



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 2 maj 2019¹

Mål C-683/17

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

(begäran om förhandsavgörande från Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen, Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Formskydd – Rätten till mångfaldigande – Kläder”

Inledning

1. Det rättsliga skyddet för verk av brukskonst är nästan lika gammalt som skyddet för immateriella rättigheter i allmänhet.² Det har dock alltjämt svårt att hitta sin plats i systemet av immateriella rättigheter. Detta system omfattar tre huvudområden: Skydd för uppfinningar genom patenträtten, skydd för intellektuella skapelser genom upphovsrätten och skydd för renommé genom varumärkesrätten. Ett verk av brukskonst är både funktionellt och dekorativt och har ett såväl konstnärligt som industriellt ändamål. Det lämpar sig därför för alla dessa tre skyddsformer, samtidigt som det inte helt och hållet hör hemma inom någon av dem, med hänsyn till dessa skyddsformers syften och mekanismer.³ Även om det, särskilt i Europa, har utvecklats skyddssystem *sui generis*, har skyddet för brukskonst emellertid aldrig förlänats separat status, utan kan alltid kombineras med andra former av skydd.⁴

2. Förevarande mål avser mer specifikt det dubbla skyddet för formgivningar, dels enligt *sui generis*-systemet, dels såsom skyddade verk enligt upphovsrätten. Förhållandet mellan dessa båda system har alltid utgjort en källa till osäkerhet, såväl hos lagstiftaren som i rättspraxis, och motsättningar.

3. Å ena sidan innebär bruksföremålets nyttokaraktär och funktionella karaktär, och den omständigheten att det är avsett för storskalig industriell produktion, att det kan ifrågasättas om det kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd, och om ett sådant skydd är förenligt med upphovsrättens axiologiska fundament (det personliga bandet mellan upphovsmannen och dennes verk) och dess syfte (ersättning för ett kreativt intellektuellt arbete). Upphovsrättsligt skydd för formgivningar medför särskilt två typer av risker. Det rör sig dels om risken för att det går inflation i det upphovsrättsliga

1 Originalspråk: franska.

2 En av de första lagstiftningsakterna på området var den franska lagen av den 18 mars 1806 om inrättandet av en arbetsdomstol i Lyon, genom vilken sidenproducenterna i Lyon tillerkändes skydd för sina formgivningar.

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

4 Om kumulativt skydd av formgivningar inom immaterialrätten, se bland annat Derclaye, E., Leistner, M., *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2011, och Tischner, A., *Kumulatywna ochrona wzornictwa przemysłowego w prawie własności intelektualnej*, C.H.Beck, Warszawa, 2015.

skyddet, dels om risken för att den fria ekonomiska konkurrensen skadas.⁵ Av den anledningen har man i många rättsordningar utformat system som innebär att upphovsrättsligt skydd förbehålls sådana formgivningar som uppvisar ett förhöjt konstnärligt värde. Några exempel är doktrinen om *scindibilità* i italiensk rätt, och *Stufentheorie* i tysk rätt, liksom det i Förenade kungarikets lagstiftning tidsbegränsade skyddet för föremål som producerats i industriell skala.⁶

4. Å andra sidan kan det inte förnekas att vissa brukskonstföremål uppvisar en hög grad av originalitet. Man behöver bara tänka på stilar som har utvecklats på detta område, såsom Art déco och Bauhaus. Detsamma gäller den bransch som är aktuell i förevarande mål, nämligen klädbranschen. Haute couture-artiklar är lika mycket konstverk som klädesplagg, om inte mer. Det är således inte motiverat att a priori exkludera brukskonstföremål från upphovsrättsligt skydd endast av den anledningen att de (även) fyller en funktion. Dessutom kan även andra typer av verk, vars skydd enligt upphovsrätten inte ifrågasätts, ha en nyttofunktion samtidigt som de utgör originella intellektuella skapelser. Så är fallet med vissa litterära, fotografiska och även musikaliska verk.

5. Det alternativ som valts av unionslagstiftaren, med inspiration från den teori om konstverket som en enhet som har utvecklats i fransk juridisk doktrin⁷ och som innebär att brukskonstföremål kan ges dubbelt skydd genom ett sui generis-system och genom upphovsrätten, tycks således inte vara omotiverat.⁸ Autonomi i vart och ett av skyddssystemen, och förverkligandet av deras respektive syften måste emellertid säkerställas.

6. Det är mot denna bakgrund som domstolen ska besvara de frågor som ställts av Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen, Portugal) inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande.

Tillämpliga bestämmelser

Internationell rätt

7. Följande anges i artikel 2.1 och 2.7 i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886 (reviderad i Paris den 24 juli 1971), i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen)⁹:

”1) Uttrycket ’litterära och konstnärliga verk’ innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck, såsom: ... verk av brukskonst ...

...

5 Om denna skyddsinfation till skada för konkurrensen genom *industriell upphovsrätt* enligt nationell rätt i Förenade kungariket, se Bently, L., ”The Return of Industrial Copyright?”, *European Intellectual Property Review*, 2012, s. 654–672.

6 Se, bland annat, Derclaye, E., Leistner, M. (ovan anfört arbete), s. 200 och 283, Marzano, P., ”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, och Tischner, A. (ovan anfört arbete), s. 159–170.

7 Se, bland annat, Pollaud-Dulian, F., *Propriété intellectuelle. Le Droit d’auteur*, Economica, Paris, 2014, s. 190–194, och Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d’auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 255–257.

8 Även om det i doktrinen har hävdats att principen om dubbelt skydd är ett uttryck för immaterialrättssystemets oförmåga att sätta stopp för sin eskalerande utbredning. (Tischner, A., ”The role of unregistered rights – a European perspective on design protection”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr 4, 2018, s. 303–314).

9 Europeiska unionen är inte part i Bernkonventionen. Den är däremot part i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (nedan kallat TRIPs-avtalet) som utgör bilaga 1 C till Marrakechavtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen, som undertecknades i Marrakech den 15 april 1994 och godkändes på unionens vägnar genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående på gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 38, s. 3). I artikel 9.1 i TRIPs-avtalet förbinder sig de avtalslutande parterna att följa bestämmelserna i artiklarna 1–21 i Bernkonventionen.

7) Det är förbehållet lagstiftningen i länderna som är medlemmar i Unionen att fastställa tillämpningsområdet för lagar om verk av brukskonst samt om industriella mönster och modeller ävensom att bestämma under vilka villkor sådana verk, mönster och modeller skall skyddas, om inte annat följer av artikel 7.4 i denna konvention.¹⁰ För verk, vilka i hemlandet skyddas endast såsom mönster och modeller, kan i annat unionsland krävas endast det särskilda skydd som i detta land tillkommer mönster och modeller, dock att om något sådant särskilt skydd icke förekommer i nämnda land, dessa verk skall skyddas som konstverk.

...”

8. Artikel 25 i TRIPs-avtalet har följande lydelse:

”1. Medlemmarna skall tillhandahålla skydd för självständigt skapade mönster som är nya eller särpräglade...

2. Varje medlem skall tillse att krav för säkerställande av skydd för textilmönster, särskilt med avseende på kostnader, granskning eller offentliggörande, inte otillbörligt minskar möjligheterna att ansöka om och erhålla sådant skydd. Medlemmarna äger frihet att fullgöra denna skyldighet genom mönsterskyddslagstiftning eller upphovsrättslig lagstiftning.”

Unionsrätt

9. I artikel 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd¹¹ anges följande:

”Ett mönster som är skyddat genom att det enligt detta direktiv är registrerat som mönsterrätt i eller för en medlemsstat skall också ge rätt till lagstadgat skydd enligt denna stats upphovsrätt från den dag då mönstret skapades eller lades fast på något sätt. Det tillkommer varje medlemsstat att avgöra i vilken utsträckning och på vilka villkor ett sådant skydd skall ges, samt även vilken originalitetsnivå som skall krävas.”

10. Följande anges i artikel 2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället:¹²

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

a) för upphovsmän: av deras verk,

...”

11. Av artikel 9 i direktivet framgår följande:

”Detta direktiv påverkar inte bestämmelser om i synnerhet patenträtt, varumärkesrätt, mönsterrätt, bruksmodeller, kretsmönster i halvledarprodukter, typsnitt, villkorad tillgång, tillgång till kabelöverföringar av radio- och televisionstjänster, skyddet för nationalskatter, deponeringskyldighet enligt lag, lagstiftning om kartellbildning och illojal konkurrens, affärshemligheter, säkerhet, sekretess, dataskydd och skydd för privatlivet, tillgång till allmänna handlingar samt avtalsrätt.”

¹⁰ Artikel 7.4 i Bernkonventionen gäller mönsterskyddets giltighetstid.

¹¹ EGT L 289, 1998, s. 28.

¹² EGT L 167, 2001, s. 10.

12. Artikel 96.2 i rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning¹³ har följande lydelse:

”En formgivning som är skyddad genom en gemenskapsformgivning skall också kunna skyddas enligt medlemsstaternas upphovsrätt från och med den dag då formgivningen skapades eller på något sätt fastställdes. Det tillkommer varje medlemsstat att avgöra i vilken utsträckning och på vilka villkor ett sådant skydd skall ges, samt även vilken verkshöjd som skall krävas.”

Portugisisk rätt

13. Direktiv 2001/29 införlivades med portugisisk rätt genom Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (lag om upphovsrätt och därmed sammanhängande rättigheter). I artikel 2.1 i denna lag anges de kategorier av verk som skyddas av upphovsrätt enligt följande:

”1. Som intellektuella alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett typ, uttrycksform, förtjänst, kommunikationssätt och syfte, ska särskilt anses följande:

...

i) Verk av brukskonst, industriell formgivning och designalster som utgör konstnärliga alster, oberoende av huruvida de omfattas av skyddet för industriell äganderätt.

...”

Målet vid den nationella domstolen, förfarandet och tolkningsfrågorna

14. G-Star Raw CV (nedan kallat G-Star) är ett bolag bildat enligt nederländsk rätt som designar, tillverkar och saluför kläder. G-star bedriver verksamhet under varumärkena G-Star, G-Star Raw, G-Star Denim Raw, GS-Raw, G-Raw och Raw, i egenskap av innehavare av dessa eller enligt exklusiva licensavtal. De kläder som saluförs under dessa varumärken innefattar bland annat jeansmodellerna Arc och sweatshirt- och t-shirtmodellerna Rowdy.

15. Cofemel – Sociedade de Vestuário, SA (nedan kallat Cofemel) är ett bolag bildat enligt portugisisk rätt som formger, tillverkar och saluför jeansmodeller, sweatshirts och t-shirts under varumärket Tiffosi.

16. Den 30 augusti 2013 väckte G-Star talan mot Cofemel vid en portugisisk domstol i första instans i det huvudsakliga syftet att utverka ett beslut om att Cofemel skulle upphöra med sitt intrång i G-Stars upphovsrätt och sin illojala konkurrens gentemot detta bolag, ersätta den skada som G-star hade lidit till följd därav och, i händelse av en ny överträdelse, erlagga ett dagligt vite till dess överträdelsen upphörde. Inom ramen för denna talan gjorde G-star särskilt gällande att vissa modeller av jeans, sweatshirts och t-shirts som salufördes av Cofemel hade en identisk eller liknande design som G-Stars modeller Arc och Rowdy. G-Star hävdade även att dessa modeller var att betrakta som originella intellektuella skapelser och därmed som designalster som skyddas av upphovsrätt.

17. Den portugisiska domstolen biföll delvis G-Stars talan. Cofemel överklagade domen till Tribunal da Relação de Lisboa (Appellationsdomstolen i Lissabon), vilken fastställde domen som meddelats i första instans.

¹³ EGT L 3, 2002, s. 1.

18. Cofemel överklagade denna dom till Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen), vilken anser att följande omständigheter är fastställda: För det första har G-Stars klädmodeller, som kopierats av Cofemel, antingen skapats av designers anställda av G-Star eller av designers som verkar för G-Stars räkning och som har överlåtit sin upphovsrätt till detta bolag genom avtal. För det andra är dessa klädmodeller resultatet av idéer och tillverkningsprocesser som inom modevärlden anses vara innovativa. För det tredje utmärks dessa modeller av vissa specifika kännetecken (den tredimensionella formen, placeringen av vissa komponenter, sättet på vilket de sytts och färggetts och så vidare), vilka delvis återfinns i Cofemels klädmodeller. Mot bakgrund av dessa omständigheter undrar Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen) hur den ska tolka artikel 2.1 i) i lagen om upphovsrätt och därmed sammanhängande rättigheter. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att även om det klart anges i denna bestämmelse att verk av brukskonst, industriell formgivning och designalster som utgör konstnärliga alster innefattas bland de verk som skyddas av upphovsrätt, framgår det inte av bestämmelsen vilken grad av originalitet som krävs för att sådana verk ska åtnjuta detta skydd.

19. Under dessa omständigheter har Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Utgör artikel 2 a i direktiv 2001/29, såsom den tolkats av EU-domstolen, hinder för en nationell lagstiftning – i förevarande fall bestämmelsen i artikel 2.1 i) i lagen om upphovsrätt och därmed sammanhängande rättigheter – som ger ett upphovsrättsligt skydd för verk av brukskonst, industriell formgivning eller designalster som, utöver deras funktionella syfte, skapar en separat visuell effekt som är utmärkande ur en estetisk synvinkel, varvid verkens originalitet är det centrala kriteriet för att upphovsrättsligt skydd ska gälla?
- 2) Utgör artikel 2 a i direktiv 2001/29, såsom den tolkats av EU-domstolen, hinder för en nationell lagstiftning – i förevarande fall bestämmelsen i artikel 2.1 i) i lagen om upphovsrätt och därmed sammanhängande rättigheter – som ger ett upphovsrättsligt skydd för verk av brukskonst, industriell formgivning eller designalster om de, på grundval av en särskilt sträng bedömning av verkens konstnärliga karaktär, och med hänsyn tagen till de förhärskande uppfattningarna i kulturella och institutionella kretsar, förtjänar att kvalificeras som ’konstnärligt alster’ eller som ’konstverk’?”

20. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 6 december 2017. Den portugisiska regeringen, den tjeckiska regeringen, den italienska regeringen och Förenade kungarikets regering samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Parterna i det nationella målet, den portugisiska regeringen, den tjeckiska regeringen och Förenade kungarikets regering liksom kommissionen var företrädare vid förhandlingen den 12 december 2018.

Bedömning

21. Med sina två tolkningsfrågor, som jag anser bör prövas tillsammans, önskar den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 2 a i direktiv 2001/29, såsom den tolkats av EU-domstolen, utgör hinder för att industriella formgivningar¹⁴ ges upphovsrättsligt skydd endast under förutsättning att de har en förhöjd konstnärlig karaktär som går utöver vad som normalt krävs för andra kategorier av verk.

¹⁴ I sina frågor använder den hänskjutande domstolen den formulering som återfinns i den portugisiska lagstiftningen: ”verk av brukskonst, industriell formgivning och designalster”. Det förefaller emellertid som om dessa tre termer i princip är liktydiga. Under alla omständigheter avser jag i detta förslag till avgörande alster som, i likhet med de alster som är aktuella i det nationella målet, kan åtnjuta skydd i egenskap av formgivningar, i den mening som avses i direktiv 98/71 eller förordning nr 6/2002.

22. För att besvara denna fråga krävs en analys av domstolens praxis avseende begreppet verk i unionens upphovsrätt, liksom en analys av de argument som anförts av den italienska regeringen, den tjeckiska regeringen och Förenade kungarikets regering och som har sin grund i uppfattningen att formgivning har en särställning i det system som inrättats genom unionsrätten.

Domstolens praxis om begreppet verk

23. Artikel 2 a i direktiv 2001/29, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, innehåller inte någon definition av vad som ska betraktas som ett verk. I denna bestämmelse anges bara att upphovsmän ska ha ensamrätt att tillåta eller förbjuda allt mångfaldigande av sina verk. Det finns inte heller någon annan bestämmelse i detta direktiv som anger vad som ska förstås med begreppet verk. Som den tjeckiska regeringen har gjort gällande i sitt yttrande kan det förmodas att de alltför stora skillnaderna mellan medlemsstaternas upphovsrättsliga system gjorde det omöjligt att fastställa en definition som samtliga stater kunde enas kring. Det ska i detta avseende framhållas att det även på nationell nivå är extremt svårt, om inte omöjligt, att utforma en abstrakt definition som täcker in den mängd alster av vitt skilda slag som skyddas av upphovsrätt och som samtidigt undantar de som inte gör det. På sin höjd går det att upprätta en lista, som med nödvändighet inte är uttömmande, över de områden av skapande där upphovsrätt kan gälla, såsom gjorts i artikel 2.1 i Bernkonventionen.

24. En sådan brist kunde emellertid inte kvarstå, med tanke på att begreppet verk utgör hörnstenen i alla upphovsrättsliga system, i det att det definierar upphovsrättens materiella tillämpningsområde. En enhetlig tolkning av begreppet är därför avgörande för den harmonisering av upphovsrätten som fastställs i unionsrätten. Det skulle vara meningslöst att harmonisera de olika rättigheter som upphovsmän åtnjuter om medlemsstaterna var fria att genom lagstiftning eller rättspraxis välja vilka alster som ska inkluderas i, eller uteslutas från, skyddsomfånget. Det var ofrånkomligt att domstolen förr eller senare, genom tolkningsfrågor ställda av nationella domstolar rörande tillämpligheten av direktiven på upphovsrättsområdet i specifika fall, skulle anmodas att avhjälpa denna brist.

25. Eftersom direktiv 2001/29 inte anger vad som ska förstås med begreppet verk och inte hänvisar till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av en definition, rör det sig om ett självständigt unionsrättsligt begrepp.¹⁵ Enligt domstolens praxis krävs således för att ett alster ska kvalificeras som ett verk i upphovsrättslig mening att det "är originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse".¹⁶ Domstolen har härlett detta villkor för tillämpligheten av upphovsrätten, såsom den harmoniserats i unionsrätten och i synnerhet genom direktiv 2001/29, ur systematiken i detta direktiv och i Bernkonventionen. Detta villkor är emellertid inte ett unionsrättsligt påfund. Det förekommer i de flesta nationella upphovsrättsliga lagstiftningar, åtminstone i de kontinentalrättsliga systemen.¹⁷ I viss mån är det således ett villkor som härrör från medlemsstaternas rättstraditioner.

26. Kravet på att det rör sig om "upphovsmannens egna intellektuella skapelse" är den viktigaste komponenten i definitionen av ett verk. Denna definition har sedermera utvecklats av domstolen, som har förklarat att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet. Så är fallet när upphovsmannen i samband med skapandet av sitt verk har kunnat uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val.¹⁸ När uttrycket av det aktuella alstrets komponenter däremot bestäms av deras tekniska funktion är kravet på originalitet inte

¹⁵ Se senast dom av den 13 november 2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899, punkt 33).

¹⁶ Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 37).

¹⁷ Så är bland annat fallet i tysk rätt, där följande anges i 2 § punkt 2 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 9 september 1965: "Med verk avses i denna lag endast personliga intellektuella skapelser." Samma tanke återspeglas i begreppet originalitet i fransk upphovsrätt (dom av Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), plenum, av den 7 mars 1986, Babolat mot Pachot, nr 83–10477, offentliggjord i den officiella tidningen), i polsk rätt (artikel 1.1 i Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 4 februari 1994) och i spansk rätt (artikel 10 i Ley de Propiedad Intelectual (lag om immaterialrätt) av den 24 april 1996). De anglosaxiska länderna har andra system för upphovsrätt (copyright).

¹⁸ Dom av den 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, punkterna 88 och 89).

uppfyllt, eftersom de olika sätt på vilka en idé kan genomföras är så begränsade att idén och uttrycket flyter ihop. I ett sådant fall kan upphovsmannen inte uttrycka sin skaparanda på ett originellt sätt och nå ett resultat som utgör hans eller hennes egna intellektuella skapelse.¹⁹ Det är endast upphovsmannens egna intellektuella skapelse, i den mening som definieras ovan, som kan utgöra ett verk som omfattas av skydd enligt upphovsrätten. Sådana komponenter som upphovsmannens intellektuella ansträngning och skicklighet kan inte i sig motivera att ett alster ska omfattas av upphovsrätt, om denna ansträngning och skicklighet inte ger uttryck för någon originalitet.²⁰ Slutligen krävs att de alster som ska skyddas enligt upphovsrätten kan identifieras med tillräcklig precision och objektivitet.^{21 22}

Tillämpningen av denna rättspraxis på formgivningar

27. I motsats till vad den tjeckiska regeringen har anfört i sitt skriftliga yttrande gäller definitionen av verk såsom upphovsmannens egna intellektuella skapelse inte enbart inom de områden som omfattas av särskilda unionsrättsliga bestämmelser där detta villkor uttryckligen föreskrivs, nämligen databaser, fotografier och datorprogram.²³

28. Första gången domstolen tillämpade detta kriterium rörde det sig om ett litterärt verk som åtnjöt skydd enligt direktiv 2001/29. Som jag redan påpekat härledde domstolen detta kriterium ur systematiken i såväl den unionsrättsliga som den internationella upphovsrätten. Även om domstolen sedermera har tillämpat detta kriterium på alster som omfattas av specifika unionsrättsliga bestämmelser, såsom fotografier, har denna tillämpning inte haft sin grund i dessa bestämmelser utan i domstolens tidigare praxis.²⁴

29. Härav framgår enligt min mening klart att kriteriet att det ska vara fråga om upphovsmannens egna intellektuella skapelse, såsom det har utvecklats i domstolens praxis, är tillämpligt på alla kategorier av verk. Detta följer även av kravet på en enhetlig tillämpning av direktiv 2001/29 inom unionen. Alla skillnader mellan medlemsstaternas interna rättsordningar vad gäller de upphovsrättsliga bestämmelsernas tillämpningsområde äventyrar nämligen denna enhetliga tillämpning.²⁵ Jag kan därför inte se några skäl för att inte, åtminstone som princip, tillämpa detta kriterium på formgivningar med avseende på deras upphovsrättsliga skydd.

30. Jag är inte heller övertygad av det argument som den tjeckiska regeringen har framfört vid förhandlingen, enligt vilket alla verk till sin natur utgör en upphovsmannens egna intellektuella skapelse, och att detta kriterium inte utgör hinder för att det i nationell rätt kan finnas strängare krav vad gäller vissa alster, som till exempel verk av brukskonst.

19 Dom av den 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 49 och 50).

20 Dom av den 1 mars 2012, *Football Dataco m.fl.* (C-604/10, EU:C:2012:115, punkt 33).

21 Dom av den 13 november 2018, *Levola Hengelo* (C-310/17, EU:C:2018:899, punkt 40).

22 Redogörelsen för denna rättspraxis är till stor del hämtad från punkterna 17 och 18 i mitt förslag till avgörande i målet *Funke Medien NRW* (C-469/17, EU:C:2018:870).

23 Det rör sig om följande direktiv: Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, 1996, s. 20), artikel 3.1, Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EUT L 372, 2006, s. 12), artikel 6, och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (EUT L 111, 2009, s. 16), artikel 1.3.

24 Se dom av den 1 december 2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, punkt 87), och dom av den 7 augusti 2018, *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634, punkt 14).

25 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2018, *Levola Hengelo* (C-310/17, EU:C:2018:899, punkt 45).

31. Genom kriteriet att det ska röra sig om upphovsmannens egna intellektuella skapelse är det möjligt att skilja alster som skyddas av upphovsrätten från alster som inte omfattas av detta skydd.²⁶ Detta kriterium, som domstolen har benämnt som ett krav på originalitet,²⁷ utgör emellertid även det maximikrav som medlemsstaterna har rätt att införa för åtnjutande av upphovsrättsligt skydd, oavsett alstrets konstnärliga nivå. Domstolen klargjorde detta på ett mycket tydligt sätt i domen Painer, när den slog fast att när det gäller porträttfotografi ska det skydd som ges enligt artikel 2 a i direktiv 2001/29 inte vara svagare än det skydd som ges andra verk, däribland andra fotografiska verk.²⁸ Det finns nämligen inte något i direktiv 2001/29, eller i något annat direktiv tillämpligt på detta område, som tyder på att räckvidden av ett sådant skydd skulle vara beroende av eventuella skillnader i möjligheterna till konstnärlig kreativitet i samband med skapandet av olika kategorier av verk.²⁹ Om räckvidden av skyddet inte kan begränsas på denna grund, kan det än mindre anses att detta skydd helt ska uteslutas på samma grund.

32. På samma sätt kan jag inte se att det i direktiv 2001/29 finns något som skulle kunna motivera en skillnad i skyddsnivå mellan verk av brukskonst beroende på deras konstnärliga värde. Emellertid anser den italienska regeringen, den tjeckiska regeringen och Förenade kungarikets regering, som har yttrat sig i förevarande mål, att det finns en sådan komponent i andra bestämmelser i unionsrätten, nämligen i artikel 17 i direktiv 98/71 och i artikel 96.2 i förordning nr 6/2002. Jag ska således i det följande undersöka denna aspekt.

Betydelsen av artikel 17 i direktiv 98/71 och artikel 96.2 i förordning nr 6/2002

33. Jag erinrar om att artikel 17 i direktiv 98/71 befäster principen om dubbelt skydd för formgivning enligt formgivningsrätten och upphovsrätten. I andra meningen i denna artikel anges att det tillkommer varje enskild medlemsstat att avgöra i vilken utsträckning och på vilka villkor upphovsrättsligt skydd ska ges, samt även vilken originalitetsnivå som ska krävas. En liknande formulering återfinns i artikel 96.2 i förordning nr 6/2002.

34. Enligt den italienska och den tjeckiska regeringen samt Förenade kungarikets regering har medlemsstaterna full handlingsfrihet när det gäller villkoren för att bevilja upphovsrättsligt skydd för formgivning, trots antagandet av direktiv 2001/29. Dessa regeringar har gjort gällande att artikel 17 i direktiv 98/71 utgör *lex specialis* i förhållande till bestämmelserna i direktiv 2001/29, såsom dessa har tolkats av domstolen. En liknande ståndpunkt har förespråkats i doktrinen.³⁰

35. Jag delar inte denna uppfattning, och jag ska i det följande granska de enligt min uppfattning föga övertygande argument som anförts till stöd för densamma.

36. Först och främst, och som framgår tydligt av artikel 17 första meningen i direktiv 98/71, avser denna artikel endast registrerade formgivning. Medlemsstaternas eventuella handlingsfrihet berör således endast denna kategori av formgivning. Merparten av formgivningarna inom Europeiska unionen är emellertid oregistrerade.³¹ Som framgår av uppgifterna i begäran om förhandsavgörande i förevarande mål är detta fallet vad gäller de formgivning som är aktuella i det nationella målet. Det förefaller således mer relevant att föra ett resonemang grundat på artikel 96.2 i förordning nr 6/2002. I denna förordning föreskrivs nämligen ett skydd, begränsat till tre år, för alla formgivning inom Europeiska unionen förutsatt att de är nya och särpräglade, utan krav på registrering.

26 Se, bland annat, dom av den 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 46–48).

27 Dom av den 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 48 och 49).

28 Dom av den 1 december 2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, punkt 98).

29 Dom av den 1 december 2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, punkt 97).

30 Bently, L. (ovan anført arbete).

31 Se Tischner, A., "The role of unregistered rights – a European perspective on design protection", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr 4, 2018, och där angivna arbeten.

37. Det är riktigt att artikel 96.2 i förordning nr 6/2002 enligt sin lydelse tycks ge medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsässig bedömning vid fastställandet av villkoren för upphovsrättsligt skydd för formgivningar. Detta skönsässiga utrymme har emellertid beviljats med förbehåll för harmoniseringen av upphovsrätten på unionsnivå. Detta bekräftas i skäl 32 i samma förordning, där följande anges: ”Eftersom lagstiftningen om upphovsrätt inte är fullständigt harmoniserad, är det viktigt att slå fast principen om dubbelt skydd enligt gemenskapsformskyddsramen och enligt upphovsrätten, varvid medlemsstaterna kommer att ges frihet att bestämma omfattningen av upphovsrätten och under vilka förutsättningar sådant skydd medges.”³² Av redogörelsen för skälen till förordning nr 6/2002³³ framgår med än större tydlighet att den lösning som valdes i artikel 96.2 i förordning nr 6/2002 var tillfällig, i avvaktan på en harmonisering av upphovsrätten.

38. Det är således min bestämda uppfattning att när denna harmonisering väl genomförts, genom antagandet av bland annat direktiv 2001/29, såsom det tolkats av domstolen, har medlemsstaternas utrymme för skönsässig bedömning enligt artikel 96.2 i förordning nr 6/2002 begränsats genom de skyldigheter som åligger dem enligt detta direktiv. Det vore anmärkningsvärt om alla hänvisningar till medlemsstaternas lagstiftning i en unionsrättsakt innebar att de berörda medlemsstaterna befriades från de skyldigheter som på det område som hänvisningen avser följer av andra unionsrättsakter, oberoende av om dessa var äldre eller nyare. Sådana hänvisningar avser med nödvändighet den nationella rätten med de begränsningar som följer av medlemsstaternas negativa och positiva förpliktelser enligt unionsrätten.

39. Jag är i detta avseende inte övertygad av det argument som Förenade kungariket har anfört och som grundar sig på den omständigheten att förordning nr 6/2002 är av senare datum än direktiv 2001/29. Det är riktigt att denna förordning antogs först den 12 december 2001, medan direktiv 2001/29 antogs den 22 maj samma år. En motsvarande skrivning som den som återfinns i den nuvarande artikel 96.2 i förordning nr 6/2002 ingick emellertid – om än annorlunda formulerad – redan i det första förslaget till denna förordning, vilket kommissionen lade fram den 3 december 1993, långt före det första förslaget till direktiv 2001/29.³⁴ Lagstiftningsarbetet avseende dessa båda texter löpte därefter parallellt. Vidare löpte fristen för införlivande av direktiv 2001/29 inte ut förrän den 22 december 2002, medan förordning nr 6/2002 trädde i kraft i början av mars månad samma år. När denna förordning trädde i kraft hade harmoniseringen av upphovsrätten genom direktiv 2001/29 följaktligen inte uppnåtts, eftersom medlemsstaterna vid den tidpunkten ännu inte var skyldiga att ha införlivat bestämmelserna i detta direktiv. Den omständigheten att förordning nr 6/2002 formellt antogs efter direktiv 2001/29 har därför ingen betydelse för analysen av förhållandet mellan dessa båda rättsakter: Det utrymme för skönsässig bedömning som tillerkänts medlemsstaterna genom artikel 96.2 i denna förordning är begränsat genom de skyldigheter som följer av direktiv 2001/29.

40. Jag finner inte heller argumentet som grundar sig på förarbetena till direktiv 98/71 och förordning nr 6/2002 övertygande.³⁵ Även om kommissionen hade mer ambitiösa mål, och även om det i slutänden beslutades att det vid den aktuella tidpunkten inte var lägligt att genom lagstiftningsakter harmonisera medlemsstaternas upphovsrätt beträffande formgivningar, betyder detta inte att upphovsrättsligt skydd av formgivningar ska fortsätta att utgöra ett undantag när denna harmonisering väl har uppnåtts. Även om förarbetena till unionens rättsakter naturligtvis kan ge värdefull vägledning i fråga om orsakerna till att unionslagstiftaren gjort ett visst val, kan inte uppgifter i dessa förarbeten ges företräde framför ordalydelsen och systematiken i de berörda bestämmelserna. Det är i synnerhet inte tillrådligt att av förarbetena till en rättsakt (direktiv 98/71 eller förordning nr 6/2002) dra slutsatser om tolkningen av eller tillämpningsområdet för en annan rättsakt (direktiv 2001/29).

32 En liknande formulering återfinns i skäl 8 i direktiv 98/71.

33 KOM(93) 342 slutlig av den 3 december 1993, s. 53–55.

34 KOM(97) 628 slutlig av den 21 januari 1998.

35 Detta argument har framförts i doktrinen, se bland annat Bentley, L. (ovan anført arbete).

41. Vidare har Förenade kungarikets regering till stöd för sin ståndpunkt hänvisat till artikel 9 i direktiv 2001/29, vari det anges att detta direktiv inte påverkar bestämmelser i unionsrätten om bland annat formgivningar, inbegripet artikel 17 i direktiv 98/71.³⁶ För min del anser jag att denna bestämmelse i direktiv 2001/29 inte heller stöder denna regerings ståndpunkt. Det är självklart att direktiv 2001/29, som rör upphovsrätten, inte ska påverka bestämmelser inom andra områden, såsom formgivningsrätten. Artikel 17 i direktiv 98/71 är emellertid inte, lika lite som artikel 96.2 i förordning nr 6/2002, en bestämmelse som hör till formgivningsrätten, utan en upphovsrättslig bestämmelse. En annan tolkning skulle innebära att skyddet av verk av brukskonst enligt upphovsrätten är avhängigt av formgivningsrätten, när dessa båda områden i själva verket är självständiga. Artikel 9 i direktiv 2001/29 kan därför inte tolkas på så sätt att den utgör stöd för att exkludera formgivningar från harmoniseringen enligt direktiv 2001/29.

42. Under alla förhållanden skulle unionslagstiftaren, om den hade haft för avsikt att införa ett så pass betydande undantag i den harmoniserade upphovsrätten, inte ha gjort detta implicit i olika unionsrättsakter, utan på ett klart och tydligt sätt, till exempel i artikel 1 i direktiv 2001/29 där direktivets tillämpningsområde anges.

43. Den tjeckiska regeringen har tillagt att direktiv 2001/29, såsom framgår av dess titel, endast harmoniserar "vissa aspekter av upphovsrätt" och dessutom "i informationssamhället". Jag kan emellertid inte se hur detta konstaterande styrker denna regerings resonemang vad gäller skyddet för verk av brukskonst.

44. Det är riktigt att vissa viktiga aspekter av upphovsrätten faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 2001/29: Ideella rättigheter, kollektiv förvaltning av upphovsrätt, tillvaratagande av rättigheterna (bortsett från den mycket allmänt hållna bestämmelsen i artikel 8), och så vidare. I målet vid den nationella domstolen har G-Star emellertid gjort gällande upphovsmannens ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av sitt verk. Denna rätt har harmoniserats på ett uttömmande sätt genom direktiv 2001/29. Det är också riktigt att direktiv 2001/29, bland annat i den engelskspråkiga litteraturen, omnämns som "direktivet om informationssamhället" (Information Society Directive). Det förefaller mig som om vissa författare drar för långtgående och felaktiga slutsatser av denna informella benämning. Även om artikel 1.1 i direktiv 2001/29 lägger "särskild tonvikt på informationssamhället", kvarstår det faktum att detta direktiv kan tillämpas i vilken kontext som helst, oberoende av om den ingår i informationssamhället. Den omständigheten att en formgivning vanligtvis införlivas i ett gripbart föremål som hör till den "verkliga" världen³⁷ motiverar inte på något sätt att formgivningar fränkänns det skydd som gäller enligt detta direktiv.

45. Det finns inte heller något stöd för dessa regeringars ståndpunkt i den internationella rätten. Det är riktigt att artikel 2.7 i Bernkonventionen lämnar utrymme för medlemsstaternas eget skön när det gäller frågan om upphovsrättens tillämpning på formgivningar. Tillämpningen av denna konvention påverkar emellertid inte medlemsstaternas skyldigheter enligt unionsrätten. Om unionsrätten begränsar medlemsstaternas frihet kan inte en fakultativ bestämmelse i Bernkonventionen utgöra hinder för denna begränsning. En motsatt slutsats skulle strida mot artikel 351 andra stycket FEUF. Samma överväganden kan anföras vad gäller artikel 25 i TRIPs-avtalet.

46. Därtill kommer att, om artikel 2.7 i Bernkonventionen skulle betraktas som ett undantag från de skyldigheter som medlemsstaterna ålagts enligt direktiv 2001/29, måste också artikel 2.7 andra meningen i denna konvention tillämpas, enligt vilken principen om ömsesidighet mellan signatärstaterna ska tillämpas när det gäller formskydd. I denna bestämmelse föreskrivs att för verk, vilka i hemlandet endast kan åtnjuta formskydd, kan i annat unionsland krävas endast det särskilda skydd som i detta land tillkommer formgivningar, men att om något sådant särskilt skydd inte

³⁶ Liksom, förefaller det mig, artikel 96.2 i förordning nr 6/2002.

³⁷ I motsats till den virtuella världen.

förekommer i nämnda land ska dessa verk skyddas enligt upphovsrätten. Avskaffandet av denna princip om ömsesidighet, vilken leder till diskriminering i förbindelserna mellan medlemsstaterna i strid med bestämmelserna om den inre marknaden, var just ett av syftena med artikel 96.2 i förordning nr 6/2002.³⁸

47. Vad slutligen gäller argumentet att artikel 17 i direktiv 98/71 medger att medlemsstaterna gör undantag från unionens upphovsrättsliga bestämmelser har detta tillbakavisats i domstolens praxis rörande tolkningen av denna bestämmelse. I domen Flos³⁹ slog domstolen fast, med avseende på den upphovsrättsliga skyddstiden för formgivning, att medlemsstaternas frihet att bestämma förutsättningarna för upphovsrätt och dess räckvidd inte kunde omfatta skyddstiden, då denna redan hade harmoniserats på unionsnivå genom direktiv 93/98/EEG.⁴⁰ Samma konstaterande kan göras med avseende på direktiv 2001/29: Genom detta direktiv, såsom det har tolkats av domstolen, har det skett en harmonisering av upphovsmäns ekonomiska rättigheter, inbegripet en harmonisering av begreppet verk, vilket är fundamentalt för en enhetlig tillämpning av dessa rättigheter. Dessa frågor omfattas därför inte av den frihet som medlemsstaterna tillerkänts i artikel 17 i direktiv 98/71 och, analogt, i artikel 96.2 i förordning nr 6/2002. Jag ansluter mig här till den ståndpunkt som kommissionen har gett uttryck för i sitt yttrande.

48. Artikel 17 i direktiv 98/71 och artikel 96.2 i förordning nr 6/2002 ska tolkas på så sätt att de befäster principen om dubbelt skydd: Ett verk av brukskonst kan inte exkluderas från upphovsrättsligt skydd av den enda anledningen att det kan åtnjuta sui generis-skydd i sin egenskap av formgivning. Dessa bestämmelser ska däremot inte tolkas såsom undantag från bestämmelserna i direktiv 2001/29 eller någon annan unionsrättsakt på upphovsrättsområdet.

Slutsats i denna del

49. Vid denna punkt i mitt resonemang är jag beredd att föreslå att tolkningsfrågorna besvaras så, att artikel 2 a i direktiv 2001/29, såsom den tolkats av domstolen, utgör hinder för att formgivning tillerkänns upphovsrättsligt skydd endast om de uppvisar en förhöjd konstnärlig karaktär som går utöver vad som normalt krävs för andra kategorier av verk.

Avslutande anmärkningar avseende upphovsrättsligt skydd för formgivning

50. Efter att ha klargjort min ståndpunkt vill jag framhålla att jag inte vill framstå som om jag bortser från, eller förringar, de farhågor som såväl de regeringar som har yttrat sig i förevarande mål som vissa företrädare i doktrinen har gett uttryck för,⁴¹ och som avser de negativa följderna av ett alltför omfattande upphovsrättsligt skydd av formgivning.

51. Ett sui generis-skydd av formgivning, som det som föreskrivs i förordning nr 6/2002, är väl anpassat till särdragen hos dessa skyddsföremål, nämligen att de är användbara, vardagliga och massproducerade men inte desto mindre kan uppvisa vissa originella estetiska särdrag som är skyddsvärda. Detta skydd gäller under tillräckligt lång tid för att den investering som framtagandet av

38 Se redogörelsen för skälen till denna förordning, KOM(93) 342 slutlig, s. 56.

39 Dom av den 27 januari 2011 (C-168/09, EU:C:2011:29, punkt 39).

40 Rådets direktiv av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EGT L 290, 1993, s. 9; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 75), ersatt av direktiv 2006/116.

41 Se, bland annat, Bently, L. (ovan anført arbete), Tischner, A., "The role of unregistered rights – a European perspective on design protection", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, nr 4, 2018.

en formgivning innebär ska ge avkastning,⁴² utan att konkurrensen samtidigt begränsas i för hög grad. På samma sätt är villkoren för erhållande av detta skydd, vilka är baserade på kraven på särprägel och nyhet, liksom kriteriet för att fastställa huruvida det skett ett intrång, nämligen kriteriet om helhetsintrycket,⁴³ anpassade till verkligheten på de marknader som dessa föremål tillhör.

52. Om det emellertid är alltför lätt att för samma alster erhålla upphovsrättsligt skydd – för vilket det inte uppställs några formella krav och som gäller från det ögonblick då alstret skapas, utan något nyhetskrav, och vars skyddstid i praktiken är oändligt med tanke på innehavarens nytta av formgivningen⁴⁴ – riskerar man att *sui generis*-systemet avseende formgivningar trängs undan av upphovsrättssystemet. Detta skulle få ett flertal negativa effekter: En devalvering av upphovsrätten om den kunde åberopas för att ge skydd för helt banala alster, begränsad konkurrens på grund av en överdrivet lång skyddstid och även en rättsosäkerhet, eftersom konkurrenter inte kan förutse om en formgivning vars *sui generis*-skydd har löpt ut inte också är skyddat genom upphovsrätt.

53. Dessa farhågor förklarar de olika begränsningarna i det upphovsrättsliga skyddet för verk av brukskonst i de nationella immaterialrättssystemen, som nämnts i inledningen till detta förslag till avgörande. Som jag har klargjort i mitt svar på tolkningsfrågorna finns det emellertid inte i unionens upphovsrättssystem någon rättslig grund för en sådan begränsning. Ett verk av brukskonst åtnjuter skydd såsom en upphovsmannens egen intellektuella skapelse, på samma sätt som andra typer av verk.

54. Enligt min mening skulle emellertid en strikt tillämpning av upphovsrätten vid de nationella domstolarna till stor del kunna avhjälpa de problem som uppstår vid samtidig tillämpning av denna typ av skydd och formskydd *sui generis*. Det handlar nämligen inte om att med hjälp av upphovsrätten utsträcka skyddet för formgivningar till 70 år efter upphovsmannens död utan om att, i förhållande till verk av brukskonst, förverkliga de specifika syften som eftersträvas med upphovsrätten, med hjälp av de bestämmelser som ingår däri.

55. Upphovsrätten och formgivningsrätten har olika syften. Den senare ger ett skydd för den investering som gjorts för att skapa en formgivning, så att den inte ska kunna kopieras av konkurrenter. Upphovsrätten däremot känns inte vid detta skydd mot konkurrens. Tvärtom ligger det i det intellektuella skapandets natur att det finns utrymme för dialog, inspiration och bearbetningar, och upphovsrätten ska inte utgöra hinder för detta.⁴⁵ Det som upphovsrätten skyddar, i alla fall genom de ekonomiska rättigheterna, är möjligheten till ekonomisk exploatering utan att verket som sådant påverkas.

56. Dessa olika syften går hand i hand med olika mekanismer och principer vad gäller skydd.

57. Även om upphovsrättens tröskel vad gäller originalitet i allmänhet inte är särskilt hög, är den inte obefintlig. För åtnjutande av skydd krävs att upphovsmannens ansträngning är fri och kreativ. Lösningar som betingas enbart av det tekniska resultatet kan inte skyddas,⁴⁶ liksom inte heller arbeten som helt saknar kreativa inslag.⁴⁷ I detta avseende är det inte nödvändigt att kräva att bruksföremål

42 Enligt förordning nr 6/2002 är denna skyddstid tre år för oregistrerade formgivningar och fem år, med möjlighet till förlängning upp till 25 år, för registrerade formgivningar. Detta är tillräckligt, eftersom en genomsnittlig formgivning endast har ett kommersiellt värde i ungefär fyra år eller till och med mindre (en eller två säsonger) inom klädbranschen (se Tischner, A., "The role of unregistered rights – a European perspective on design protection", och Van Keymeulen, E., "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 Se artiklarna 4 och 10 i förordning nr 6/2002.

44 Skyddet för upphovsrätten gäller nämligen under upphovsmannens livstid och 70 år efter dennes död.

45 Det kan förhålla sig annorlunda med vissa närstående rättigheter, till exempel fonogram, där det kan vara svårt att tala om inspiration (se mitt förslag till avgörande i målet Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2018:1002).

46 Dom av den 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 49 och 50).

47 Dom av den 1 mars 2012, *Football Dataco* m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, punkt 33).

uppvisar en konstnärlig nivå som är särskilt hög i förhållande till andra kategorier av verk. Det räcker att ordagrant tillämpa kriteriet att det ska röra sig om *upphovsmannens egna intellektuella skapelse*. Alla bruksföremål besitter en visuell aspekt som är resultatet av formgivarens arbete. Alla visuella aspekter är emellertid inte upphovsrättsligt skyddade.

58. Vidare bygger upphovsrätten på en distinktion mellan idén och dess uttryck, varvid endast uttrycket skyddas. När det gäller verk av brukskonst kan denna dikotomi enligt min uppfattning mildra de konkurrensbegränsande effekterna av ett upphovsrättsligt skydd av dessa verk. Låt mig ta de alster som är aktuella i det nationella målet som exempel för att illustrera vad jag menar.

59. Enligt beslutet om hänskjutande har käranden i det nationella målet begärt skydd för följande:

”Modellerna ... av sweatshirts och t-shirts – [som] innehåller flera inslag, särskilt bilden som tryckts på framsidan av tröjan, färgsammansättningen, den plats på vilken magfickan placerats och detaljer på fickorna ...” och

”[d]en [jeans]modell [som] kännetecknas av det sätt på vilket alla tre modulerna har skurits och satts ihop. Genom dessa moduler, med olika längder och former, har skapats ett ben med en ... 3D-effekt, som veckar sig inåt och bakåt, och som således skruvar sig runt bärarens ben (skruvmejsleffekt). Andra detaljer som bidrar till ’skruvmejsleffekten’ utgörs av de pilar (’darts’) som lagts till på knäna i modellen, en på varje ben.”

60. De aktuella alstrens skyddsvärde och förekomsten av intrång är rena sakomständigheter som det naturligtvis ankommer på den nationella domstolen att pröva. Det förefaller emellertid som om egenskaper såsom den ”särskilda sammansättning som baseras på former, färger, ord och siffror”, ”färgkombinationen”, ”fickornas placering på magen”, och ”skärningen med sammanförandet av tre paneler”, vilka är egenskaper som Cofemel har anklagats för att ha kopierat, måste betraktas som idéer som kan ta sig olika uttryck, eller till och med som funktionella lösningar,⁴⁸ som inte ska omfattas av upphovsrättsligt skydd.

61. Dessutom tycks det som om G-Star i själva verket, genom att göra gällande den (vid tidpunkten) innovativa och unika karaktären av bolagets modell G-Star Elwood, introducerad 1996, önskar få upphovsrättsligt skydd för sitt renommé och för sina varors särskiljningsförmåga, vilket är ett skydd som normalt tillförsäkras genom varumärkesrätten.

62. Det är riktigt att upphovsrättsintrånget inte alltid behöver utgöras av ett mångfaldigande av hela verket. De olika delarna av ett verk åtnjuter också upphovsrättsligt skydd förutsatt att de innehåller beståndsdelar som ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.⁴⁹ Det kan inte heller bara röra sig om beståndsdelar som helt enkelt har inspirerats av de idéer som uttrycks i verket, utan det måste vara fråga om delar som tagits från detta verk. Prövningen i denna del måste göras från fall till fall av den domstol som är behörig att pröva målet i sak. Vid prövningen måste denna domstol även försäkra sig om att det alster för vilket skydd begärs kan identifieras i tillräckligt hög grad.⁵⁰

63. Slutligen skiljer sig upphovsrätten från formgivningsrätten när det gäller bedömningen av vad som utgör ett intrång i de skyddade exklusiva rättigheterna. Som anges i artikel 10.1 i förordning nr 6/2002, ger formgivningsrätten ett skydd mot ”varje formgivning som inte ger en kunnig användare ett annat helhetsintryck”. Denna föreställning om helhetsintrycket är helt främmande för upphovsrätten.

48 En ficka på ryggen av sweatshirten skulle inte vara till så stor nytta.

49 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 39).

50 Se dom av den 13 november 2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899, punkt 40).

64. Upphovsrätten ger skydd för ett konkret verk, inte ett verk som besitter en viss visuell aspekt.⁵¹ Två fotografer som fotograferar samma scen vid ett och samma ögonblick kan få fram bilder som inte ger olika helhetsintryck. Enligt formgivningingsrätten kan den fotograf som först offentliggör sitt fotografi motsätta sig offentliggörandet av den andra fotografens fotografi. Så är inte fallet inom upphovsrätten, där ett parallellt alster – förutsatt att det faktiskt är originellt – inte bara är lagligt, utan helt och fullt åtnjuter skydd såsom ett eget verk. Detsamma gäller alster som inspirerats av andra verk. I den mån som detta alster inte utgör ett otillåtet mångfaldigande av originella beståndsdelar av någon annans verk, uppkommer inte frågan om upphovsrättsintrång, oavsett om helhetsintrycket är ett annat eller inte.

65. Upphovsrätten medger således att upphovsmannen till en formgivning motsätter sig spridningen och användningen av en formgivning som inte ger ett annat helhetsintryck endast om upphovsmannen kan visa att originella beståndsdelar i hans eller hennes formgivning har mångfaldigats.

66. När den nationella domstolen har att pröva en begäran om upphovsrättsligt skydd för en formgivning, ska den beakta dessa aspekter för att skilja det som eventuellt omfattas av formskydd *sui generis* från det som omfattas av skydd enligt upphovsrätten, och på så sätt undvika att dessa två skyddssystem blandas ihop.

Förslag till avgörande

67. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen, Portugal) på följande sätt:

- 1) Artikel 2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet, såsom den tolkats av domstolen, utgör hinder för att formgivningar tillerkänns upphovsrättsligt skydd endast under förutsättning att de har en förhöjd konstnärlig karaktär som går utöver vad som normalt krävs för andra kategorier av verk.
- 2) När en nationell domstol har att pröva en begäran om upphovsrättsligt skydd för en formgivning, ska den beakta de syften och de mekanismer som är specifika för upphovsrätten, såsom skyddet för uttryck och inte för idéer och de kriterier som gäller för att bedöma huruvida det skett ett intrång i exklusiva rättigheter. Den nationella domstolen ska däremot inte för upphovsrättsligt skydd tillämpa de kriterier som är specifika för formskyddslagstiftningen.

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