af denne præjudicielle forelæggelse.

## Retsforskrifter

### *International ret*

7. Følgende fremgår af artikel 2, stk. 1 og 7, i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, undertegnet i Bern den 9. september 1886 (Paris-akten af 24. juli 1971), som ændret den 28. september 1979 (herefter »Bernerkonventionen«)<sup>9</sup>:

»1) Udtrykket »litterære og kunstneriske værker« omfatter enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, udtryksmåden eller udtryksformen, såsom [...] brugskunst [...]

[...]

5 – Om denne inflation af beskyttelsen til skade for konkurrencen i kraft af *industrial copyright* i Det Forenede Kongeriges lovgivning; jf. navnlig L. Bently, »The Return of Industrial Copyright?«, *European Intellectual Property Review*, 2012, s. 654-672.

6 – Jf. navnlig E. Derclaye, M. Leistner, op.cit., s. 200 og 283, P. Marzano, »Une protection mal conçue pour un produit bien conçu: l'Italie et sa protection des dessins et modèles industriels par le droit d'auteur«, *Revue internationale du droit d'auteur*, 2014, s. 118, og A. Tischner, op.cit., s. 159-170.

7 – Jf. navnlig F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le Droit d'auteur*, Economica, Paris, 2014, s. 190-194, og M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 255-257.

8 – Selv om princippet om den kumulative beskyttelse ifølge visse ophavsmænd udtrykker svagheden ved systemet om den intellektuelle ejendomsret i forhold til at kontrollere dets hypertrofi (A. Tischner, »The role of unregistered rights – a European perspective on design protection«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr. 4, 2018, s. 303-314).

9 – Den Europæiske Union er ikke part i Bernerkonventionen, men den er part i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, som udgør bilag 1C til Marrakech-overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, undertegnet i Marrakech den 15.4.1994 (herefter »TRIPS-aftalen«), som er godkendt på vegne af Den Europæiske Union ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT 1994, L 336, s. 1), herunder artikel 9, stk. 1, der forpligter de kontraherende parter til at efterkomme Bernerkonventionens artikel 1-21.

7) Med forbehold af bestemmelserne i denne konventions artikel 7 4)<sup>10</sup> kan unionslandene i deres lovgivning bestemme, i hvilket omfang deres love skal anvendes på brugskunst og industrielle mønstre og modeller, såvel som de betingelser, under hvilke sådanne værker, mønstre og modeller skal nyde beskyttelse. Værker, som i hjemlandet udelukkende beskyttes som mønstre og modeller, har i et andet unionsland kun ret til den særlige beskyttelse, som i det pågældende land ydes mønstre og modeller. Dersom en sådan særlig beskyttelse ikke ydes i det pågældende land, skal sådanne værker dog beskyttes som kunstværker.

[...]«

8. Følgende fremgår af TRIPS-aftalens artikel 25:

»1. Medlemmerne træffer foranstaltninger til beskyttelse af uafhængigt frembragte industrielle mønstre, der er nye eller originale. [...]

2. Hvert medlem påser, at kravene i forbindelse med beskyttelse af tekstilmønstre, navnlig hvad angår omkostninger, undersøgelse eller offentliggørelse, ikke i urimeligt omfang har negativ indvirkning på ønsket om at søge og opnå en sådan beskyttelse. Medlemmerne er frit stillet med hensyn til at opfylde denne forpligtelse ved lovgivning om industrielle mønstre eller ved lovgivning om ophavsret.«

### ***EU-retten***

9. Artikel 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13. oktober 1998 om retlig beskyttelse af mønstre bestemmer<sup>11</sup>:

»Et mønster, der er beskyttet ved registrering i eller med virkning for en medlemsstat i overensstemmelse med dette direktiv, kan også beskyttes i henhold til vedkommende stats lovgivning om ophavsret fra det tidspunkt, hvor mønstret blev skabt eller fastlagt i en given form. Hver medlemsstat fastsætter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan beskyttelse, herunder kravet til originalitet.«

10. Det nedenstående følger af artikel 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visser aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet<sup>12</sup>:

»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

[...]«

10 – Bernerkonventionens artikel 7, stk. 4, vedrører varigheden af beskyttelsen af industrielle mønstre.

11 – EFT 1998, L 289, s. 28.

12 – EFT 2001, L 167, s. 10.

11. Følgende fremgår af dette direktivs artikel 9:

»Dette direktiv berører ikke bestemmelser vedrørende især patentret, varemærker, mønsterrettigheder, brugsmønstre, halvlederprodukters topografi, skrifttyper, adgangsstyrede og adgangsstyrende tjenester, adgang til radio- og tv-spredningstjenesters kabel, beskyttelse af nationale skatte, pligtaflevering, lovgivning om restriktiv praksis og illoyal konkurrence, forretningshemmeligheder, sikkerhed, klassificerede oplysninger, databeskyttelse og privatlivets fred, aktindsigt i offentlige dokumenter og aftalelovgivningen.«

12. Artikel 96, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design<sup>13</sup> bestemmer:

»Et design, der er beskyttet ved registrering som EF-design, kan også beskyttes i henhold til medlemsstaternes lovgivning om ophavsret fra det tidspunkt, hvor designet blev frembragt eller fastlagt i en given form. Hver medlemsstat fastsætter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan beskyttelse, herunder kravet til originalitet.«

### **Portugisisk ret**

13. Direktiv 2001/29 er gennemført i portugisisk ret i Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (lov om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder), hvori de kategorier af frembringelser, der er beskyttet af ophavsretten, er opregnet i artikel 2, stk. 1:

»1. Intellektuelle frembringelser inden for det litterære, videnskabelige og kunstneriske område omfatter, uanset deres art, udtryksform, kvalitet, kommunikationsform og formål, navnlig:

[...]

i) Brugskunstværker, industrielle mønstre og designværker, som udgør en kunstnerisk frembringelse, uanset en eventuel beskyttelse af den industrielle ejendomsret

[...]«

### **Twisten i hovedsagen, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål**

14. G-Star Raw CV (herefter »G-Star«) er et nederlandsk selskab, som skaber, producerer og markedsfører tøj. G-Star udnytter – som indehaver eller i henhold til eksklusive licensaftaler – mærkerne G-Star, G-Star Raw, G-Star Denim Raw, GS-Raw, G-Raw og Raw. Det tøj, der er markedsført under disse mærker, omfatter navnlig jeansmodeller med navnet Arc samt sweatshirt- og T-shirtmodeller med navnet Rowdy.

15. Cofemel – Sociedade de Vestuário SA (herefter »Cofemel«) er et portugisisk selskab, der under mærket Tiffosi skaber, producerer og markedsfører jeans-, sweatshirt- og T-shirtmodeller.

16. Den 30. august 2013 anlagde G-Star sag ved en portugisisk domstol i første instans med principal påstand om, at Cofemel tilpligtes at ophøre med enhver krænkelse af G-Stars ophavsret og enhver illoyal konkurrence over for denne, og at Cofemel tilpligtes at erstatte G-Star enhver skade lidt som følge heraf og – i tilfælde af en ny krænkelse – tilpligtes at betale G-Star daglige tvangsbøder indtil krænkelsens ophør. Inden for rammerne af denne sag, har G-Star navnlig gjort gældende, at visse

13 – EFT 2002, L 3, s. 1.

jeans-, sweatshirt- og T-shirtmodeller markedsført af Cofemel repræsenterer designs, som er identiske med eller svarer til G-Stars modeller Arc og Rowdy. G-Star har endvidere gjort gældende, at de sidstnævnte modeller udgør originale intellektuelle frembringelser og af denne grund er designværker, som er ophavsretligt beskyttet.

17. Der blev afsagt dom i første instans, hvori de af G-Star nedlagte påstande blev taget delvist til følge. Cofemel appellerede denne dom til Tribunal da Relação de Lisboa (appeldomstolen i Lissabon, Portugal), som stadfæstede den.

18. Cofemel iværksatte herefter en kassationsappel for Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol), som for det første anså det for godt gjort, at de af G-Stars tøjmodeller, som Cofemel havde kopieret, var blevet skabt enten af designere ansat af G-Star eller af designere, der handlede på vegne af G-Star, og som kontraktligt havde overdraget dette selskab deres ophavsret. For det andet er disse tøjmodeller resultatet af nogle koncepter og af en fremstillingsproces, som i modeverdenen er anerkendt som innovative. For det tredje er de nævnte modeller kendetegnet ved en række specifikke elementer (form i tre dimensioner, visse elementers placering, kombination af sammensætning og farver osv.), som for en dels vedkommende er gentaget i Cofemels tøjmodeller. Henset til denne situation har Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol) stillet spørgsmålstegn ved betydningen af artikel 2, stk. 1, litra i), i lov om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder. I denne forbindelse har den forelæggende ret bemærket, at denne bestemmelse, der klart omfatter brugskunstværker, industrielle mønstre og designværker, som udgør en kunstnerisk frembringelse, på listen over værker, som er ophavsretligt beskyttet, ikke præciserer kravet til originalitet for, at sådanne værker er beskyttet.

19. Under disse omstændigheder har Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol) udsat sagen og stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er Den Europæiske Unions Domstols fortolkning af artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29/EF til hinder for en national retsforordning – i det foreliggende tilfælde bestemmelsen i artikel 2, stk. 1, [litra] i), i Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) – hvorefter der ydes ophavsretlig beskyttelse til de brugskunstværker, industrielle mønstre eller designværker, som ud over deres funktionsmæssige formål frembringer en særegen og karakteristisk visuel effekt set ud fra en æstetisk synsvinkel, idet deres originalitet udgør det grundlæggende kriterium for ydelsen af beskyttelse på det ophavsretlige område?
- 2) Er Den Europæiske Unions Domstols fortolkning af artikel 2, [litra] a), i direktiv 2001/29/EF til hinder for en national retsforordning – i det foreliggende tilfælde bestemmelsen i artikel 2, stk. 1, [litra] i), i CDADC – hvorefter der ydes ophavsretlig beskyttelse til brugskunstværker, industrielle mønstre eller designværker, såfremt de, på baggrund af en særlig krævende bedømmelse med hensyn til deres kunstneriske træk og under hensyntagen til den dominerende opfattelse i de kulturelle og institutionelle kredse, kan kvalificeres som »kunstnerisk frembringelse« eller »kunstværk«?

20. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er modtaget hos Domstolen den 6. december 2017. Den portugisiske, den tjekkiske, den italienske og Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Parterne i hovedsagen, den portugisiske og den tjekkiske regering, Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen var repræsenterede i retsmødet, som fandt sted den 12. december 2018.



## Bedømmelse

21. Med sine to præjudicielle spørgsmål, som efter min opfattelse skal analyseres sammen, har den forelæggende ret nærmere bestemt spurgt, om artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, som fortolket af Domstolen, er til hinder for, at industrielle mønstre<sup>14</sup> kun er ophavsretligt beskyttet på betingelse af, at de har kunstneriske træk i højere grad end det, der normalt kræves inden for andre kategorier af værker.

22. Svaret på dette spørgsmål kræver en analyse af Domstolens praksis vedrørende begrebet »værk« i den EU-retlige ophavsret og en analyse af de argumenter, som er fremført navnlig af den italienske, den tjekkiske og Det Forenede Kongeriges regering, som er baseret på en særlig status, der hævdes at gælde i den EU-retlige ordning for mønstre.

### *Domstolens praksis vedrørende begrebet »værk«*

23. Artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, som den forelæggende ret har nævnt, definerer ikke i sig selv, hvad der skal anses for et værk. Denne bestemmelse er begrænset til give ophavsmænd en eneret til at tillade eller forbyde enhver reproduktion af deres værker. Hertil kommer, at ingen anden bestemmelse i dette direktiv definerer begrebet »værk«. Det er – som den tjekkiske regering har anført i sine indlæg – muligt, at de for store forskelle mellem medlemsstaternes ophavsretlige ordninger ikke gør det muligt at fastsætte en definition, der kan accepteres enstemmigt. I denne forbindelse bemærkes, at det – selv på nationalt niveau – er yderst vanskeligt, hvis ikke umuligt, at koncipere en generel definition, der dækker den lange række af meget forskellige frembringelser, der kan beskyttes ophavsretligt og samtidig udelukke de, der ikke kan. Det er højst muligt at opstille en liste, som nødvendigvis ikke kan være udtømmende, over de områder for frembringelser, hvor ophavsretten er anvendelig, som det er gjort i Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1.

24. Imidlertid kan en sådan mangel i lovgivningen ikke fortsætte med at eksistere, idet begrebet »værk« er hjørnестenen i enhver ophavsretlig ordning, for så vidt som det definerer ordningens materielle anvendelsesområde. En ensartet fortolkning af dette begreb er således nødvendig i harmoniseringen af den EU-retlige ophavsret. Det ville være formålsløst at harmonisere ophavsmændenes forskellige rettigheder, hvis medlemsstaterne var frit stillet med hensyn til at inkludere eller udelukke den ene eller den anden frembringelse fra denne beskyttelse, enten ved lovgivning eller retspraksis. Domstolen må uvægerligt før eller senere anmodes om at afhjælpe denne mangel i lovgivningen i medfør af præjudicielle spørgsmål stillet af domstole, som er i tvivl om, hvorvidt direktiverne om ophavsretten finder anvendelse i visse særlige tilfælde.

25. Når ikke direktiv 2001/29 definerer begrebet »værk« og ikke henviser til medlemsstaternes ret for en definition af dette begreb, er der tale om et selvstændigt EU-retligt begreb<sup>15</sup>. Ifølge Domstolens praksis kan en genstand kun kvalificeres som et »værk« i ophavsretlig forstand, hvis den er »original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«<sup>16</sup>. Denne betingelse for anvendelse af ophavsretten, som er harmoniseret i EU-retten, navnlig ved direktiv 2001/29, har

14 – I sine spørgsmål gentager den forelæggende ret formuleringen »brugskunstværker, industrielle mønstre og designværker« fra portugisisk ret. Det forekommer mig imidlertid, at disse tre termer i det væsentlige er synonyme. Under alle omstændigheder henviser jeg i dette forslag til afgørelse til de frembringelser, der – som de i hovedsagen omhandlede – kan beskyttes som mønstre i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 98/71 eller forordning nr. 6/2002.

15 – Jf. senest dom af 13.11.2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 33).

16 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 37).

Domstolen udledt af opbygningen af dette direktiv samt af opbygningen af Bernerkonventionen. Denne betingelse er dog ikke af den grund en EU-retlig opfindelse, idet den optræder i de fleste medlemsstaters nationale ophavsret, i hvert fald i de kontinentale retssystemer<sup>17</sup>. Den indgår derfor på en måde i medlemsstaternes retlige traditioner.

26. Kategorien »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse« er det centrale element i definitionen af et værk. Denne definition er siden blevet videreudviklet i praksis fra Domstolen, som har fundet, at en intellektuel frembringelse skal betragtes som ophavsmandens egen, når denne afspejler ophavsmandens personlighed. Dette er tilfældet, hvis ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg<sup>18</sup>. Når udtrykket i de elementer, der indgår i den pågældende frembringelse, er bestemt af deres tekniske funktion, er originalitetskriteriet ikke opfyldt, idet de forskellige måder, hvorpå idéen kan virkeliggøres, er så begrænsede, at idéen og udtrykket er sammenfaldende. En sådan situation giver ikke ophavsmanden mulighed for at udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der har karakter af en egen intellektuel frembringelse<sup>19</sup>. Kun ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse; jf. ovenfor, bidrager til kvalificeringen som værk, der kan beskyttes ophavsretligt. Elementer som ophavsmandens intellektuelle arbejde og kunnen kan ikke som sådan begrunde, at den pågældende frembringelse omfattes af ophavsretlig beskyttelse, hvis dette arbejde og denne kunnen ikke udtrykker nogen form for originalitet<sup>20</sup>. Endelig skal sagen for den ophavsretlige beskyttelse tilstrækkelig præcist og objektivt være identificerbar<sup>21 22</sup>.

### *Anvendelse af denne retspraksis på mønstre*

27. I modsætning til, hvad den tjekkiske regering har anført i sit skriftlige indlæg, er definitionen af værk som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse ikke begrænset til de områder, der er underlagt specifikke EU-retlige bestemmelser, i hvilke dette kriterium er udtrykkeligt fastsat, nemlig databaser, fotografier og edb-programmer<sup>23</sup>.

28. Domstolens første anvendelse af dette kriterium var rettet mod et litterært værk, som var beskyttet på grundlag af direktiv 2001/29. Som jeg allerede har nævnt, har Domstolen udledt dette kriterium af den generelle opbygning af såvel den internationale som den EU-retlige ophavsret. Selv om Domstolen herefter har anvendt det nævnte kriterium på frembringelser, der hører under specifikke EU-retlige bestemmelser, såsom fotografier, var denne anvendelse ikke baseret på denne lovgivning, men på Domstolens tidligere retspraksis<sup>24</sup>.

17 – Dette er navnlig tilfældet i tysk ret, hvor artikel 2, stk. 2, i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 9.9.1965 bestemmer, at »[a]llene personlige intellektuelle frembringelser udgør værker i denne lovs betydning«. Denne tanke findes også i begrebet »originalitet« i den franske ophavsret (dom fra Cour de cassation, Samlede afsnit, af 7.3.1986, Babolat mod Pachot, nr. 83-10477, trykt i bulletinen), i polsk ret (artikel 1, stk. 1, i ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 4.2.1994) eller endda i spansk ret (artikel 10 i Ley de Propiedad Intelectual (lov om intellektuel ejendomsret) af 24.4.1996). Det forholder sig anderledes i copyright-systemerne i de angelsaksiske lande.

18 – Dom af 1.12.2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 88 og 89).

19 – Dom af 22.12.2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 49 og 50).

20 – Dom af 1.3.2012, Football Dataco m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, præmis 33).

21 – Dom af 13.11.2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 40).

22 – Min beskrivelse af denne retspraksis er i høj grad baseret på punkt 17 og 18 i mit forslag til afgørelse Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870).

23 – Der er tale om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996 om retlig beskyttelse af databaser (EFT 1996, L 77, s. 20), artikel 3, stk. 1, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12.12.2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EUT 2006, L 372, s. 12), artikel 6 og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23.4.2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EUT 2009, L 111, s. 16), artikel 1, stk. 3.

24 – Jf. dom af 1.12.2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 87), og af 7.8.2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, præmis 14).

29. Efter min opfattelse følger det heraf klart, at kriteriet om intellektuel frembringelse, der er ophavsmandens egen, som dette er udviklet i Domstolens praksis, finder anvendelse på alle kategorier af værker. Dette følger også af den ensartethed, der kræves på hele EU's område i anvendelsen af direktiv 2001/29. Enhver forskel mellem medlemsstaternes nationale ret i anvendelsesområdet for den ophavsretlige beskyttelse har negativ indvirkning i forhold til en ensartet anvendelse<sup>25</sup>. Jeg ser således ingen grunde til, at dette kriterium ikke – i hvert fald principielt – skal kunne anvendes på industrielle mønstre, hvad deres ophavsretlige beskyttelse angår.

30. Jeg er ikke videre overbevist af det argument, som den tjekkiske regering fremførte i retsmødet, hvorefter kriteriet om intellektuel frembringelse, der er ophavsmandens egen, skulle være iboende i ethvert værk og ikke er til hinder for strengere krav end pålagt i national ret for visse kategorier af frembringelser, som f.eks. brugskunstværker.

31. Kriteriet om ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse tillader ganske vist, at der sondres mellem frembringelser, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse, og frembringelser, der ikke er omfattet af denne beskyttelse<sup>26</sup>. Dette kriterium, som Domstolen også har kvalificeret som originalitetskriteriet<sup>27</sup>, udgør imidlertid også maksimumstandarden for medlemsstaterne i relation til ophavsretlig beskyttelse, uanset det kunstneriske niveau af den omhandlede frembringelse. Domstolen har klart udtrykt dette i Painer-dommen, der omhandler et portrætfotografi, hvor Domstolen fastslog, at beskyttelsen i henhold til artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29 ikke kan være ringere end for andre værker, herunder fotografiske værker<sup>28</sup>. Faktisk tyder intet hverken i direktiv 2001/29 eller i andre relevante direktiver på, at omfanget af en sådan beskyttelse er afhængigt af eventuelle forskelle i udformningsmulighederne i forbindelse med fremstillingen af de forskellige værker<sup>29</sup>. Hvis beskyttelsens omfang imidlertid ikke kan begrænses på dette grundlag, kan denne beskyttelse så meget desto mindre af denne grund anses for at være fuldstændig udelukket.

32. Tilsvarende ser jeg intet i direktiv 2001/29, der tillader en sontring i beskyttelsesniveauet af brugskunstværker i forhold til deres kunstneriske værdi. Den italienske, den tjekkiske og Det Forenede Kongeriges regering, som har indgivet indlæg i denne sag, har imidlertid anført, at et sådant element optræder i andre EU-retlige bestemmelser, nemlig artikel 17 i direktiv 98/71 og artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002. Jeg vil således nu analysere dette aspekt.

### ***Betydningen af artikel 17 i direktiv 98/71 og artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002***

33. Det skal erindres, at princippet om kumulation af beskyttelsen af mønstre i henhold til artikel 17 i direktiv 98/71 omfatter såvel mønsterlovgivningen som ophavsretten. Ifølge denne artikels andet punktum fastsætter hver medlemsstat i hvilket omfang og under hvilke betingelser, der skal opnås ophavsretlig beskyttelse, herunder kravet til originalitet. En tilsvarende formulering findes i artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002.

34. Ifølge den italienske, den tjekkiske og Det Forenede Kongeriges regering indebærer disse bestemmelser, at medlemsstaterne frit kan fastsætte betingelserne for mønstres ophavsretlige beskyttelse til trods for vedtagelsen af direktiv 2001/29. Disse regeringer mener således, at artikel 17 i direktiv 98/71 er *lex specialis* i forhold til bestemmelserne i direktiv 2001/29, som fortolket af Domstolen. Et lignende standpunkt gør sig gældende i litteraturen<sup>30</sup>.

25 – Jf. i denne retning dom af 13.11.2018, *Levola Hengelo* (C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 45).

26 – Jf. navnlig dom af 22.12.2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 46-48).

27 – Dom af 22.12.2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 48 og 49).

28 – Dom af 1.12.2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 98).

29 – Dom af 1.12.2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 97).

30 – Jf. L. Bently, *op.cit.*



35. Jeg deler ikke dette standpunkt og vil herefter analysere de forskellige argumenter, der er fremført til støtte for denne, og som jeg finder lidet overbevisende.

36. Først og fremmest bemærkes, at artikel 17 i direktiv 98/71 udelukkende vedrører registrerede mønstre, som det utvetydigt følger af bestemmelsens første punktum. Medlemsstaternes eventuelle frihed vedrører således udelukkende denne kategori af mønstre. Størstedelen af mønstre i Den Europæiske Union er imidlertid ikke-registrerede mønstre<sup>31</sup>. Som det følger af oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse i denne sag, er dette navnlig tilfældet for så vidt angår de i hovedsagen omhandlede mønstre. Følgelig forekommer det mig mere relevant at henholde sig til artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002. Denne forordning indfører en beskyttelse, der er begrænset til tre år, for ethvert mønster i Den Europæiske Union, forudsat dette er nyt og originalt, uden at registrering er nødvendig.

37. Det er korrekt, at artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 – henset til denne bestemmelses ordlyd – synes at yde medlemsstaterne en bred skønsmargin vedrørende betingelserne for mønstres tildeling af ophavsretlig beskyttelse. Imidlertid forudsætter denne skønsmargin harmonisering af ophavsretten på EU-niveau, hvilket bekræftes af 32. betragtning til denne forordning, hvori det angives, at »[d]a der ikke er foretaget en fuldstændig harmonisering af ophavsretslovene, er det vigtigt at fastlægge princippet om kumulation af beskyttelsen i henhold til forordningen om EF-design og i henhold til ophavsretslovgivningen, dog således at medlemsstaterne frit kan fastsætte omfanget af den ophavsretlige beskyttelse og de betingelser, hvorunder denne beskyttelse kan indrømmes«<sup>32</sup>. Det følger endnu mere klart af begrundelsen til forordning nr. 6/2002<sup>33</sup>, at den løsning, der er valgt i den nuværende artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002, er midlertidig i afventning af harmonisering af ophavsretten.

38. Det er således min klare opfattelse, at når denne harmonisering er sket, navnlig i kraft af direktiv 2001/29, som dette er fortolket af Domstolen, er medlemsstaternes skønsmargin i artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 begrænset af de forpligtelser, som påhviler medlemsstaterne i henhold til dette direktiv. Det ville være overraskende, hvis enhver henvisning i en EU-retlig tekst til medlemsstaternes ret skulle svare til en fritagelse for disse stater fra deres forpligtelser i henhold til andre EU-retsakter – hvad enten disse måtte være tidligere eller senere – på det område, der er dækket af den nævnte henvisning. En sådan henvisning sigter nødvendigvis til national ret som omfattet af negative og positive forpligtelser i henhold til EU-retten.

39. I denne henseende er jeg ikke overbevist af Det Forenede Kongeriges regerings argument om, at forordning nr. 6/2002 er vedtaget senere end direktiv 2001/29. Det er korrekt, at denne forordning først blev vedtaget den 12. december 2001, mens direktiv 2001/29 blev vedtaget den 22. maj samme år. Imidlertid figurerede der for det første allerede en tekst, der svarer til den nuværende artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 – om end den var anderledes formuleret – i Kommissionens første forslag til denne forordning af 3. december 1993, hvilket vil sige lang tid før det første forslag til direktiv 2001/29<sup>34</sup>. Det lovgivningsmæssige arbejde vedrørende disse to tekster fandt sted samtidigt. For det andet udløb fristen for gennemførelse af direktiv 2001/29 først den 22. december 2002, mens forordning nr. 6/2002 trådte i kraft i starten af marts samme år. På tidspunktet for denne forordnings ikrafttræden var den ophavsretlige harmonisering ved direktiv 2001/29 således ikke afsluttet, idet medlemsstaterne stadig ikke var forpligtet til at have gennemført dette direktivs bestemmelser. Følgelig ændrer det forhold, at forordning nr. 6/2002 formelt er vedtaget senere end direktiv 2001/29, intet i analysen af forholdet mellem disse to retsakter: medlemsstaternes skønsmargin i henhold til denne forordnings artikel 96, stk. 2, er begrænset af forpligtelserne i henhold til direktiv 2001/29.

31 – Jf. A. Tischner »The role of unregistered rights – a European perspective on design protection«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr. 4, 2018, og de deri nævnte værker.

32 – En tilsvarende formulering findes i ottende betragtning til direktiv 98/71.

33 – KOM(93) 342 endelig udg. af 3.12.1993, s. 53-55.

34 – KOM(97) 628 endelig udg. af 21.1.1998.

40. Jeg er heller ikke overbevist af argumentet vedrørende forarbejderne til direktiv 98/71 eller til forordning nr. 6/2002<sup>35</sup>. Såfremt Kommissionen havde haft mere ambitiøse formål, og hvis Kommissionen endelig havde besluttet, at det ikke på daværende tidspunkt var hensigtsmæssigt at harmonisere medlemsstaternes ophavsret ved retsakter vedrørende mønstre, betyder dette ikke, at den ophavsretlige beskyttelse af de nævnte mønstre aldrig må udgøre en undtagelse, når denne harmonisering er sket. Selv om forarbejderne til EU-retsakter bestemt kan give værdifulde oplysninger om de grunde, der ligger til grund for EU-lovgivers valg, kan erfaringerne høstet fra disse forarbejder imidlertid ikke gå forud for ordlyden og opbygningen af de omhandlede bestemmelser. Navnlig giver det ikke mening at drage konklusioner af forarbejderne til én tekst (direktiv 98/71 eller forordning nr. 6/2002) vedrørende fortolkningen eller anvendelsesområdet for en anden tekst (direktiv 2001/29).

41. Det Forenede Kongeriges regering har til støtte for sit standpunkt anført artikel 9 i direktiv 2001/29, hvorefter dette direktiv ikke berører EU-retlige bestemmelser vedrørende navnlig mønstre, herunder artikel 17 i direktiv 98/71<sup>36</sup>. Jeg mener heller ikke, at denne bestemmelse i direktiv 2001/29 er egnet til at underbygge den nævnte regerings argument. Det er åbenbart, at direktiv 2001/29, som vedrører ophavsretten, ikke berører de bestemmelser, der hører under andre områder, såsom mønsterretten. Artikel 17 i direktiv 98/71 er imidlertid – som artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 – ikke en bestemmelse, der hører under det mønsterretlige område, men under det ophavsretlige. En anden fortolkning ville betyde, at brugskunstværkers ophavsretlige beskyttelse afhænger af mønsterretten, mens disse to områder er selvstændige. Artikel 9 i direktiv 2001/29 kan herefter ikke fortolkes således, at den udelukker mønstre fra den harmonisering, der er gennemført med direktiv 2001/29.

42. Under alle omstændigheder er det min opfattelse, at hvis EU-lovgiver havde villet fastsætte en så vigtig undtagelse til den harmoniserede ophavsret, ville den ikke have gjort dette implicit i forskellige EU-retsakter, men klart og udtrykkeligt eksempelvis i artikel 1 i direktiv 2001/29, som definerer direktivets anvendelsesområde.

43. Den tjekkiske regering har tilføjet, at direktiv 2001/29 – som dette direktivs navn indikerer – udelukkende harmoniserer »visse aspekter af ophavsret« og dette »i informationssamfundet«. Jeg kan dog ikke se, hvordan denne konstatering kan være i overensstemmelse med de argumenter, som regeringen har fremført vedrørende beskyttelsen af brugskunstværker.

44. Det er korrekt, at vigtige ophavsretlige aspekter er ladet uden for anvendelsesområdet for direktiv 2001/29: de ideelle rettigheder, den kollektive forvaltning af rettigheder, forsvar af disse rettigheder (undtagen den meget generelle bestemmelse i artikel 8) osv. Imidlertid har G-star i tvisten i hovedsagen gjort gældende, at en ophavsmand har eneret til at tillade eller forbyde reproduktion af sit værk. Denne ret er udtømmende harmoniseret ved direktiv 2001/29. Det er også korrekt, at direktiv 2001/29 – navnlig i den engelske litteratur – ofte kvalificeres som »direktiv om informationssamfundet« (Information Society Direktiv). Det forekommer mig, at visse ophavsmænd af dette uformelle navn drager konklusioner, der er lige så overdrevne, som de er forkerte. Selv om artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/29 har »særligt henblik på informationssamfundet«, forholder det sig ikke desto mindre sådan, at dette direktivs bestemmelser finder anvendelse i ethvert miljø, hvad enten det henhører under informationssamfundet eller ej. Det forhold, at mønstre sædvanligvis indgår i rørlige genstande, der hører til i den »virkelige« verden<sup>37</sup>, begrundes således på ingen måde, at disse genstande udelukkes fra den beskyttelse, der er gennemført med dette direktiv.

35 – Dette argument fremføres i litteraturen; jf. navnlig L. Bently, op.cit.

36 – Samt – forekommer det mig – artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002.

37 – I modsætning til den virtuelle verden.

45. Disse regeringers argumenter finder heller intet grundlag i den internationale ret. Det er korrekt, at Bernerkonventionens artikel 2, stk. 7, overlader spørgsmålet om anvendelse af ophavsretten på mønstre til de undertegnende staters skøn. Denne konvention finder imidlertid anvendelse uden, at dette berører medlemsstaternes forpligtelser i henhold til EU-retten. Heraf følger, at hvis denne ret begrænser medlemsstaternes frie valg, kan en fakultativ bestemmelse i Bernerkonventionen ikke hindre denne restriktion. Enhver anden konklusion ville stride mod artikel 351, stk. 2, TEUF. De samme betragtninger gør sig gældende for TRIPS-aftalens artikel 25.

46. Desuden bemærkes, at hvis Bernerkonventionens artikel 2, stk. 7, skal anses for en bestemmelse, der indrømmer undtagelser fra medlemsstaternes forpligtelser i henhold til direktiv 2001/29, må dette stykkes andet punktum, der fastsætter gensidighedsprincippet mellem unionslandene i beskyttelsen af mønstre, også anvendes. Ifølge denne bestemmelse har værker, som i hjemlandet udelukkende beskyttes som mønstre og modeller, i et andet unionsland kun ret til den særlige beskyttelse, som i det pågældende land ydes mønstre og modeller, medmindre en sådan særlig beskyttelse ikke ydes i det pågældende land, i hvilket tilfælde sådanne værker skal beskyttes som kunstværker. Imidlertid var afskaffelse af dette gensidighedsprincip, der er kilde til diskrimination i strid med reglerne om det indre marked i forholdene mellem medlemsstaterne, netop et af formålene med artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002<sup>38</sup>.

47. Endelig bemærkes, at argumentet om, at artikel 17 i direktiv 98/71 tillader medlemsstaterne at fravige de EU-retlige bestemmelser om ophavsret, er blevet tilbagevist i Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse. I Flos-dommen<sup>39</sup>, der vedrører beskyttelsestiden for ophavsretlig beskyttelse af mønstre, fastslog Domstolen, at muligheden for medlemsstaterne til at fastsætte i hvilket omfang og under hvilke betingelser en sådan beskyttelse skal ydes, ikke kan vedrøre beskyttelsestiden, der er harmoniseret på EU-niveau ved direktiv 93/98/EØF<sup>40</sup>. Den samme argumentation kan følges for så vidt angår direktiv 2001/29: Dette direktiv har – som dette er fortolket af Domstolen – harmoniseret ophavsmændenes økonomiske rettigheder, herunder begrebet »værk«, som er grundlæggende for den ensartede anvendelse af de nævnte rettigheder, hvorefter disse spørgsmål falder uden for medlemsstaternes mulighed i henhold til artikel 17 i direktiv 98/71 og artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 analogt. Jeg er her enig med Kommissionens standpunkt som dette er udtrykt i Kommissionens indlæg.

48. Artikel 17 i direktiv 98/71 og artikel 96, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 skal således fortolkes som en bekræftelse af princippet om kumulation af beskyttelsen: Et brugskunstværk kan ikke udelukkes fra den ophavsretlige beskyttelse alene på grund af, at det kan beskyttes *sui generis* som et mønster. Derimod kan disse bestemmelser ikke fortolkes som en undtagelse til bestemmelserne i direktiv 2001/29 eller nogen anden EU-retlig tekst, der regulerer ophavsretten.

### ***Delkonklusion***

49. På dette stadium finder jeg således, at de præjudicielle spørgsmål skal besvares således, at artikel 2, litra a), i direktiv 2001/29, som denne er fortolket af Domstolen, er til hinder for, at industrielle mønstre kun er ophavsretligt beskyttet på betingelse af, at de har kunstneriske træk i højere grad end det, der normalt kræves inden for andre kategorier af værker.

38 – Jf. begrundelsen til denne forordning (KOM(93) 342 endelig udg., s. 56).

39 – Dom af 27.1.2011 (C-168/09, EU:C:2011:29, præmis 39).

40 – Rådets direktiv af 29.10.1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EFT 1993, L 290, s. 9), som er erstattet af direktiv 2006/116.

### **Afsluttende bemærkninger vedrørende den ophavsretlige beskyttelse af mønstre**

50. Når det er sagt, ønsker jeg ikke at give indtryk af at bortse fra eller undervurdere de bekymringer, som er udtrykt såvel af de regeringer, der har indgivet indlæg i denne sag, som af visse dele af litteraturen<sup>41</sup> med hensyn til de negative konsekvenser af en overdreven ophavsretlig beskyttelse af mønstre.

51. En sui generis-beskyttelse af mønstre som den, der er fastsat ved forordning nr. 6/2002, er tilpasset de særlige forhold ved disse genstande for beskyttelse, dvs. aktuelle og masseproducerede brugsgenstande, som ikke desto mindre også kan besidde visse originale æstetiske kendetegn, som er beskyttelsesværdige. Beskyttelsestiden varer en periode, der er tilstrækkelig til at sikre den investering, som udarbejdelsen af mønsteret udgør<sup>42</sup>, uden dog at være en urimelig konkurrencehindring. Tilsvarende er betingelserne for at opnå en sådan beskyttelse, baseret på originalitet og nyhed, og det kriterium, der bruges til at fastslå en krænkelsehandling, nemlig helhedsindtrykket<sup>43</sup>, tilpasset de faktiske forhold på de markeder, som disse frembringelser er omfattet af.

52. Hvis det imidlertid for den samme frembringelse er alt for nemt at opnå ophavsretlig beskyttelse, fritaget for enhver formalitet, som finder anvendelse fra frembringelsen, uden betingelse om nyhed, og hvor varigheden er stort set uendelig med hensyn til brugen af et mønster for mønsterets ejer<sup>44</sup>, risikerer man, at den ophavsretlige ordning fortrænger mønstres sui generis-ordning. En sådan fortrængning ville imidlertid have en række negative effekter: devaluering af ophavsretten, anmodning om beskyttelse af banale frembringelser, hindring af konkurrencen på grund af den overdrevne beskyttelsestid eller endda retlig usikkerhed, for så vidt som konkurrenterne ikke er i stand til at forudse, om et mønster, for hvilket sui generis-beskyttelsen er udløbet, også er ophavsretligt beskyttet.

53. Disse bekymringer forklarer de forskellige indskrænkninger i den ophavsretlige beskyttelse af brugskunstværker i de nationale ordninger om den intellektuelle ejendomsret, som er nævnt indledningsvis i dette forslag til afgørelse. Derimod indeholder den EU-retlige ordning for ophavsretten – som jeg har redegjort for i svaret på de præjudicielle spørgsmål – intet retsgrundlag, der tillader denne indskrænkning, idet brugskunstværker er beskyttet som intellektuelle frembringelser, der er ophavsmandens egne, på samme måde som de andre kategorier af værker.

54. Det forekommer mig imidlertid, at en rigoristisk anvendelse af ophavsretten af de nationale domstole i vid udstrækning ville kunne afhjælpe de ulemper, som følger af kumulation af denne type beskyttelse og sui generis-beskyttelsen af mønstre. Faktisk handler det ikke kun om i kraft af ophavsretten at udstrække beskyttelsen af mønstre indtil halvferds år efter ophavsmandens død, men at opfylde ophavsrettens specifikke formål med hensyn til brugskunstværker ved hjælp af dennes egne anordninger.

41 – Jf. navnlig L. Bently, op.cit., og A. Tischner »The role of unregistered rights – a European perspective on design protection«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr. 4, 2018.

42 – Ifølge forordning nr. 6/2002 er dette tidsrum på tre år for et ikke-registreret EF-design og fem år med mulighed for forlængelse ind til 25 år for et registreret EF-design, hvilket er tilstrækkeligt, idet et mønster ikke har kommerciel værdi mere end omkring fire år og endda mindre (en eller to sæsoner) i tøjsektoren (jf. A. Tischner »The role of unregistered rights – a European perspective on design protection«, og E. Van Keymeulen »Copyrighting couture or counterfeit chic? Protecting fashion design: a comparative EU-US perspective«, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr. 10, 2012, s. 728-737).

43 – Jf. artikel 4 og 10 i forordning nr. 6/2002.

44 – Den ophavsretlige beskyttelse varer hele ophavsmandens liv og halvferds år efter dennes død.



55. Ophavsretten og mønsterretten forfølger imidlertid forskellige formål. Den sidstnævnte beskytter investeringen i frembringelsen af mønstre mod efterligning fra konkurrenter. Derimod kender ophavsretten ikke denne beskyttelse mod konkurrence. Tværtimod er dialogen, inspirationen og omformuleringen iboende i den intellektuelle frembringelse, og ophavsretten kan ikke hindre dette<sup>45</sup>. Det, som ophavsretten beskytter – i hvert fald i kraft af økonomiske rettigheder – er muligheden for en uhindret økonomisk udnyttelse af værket som sådan.

56. Disse forskellige formål går hånd i hånd med forskellige beskyttelsesmekanismer og -principper.

57. For det første er der en tærskel for originalitet i ophavsretten, selv om denne normalt ikke er særlig høj. For at kunne beskyttes, skal ophavsmandens indsats være fri og kreativ. Løsninger, der udelukkende er bestemt af det tekniske resultat, kan ikke beskyttes<sup>46</sup>, og det samme gælder arbejde uden nogen form for kreativitet<sup>47</sup>. I denne henseende er det ikke nødvendigt at kræve et særlig højt kunstnerisk niveau for brugsgenstande i forhold til andre kategorier af værker – det er fuldt ud tilstrækkeligt at anvende kriteriet om *intellektuel frembringelse, der er ophavsmandens egen*. Ethvert brugsmæssigt produkt besidder et visuelt aspekt, som er et resultat af udviklerens arbejde. Imidlertid vil ikke ethvert visuelt aspekt være ophavsretligt beskyttet.

58. For det andet er ophavsretten baseret på en sontring mellem idéen og dens udtryk, hvoraf alene udtrykket er beskyttet. For brugskunstværker kan dette modsætningsforhold efter min opfattelse mindske de konkurrenceskadelige effekter af deres ophavsretlige beskyttelse. Tillad mig at nævne de i hovedsagen omhandlede frembringelser som eksempel for at illustrere dette.

59. Ifølge forelæggelsesafgørelsen har appellanten i hovedsagen nedlagt påstand om beskyttelse af de:

»modeller [...], som almindeligvis omfatter sweat[-]shirts og [T]-shirts, [...], [og som] indeholder en række elementer, herunder navnlig et påtrykt billede på forsiden, en farvekombination, en bestemt placering af lommen på maveregionen og syninger på lommen [...]« og

»[jeans-]model[en] [...] kendetegnet ved den måde, hvorpå hvert af de tre forskellige stykker stof klippes og samles. Ved at anvende stykker med forskellige længder og former skabes et bukseben med [...] 3-dimensionel [...] effekt (3D), som bukkes indad og bagud, og som omsvøber brugerens ben (skruetrækkereffekten). Andre elementer, der bidrager til »skruetrækkereffekten«, er de indsnit (darts), som er indarbejdet i modellen i knæområdet (én på hvert ben).«

60. Kvalificering af de omhandlede frembringelser som værker, der kan beskyttes, og konstatering af en eventuel krænkelse, hvilket er rent formelle elementer, henhører selvfølgelig fuldt ud under den nationale domstols vurdering. Det forekommer mig imidlertid, at kendetegn såsom »specifik sammensætning af former, farver, ord og tal«, »farvesammensætningen«, placering af »lommen på maveregionen« eller »samling af [...] tre stykker stof«, som det er foreholdt Cofemel, at denne skulle have reproduceret, bør analyseres som idéer, der kan have forskellige udtryk, eller endda som funktionelle løsninger<sup>48</sup>, og ikke dækkes af den ophavsretlige beskyttelse.

61. Endvidere virker det til, at G-Star gennem ophavsretten ønsker at beskytte sit renommé og sine produkters særegne karakter – hvilket er en beskyttelse, der normalt er sikret ved varemærkeretten – idet G-Star har påberåbt den (på daværende tidspunkt) innovative og unikke karakter af modellen G-Star Elwood, som blev lanceret i 1996.

45 – Det kan forholde sig anderledes med visse beslægtede rettigheder, eksempelvis fonogrammer, for hvilke det imidlertid er vanskeligt at tale om inspiration (jf. mit forslag til afgørelse Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2018:1002, EU:C:2018:1002).

46 – Dom af 22.12.2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 49 og 50).

47 – Dom af 1.3.2012, *Football Dataco* m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, præmis 33).

48 – En lomme placeret på sweatshirtens ryg har ikke stor brugsfunktion.



62. Det er korrekt, at en ophavsretlig krænkelse ikke i alle tilfælde skal bestå i en fuld reproduktion af værket. De forskellige dele af et værk er også beskyttet, forudsat at de indeholder nogle af de elementer, der er udtryk for ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse som skaber af dette værk<sup>49</sup>. Yderligere skal der ikke være tale om elementer, der blot er inspireret af de idéer, der er udtrykt af værket, men om dele fra dette værk. Vurderingen på dette punkt skal i hvert enkelt tilfælde foretages af den domstol, der træffer afgørelse om realiteten. Inden for rammerne af denne vurdering skal denne domstol også sikre, at genstanden for den beskyttelse, der anmodes om, er tilstrækkelig identificerbar<sup>50</sup>.

63. Endelig bemærkes, at ophavsretten for det tredje adskiller sig fra mønsterretten i vurderingen af krænkelsen af beskyttede eneretter. Som der står i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 6/2002, sikrer mønsterretten beskyttelse mod »ethvert design, der ikke giver den informerede bruger et andet helhedsindtryk«. Imidlertid er begrebet »helhedsindtryk« fuldstændig fremmed i ophavsretten.

64. Ophavsretten beskytter et konkret værk, ikke et værk der har et sådant visuelt aspekt<sup>51</sup>. To fotografer, der fotograferer det samme sted på samme tidspunkt, kan få billeder, der ikke giver helhedsindtryk, som adskiller sig fra helhedsindtrykket af den allerede eksisterende formgivning. Mønsterretligt kan den, der offentliggør sit fotografi som den første, hindre den andens offentliggørelse af dennes fotografi. Dette er ikke tilfældet inden for ophavsretten, hvor den parallelle frembringelse – forudsat den virkelig er original – ikke alene er lovlig, men også beskyttes fuldt ud som særegent værk. Det samme gør sig gældende for en frembringelse, der er inspireret af tidligere værker. I det omfang en sådan frembringelse ikke udgør en ulovlig reproduktion af originale elementer fra en andens værk, er der ikke spørgsmål om ophavsretlig krænkelse, uanset om helhedsindtrykket adskiller sig eller ej.

65. Ophavsretten tillader således kun ophavsmanden til et mønster at hindre offentliggørelse og anvendelse af et mønster, som ikke giver et helhedsindtryk, der adskiller sig fra helhedsindtrykket af den allerede eksisterende formgivning, hvis denne er i stand til at påvise reproduktion af originale elementer i dennes mønster.

66. Stillet over for et krav om ophavsretlig beskyttelse af et mønster skal Domstolen tage disse elementer i betragtning med henblik på at sondre mellem det, der eventuelt er omfattet af sui generis-beskyttelsen af mønstre, og det, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse, og således undgå forveksling mellem disse to beskyttelsesordninger.

## Forslag til afgørelse

67. Under henvisning til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg, at spørgsmålene stillet af Supremo Tribunal de Justiça (øverste domstol, Portugal) besvares som følger:

»1) Artikel 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visser aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, som fortolket af Domstolen, er til hinder for, at industrielle mønstre kun er ophavsretligt beskyttet på betingelse af, at de har kunstneriske træk i højere grad end det, der normalt kræves inden for andre kategorier af værker.

49 – Dom af 16.7.2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 39).

50 – Jf. dom af 13.11.2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899, præmis 40).

51 – R. Markiewicz, *Ilustrowane prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2018, s. 79.

- 2) Stillet over for et krav om ophavsretlig beskyttelse af et industrielt mønster, skal den nationale domstol tage hensyn til denne rets formål og specifikke mekanismer, såsom beskyttelsen ikke af idéer, men af udtryk og kriterierne for vurderingen af en krænkelse af eneretter. Derimod kan den nationale domstol ikke anvende specifikke kriterier for beskyttelsen af mønstre vedrørende den ophavsretlige beskyttelse.«