



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020115

PROTOKOLL
2023-09-12
Föredragning i
Stockholm

Aktbilaga 52
Mål nr PMT 13496-22

RÄTTEN

Hovrättsråden Ulrika Ihrfelt, Kerstin Norman och Mattias Pleiner, referent och protokollförare

FÖREDRAGANDE

Hovrättsfiskalen Clara Baumann

PARTER

Klagande

1. Mio AB, 556084-0190
Box 59
543 21 Tibro

2. Mio e-handel AB, 556739-3359
Samma adress

3. Mio Försäljning AB, 556345-8719
Samma adress

Ombud för 1–3: Advokaterna R.W., Å.H. och M.J. samt biträdande juristerna M.M. och E.G.
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

Motpart

Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag, 556412-1969
Sibyllegatan 31
114 42 Stockholm

Ombud: Advokaten H.W. och juristen J.L.
Westerberg & Partners Advokatbyrå AB
Box 3101
103 62 Stockholm

SAKEN

Upphovsrättsintrång; nu fråga om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2022-10-19 i mål nr PMT 16606-21

Dok.Id 1957428

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00		måndag – fredag 09:00–16:30
		E-post: svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsoverdomstolen.se		

Patent- och marknadsöverdomstolen beslutade den 25 maj 2023 att bereda parterna tillfälle att yttra sig i frågan om det för att besluta i saken är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande beträffande tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Domstolen gav samtidigt parterna tillfälle att yttra sig över de preliminärt formulerade frågorna.

Parterna har yttrat sig.

Efter föredragning fattar Patent- och marknadsöverdomstolen följande

BESLUT (att meddelas 2023-09-20)

1. Patent- och marknadsöverdomstolen beslutar att inhämta ett förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol enligt artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och att tillställa domstolen en begäran om förhandsavgörande enligt bilaga A till detta protokoll.
2. Patent- och marknadsöverdomstolen beslutar att målet ska vila i avvaktan på Europeiska unionens domstols ställningstaganden.

Beslutet får inte överklagas (1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar).

Mattias Pleiner

Protokollet uppvisat /



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020115

Mål nr PMT 13496-22

Europeiska unionens domstol
Rue du Fort Niedergrünwald
L-2925 Luxemburg
Luxemburg
DDP-GreffeCour@curia.europa.eu

BEGÄRAN OM FÖRHANDESAVGÖRANDE

Den hänskjutande domstolen

Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen
Box 2290
103 17 Stockholm
+46 8 561 670 00 (växel), +46 8 561 675 00
svea.avd2@dom.se

Parterna i det nationella målet

Kärande: Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag, 556412-1969
Sibyllegatan 31
114 42 Stockholm

Ombud: Advokaten H.W. och juristen J.L.
Westerberg & Partners Advokatbyrå AB
Box 3101
103 62 Stockholm
+46 8 578 403 00 (växel)

Svarande: 1. Mio AB, 556084-0190
Box 59
543 21 Tibro

2. Mio e-handel AB, 556739-3359
Box 59
543 21 Tibro

3. Mio Försäljning AB, 556345-8719
Box 59
543 21 Tibro

Dok.Id 1907680

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 00

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–16:30

Ombud: Advokaterna R.W., Å.H. och M.J. samt biträdande juristerna M.M. och E.G.
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm
+ 46 10 614 30 00 (växel)

Saken i det nationella målet och de relevanta omständigheterna

Parterna i målet

1. Parter i målet är Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag (Asplund) å ena sidan samt Mio AB, Mio e-handel AB och Mio Försäljning AB (tillsammans Mio) å andra sidan. Asplund tillverkar och formger olika inredningsprodukter och möbler. Mio bedriver detaljhandel inom möbel- och heminredningsbranschen.
2. Asplund har i sitt sortiment bl.a. matbord i möbelserien Palais Royal (Palais-borden), se bild nedan.



3. Mio har i sitt sortiment bl.a. matbord i möbelserien Cord (Cord-borden).

Målet i Patent- och marknadsdomstolen

4. Asplund väckte i oktober 2021 talan i Patent- och marknadsdomstolen mot Mio om upphovsrättsintrång. I målet yrkade Asplund bl.a. att Patent- och marknadsdomstolen vid vite skulle förbjuda Mio att tillverka, marknadsföra eller sälja Cord-borden.
5. Av Patent- och marknadsdomstolens dom framgår att Asplund till grund för sin talan gjorde gällande bl.a. följande. Palais-borden är alster av brukskonst och har upphovsrättsligt skydd som verk. Mios Cord-bord uppvisar stora likheter med Palais-borden och faller inom skyddsomfånget för Palais-borden. Mios exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten av Cord-borden har således gjort intrång i Asplunds upphovsrätt till Palais-borden.
6. Mio bestred Asplunds talan. Till stöd för sitt bestridande gjorde Mio gällande bl.a. följande. Palais-borden är inte upphovsrättsligt skyddade. Borden saknar tillräcklig originalitet för att uppnå upphovsrättsligt skydd. Utformningen av Palais-borden är i stor utsträckning hänförlig till funktionella och produktionstekniska hänsyn. Palais-borden bygger på enkla variationer av tidigare känd formgivning, vilken utgör en del av det allmänna formförrådet, och borden saknar verkshöjd. Om Palais-borden skulle anses åtnjuta upphovsrättsligt skydd, är skyddsomfånget med hänsyn till den begränsade graden av originalitet i vart fall begränsat och mycket snävt. De skillnader som föreligger mellan borden är tillräckliga för att Cord-borden ska falla utanför Palais-bordens eventuella skyddsomfång. I vart fall är Cord-borden inte några efterbildningar av Palais-borden. Cord-borden har tagits fram självständigt av Mio med inspiration från egen tidigare formgivning och en internationell trend med runda former och trästavar eller stavar i annat material.

7. Patent- och marknadsdomstolen biföll Asplunds talan. Domstolen bedömde alltså att Palais-borden var upphovsrättsligt skyddade som alster av brukskonst samt att Mios Cord-bord gjorde intrång i Palais-bordens upphovsrättsliga skydd.

Målet i Patent- och marknadsöverdomstolen

8. Mio har överklagat Patent- och marknadsdomstolens dom och yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ogilla Asplunds talan.
9. Under målets handläggning i Patent- och marknadsöverdomstolen har frågor uppkommit om tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

Relevanta bestämmelser i nationell rätt och i unionsrätten

Svensk rätt

Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

10. Enligt 1 § har den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk upphovsrätt till verket oavsett om det är
 1. skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal,
 2. datorprogram,
 3. musikaliskt eller sceniskt verk,
 4. filmverk,
 5. fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst,
 6. alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller
 7. verk som har kommit till uttryck på något annat sätt.

11. Enligt 2 § innefattar upphovsrätt, med vissa inskränkningar, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik. Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis. Verket görs tillgängligt för allmänheten bl.a. när verket överförs till allmänheten eller när exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.
12. Enligt 53 b § får domstolen vid vite förbjuda den som vidtar eller medverkar till en åtgärd som innebär intrång att fortsätta med åtgärden.

Unionsrätt

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

13. I artiklarna 2–4 fastställs upphovsmännens ensamrätt till mångfaldigande, överföring och spridning av sina verk.
14. Till exempel anges i artikel 4.1 att medlemsstaterna ska ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

Annan internationell rätt

15. Internationella regler av betydelse inom upphovsrätten återfinns även i bl.a. Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, reviderad i Paris

den 24 juli 1971, i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979, samt i WIPO:s fördrag om upphovsrätt, antaget den 20 december 1996.

Skälen till att domstolen frågar om tolkningen av unionsrätten

Kort om upphovsrättens bakgrund och funktion

16. Upphovsrätten ger skydd för litterära och konstnärliga verk.
17. Upphovsrätten har sin historiska grund i den enskilde upphovsmannens – författarens eller konstnärens – ensamrätt att mångfaldiga och sprida sina alster samt hans eller hennes personliga rätt att bestämma hur verket ska få utnyttjas. Upphovsrättens förhållandevis långa skyddstid har motiverats med att upphovsmannen och de första generationerna av efterlevande ska få ett skydd mot att verket förvanskas eller på annat sätt inte respekteras samt att de ska kunna ta del av de ekonomiska rättigheter som verket medför.
18. Vad gäller upphovsrättens ideella skydd är det något som utmärker upphovsrätten i förhållande till övriga immaterialrätter. Upphovsrätten tar nämligen på ett särskilt sätt hänsyn också till det intellektuella, känslomässiga eller personliga samband som kan finnas mellan upphovsmannen och hans eller hennes verk.
19. Traditionellt har upphovsmannen och de ideella rättigheterna haft en starkare ställning i de kontinentala länderna i Europa än i de anglosaxiska. Vad som har ansetts originellt har också historiskt sett skiljt sig åt i de anglosaxiska länderna och i de kontinentaleuropeiska. Den kontinentaleuropeiska utgångspunkten för originalitetskravet skulle, lite förenklat, kunna sägas ha varit att skapandet ska ge uttryck för upphovsmannens person, medan det anglosaxiska originalitetskravet i högre utsträckning utgått från att alstret är originellt om det inte är en efterbildning av någon annans verk. (Se t.ex. Olsson och Rosén, Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar, JUNO version 4A, under rubriken Inledning och avsnittet Allmänt om

upphovsrätten, och Axhamn, EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande, tidskriften Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2010, s. 347.)

Frågan om ett alster av brukskonst har den originalitet som krävs för att förtjäna skydd som verk

20. Målet rör alster av brukskonst i form av bord. En central fråga i målet är om Palais-borden, såsom alster av brukskonst, åtnjuter upphovsrättsligt skydd som konstnärliga verk. Frågan om borden ska tillerkännas skydd som verk, i den mening som avses i direktiv 2001/29/EG, ska avgöras med utgångspunkt i de kriterier för bedömningen som EU-domstolen har ställt upp i sin praxis.
21. En given utgångspunkt är att det långtgående skyddet enligt upphovsrätten ska förbehållas alster som förtjänar att kvalificeras som verk (se EU-domstolens dom den 12 september 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, punkten 50). För att detta ska kunna upprätthållas är det av största vikt att det självständiga unionsrättsliga begreppet verk – och de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett verk ska vara för handen – tolkas och tillämpas på ett korrekt och enhetligt sätt.
22. Enligt EU-domstolens fasta praxis förutsätter begreppet verk att två kumulativa förutsättningar är uppfyllda. För det första innebär detta begrepp att det måste finnas ett original, i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. För det andra är det endast element som ger uttryck för ett sådant skapande som kan kvalificeras som verk. (Se t.ex. Cofemel, punkten 29.)
23. När det gäller den första förutsättningen har EU-domstolen slagit fast att det, för att ett alster ska kunna anses vara ett original, både är nödvändigt och tillräckligt att det återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val. När förverkligandet av ett alster däremot har fastställts av tekniska överväganden, regler eller krav som inte lämnar utrymme för något utövande

av en kreativ frihet, ska alstret i fråga inte anses ha den originalitet som krävs för att utgöra ett verk och således för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Även om förverkligandet av alstret har fastställts av tekniska överväganden, kan alstret uppfylla kravet på originalitet under förutsättning att ett sådant fastställande inte har hindrat upphovsmannen från att återspegla sin personlighet i alstret genom att ge uttryck för fria och kreativa val. (Se Cofemel, punkterna 30 och 31 med hänvisningar, och EU-domstolens dom den 11 juni 2020, Brompton Bicycle, C-833/18, EU:C:2020:461, punkterna 23–26.)

24. Vidare har EU-domstolen uttalat att det vid bedömningen av om ett alster är en originell skapelse ankommer på den nationella domstolen att beakta samtliga relevanta omständigheter, såsom de förelåg vid utformningen av alstret, oberoende av yttre faktorer som hänför sig till tiden efter det att alstret skapades (se Brompton Bicycle, punkten 37).
25. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det emellertid inte givet hur det som EU-domstolen uttalat beträffande ett verks originalitet – att alstret ska ge uttryck för upphovsmannens fria och kreativa val – ska tolkas och tillämpas. Närmare bestämt kvarstår en oklarhet om hur den konkreta bedömningen ska göras – och vilka faktorer som ska eller bör beaktas – i frågan om ett alster av brukskonst återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val.
26. En tolkning skulle å ena sidan kunna vara att det är tillräckligt att upphovsmannen har haft utrymme och i realiteten har gjort olika slags val vid skapandet av alstret, att dessa val inte styrts av tekniska överväganden, regler eller krav och att valen på något sätt återspeglas och kommer till uttryck i alstret. En sådan långtgående tolkning skulle således i praktiken innebära att bedömningen ska ta sin utgångspunkt i själva skapandeprocessen och de val som upphovsmannen har gjort i denna process. Den skulle också innebära att i princip alla de val som upphovsmannen

gjort vid skapandet och som inte styrts av tekniska överväganden, regler eller krav, skulle anses vara fria och kreativa.

27. En sådan tolkning som utgår från de faktiska val som upphovsmannen gjort vid skapandet av alstret skulle kunna medföra att domstolens originalitetsprövning fokuserar på skapandeprocessen och att upphovsmannen har gjort val i denna process, snarare än på frågan om alstret i sig – eller slutresultatet av skapandeprocessen – faktiskt ger uttryck för en konstnärlig prestation. Frågan om alstret uppvisar tillräcklig originalitet skulle härigenom bli en bevisfråga snarare än en rättsfråga. Att så skulle kunna bli fallet framgår bl.a. av en uppdragsrapport från det franska rådgivande organet Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique från december 2020, i vilken det redogörs för hur rättstillämpningen har utvecklats i Frankrike i detta avseende (se Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de Mission, La preuve de l'originalité).
28. Om tolkningen av originalitetskravet skulle begränsas på detta sätt, skulle det rimligen innebära att det ställs tämligen låga krav på de kreativa och fria val som upphovsmannen behöver ha gjort och som ett alster av brukskonst ska ge uttryck för. Det i sin tur skulle riskera att leda till att även alster som möjligen inte förtjänar att kvalificeras som verk tillerkänns upphovsrättsligt skydd. Vidare skulle det kunna leda till att enkla alster som i grunden inte har skapats med konstnärligt syfte – eller som i vart fall inte besitter konstnärlig särprägel – skyddas som verk.
29. Att förhållandevis enkla alster, som dock i många fall kan vara mycket kommersiellt värdefulla, får det generösa skydd som upphovsrätten erbjuder skulle riskera att få negativa konsekvenser för konkurrensen och innovationen. Ett lågt ställt krav på originaliteten skulle dessutom riskera att minska respekten för upphovsrätten som sådan.
30. En ytterligare konsekvens av ett lågt ställt originalitetskrav för alster av brukskonst är att det skulle riskera att urholka betydelsen av det mindre generösa skyddet för

formgivningar (se t.ex. den ovan nämnda uppdragsrapporten från Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Rapport de Mission, La preuve de l'originalité och generaladvokaten Szpunars förslag till avgörande den 2 maj 2019 i Cofemel, EU:C:2019:363, punkterna 51 och 52). Härvid kan frågan också ställas hur ett lågt krav på originalitet för alster av brukskonst skulle förhålla sig till det krav på särprägel som krävs för att få skydd för formgivning. Även om upphovsrätten och formgivningsrätten har olika syften, framstår det inte som en rimlig och önskvärd ordning ifall en formgivning kan ges upphovsrättsligt skydd som verk trots att den inte är tillräckligt särpräglad för att erhålla formgivningsskydd. Som EU-domstolen har uttalat kan visserligen ett och samma alster av brukskonst ges ett dubbelt skydd genom formgivningsskyddet och upphovsrättskyddet, men detta dubbla skydd är enbart avsett att omfatta vissa situationer (Cofemel, punkten 52). Ett alltför lågt ställt originalitetskrav skulle dock snarare riskera att leda till att alster av brukskonst kan erhålla dubbelt skydd i flertalet av fallen. Under sådana förhållanden kan det ifrågasättas vilken funktion formgivningsskyddet ska fylla inom unionsrätten.

31. En annan tolkning skulle å andra sidan kunna vara att bedömningen i frågan om alstret av brukskonst återspeglar upphovsmannens personlighet, genom att ge uttryck för dennes fria och kreativa val, ska ta sin utgångspunkt i själva alstret; alstret ska i sig återspegla upphovsmannens personlighet och uppvisa ett mått av konstnärlighet eller besitta vad som – i vart fall tidigare – i Sverige och bl.a. Tyskland har benämnts ”verkshöjd”. En bedömning enligt denna tolkning skulle kunna innebära att alstret måste ha en viss individuell särprägel och vara i någon mån unikt. Eller uttryckt på ett annat sätt, det måste vara fråga om ett alster som har höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet och som ger uttryck för upphovsmannens individualitet.
32. Vid en sådan bedömning skulle således fokus vara på om själva alstret av brukskonst ger uttryck för någon form av konstnärlig verkan. Dock att alstrets konstnärliga kvalitet givetvis saknar betydelse. Bedömningen av om alstret ska tillerkännas skydd tar alltså här sin utgångspunkt från alstret i sig, och inte från

upphovsmannens skapandeprocess och de val som han eller hon faktiskt har gjort vid skapandet av alstret. Det ska vara fråga om att alstret i sig utgör en konstnärlig bedrift och ger uttryck för en konstnärlig prestation (jfr t.ex. de tyska avgörandena BGH I ZR 193/20 Zugangsrecht des Architekten och BGH I ZR 143/12 Geburtstagszug).

33. Vid en sådan bedömning – särskilt när det är fråga om alster av brukskonst – skulle den som påstår ensamrätt kunna behöva redogöra för – och möjligen också föra bevisning om – på vilket sätt alstret ger uttryck för en konstnärlig prestation. I tydliga fall, där dessa förhållanden kan urskiljas enbart genom att betrakta alstret, kan dock situationen vara sådan att några preciseringar eller bevis över huvud taget inte behövs. (Jfr det tyska avgörandet BGH I ZR 53/10 Seilzirkus.)
34. Det kan även diskuteras om det vid en sådan bedömning finns utrymme att tillämpa någon form av hjälpregel. Till exempel kan frågan ställas om det vid bedömningen har någon betydelse att identiska eller liknande alster har skapats före eller – oberoende och utan vetskap om alstret – efter det att det aktuella alstret skapades. För att illustrera detta kan det nämnas att det i svensk rätt – i vart fall tidigare – har tillämpats ett s.k. dubbelskapandekriterium. Detta kriterium innebar att om ett alster kunde bli föremål för ett oberoende dubbelskapande uppfyllde det inte kravet på verkshöjd. Däremot gav kriteriet i sig inte svar på frågan om kravet på verkshöjd var uppfyllt. (Se t.ex. det svenska rättsfallet NJA 2015 s. 1097.)
35. Vid bedömningen av ett alsters originalitet kan det även diskuteras vilken betydelse det har att alstret av brukskonst består av element som återfinns i det allmänna formförrådet eller att alstret bygger vidare på och utgör en enkel variation av tidigare kända förebilder. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen torde det i och för sig inte finnas något hinder mot att ett alster av brukskonst som består av element från det allmänna formförrådet tillerkänns skydd som verk. För att upphovsrättsligt skydd ska uppnås torde det i stället vara avgörande att dessa formelement har använts och kombinerats på ett sådant sätt att slutresultatet

förtjänar upphovsrättsligt skydd som konstverk. Utrymmet för ett konstnärligt skapande utifrån redan kända formelement torde dock, när det gäller alster av brukskonst, ofta vara mer begränsat. I linje med detta torde enkla variationer av tidigare kända förebilder som utgångspunkt knappast kunna ge uttryck för en sådan konstnärlig prestation som krävs för att alstret ska tillerkännas skydd som verk.

36. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det inte klart eller klarlagt hur unionsrätten ska tolkas i dessa avseenden.

Frågan om ett alster av brukskonst gör intrång i ensamrätten till verket

37. Upphovsrätten innebär, enligt direktiv 2001/29/EG, att upphovsmannen bl.a. ska kunna förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av verket eller av kopior av detta. Fråga har i målet uppkommit hur bedömningen ska göras i frågan om ett påstått intrångsgörande alster omfattas av ett verks skyddsomfång.

Likhetsbedömningen

38. En övergripande fråga är på vilket närmare sätt bedömningen ska göras vid prövningen av om ett påstått intrångsgörande alster av brukskonst faller inom verkets skyddsomfång. Närmare bestämt, frågan är hur prövningen ska göras vid bedömningen av om ett påstått intrångsgörande alster omfattas av – och gör intrång i – den ensamrätt till verket som ska tillkomma upphovsmannen enligt artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29/EG. I grunden handlar det om hur likhetsbedömningen ska göras mellan verket och det påstått intrångsgörande alstret, och vilken likhet som krävs för att det påstått intrångsgörande alstret ska anses göra intrång i verket.
39. EU-domstolen har uttalat att artikel 2 c i direktiv 2001/29 ska tolkas så att en fonogramframställares ensamrätt enligt den bestämmelsen att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av framställarens fonogram ger vederbörande rätt att motsätta sig

att en utomstående använder ett även mycket kort ljudavsnitt från framställarens fonogram i syfte att låta ljudavsnittet ingå i ett annat fonogram, såvida ljudavsnittet inte ingår i det andra fonogrammet i en ändrad form som inte är igenkännbar vid lyssning (se EU-domstolens dom den 29 juli 2019, Pelham m.fl., C-476/17, EU:C:2019:624, punkten 39).

40. Utifrån EU-domstolens uttalanden i Pelham m.fl. skulle det kunna uppfattas som att det som ska prövas är om verket är igenkännbart i det påstått intrångsgörande alstret, för att intrång ska anses föreligga i den ensamrätt till verket som ska tillkomma upphovsmannen enligt artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29/EG. Om så skulle vara fallet, uppkommer frågor kring hur bedömningen ska göras och vad som närmare krävs för att verket ska vara igenkännbart i det påstått intrångsgörande alstret. För det fall att prövningen däremot inte ska ta sikte på om verket är igenkännbart i det påstått intrångsgörande alstret, blir frågan i stället om det som ska prövas är om alstret ger eller inte ger ett annat helhetsintryck än verket eller vad prövningen annars ska vara inriktad på.
41. En jämförelse kan även i detta sammanhang göras med vad som gäller inom andra immaterialrättsliga områden. Avgörande vid påstått intrång i en gemenskapsformgivning är om den påstått intrångsgörande formgivningen ger – eller inte ger – ett annat helhetsintryck (se artikel 10.1 i rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning). För varumärken gäller i stället att det ska göras en helhetsbedömning av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet vid prövningen av huruvida det hos allmänheten föreligger en risk för förväxling (se t.ex. EU-domstolens dom den 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, EU:C:1999:323, punkten 18). I sammanhanget bör det framhållas att de relevanta rättsakterna är utformade på olika sätt när det gäller respektive ensamrättsomfång.
42. Sammantaget är det enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte klart eller klarlagt hur likhetsbedömningen ska göras i frågan om ett påstått intrångsgörande

alster gör intrång i den ensamrätt till ett verk som ska tillkomma upphovsmannen enligt artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29/EG.

Skyddsomfånget för ett verk

43. EU-domstolen har uttalat att vad beträffar ett verks skyddsomfång följer det av skälen 9–11 i direktiv 2001/29/EG att det huvudsakliga syftet med direktivet är att inrätta en hög skyddsnivå för bland andra upphovsmän, som gör det möjligt för dem att få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk för att de på så sätt ska kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet. Det skydd som följer av artikel 2 i direktiv 2001/29 ska således ges stor räckvidd. (Se EU-domstolens dom den 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punkterna 40–43.)
44. Vidare har EU-domstolen uttalat att det inte finns något i direktiv 2001/29 som tyder på att räckvidden av skyddet skulle vara beroende av eventuella skillnader i möjligheterna till konstnärlig kreativitet i samband med skapandet av olika kategorier av verk (se EU-domstolens dom den 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punkten 97). EU-domstolen har även påpekat att omfattningen av skyddet inte är beroende av den grad av kreativ frihet som dess upphovsman har haft och det är således inte svagare än det skydd som ges alla andra verk (se Cofemel, punkten 35.). Av dessa avgöranden framgår dock inte tydligt om EU-domstolens uttalanden tar sikte på originalitetens betydelse för verkets skyddsomfång eller, som Patent- och marknadsöverdomstolen uppfattar det, utgör ett konstaterande av att upphovsrättsliga verk av olika slag – fotografiska verk, alster av brukskonst och andra slags verk – ska bedömas och skyddas på samma sätt.
45. Inom andra immaterialrättsliga områden har det tydligt getts uttryck för att särskiljningsförmågan eller särprägelns betydelse för skyddsomfånget. Till exempel har EU-domstolen gett uttryck för att ju mer speciell särskiljningsförmåga ett varumärke har, desto större är risken för förväxling (se t.ex. EU-domstolens domar den

11 november 1997, SABEL mot Puma, Rudolf Dassler Sport, C-251/95, EU:C:1997:528, punkten 24, och Lloyd Schuhfabrik Meyer, punkten 20). Vidare anges i artikel 10 i förordningen om gemenskapsformgivning att vid prövning av skyddsomfånget för en gemenskapsformgivning ska hänsyn tas till den grad av frihet formgivaren har haft vid utvecklingen av formgivningen. Samma hänsyn ska, enligt artikel 6, beaktas vid prövningen av en formgivnings särprägel. Frågan är om detta synsätt – sambandet mellan särskiljningsförmåga eller särprägel å ena sidan och skyddsomfång å andra sidan – gäller på motsvarande sätt inom upphovsrätten för ett verks originalitet och dess skyddsomfång.

46. En ordning där graden av originalitet har betydelse för skyddsomfånget framstår, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, som ändamålsenlig. Ju mer originellt – eller unikt och konstnärligt särpräglat – ett verk är, desto större skyddsomfång torde verket ha. I svensk rätt har också ett verks originalitet traditionellt sett haft betydelse för verkets skyddsomfång (se t.ex. rättsfallet NJA 1994 s 74). Det motsvarande torde ha varit fallet även i andra länder (se t.ex. det tyska avgörandet BGH I ZR 143/12 Geburtstagszug).
47. Även för bedömningen av ett verks skyddsomfång uppkommer frågan vilken betydelse det har att andra liknande alster av brukskonst har skapats före eller – oberoende och utan vetskap om verket – efter verkets skapande.
48. På motsvarande sätt som för bedömningen av om ett alster av brukskonst förtjänar att skyddas som verk, kan frågan också ställas vilken betydelse det har för intrångsbedömningen och bedömningen av skyddsomfångets räckvidd att verket och det påstått intrångsgörande alstret består av element som återfinns i det allmänna formförrådet eller bygger vidare på och utgör enkla variationer av tidigare känd formgivning eller en pågående formgivningstrend.
49. För att Patent- och marknadsöverdomstolen ska kunna besluta i målet behöver domstolen svar på nedanstående frågor.

Tolkningsfrågorna

50. Frågorna rör tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och är följande.

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

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

- a) alstret består av element som återfinns i det allmänna formförrådet?
- b) alstret bygger vidare på och utgör en variation av tidigare känd formgivning eller en pågående formgivningstrend?
- c) identiska eller liknande alster har skapats före eller – oberoende och utan vetskap om det alster av brukskonst som påstås ha skydd som verk – efter skapandet av det ifrågavarande alstret?

3. Hur ska likhetsbedömningen göras – och vilken likhet krävs – vid prövningen av om ett påstått intrångsgörande alster av brukskonst omfattas av ett verks skyddsomfång och gör intrång i den ensamrätt till verket som enligt artiklarna 2–4 i direktiv 2001/29/EG ska tillkomma upphovsmannen? Härvid är frågan särskilt om prövningen ska ta sikte på om verket är igenkännbart i det påstått intrångsgörande

alstret eller på om det påstått intrångsgörande alstret ger samma helhetsintryck som verket, eller vad prövningen annars ska vara inriktad på.

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

a) verkets grad av originalitet för verkets skyddsomfång?

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

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

På Patent- och marknadsöverdomstolens vägnar

Ulrika Ihrfelt

Hovrättsråd, ordförande

Kerstin Norman

Hovrättsråd

Mattias Pleiner

Hovrättsråd, referent