Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 25 juillet 2018 [1]

Affaire C-310/17

Levola Hengelo BV
contre
Smilde Foods BV

[demande de décision préjudicielle formée par la Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (cour d'appel d'Arnhem-Leeuwarden, Pays-Bas)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2001/29/CE – Droit d'auteur et droits voisins – Notion d'"œuvre" – Saveur d'un produit alimentaire »

1. La présente demande de décision préjudicielle du 23 mai 2017, déposée au greffe de la Cour le 29 mai 2017 par la Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (cour d'appel d'Arnhem-Leeuwarden, Pays-Bas), porte sur l'interprétation des articles 2 à 5 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [2].

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la société Levola Hengelo BV, (ci-après « Levola »), à la société Smilde Foods BV (ci-après « Smilde »), deux entreprises qui produisent des denrées alimentaires, au sujet de la prétendue violation par Smilde du droit d'auteur de Levola portant sur la saveur d'un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes, dénommé « Heksenkaas » ou « Heks'nkaas » (ci-après le « Heksenkaas ») [3].

3. La juridiction de renvoi considère que, afin de trancher le litige devant elle, il lui est nécessaire de savoir, notamment, si le droit de l'Union, et plus particulièrement la directive 2001/29, s'oppose à la protection, par le droit d'auteur, de la saveur d'un produit alimentaire.

1 Langue originale : le français.

2 JO 2001, L 167, p. 10.

3 En français « fromage de sorcières ».

I. Le cadre juridique

A. Le droit international

1. La convention de Berne

4. L'article 2 de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, signée à Berne le 9 septembre 1886 (acte de Paris du 24 juillet 1971), dans sa version résultant de la modification du 28 septembre 1979 (ci-après la « convention de Berne »), stipule :

«1. Les termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

2. Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel.

[…]

5. Les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils.

6. Les œuvres mentionnées ci-dessus jouissent de la protection dans tous les pays de l'Union. Cette protection s'exerce au profit de l'auteur et de ses ayants droit.

[…] »

5. Selon l'article 9, paragraphe 1, de la convention de Berne :

« Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente [c]onvention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. »

2. Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

6. Le 20 décembre 1996, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a adopté à Genève le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ci-après le « traité de l'OMPI sur le droit d'auteur »), qui est entré en vigueur le 6 mars 2002 et qui a été approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE [4].

4 Décision du Conseil du 16 mars 2000 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (JO 2000, L 89, p. 6).

7. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 4, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, intitulé « Rapport avec la [c]onvention de Berne » :

« Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1er à 21 et à l'annexe de la [c]onvention de Berne. »

8. L'article 2 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, intitulé « Étendue de la protection au titre du droit d'auteur » dispose :

« La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

9. L'article 4 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, intitulé « Programmes d'ordinateur » prévoit :

« Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la [c]onvention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression ».

10. Aux termes de l'article 5 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, intitulé « Compilations de données (bases de données) » :

« Les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation. »

3. Les accords OMC et ADPIC

11. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), du 15 avril 1994 (JO 1994, L 336, p. 214, ci-après l'« accord ADPIC »), constituant l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (JO 1994, L 336, p. 3, ci-après l'« accord OMC »), a été approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) [5].

12. L'article 9 de l'accord ADPIC intitulé « Rapport avec la [c]onvention de Berne » énonce :

« 1. Les membres [de l'OMC] se conformeront aux articles premier à 21 de la [c]onvention de Berne (1971) et à l'[a]nnexe de ladite [c]onvention […].

2. La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

13. L'article 10 de l'accord ADPIC, intitulé « Programmes d'ordinateur et compilations de données » dispose :

« 1. Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la [c]onvention de Berne (1971).

5 JO 1994, L 336, p. 1.

2. Les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes ».

B. Le droit de l'Union

14. L'article 2 de la directive 2001/29, intitulé « Droit de reproduction » dispose :

« Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie :

a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;

[…] »

15. L'article 3 de la directive 2001/29, intitulé « Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés » dispose :

« 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[…] »

16. L'article 4 de la directive 2001/29, intitulé « Droit de distribution » dispose :

« 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.

[…] »

C. Le droit néerlandais

17. L'article 1er de l'Auteurswet (loi néerlandaise sur le droit d'auteur, ci-après la « loi sur le droit d'auteur ») dispose :

« Le droit d'auteur est le droit exclusif de l'auteur d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique, ou de ses ayants droit, de rendre celle-ci publique et de la reproduire, sous réserve des limitations prévues par la loi. »

18. L'article 10 de la loi sur le droit d'auteur est ainsi libellé :

« 1. Par œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, on entend dans la présente loi :

1) les livres, brochures, journaux, périodiques et tous autres écrits ;

2) les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

3) les conférences et allocutions ;

4) les œuvres chorégraphiques et les pantomimes ;

5) les compositions musicales avec ou sans paroles ;

6) les œuvres de dessins, de peinture, d'architecture, de sculptures, de lithographie, de gravures et autres recueils ;

7) les cartes géographiques ;

8) les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à l'architecture, à la géographie, à la topographie ou aux autres sciences ;

9) les œuvres photographiques ;

10) les œuvres cinématographiques ;

11) les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels ;

12) les programmes d'ordinateurs et le matériel préparatoire,

et de manière générale toutes les productions du domaine littéraire, scientifique ou artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression.

[…] »

II. Le litige au principal et les questions préjudicielles

19. Le Heksenkaas est un fromage à tartiner à la crème fraîche et aux fines herbes. Il a été créé par un marchand de légumes et de produits frais néerlandais en 2007. Par un contrat conclu en 2011 et en contrepartie d'une rémunération liée au chiffre d'affaires à réaliser sur sa vente, son créateur a cédé à Levola ses droits de propriété intellectuelle sur ce produit.

20. Un brevet pour la méthode de production du Heksenkaas a été octroyé le 10 juillet 2012 et la marque verbale « Heksenkaas » a été déposée mi-2010.

21. Depuis le mois de janvier 2014, Smilde fabrique un produit dénommé « Witte Wievenkaas » pour une chaîne de supermarchés aux Pays-Bas.

22. Considérant que la production et la vente de Witte Wievenkaas portait atteinte à ses droits d'auteur sur la « saveur » du Heksenkaas, Levola a assigné Smilde devant le rechtbank Gelderland (tribunal de Gelderland, Pays-Bas). Levola a défini le droit d'auteur sur une saveur comme l'« impression d'ensemble provoquée par la consommation d'un produit alimentaire sur les organes sensoriels du goût, en ce compris la sensation en bouche perçue par le sens du toucher ».

23. Levola a demandé au rechtbank Gelderland (tribunal de Gelderland) de dire pour droit, d'une part, que la saveur du Heksenkaas constituait une création intellectuelle propre à son fabricant et bénéficiait, dès lors, de la protection au titre du droit d'auteur en qualité d'« œuvre », au sens de l'article 1er de la loi sur le droit d'auteur et, d'autre part, que la saveur du produit fabriqué par Smilde constituait une reproduction de cette « œuvre ». Elle a également demandé à la même juridiction d'ordonner à Smilde la cessation et l'interdiction de toute atteinte à son droit d'auteur, y compris la production, l'achat, la vente et toute autre commercialisation du produit dénommé « Witte Wievenkaas ».

24. Par jugement du 10 juin 2015, le rechtbank Gelderland (tribunal de Gelderland) a considéré que, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le point de savoir si la saveur du Heksenkaas était susceptible d'être protégée au titre du droit d'auteur, les prétentions de Levola, devaient, en tout état de cause, être rejetées, dès lors que cette dernière n'avait pas indiqué quels éléments ou combinaison d'éléments de la saveur du Heksenkaas lui conféraient un caractère propre original et une empreinte personnelle.

25. Levola a interjeté appel contre ce jugement devant la juridiction de renvoi.

26. La juridiction de renvoi considère que la question centrale posée dans l'affaire est celle de savoir si la saveur d'un produit alimentaire peut être protégée au titre du droit d'auteur. Elle ajoute que les parties dans l'affaire devant elle défendent des positions diamétralement opposées sur cette question.

27. Selon Levola, la saveur d'un produit alimentaire peut être qualifiée d'œuvre littéraire, scientifique ou artistique protégée au titre du droit d'auteur. Levola s'appuie, notamment, sur l'arrêt du 16 juin 2006 du Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas), Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), dans lequel cette dernière juridiction a admis, en principe, la possibilité de reconnaître un droit d'auteur sur l'odeur d'un parfum.

28. En revanche, selon Smilde, la protection des saveurs n'est pas conforme au système du droit d'auteur qui viserait uniquement les créations visuelles et auditives. Par ailleurs, l'instabilité d'un produit alimentaire et le caractère subjectif de la perception gustative feraient obstacle à la qualification d'une saveur d'un produit alimentaire comme œuvre protégée au titre du droit d'auteur. De surcroît, les droits exclusifs de l'auteur d'une œuvre de propriété intellectuelle et leurs limitations seraient pratiquement inapplicables aux saveurs.

29. La juridiction de renvoi relève que la Cour de cassation (France) a catégoriquement rejeté la possibilité d'une protection d'une odeur au titre du droit d'auteur, notamment dans son arrêt du 10 décembre 2013[6]. La jurisprudence des juridictions nationales suprêmes au sein de l'Union serait, dès lors, divergente, s'agissant de la question, similaire à celle au cœur de l'affaire devant la juridiction de renvoi, de la protection d'une odeur au titre du droit d'auteur.

30. C'est ainsi que le Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (cour d'appel d'Arnhem-Leuvarde) a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) a) Le droit de l'Union s'oppose-t-il à ce que la saveur d'un produit alimentaire, en tant que création intellectuelle propre à son auteur, soit protégée au titre du droit d'auteur ? En particulier :

b) La notion d'"œuvres littéraires et artistiques" visée à l'article 2, paragraphe 1, de la convention de Berne, qui lie tous les États membres de l'Union, comprend certes "toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression", mais les exemples cités à cette disposition concernent uniquement des créations visuelles et/ou auditives : cette circonstance s'oppose-t-elle à une protection au titre du droit d'auteur ?

c) L'instabilité (potentielle) d'un produit alimentaire et/ou le caractère subjectif de la perception d'une saveur s'opposent-ils à ce que la saveur d'un produit alimentaire soit considérée comme une œuvre protégée au titre du droit d'auteur ?

6 Cour de cassation, chambre commerciale, 10 décembre 2013, nº 11-19.872, non publié au bulletin, (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205).

d) Le système de droits exclusifs et de limitations, tel que régi par les articles 2 à 5 de la directive 2001/29, s'oppose-t-il à la protection au titre du droit d'auteur de la saveur d'un produit alimentaire ?

2) Si la réponse à la première question, sous a) est négative :

a) Quelles conditions doivent être remplies afin que la saveur d'un produit alimentaire bénéficie de la protection au titre du droit d'auteur ?

b) La protection d'une saveur au titre du droit d'auteur vise-t-elle uniquement la saveur en tant que telle ou (également) la recette du produit concerné ?

c) Que doit alléguer la partie qui, dans le cadre d'une procédure (d'infraction), invoque la création de la saveur d'un produit alimentaire protégée au titre du droit d'auteur ? Suffit-il que cette partie présente le produit alimentaire au cours de la procédure au juge national afin de le laisser lui-même apprécier, en sentant et dégustant, si le produit alimentaire remplit les conditions pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur ? Ou la partie requérante doit-elle (également) décrire les choix créatifs faits dans le cadre de la composition de la saveur et/ou de la recette qui permettent que la saveur soit considérée comme une création intellectuelle propre à son auteur ?

d) Comment le juge national, dans une procédure d'infraction, doit-il déterminer si la saveur du produit alimentaire de la partie défenderesse présente une telle similitude avec la saveur du produit alimentaire de la partie requérante qu'il doit être conclu à une atteinte aux droits d'auteur ? Est-il à cet effet (également) déterminant que les impressions d'ensemble des deux saveurs soient similaires ? ».

III. La procédure devant la Cour

31. Des observations écrites ont été déposées par Levola, Smilde, les gouvernements français, italien et du Royaume-Uni ainsi que par la Commission européenne. Levola, Smilde, les gouvernements néerlandais, français et du Royaume-Uni ainsi que la Commission ont formulé des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 4 juin 2018.

IV. Analyse

32. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la saveur d'un produit alimentaire constitue une « œuvre » et peut être protégée au titre du droit d'auteur par la directive 2001/29[7].

7 Selon Levola, « [l]'enjeu dans le litige […] entre Levola et Smilde est la protection au titre du droit d'auteur de la saveur du Heksenkaas *en tant que telle*. Il s'agit de l'impression sensorielle par laquelle passe l'expérience de cette saveur *en tant que telle*, et non des moyens par lesquels cette impression est créée. L'on ne demande donc pas la protection d'une substance concrète ou d'une liste d'ingrédients. L'œuvre pour laquelle la protection est demandée est la saveur elle-même, pas son support » (point 9 de ses observations). Levola ajoute qu'il « n'est pas exclu que la saveur puisse être reproduite au moyen d'un autre support de la même manière que l'image créée par l'artiste avec la peinture à l'huile peut être imitée et reproduite sur un autre support. Une œuvre protégée par le droit d'auteur est en effet constituée par l'expression immatérielle et non le support physique qui porte cette expression » (point 86 de ses observations).

A. Sur la recevabilité

33. Smilde fait valoir que la présente demande de décision préjudicielle est irrecevable. Elle estime que, outre le fait que Levola n'a pas satisfait à son obligation d'allégation et de preuve dans l'affaire au principal, cette affaire peut aussi être déjà clôturée sur la base du fait que la saveur du produit Heksenkaas n'est pas originale.

34. À mon avis, l'exception d'irrecevabilité soulevée par Smilde ne saurait être retenue pour les raisons suivantes.

35. Il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer. Il s'ensuit que les questions portant sur le droit de l'Union bénéficient d'une présomption de pertinence. Le rejet par la Cour d'une demande formée par une juridiction nationale n'est ainsi possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [8].

36. Il convient de souligner que la présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation du droit de l'Union et, plus particulièrement, sur l'interprétation des articles 2 à 5 de la directive 2001/29. En l'absence d'indice, voire même une allégation, que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou que le problème est de nature hypothétique, je considère que les questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi relatives à l'interprétation de cette directive et la notion d'«œuvre », ne sauraient être considérées comme irrecevables du simple fait qu'une des parties au principal considère que l'affaire au principal doit être résolue sur la base d'autres moyens et arguments.

B. Sur le fond

1. La notion d'« œuvre » – notion « uniforme et autonome du droit de l'Union »

37. La notion d'« œuvre », au sens de l'article 2, sous a), de l'article 3, paragraphe 1 et de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas définie par cette directive [9]. En outre, ces dispositions ne comportent aucun renvoi au droit national en ce qui concerne la notion d'« œuvre» [10].

8 Voir arrêt du 1er juillet 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, points 19 et 20 et jurisprudence citée).

9 En outre, la protection, par le droit d'auteur, d'une saveur d'un produit alimentaire n'est pas spécifiquement régie par la législation de l'Union.

10 Selon Levola, « [s]i le droit de l'Union connaît une notion uniforme et autonome d'œuvre qui ne laisse pas aux États membres la liberté d'établir au niveau national des conditions supplémentaires pour accorder une protection au titre du droit d'auteur […], le droit de l'Union doit également résoudre la question de savoir si les États membres doivent accorder la protection au titre du droit d'auteur à des créations originales qui sont perçues autrement que par la vue ou par l'ouïe, comme une saveur ou une odeur ou s'ils ne *peuvent* même pas accorder de protection au titre du droit d'auteur à de telles créations de saveur ou d'odeur, même si cette saveur ou cette odeur résulte d'un travail intellectuel créatif grâce auquel l'auteur a donné une expression à sa créativité personnelle » (point 41 de ses observations). « Si la Cour a toutefois entendu seulement fixer un seuil minimum qualitatif aux fins de la protection au titre du droit d'auteur sous la forme d'une exigence de "création intellectuelle propre" – comme, par exemple, admis par la jurisprudence allemande – il est dès lors évident que les États membres sont libres d'accorder ou non la protection au titre du droit d'auteur à une œuvre consistant en la saveur d'une création culinaire, si cette saveur peut au moins être qualifiée de création intellectuelle propre à son auteur. En effet, le seuil qualitatif minimum fixé de "création intellectuelle propre" n'exclut nécessairement aucun des sens humains, de sorte que la détermination de la pertinence de la manière sensorielle dont est perçue une création intellectuelle propre relèverait de la discrétion des États membres » (point 42 de ses observations).

38. Dans une telle circonstance, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause [11].

39. Il résulte de cette jurisprudence que le terme « œuvre » doit être considéré comme correspondant à une notion autonome du droit de l'Union, dont le sens et la portée doivent être identiques dans l'ensemble des États membres. Partant, il appartient à la Cour de donner à ce terme une interprétation uniforme dans l'ordre juridique de l'Union [12].

40. Il s'ensuit que la notion d'« œuvre », en tant que notion autonome du droit de l'Union, ne permet pas aux États membres de prévoir, à cet égard, des normes différentes ou supplémentaires. Le droit de l'Union s'oppose, par conséquent, à une réglementation nationale qui, en dehors du cadre prévu par la directive 2001/29 [13], prévoirait la possibilité de protéger les saveurs des produits alimentaires [14] au titre du droit d'auteur.

2. La notion d'« œuvre » et l'exigence d'une création intellectuelle

41. Le gouvernement français estime que, pour déterminer si une saveur alimentaire peut bénéficier de la protection conférée au titre du droit d'auteur par la directive 2001/29, il convient de déterminer si elle peut être considérée comme une œuvre, c'est-à-dire un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur.

42. La Cour a relevé au point 34 de l'arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) qu'« il ressort de l'économie générale de la convention de Berne, notamment de son article 2, cinquième et huitième alinéas, que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles» [15]. En outre, la Cour a jugé que le droit d'auteur, au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29, n'était susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur [16].

43. Au point 88 de l'arrêt du 1er décembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), la Cour a dit pour droit qu'une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci. Selon le point 39 de l'arrêt du 1er mars 2012, Football Dataco e.a. (C-604/10, EU:C:2012:115), le critère d'originalité n'est pas rempli lorsque la constitution d'une base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative. En outre, au point 42 dudit arrêt, la Cour a jugé que le fait que la constitution de la base de données ait requis, indépendamment de la création des données qu'elle contient, un travail et un savoir-faire significatifs de son auteur ne saurait, comme tel, justifier sa protection par le droit d'auteur, si ce travail et ce savoir-faire n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition desdites données.

11 Voir arrêt du 16 juin 2011, Omejc (C-536/09, EU:C:2011:398, point 19). Voir, également, arrêt Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, point 32 et jurisprudence citée).

12 Voir, en ce sens, arrêt Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, point 33).

13 Ou par une autre disposition du droit de l'Union qui pourrait éventuellement être adoptée si telle est la décision du législateur de l'Union.

14 Voir, par analogie, arrêts du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, points 27 à 29), et du 21 octobre 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, points 29 à 37).

15 Dans son arrêt Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340, la Cour suprême des États-Unis a dit pour droit que le sine qua non du droit d'auteur était l'originalité.

16 Point 37 de l'arrêt Infopaq International. Selon la Cour, « des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales, en ce sens qu'elles sont *une création intellectuelle propre à leur auteur* », (point 35 dudit arrêt et c'est moi qui souligne).

44. Je considère, toutefois, que si le fait qu'un objet soit original est une condition nécessaire pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, elle ne me paraît pas suffisante. Outre l'exigence que l'objet en cause soit original, il doit être une « œuvre ».

45. Au point 33 de l'arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) la Cour a dit pour droit que « [l]'article 2, sous a), de la directive 2001/29 prévoit que les auteurs disposent du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction en tout ou en partie de leurs œuvres. Il en découle que la protection du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction dont jouit l'auteur a pour objet une "œuvre"» [17].

46. Il ressort clairement de cette jurisprudence que l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 exige d'une part, l'existence d'une « œuvre» [18] et d'autre part, que cette œuvre soit originale. Il est important de ne pas fusionner ou de faire un amalgame de ces deux notions qui sont distinctes.

47. Par conséquent, je considère, à l'instar de la Commission, que le fait qu'une « œuvre peut être protégée au titre du droit d'auteur en vertu de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 uniquement si elle satisfait à ce critère d'originalité ne saurait cependant être interprété en ce sens qu'il impliquerait qu'à l'inverse, tout objet satisfaisant à ce critère devrait être "automatiquement" considéré, de ce fait, comme une "œuvre" protégée par le droit d'auteur au sens de ladite directive» [19].

3. Une saveur constitue-t-elle une œuvre ?

48. La directive 2001/29 ne définissant pas la notion d'œuvre, je considère qu'il est opportun de tenir compte des dispositions de la convention de Berne. En effet, nonobstant le fait que l'Union n'est pas partie contractante à la convention de Berne, elle « est néanmoins obligée, en vertu de l'article 1er, paragraphe 4, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, auquel elle est partie, qui fait partie de son ordre juridique, et que la directive 2001/29 vise à mettre en œuvre, de se conformer aux articles 1er à 21 de la convention de Berne» [20].

17 L'article 3 de la directive 2001/29 sur le « droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés » et l'article 4 de ladite directive sur le « droit de distribution » font référence également à une « œuvre ».

18 Selon le gouvernement du Royaume-Uni, il serait tout à fait erroné d'interpréter l'arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), « comme signifiant que tout type d'œuvre, quel qu'il soit, doit être protégé par un droit d'auteur, dès lors qu'il s'agit d'une création intellectuelle d'un auteur. Le raisonnement du point 37 doit être lu à la lumière des points 34 à 36 dans lesquels il est clairement affirmé que le système que la directive 2001/29 protège ne vaut que pour certains objets classés comme œuvres littéraires ou artistiques au titre de la Convention de Berne ou d'un autre élément du droit de l'Union tel que la directive sur les programmes d'ordinateur » (point 19 de ses observations).

19 Point 33 des observations écrites de la Commission. Dans l'arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 96 à 99), la Cour a jugé que les rencontres sportives ne sauraient être considérées comme des *créations intellectuelles qualifiables d'œuvres* car pour revêtir une telle qualification, il faudrait que l'objet concerné soit original en ce sens qu'il *constitue une création intellectuelle propre à son auteur*. S'il est vrai que le libellé de ces points de l'arrêt en question donne l'impression qu'une « œuvre » est synonyme d'une « création intellectuelle » et que la seule exigence pour faire valoir un droit d'auteur est l'existence d'une « création intellectuelle », je considère qu'il ressort de cet arrêt que les rencontres sportives, en particulier les matchs de football, ne sont pas protégés par le droit d'auteur, car ils sont encadrés par des règles de jeu, qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur. En effet, les rencontres sportives en tant que telles manquent d'originalité. La question de savoir si des rencontres sportives constituent des « œuvres » (non-originales) n'a pas été examinée par la Cour.

20 Voir arrêt du 9 février 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, point 59).

49. Par conséquent, l'Union est tenue de se conformer, notamment, à l'article 2, paragraphe 1, de la convention de Berne qui détermine l'étendue des œuvres « littéraires et artistiques » pouvant être protégées au titre du droit d'auteur. Selon cette disposition, les termes « œuvres littéraires et artistiques », « comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression ». En outre, l'article 2, paragraphe 1, de la convention de Berne contient *une liste non exhaustive* [21] des œuvres « littéraires et artistiques » qui sont protégées [22].

50. Cette liste ne fait aucune référence aux saveurs, pas plus qu'à des œuvres analogues aux saveurs telles que les odeurs ou parfums mais elle ne les exclut pas expressément.

51. Je relève toutefois que, nonobstant le fait que, selon l'article 2, paragraphe 1, de la convention de Berne, « [l]es termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression », cette disposition ne fait référence qu'aux œuvres qui sont perçues par des moyens visuels ou sonores, tels que les livres et les compositions musicales, à l'exclusion des productions qui peuvent être perçues par d'autres sens comme le goût, l'odorat ou le toucher.

52. En outre, en cas de doutes persistants sur la protection de certaines productions par le droit d'auteur, la Communauté internationale est régulièrement intervenue pour établir clairement que ces « œuvres » étaient protégées par le droit d'auteur – à condition qu'elles soient originales - soit en apportant des modifications à la convention de Berne, soit en adoptant d'autres accords multilatéraux [23].

53. C'est ainsi que le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, qui est un arrangement particulier au sens de la convention de Berne, a été adopté, notamment, afin de protéger les œuvres dans l'environnement numérique [24], tels que les programmes d'ordinateur et les compilations de données ou d'autres éléments (les bases de données) [25].

21 À mon avis, les termes « telles que », dans la version en langue française et « such as », dans la version en langue anglaise, indiquent la nature non exhaustive et donc exemplative des œuvres « littéraires et artistiques » pouvant être protégées au titre du droit d'auteur.

22 Voir article 2, paragraphe 6, de la convention de Berne.

23 Voir, en ce sens, p. 25 du Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, publié en 2003 et disponible sur le site Internet à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 Voir considérant 15 de la directive 2001/29. L'article 4 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur prévoit expressément que les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la convention de Berne. L'article 5 de ce même traité prévoit que les bases de données, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles, sont également protégées de la même manière en la même qualité. Voir, également, article 10 de l'ADPIC.

25 La directive 2001/29 porte sur la protection juridique du droit d'auteur et des droits voisins à l'exception, notamment, de la protection juridique des programmes d'ordinateur et la protection juridique des bases de données. En effet, la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO 2009, L 111, p. 16), porte spécifiquement sur la protection juridique des programmes d'ordinateur. Il ressort du premier considérant de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO 1991, L 122, p. 42), qui a été abrogée et remplacée par la directive 2009/24, « que les programmes d'ordinateur ne sont actuellement pas clairement protégés dans tous les États membres par la législation en vigueur; qu'une telle protection, lorsqu'elle existe, présente des caractères différents ». Je relève, à cet égard, que le code objet d'un programme d'ordinateur n'est pas, en principe, perceptible par un être humain. Toutefois, le code objet d'un programme d'ordinateur est une production précise et stable qui peut être « lu » ou « perçu » de manière concrète et objective par une machine. En outre, la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO 1996, L 77, p. 20), porte spécifiquement sur la protection juridique des bases de données. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 qui porte sur le droit d'auteur dispose que « les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telles par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection ». L'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9 protège par un droit sui generis les bases de données dont l'obtention, la vérification ou la présentation de leur contenu atteste un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif.

54. La saveur d'un produit alimentaire ne peut être rapprochée d'aucune des « œuvres » protégées par ce traité et, à ma connaissance, aucune autre disposition du droit international ne protège, par le droit d'auteur, la saveur d'un produit alimentaire [26].

55. En outre, je considère, conformément aux observations du gouvernement français et de la Commission, que si le processus d'élaboration d'une saveur alimentaire ou d'un parfum requiert un travail et relève d'un savoir-faire, ils ne constitueraient des objets dont la protection pourrait être assurée par le droit d'auteur que s'ils étaient originaux [27]. La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux *expressions originales* et non aux idées, aux procédures, aux méthodes de fonctionnement ou aux concepts mathématiques, en tant que tels [28]. Je considère que, si la forme dans laquelle une recette est exprimée (l'expression) peut être protégée par le droit d'auteur si l'expression est originale, le droit d'auteur ne protège pas la recette en tant que telle (l'idée). Cette distinction est appelée en anglais « idea/expression dichotomy ».

56. De plus, ces expressions originales devraient être identifiables avec suffisamment de précision et d'objectivité. C'est ainsi que dans l'arrêt du 12 décembre 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, point 55), qui porte sur la question de savoir si un signe, en l'occurrence une odeur, qui n'est pas en elle-même susceptible d'être perçue visuellement, peut constituer une marque, la Cour a jugé qu'il était possible « à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective» [29].

57. Or, il semble qu'au vu de l'état actuel de la technique, l'identification précise et objective d'une saveur ou d'une odeur est actuellement impossible. À cet égard, le gouvernement italien relève que « malgré les efforts scientifiques déployés jusqu'à aujourd'hui pour définir sans équivoque les propriétés organoleptiques des produits alimentaires, en l'état actuel des choses, la "saveur" est essentiellement un élément qualitatif, lié au premier chef au caractère subjectif de l'expérience gustative. Les propriétés organoleptiques des aliments sont, en effet, destinées à être perçues et évaluées par les organes sensoriels, principalement le goût et l'odorat mais également le toucher, sur la base de l'expérience subjective et des impressions suscitées par l'aliment sur lesdits organes sensoriels. Une caractérisation objective de telles expériences n'existe pas encore» [30]. Je n'exclus pas qu'à l'avenir les techniques pour l'identification précise et objective d'une saveur ou d'une odeur puissent évoluer, ce qui pourrait amener le législateur à intervenir et les protéger au titre du droit d'auteur ou par d'autres moyens.

26 Selon Smilde « *[a]ucun* législateur (ni les rédacteurs de la convention de Berne, ni les négociateurs de l'ADPIC, ni les auteurs des conventions OMPI sur le droit d'auteur, ni certainement les parties engagées dans le processus législatif qui a abouti à la directive [2001/29] n'a jamais eu l'intention de permettre la monopolisation, par le biais du droit d'auteur, de quelque chose de subjectif, périssable, imprécis, variable, insaisissable et techniquement déterminé comme le goût » (point 91 de ses observations).

27 À savoir des créations intellectuelles. Voir arrêt du 1er mars 2012, Football Dataco e.a. (C-604/10, EU:C:2012:115, point 42).

28 Voir, en ce sens, arrêt du 2 mai 2012, SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, point 33). Voir, également, article 2 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'article 9, paragraphe 2, de l'ADPIC.

29 Certes, la condition qu'un signe doive faire l'objet d'une représentation graphique n'existe plus en droit de l'Union. Toutefois, il importe de noter que l'article 3, sous b), de la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 2015, L 336, p. 1), entrée en vigueur le 12 janvier 2016, et le règlement (UE) 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, modifiant le règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil sur la marque communautaire et le règlement (CE) nº 2868/95 de la Commission portant modalités d'application du règlement (CE) nº 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, et abrogeant le règlement (CE) nº 2869/95 de la Commission relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (JO 2015, L 341, p. 21), qui est entré en vigueur le 23 mars 2016, exigent que les signes soient propres à être représentés dans le registre d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leur titulaire.

30 Voir point 34 de ces observations.

58. À mon avis, la possibilité de confier l'identification d'une saveur à un juge ou à un expert qu'il désignerait, comme le suggère Levola dans ses observations écrites, n'enlève rien au fait que cette indentification [31] resterait, par sa nature même, un exercice subjectif [32]. Or, la possibilité d'identifier, avec suffisamment de précision et d'objectivité, une œuvre et, par conséquent, l'étendue de sa protection par le droit d'auteur, est impérative afin de respecter le principe de la sécurité juridique dans l'intérêt du titulaire du droit d'auteur et, plus particulièrement, des tiers qui peuvent être exposés à des actions judiciaires, notamment des actions pénales ou en contrefaçon [33], pour violation du droit d'auteur.

59. Que les produits alimentaires soient potentiellement instables n'est pas en soi convaincant. En effet, il importe de souligner que, outre le fait que la directive 2001/29 ne prévoit aucune obligation de fixer une œuvre [34], ce n'est pas le support sur ou dans lequel une œuvre est fixée qui est l'objet du droit d'auteur, mais l'œuvre elle-même.

60. Toutefois, le fait que les saveurs elles-mêmes soient éphémères, volatiles et instables milite, à mon avis, contre leur identification précise et objective ainsi que, par conséquent, leur qualification en tant qu'œuvres aux fins du droit d'auteur.

61. Par conséquent, je considère que la saveur d'un produit alimentaire ne constitue pas une « œuvre » au sens de la directive 2001/29. Il s'ensuit qu'une saveur ne peut bénéficier du droit de reproduction [35], du droit de communication d'œuvres au public et du droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés [36] et du droit de distribution [37], au sens de la directive 2001/29, qui visent uniquement des œuvres. En outre, il convient de relever que les exceptions et limitations prévues à l'article 5 de la directive 2001/29 visent uniquement les œuvres protégées par ces droits.

62. Il résulte des considérations qui précèdent que la directive 2001/29 s'oppose à la protection au titre du droit d'auteur de la saveur d'un produit alimentaire. Étant donné que la seconde question n'est posée que si la directive 2001/29 ne s'oppose pas à la protection au titre du droit d'auteur de la saveur d'un produit alimentaire et porte, notamment, sur les conditions pour bénéficier de cette protection et de l'étendue de cette protection, il n'y a pas lieu d'y répondre.

V. Conclusion

63. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Cour d'appel d'Arnhem-Leeuwarden, Pays-Bas) de la manière suivante :

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, s'oppose à la protection au titre du droit d'auteur de la saveur d'un produit alimentaire.

31 Je parle ici de l'identification de l'œuvre et non de l'évaluation de son originalité qui est un exercice ouvert à des opinions divergentes et implique un degré de subjectivité. Toutefois, si l'identification précise et objective d'une œuvre n'est pas possible, l'évaluation de son originalité est aussi impossible.

32 La Commission considère que les sensations et les impressions suscitées par une saveur « sont […] subjectives, non concrètes et (donc) non reproductibles, en tout cas pas avec une certitude, une objectivité et une spécificité suffisantes pour permettre une protection au titre du droit d'auteur » (point 41 de ses observations).

33 Le considérant 28 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO 2004, L 157, p. 45, et rectificatif JO 2004, L 195, p. 16) prévoit qu'« en plus des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues au titre de la présente directive, des sanctions pénales constituent également, dans des cas appropriés, un moyen d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle ».

34 Voir, également, article 2, paragraphe 2, de la convention de Berne.

35 Voir article 2 de la directive 2001/29.

36 Voir article 3 de la directive 2001/29.

37 Voir article 4 de la directive 2001/29.