Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 25 luglio 2018 [1]

Causa C-310/17

Levola Hengelo BV
contro
Smilde Foods BV

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (corte di appello d'Arnhem-Leeuwarden, Paesi Bassi)]

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2001/29/CE – Diritto d'autore e diritti connessi – Nozione di "opera" – Sapore di un alimento»

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale del 23 maggio 2017, depositata presso la cancelleria della Corte il 29 maggio 2017 dalla Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Corte di appello d'Arnhem-Leeuwarden, Paesi Bassi), verte sull'interpretazione degli articoli da 2 a 5 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione [2].

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Levola Hengelo B.V. (in prosieguo: la «Levola») e la società Smilde Foods B.V. (in prosieguo: la «Smilde»), due imprese produttrici di alimenti, avente ad oggetto la pretesa violazione, da parte della Smilde, del diritto d'autore della Levola attinente al sapore di una crema spalmabile con formaggio fresco ed erbe fresche, con il nome di «Heksenkaas» o «Heks'nkaas» (in prosieguo: l' «Heksenkaas») [3].

3. Il giudice del rinvio ritiene necessario in particolare sapere, per risolvere la controversia dinanzi allo stesso pendente, se il diritto dell'Unione, ed in particolare la direttiva 2001/29, osti alla protezione, a norma del diritto d'autore, del sapore di un alimento.

1 Lingua originale: il francese.

2 GU 2001, L 167, pag. 10.

3 In italiano «formaggio delle streghe».

I. Contesto normativo

A. Diritto internazionale

1. Convenzione di Berna

4. L'articolo 2 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, firmata a Berna il 9 settembre 1886 (Atto di Parigi del 24 luglio 1971), come modificata il 28 settembre 1979 (in prosieguo: la «Convenzione di Berna»), ha il seguente tenore:

«1. L'espressione "opere letterarie ed artistiche" comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, come: i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze.

2. È tuttavia riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di prescrivere che le opere letterarie ed artistiche oppure che una o più categorie di tali opere non sono protette fintanto che non siano state fissate su un supporto materiale.

(…).

5. Le raccolte di opere letterarie o artistiche come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta o la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali sono protette come tali, senza pregiudizio del diritto d'autore su ciascuna delle opere che fanno parte delle raccolte stesse.

6. Le opere sopraindicate sono protette in tutti i paesi dell'Unione. Detta protezione si esercita nell'interesse dell'autore e dei suoi aventi causa».

(…)».

5. Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della Convenzione di Berna:

«Gli autori di opere letterarie e artistiche protette dalla presente [c]onvenzione hanno il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione delle loro opere in qualsiasi maniera e forma».

2. Il trattato dell'OMPI sul diritto d'autore

6. Il 20 dicembre 1996 l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) ha adottato a Ginevra il trattato OMPI sul diritto d'autore (in prosieguo: il «trattato OMPI sul diritto d'autore»), che è entrato in vigore il 6 marzo 2002 ed è stato approvato in nome della Comunità europea con decisione 2000/278/CE [4].

4 Decisione del Consiglio, del 16 marzo 2000, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (GU 2000, L 89, pag. 6).

7. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, del Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, intitolato «Rapporto con la Convenzione di Berna»:

«Le Parti contraenti si conformano agli articoli da 1 a 21 e all'annesso della Convenzione di Berna».

8. L'articolo 2 del Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, intitolato «Oggetto della protezione del diritto d'autore» così dispone:

«La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali».

9. L'articolo 4 del Trattato OMPI sul diritto d'autore, intitolato «Programmi per elaboratore», prevede quanto segue:

«I programmi per elaboratore sono protetti in quanto opere letterarie ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di Berna. Tale protezione si applica a qualsiasi modo o forma di espressione di un programma per elaboratore».

10. Ai sensi dell'articolo 5 del Trattato OMPI sul diritto d'autore, intitolato «Compilazione di dati (banche dati)»:

«Le compilazioni di dati o altro materiale, in qualsiasi forma, che a causa della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali sono protette in quanto tali. La protezione non copre i dati o il materiale stesso e non pregiudica i diritti d'autore eventualmente esistenti sui dati o sul materiale contenuti nella compilazione».

3. Gli accordi OMC e ADPIC

11. L'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (ADPIC) del 15 aprile 1994 (GU 1994, L 336, pag. 214, in prosieguo: l'«accordo ADPIC»), che costituisce l'allegato 1 C all'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) (GU 1994, L 336, pag. 3, in prosieguo l'«accordo OMC»), è stato approvato con la decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) [5].

12. L'articolo 9 dell'accordo ADPIC, intitolato «Rapporto con la [c]onvenzione di Berna» stabilisce che:

«1. I membri [dell'OMC] si conformano agli articoli da 1 a 21 della [c]onvenzione di Berna (1971) e al suo annesso (…).

2. La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali».

13. L'articolo 10 dell'accordo ADPIC, intitolato «Programmi per elaboratore e compilazione di dati» dispone quanto segue:

«1. I programmi per elaboratore, in codice sorgente o in codice oggetto, sono protetti come opere letterarie ai sensi della [c]onvenzione di Berna (1971).

5 GU 1994, L 336, pag. 1.

2. Le compilazioni di dati o altro materiale, in forma leggibile da una macchina o in altra forma, che a causa della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali sono protette come tali. La protezione, che non copre i dati o il materiale stesso, non pregiudica diritti d'autore eventualmente esistenti sui dati o sul materiale».

B. Diritto dell'Unione

14. L'articolo 2 della direttiva 2001/29, intitolato «Diritto di riproduzione», così dispone:

«Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:

a) agli autori, per quanto riguarda le loro opere;

(…)».

15. L'articolo 3 della direttiva 2001/29, intitolato «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

(…)».

16. L'articolo 4 della direttiva 2001/29 intitolato «Diritto di distribuzione», così dispone:

«1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo.

(…)».

C. Diritto dei Paesi Bassi

17. L'articolo 1 dell'Auteurswet (legge dei Paesi Bassi sul diritto d'autore; in prosieguo: la «legge sul diritto d'autore») dispone quanto segue:

«Il diritto d'autore è il diritto esclusivo dell'autore di un'opera letteraria, scientifica o artistica, o dei suoi aventi causa, di pubblicarla e di riprodurla, fatte salve le limitazioni previste dalla legge».

18. L'articolo 10 della legge sul diritto d'autore è così formulato:

«1. Per opere letterarie, scientifiche o artistiche ai sensi di questa legge si intendono:

1) libri, opuscoli, giornali, riviste e tutti gli altri scritti;

2) le opere drammatiche o drammatico-musicali;

3) le conferenze;

4) le opere coreografiche o pantomimiche;

5) le opere musicali con o senza parole;

6) le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, litografia, incisione e altre stampe;

7) le carte geografiche;

8) i piani, schizzi e plastici relativi all'architettura, alla geografia, alla topografia o alle altre scienze;

9) le opere fotografiche;

10) le opere cinematografiche;

11) le opere di arte applicata e disegni e modelli di artigianato;

12) i programmi per elaboratore e i lavori preparatori;

nonché, in via generale, qualsiasi prodotto del campo letterario, scientifico o artistico, espresso con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma.

(…)».

II. Procedimento principale e questioni pregiudiziali

19. Lo Heksenkaas è una crema spalmabile con formaggio fresco ed erbe fresche. È stato creato nel 2007 da un commerciante al dettaglio olandese di verdure ed alimenti freschi. Con contratto stipulato nel 2011, il suo creatore ha ceduto alla Levola tutti i diritti di proprietà intellettuale relativi al prodotto, in cambio di un corrispettivo correlato al fatturato ricavato dalla vendita di tale prodotto.

20. Il 10 luglio 2012 è stato concesso il brevetto relativo al procedimento di fabbricazione dello Heksenkaas e, a metà del 2010, è stato registrato il marchio denominativo «Heksenkaas».

21. Dal gennaio 2014, la Smilde produce un prodotto denominato «Witte Wievenkaas» per una catena di supermercati nei Paesi Bassi.

22. Sostenendo che la produzione e la vendita del prodotto Witte Wievenkaas violava il suo diritto d'autore relativo al «sapore» dell'Heksenkaas, la Levola ha citato in giudizio la Smilde davanti al Rechtbank Gelderland (tribunale di Gelderland, Paesi Bassi). La Levola ha definito il diritto d'autore relativo ad un sapore l'«impressione complessiva sugli organi del gusto prodotta dal consumo di un alimento, compresa la sensazione tattile percepita nella bocca».

23. La Levola ha chiesto al Rechtbank Gelderland (tribunale di Gelderland) di dichiarare con sentenza immediatamente esecutiva, da un lato, che il sapore dell'Heksenkaas configura una creazione intellettuale propria dell'autore del sapore e pertanto gode, quale «opera», della tutela a norma del diritto d'autore, ai sensi dell'articolo 1 della legge sul diritto d'autore, e, dall'altro lato, che il sapore del prodotto fabbricato dalla Smilde configura una riproduzione di tale «opera». Essa ha inoltre chiesto allo stesso giudice di ingiungere alla Smilde di cessare immediatamente e per il futuro qualsiasi violazione del diritto d'autore, compresi la produzione, l'acquisto, la vendita e ogni altra operazione del prodotto denominato «Witte Wievenkaas».

24. Con sentenza del 10 giugno 2015, il Rechtbank Gelderland (tribunale di Gelderland) dichiarava che, senza bisogno di rispondere alla questione se il sapore dell'Heksenkaas possa essere oggetto di protezione ai sensi del diritto d'autore, le richieste della Levola dovevano, in ogni caso, essere respinte, non avendo quest'ultima dichiarato quali elementi o quale combinazione di elementi del sapore dell'Heksenkaas ne determinino il carattere originario particolare e l'impronta personale.

25. La Levola interponeva appello contro tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio.

26. Secondo il giudice del rinvio, la questione centrale posta nella presente causa è se il sapore di un alimento possa essere protetto ai sensi del diritto d'autore. Lo stesso aggiunge che le parti del procedimento sostengono posizioni diametralmente opposte su tale questione.

27. Secondo la Levola, il sapore di un alimento può essere qualificato come un'opera letteraria, scientifica o artistica protetta dal diritto d'autore. La Levola invoca, in particolare, la sentenza dello Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) del 16 giugno 2006, Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), in cui quest'ultimo ha accettato il principio della possibilità di riconoscere un diritto d'autore a favore dell'odore di un profumo.

28. Invece, secondo la Smilde, la protezione dei sapori non rientra nel sistema del diritto d'autore, che riguarderebbe unicamente opere visuali e sonore. Inoltre, l'instabilità di un alimento e il carattere soggettivo della percezione gustativa osterebbero a considerare il sapore di un alimento come un'opera protetta dal diritto d'autore. Inoltre, i diritti esclusivi dell'autore di un'opera di proprietà intellettuale e le relative limitazioni non sarebbero nella pratica applicabili ai sapori.

29. Il giudice del rinvio nota che la Cour de cassation (Corte di cassazione, Francia), in particolare nella sentenza del 10 dicembre 2013 [6] ha categoricamente negato la possibilità di una protezione di un odore a norma del diritto d'autore. Pertanto, la giurisprudenza degli organi giurisdizionali nazionali supremi nell'Unione avrebbe punti di vista divergenti nei riguardi della questione, analoga a quella centrale nella causa davanti al giudice del rinvio, se un odore possa essere oggetto di una protezione ai sensi del diritto d'autore.

30. In tale contesto, il Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (corte di appello d'Arnhem-Leeuwarden, Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. (a) Se il diritto dell'Unione osti a che il sapore di un alimento – come creazione intellettuale dell'autore – sia tutelato dal diritto d'autore. Segnatamente:

(b) Se osti ad una protezione a norma del diritto d'autore il fatto che, sebbene la nozione "opere letterarie e artistiche", di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna, che è vincolante per tutti gli Stati membri, comprenda "tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione", tutti gli esempi inclusi in questa disposizione riguardano creazioni percepibili con gli occhi e/o con l'udito.

(c) Se l'(eventuale) instabilità di un alimento e/o il carattere soggettivo dell'esperienza gustativa dello stesso ostino a qualificare il sapore di un alimento come un'opera protetta dal diritto d'autore.

(d) Se il sistema di diritti esclusivi e di limitazioni, di cui agli articoli da 2 a 5 della direttiva 2001/29/CE, ostino alla protezione a norma del diritto d'autore del sapore di un alimento.

6 Cour de cassation, chambre commerciale (Corte di cassazione, sezione commerciale, Francia), 10 dicembre 2013, n. 11-19.872 non pubblicata.

2. In caso di risposta negativa alla questione l(a):

   (a) Quali condizioni debbano essere poste alla protezione del sapore di un alimento ai sensi del diritto d'autore.

   (b) Se la protezione di un sapore ai sensi del diritto d'autore si fondi soltanto sul sapore come tale o (anche) sulla ricetta dell'alimento.

   (c) Cosa debba provare una parte che in un procedimento di violazione sostiene di aver creato un sapore di un alimento protetto da un diritto d'autore. Se sia sufficiente che tale parte presenti l'alimento al giudice affinché questi, mediante il gusto e l'olfatto, possa formare il suo giudizio sulla questione se l'alimento soddisfi le condizioni per la protezione a norma del diritto d'autore, o se invece l'autore debba fornire (anche) una descrizione delle scelte creative nella composizione dei sapori e/o la ricetta in base alla quale il sapore può essere considerato come la creazione intellettuale dell'autore.

   (d) Come debba determinare il giudice in un procedimento di violazione se il sapore dell'alimento del convenuto corrisponda al sapore dell'alimento dell'attore in misura tale da configurare una violazione del diritto d'autore. Se a questo riguardo sia determinante (anche) il fatto che le impressioni totali dei due sapori coincidono».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

31. La Levola, la Smilde, i governi francese, italiano e del Regno Unito nonché la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. La Levola, la Smilde, il governo dei Paesi Bassi, i governi francese e del Regno Unito e la Commissione hanno formulato osservazioni orali all'udienza che si è tenuta il 4 giugno 2018.

IV. Analisi

32. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il sapore di un alimento costituisca un'«opera» e possa essere oggetto di una protezione a norma del diritto d'autore ai sensi della direttiva 2001/29 [7].

A. Sulla ricevibilità

33. La Smilde sostiene che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile. Essa ritiene che, oltre al fatto che la Levola non ha adempiuto all'onere di allegazione e prova nel procedimento principale, la presente causa potrebbe essere già archiviata sulla base dell'argomentazione che il sapore del prodotto Heksenkaas non è originale.

34. Sono del parere che l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Smilde non possa essere accolta per le seguenti ragioni.

7 Secondo la Levola «[l]a questione centrale nella controversia (…) tra la Levola e la Smilde è la protezione a norma del diritto d'autore del sapore dell'Heksenkaas *in quanto tale*. Si tratta dell'impressione sensoriale attraverso cui passa l'esperienza di tale sapore *in quanto tale*, e non dei mezzi attraverso cui tale impressione viene creata. Non si chiede pertanto la protezione di una sostanza precisa o di un elenco di ingredienti. L'opera per la quale si invoca protezione è il sapore stesso, non il suo supporto» (punto 9 delle sue osservazioni). La Levola aggiunge che «non si esclude che il sapore possa essere riprodotto attraverso un altro supporto, nello stesso modo in cui l'immagine creata da un artista con i colori ad olio può essere imitata o riprodotta su un altro supporto. Un'opera protetta ai sensi del diritto d'autore è infatti costituita dall'espressione immateriale e non dal supporto materiale di tale espressione» (punto 86 delle sue osservazioni).

35. Spetta soltanto ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e che devono assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopongono alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi. Ne consegue che le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. Il rigetto, da parte della Corte, di una domanda proposta da un giudice nazionale è quindi possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi in fatto e in diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte [8].

36. È opportuno rilevare che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del diritto dell'Unione, e, più precisamente, sull'interpretazione degli articoli da 2 a 5 della direttiva 2001/29. In assenza di indizi, o addirittura di argomentazioni, relativi al fatto che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto della causa principale, o che la questione è di tipo ipotetico, ritengo che le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio in merito all'interpretazione di tale direttiva e alla nozione di «opera», non possano essere considerate irricevibili sulla base del semplice fatto che una delle parti del procedimento principale ritiene che la controversia in esame debba essere risolta sulla base di altri motivi e argomenti.

B. Nel merito

1. La nozione di «opera» – nozione «uniforme e autonoma del diritto dell'Unione»

37. La nozione di «opera» ai sensi dell'articolo 2, lettera a), dell'articolo 3, paragrafo 1, e dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è definita nella direttiva stessa [9]. Tali disposizioni, inoltre, non prevedono alcun rinvio al diritto nazionale per quanto concerne la nozione di «opera» [10].

38. Ciò premesso, secondo costante giurisprudenza della Corte, l'applicazione uniforme tanto del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza esigono che una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata debba normalmente dar luogo, in tutta l'Unione europea, ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi [11].

8 V. sentenza del 1º luglio 2010 Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, punti 19 e 20 e giurisprudenza ivi citata).

9 Inoltre, la protezione a norma del diritto d'autore del sapore di un alimento non è espressamente regolamentata dalla normativa dell'Unione.

10 Secondo la Levola, «[s]e il diritto dell'Unione contiene una nozione uniforme e autonoma di opera che non lascia agli Stati membri la libertà di prevedere a livello nazionale delle condizioni supplementari al fine di conferire una tutela a norma del diritto d'autore (…), il diritto dell'Unione deve parimenti risolvere la questione se gli Stati membri debbano conferire una tutela a norma del diritto d'autore a creazioni originali che possono essere percepite con mezzi diversi rispetto alla vista o all'udito, quali un sapore o un odore, o se al contrario questi non *possano* conferire alcuna tutela a norma del diritto d'autore a simili creazioni in termini di sapore o di odore, nemmeno se tale sapore o odore è il risultato di un lavoro intellettuale creativo grazie al quale l'autore ha dato espressione alla propria creatività personale» (punto 41 delle sue osservazioni). «Se invece la Corte ha inteso semplicemente fissare una soglia minima qualitativa ai fini della tutela ai sensi del diritto d'autore sotto forma di esigenza di una "creazione intellettuale propria" – come, ad esempio, riconosciuto dalla giurisprudenza tedesca – è allora evidente che gli Stati membri sono liberi di conferire o meno la tutela a norma del diritto d'autore ad un'opera che consiste nel sapore di una creazione culinaria, se tale sapore può perlomeno essere qualificato come creazione intellettuale propria dell'autore. Infatti, la soglia qualitativa minima fissata come "creazione intellettuale propria" non esclude necessariamente alcuno dei sensi umani, di modo tale che la determinazione della rilevanza della modalità sensoriale attraverso cui viene percepita una creazione intellettuale atterrebbe alla discrezionalità degli Stati membri» (punto 42 delle sue osservazioni).

11 V. sentenza del 16 giugno 2011, Omejc (C-536/09, EU:C:2011:398, punto 19). V. anche sentenza Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

39. Da tale giurisprudenza consegue che il termine «opera» deve essere considerato come corrispondente ad una nozione autonoma di diritto dell'Unione, il cui senso e portata devono essere identici nell'insieme degli Stati membri. Spetta pertanto alla Corte fornire un'interpretazione di tale termine che sia uniforme nell'ordinamento giuridico dell'Unione [12].

40. Ne consegue che la nozione di «opera», quale nozione autonoma di diritto dell'Unione, non consente agli Stati membri di prevedere, a tale proposito, norme diverse o supplementari. Il diritto dell'Unione si oppone pertanto ad una regolamentazione nazionale che preveda la possibilità, al di fuori del quadro previsto dalla direttiva 2001/29 [13], di attribuire tutela ai sapori di alimenti [14] ai sensi del diritto d'autore.

2. La nozione di «opera» e il requisito di una creazione intellettuale

41. Il governo francese sostiene che, per stabilire se il sapore di un alimento può beneficiare della protezione accordata a norma del diritto d'autore dalla direttiva 2001/29, occorre determinare se questo può essere ritenuto un'opera, vale a dire un oggetto che abbia carattere di originalità, in quanto creazione intellettuale dell'autore.

42. Al punto 34 della sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), la Corte ha sottolineato che «emerge dall'economia generale della convenzione di Berna, e segnatamente dal suo art[icolo] 2, commi quinto e ottavo, che la protezione di taluni elementi in quanto opere letterarie o artistiche presuppone che costituiscano creazioni intellettuali» [15]. La Corte ha inoltre dichiarato che il diritto d'autore ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2001/29 può trovare applicazione solamente con riferimento ad un oggetto che abbia carattere di originalità, ossia rappresenti il risultato della creazione intellettuale dell'autore [16].

43. Al punto 88 della sentenza del 1º dicembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), la Corte ha dichiarato che una creazione intellettuale appartiene al suo autore se rispecchia la personalità di quest'ultimo. Secondo quanto stabilito al punto 39 della sentenza del 1º marzo 2012, Football Dataco e a. (C-604/10, EU:C:2012:115), il criterio di originalità non è soddisfatto quando la costituzione della banca di dati sia dettata da considerazioni di carattere tecnico, da regole o vincoli che non lasciano margine per la libertà creativa. Inoltre, al punto 42 di tale sentenza, la Corte ha stabilito che il fatto che la costituzione della banca di dati abbia richiesto, oltre alla creazione dei dati in essa contenuti, un dispiego di attività e know-how significativi da parte del suo autore, non può, di per sé, giustificare la sua tutela in base al diritto d'autore, qualora tale attività e tale know-how non esprimano alcuna originalità nella scelta o nella disposizione dei dati di cui trattasi.

44. Ritengo tuttavia che l'originalità di un oggetto sia una condizione necessaria per avvalersi della tutela in forza del diritto d'autore, ma non sufficiente. L'oggetto in questione, oltre ad essere originale, deve anche essere un'«opera».

12 V., in tal senso, sentenza Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punto 33).

13 O attraverso un'altra disposizione di diritto dell'Unione che potrà eventualmente essere adottata su decisione del legislatore dell'Unione.

14 V., per analogia, sentenze del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punti da 27 a 29) e del 21 ottobre 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punti da 29 a 37).

15 Nella sentenza Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340, la Corte suprema degli Stati Uniti ha statuito che l'originalità è la conditio sine qua non del diritto d'autore.

16 Punto 37 della sentenza Infopaq International. Secondo la Corte «opere quali programmi per elaboratore, banche dati o fotografie sono tutelate dal diritto d'autore solo qualora siano opere originali, ossia rappresentino *il risultato della creazione intellettuale dell'autore*», (punto 35 della predetta sentenza; il corsivo è mio).

45. Al punto 33 della sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) la Corte ha dichiarato che «[l]'art[icolo] 2, lett[era] a), della direttiva 2001/29 prevede che gli autori dispongano del diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione in tutto o in parte delle loro opere. Ne consegue che la tutela del diritto di autorizzare o vietare la riproduzione, di cui beneficia l'autore, ha ad oggetto un' "opera"» [17].

46. Emerge dunque chiaramente dalla giurisprudenza citata che l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2001/29 richiede, da un lato, l'esistenza di un'«opera» [18] e, dall'altro, che tale opera sia originale. È pertanto fondamentale non accorpare o confondere queste due nozioni, che, al contrario, sono ben distinte l'una dall'altra.

47. Ritengo pertanto, come la Commissione, che il fatto che un'«opera possa essere tutelata dal diritto d'autore ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2001/29 unicamente se essa soddisfa il criterio dell'originalità, non debba essere interpretato nel senso di implicare, al contrario, che qualsiasi oggetto che soddisfi tale criterio debba essere per tale motivo "automaticamente" considerato un'"opera" tutelata dal diritto d'autore ai sensi di tale direttiva» [19].

3. Può un sapore costituire un'opera?

48. Poiché la direttiva 2001/29 non definisce la nozione di opera, ritengo opportuno a tale proposito prendere in considerazione le disposizioni della Convenzione di Berna. Infatti, sebbene l'Unione non sia parte contraente di detta convenzione, essa «è tuttavia obbligata, in forza dell'articolo 1, paragrafo 4, del trattato dell'OMPI, sul diritto d'autore, del quale essa è parte, che fa parte del suo ordinamento giuridico e che la direttiva 2001/29 mira ad attuare, a conformarsi agli articoli 1-21 della Convenzione di Berna» [20].

49. Ne consegue che l'Unione è tenuta a conformarsi, in particolare, all'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna, il quale stabilisce la portata delle opere «letterarie e artistiche» che possono essere oggetto di tutela a norma del diritto d'autore. Secondo tale disposizione, l'espressione «opere letterarie ed artistiche», «comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». L'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna contiene inoltre un *elenco non esaustivo* [21] delle opere «letterarie ed artistiche» protette [22].

50. Tale elenco, pur non facendo alcun riferimento ai sapori, né a opere analoghe ai sapori, quali gli odori o profumi, non li esclude espressamente.

17 Anche l'articolo 3 della direttiva 2001/29 sul «diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti» e l'articolo 4 della stessa, relativo al «diritto di distribuzione» fanno riferimento a un'«opera».

18 Secondo il governo del Regno Unito, sarebbe errato interpretare la sentenza del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) «nel senso che qualsiasi opera, qualunque sia, debba essere tutelata da un diritto d'autore, qualora si tratti della creazione intellettuale di un autore. Il ragionamento di cui al punto 37 deve essere letto alla luce dei punti da 34 a 36, in cui si afferma chiaramente che il sistema di tutela previsto dalla direttiva 2001/29 si applica unicamente a determinati oggetti considerati opere letterarie o artistiche ai sensi della Convenzione di Berna o di altre previsioni del diritto dell'Unione, come la direttiva sui programmi per elaboratore» (punto 19 delle sue osservazioni).

19 Punto 33 delle osservazioni scritte della Commissione. Nella sentenza del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punti da 96 a 99), la Corte ha stabilito che gli incontri sportivi non possono essere considerati quali *creazioni intellettuali qualificabili come opere* poiché per poter rivestire tale qualificazione, occorrerebbe che l'oggetto interessato fosse originale, nel senso che costituisca una *creazione intellettuale propria del suo autore*. Se in effetti il tenore letterale dei punti citati della sentenza in esame sembrano suggerire che «opera» sia sinonimo di «creazione intellettuale» e che l'esistenza di una «creazione intellettuale», sia l'unico requisito per far valere il diritto d'autore, ritengo tuttavia che da questa sentenza emerga che gli incontri sportivi, ed in particolare gli incontri di calcio, non siano tutelati sulla base del diritto d'autore, essendo essi disciplinati dalle regole del gioco, che non lasciano margine per la libertà creativa ai sensi del diritto d'autore. Infatti, gli incontri sportivi in quanto tali non presentano carattere di originalità. La questione se gli incontri sportivi possano costituire delle «opere» (non originali) non è stata esaminata dalla Corte.

20 V. sentenza del 9 febbraio 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, punto 59).

21 A mio avviso, l'espressione «telles que», della versione in lingua francese e «such as», della versione in lingua inglese, indicano la natura non esaustiva e pertanto esemplificativa delle opere «letterarie ed artistiche» suscettibili di tutela ai sensi del diritto d'autore.

22 V. l'articolo 2, paragrafo 6, della Convenzione di Berna.

51. Occorre tuttavia rilevare che, nonostante, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Berna, «[l]'espressione "opere letterarie ed artistiche" comprend[a] tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione», tale disposizione fa riferimento unicamente ad opere percepibili attraverso mezzi visivi o sonori, quali i libri e le composizioni musicali, non contemplando le produzioni percepibili attraverso altri sensi, quali il gusto, l'olfatto o il tatto.

52. Inoltre, in caso di dubbi persistenti circa la tutela ai sensi del diritto d'autore di determinate produzioni, la comunità internazionale è regolarmente intervenuta per prevedere espressamente una tutela ai sensi del diritto d'autore di tali «opere» – a condizione che fossero originali – apportando modifiche alla Convenzione di Berna, o adottando altri accordi multilaterali [23].

53. In questo senso, il trattato OMPI sul diritto d'autore, che è un accordo particolare ai sensi della Convenzione di Berna, è stato adottato proprio per tutelare le opere nel settore del digitale [24], quali i programmi per elaboratore e le compilazioni di dati o altro materiale (banche di dati) [25].

54. Il sapore di un alimento non può essere collegato a nessuna delle «opere» protette da questo trattato e, a mia conoscenza, non esistono altre disposizioni di diritto internazionale che tutelano il sapore di un alimento mediante il diritto d'autore [26].

55. Inoltre, ritengo, in linea con le osservazioni del governo francese e della Commissione, che se il processo di elaborazione del sapore di un alimento o di un profumo richiede un dispiego di attività e implica un know-how, questi sono suscettibili di essere tutelati ai sensi del diritto d'autore solo se originali [27]. La protezione del diritto d'autore copre le *espressioni originali* e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali [28]. Ritengo che, se è vero che la forma in cui una ricetta è espressa (l'espressione) può essere tutelata ai sensi del diritto d'autore qualora tale espressione sia originale, il diritto d'autore non protegge la ricetta in quanto tale (l'idea). Tale distinzione viene definita in inglese «idea/expression dichotomy».

23 V., in questo senso, pag. 25 della «Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI» pubblicata nel 2003 e disponibile alla pagina Internet all'indirizzo: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 V., il considerando 15 della direttiva 2001/29. L'articolo 4 del trattato OMPI sul diritto d'autore prevede espressamente che i programmi per elaboratore sono protetti in quanto opere letterarie ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di Berna. L'articolo 5 dello stesso trattato prevede che le banche dati, in qualsiasi forma, che a causa della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali, sono protette allo stesso modo. V., nello stesso senso, l'articolo 10 dell'ADPIC.

25 La direttiva 2001/29 riguarda la tutela giuridica del diritto d'autore e dei diritti connessi, ad esclusione segnatamente della tutela giuridica dei programmi per elaboratore e della tutela giuridica delle banche dati. Infatti, la direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (GU 2009, L 111, pag. 16), concerne specificamente la tutela giuridica dei programmi per elaboratore. Dal primo considerando della direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla protezione giuridica dei programmi per elaboratore (GU 1991, L 122, pag. 42), che è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/24, emerge «che attualmente i programmi per elaboratore non sono tutelati in modo preciso in tutti gli Stati membri dalle normative esistenti e che detta tutela, ove esiste, assume connotazioni diverse». È opportuno rilevare, a tale proposito, che il codice oggetto di un programma per elaboratore non è, in linea di principio, percepibile da un essere umano. Tuttavia, il codice oggetto di un programma per elaboratore è una produzione precisa e stabile che può essere «letta» o «percepita» in maniera concreta e oggettiva da una macchina. Inoltre, la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (GU 1996, L 77, pag. 20), concerne specificamente la tutela giuridica delle banche di dati. L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 96/9 che concerne il diritto d'autore stabilisce che «le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore sono tutelate in quanto tali dal diritto d'autore. Per stabilire se alle banche dati possa essere riconosciuta tale tutela non si applicano altri criteri». L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9 tutela attraverso un diritto sui generis le banche dati, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione del loro contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo.

26 Secondo la Smilde «[*n*]*essun* legislatore (né gli estensori della Convenzione di Berna, né i negoziatori dell'ADPIC, né gli autori delle convenzioni OMPI sul diritto d'autore, né tantomeno le parti coinvolte nel processo legislativo che ha portato alla direttiva [2001/29]) ha mai inteso consentire la monopolizzazione, mediante il diritto d'autore, di una cosa soggettiva, deperibile, imprecisa, variabile, impercettibile e tecnicamente determinata quale il gusto» (punto 91 delle sue osservazioni).

27 Cioè delle creazioni intellettuali. V., sentenza del 1° marzo 2012, Football Dataco e a. (C-604/10, EU:C:2012:115, punto 42).

28 V., in tal senso, sentenza del 2 maggio 2012, SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, punto 33). V. anche l'articolo 2 del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e l'articolo 9, paragrafo 2, dell'ADPIC.

56. Inoltre, tali espressioni originali dovrebbero essere *identificabili con sufficiente precisione e oggettività*. È per questo che la Corte, nella sentenza Sieckmann del 12 dicembre 2002 (C-273/00, EU:C:2002:748, punto 55), che verte sulla questione se *un segno, nel caso di specie un odore, che di per sé non è suscettibile di essere percepito visivamente, possa costituire un marchio di impresa, ha statuito che è possibile* «*a condizione che esso possa essere oggetto di una rappresentazione grafica – in particolare mediante figure, linee o caratteri – che sia chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intellegibile, durevole ed oggettiva*» [29].

57. Orbene, allo stato attuale della tecnica, l'identificazione precisa e oggettiva di un sapore o di un odore sembra essere tuttora impossibile. A tale proposito, il governo italiano nota che «malgrado gli sforzi scientifici finora profusi per definire in modo inequivoco le proprietà organolettiche degli alimenti, allo stato attuale il "sapore" costituisce essenzialmente un elemento qualitativo, legato in prevalentemente al carattere soggettivo dell'esperienza gustativa. Le proprietà organolettiche degli alimenti sono, infatti, destinate ad essere percepite e valutate dagli organi di senso, principalmente il gusto e l'olfatto ma anche il tatto, in base all'esperienza soggettiva delle impressioni che l'alimento esercita su tali organi di senso; e non si è ancora raggiunta una caratterizzazione oggettiva di tali esperienze» [30]. Non escludo che in futuro le tecniche per identificare precisamente ed oggettivamente un sapore o un odore possano evolvere, spingendo il legislatore ad intervenire e a tutelarli a norma del diritto d'autore o in altro modo.

58. A mio avviso, la possibilità di assegnare l'identificazione di un sapore a un giudice o a un esperto da lui designato, come suggerito dalla Levola nelle sue osservazioni scritte, nulla toglie al fatto che tale identificazione [31] continuerebbe ad essere, per sua stessa natura, un esercizio soggettivo [32]. Orbene, la possibilità di identificare un'opera con sufficiente precisione e oggettività, e, di conseguenza, la portata della sua tutela ad opera del diritto d'autore, risulta indispensabile per il rispetto del principio della certezza del diritto nell'interesse del titolare del diritto d'autore e, soprattutto, dei terzi, che possono trovarsi sottoposti ad azioni giudiziarie per violazione del diritto d'autore, in particolare penali o per contraffazione [33].

59. L'argomento secondo cui gli alimenti sono potenzialmente instabili non è di per sé convincente. In effetti, occorre sottolineare che, oltre al fatto che la direttiva 2001/29 non prevede alcun obbligo di fissare un'opera [34], oggetto del diritto d'autore non è il supporto su cui o in cui l'opera viene fissata, bensì l'opera stessa.

29 Senza dubbio, la condizione che un segno debba essere oggetto di una rappresentazione grafica non esiste più nel diritto dell'Unione. Tuttavia, occorre notare che l'articolo 3, lettera b), della direttiva *(UE) 2015/2436 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa* (GU 2015, L 336, pag. 1), *entrata in vigore il 12 gennaio 2016, e il regolamento* (UE) 2015/2424 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio sul marchio comunitario, che modifica il regolamento (CE) n. 2868/95 della Commissione, recante modalità di esecuzione del regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio sul marchio comunitario, e che abroga il regolamento (CE) n. 2869/95 della Commissione relativo alle tasse da pagare all'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (marchi, disegni e modelli) (GU 2015, L 341, pag. 21), entrato in vigore il 23 marzo 2016, richiedono che i segni siano adatti a essere rappresentati nel registro in modo tale da consentire alle autorità competenti e al pubblico di determinare precisamente ed esattamente l'oggetto della protezione garantita al suo titolare.

30 V. paragrafo 34 di tali osservazioni.

31 Mi riferisco qui all'identificazione dell'opera e non alla valutazione della sua originalità, che è un esercizio esposto a opinioni divergenti e che implica un certo grado di soggettività. Tuttavia, se l'identificazione precisa e oggettiva di un'opera non è possibile, non lo è nemmeno la valutazione della sua originalità.

32 Secondo la Commissione, le sensazioni e le impressioni suscitate da un sapore «sono (…) soggettive, intangibili e (quindi) non riproducibili, e in ogni caso non con un grado di certezza, oggettività e specificità sufficienti a consentire la tutela ai sensi del diritto d'autore» (punto 41 delle sue osservazioni).

33 Il considerando 28 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45, e rettifica GU 2004, L 195, pag. 16) stabilisce che «in aggiunta alle misure, alle procedure e ai mezzi di ricorso di natura civile ed amministrativa previsti ai sensi della presente direttiva anche le sanzioni penali costituiscono, nei casi appropriati, un mezzo per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale».

34 V., inoltre, l'articolo 2, paragrafo 2, della Convenzione di Berna.

60. Tuttavia, il fatto che i sapori stessi siano effimeri, volatili e instabili osta, a mio avviso, ad una loro identificazione precisa ed oggettiva, così come ad una loro qualificazione come opere ai sensi del diritto d'autore.

61. Ritengo pertanto che il sapore di un alimento non costituisca un'«opera» ai sensi della direttiva 2001/29. Ne consegue che un sapore non può beneficiare del diritto di riproduzione [35], del diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti [36] e del diritto di distribuzione [37] ai sensi della direttiva 2001/29, che riguardano esclusivamente le opere. È altresì opportuno notare che le eccezioni e limitazioni previste all'articolo 5 della direttiva 2001/29 riguardano unicamente le opere che godono di tali diritti.

62. Dalle considerazioni precedenti emerge che la direttiva 2001/29 osta alla protezione a norma del diritto d'autore del sapore di un alimento. Quanto alla seconda questione, poiché essa viene posta solo qualora si stabilisca che la direttiva 2001/29 non osta alla protezione a norma del diritto d'autore del sapore di un alimento e riguarda, segnatamente, le condizioni per beneficiare di tale protezione e della portata della medesima, non sarà necessario analizzarla.

V. Conclusione

63. Alla luce delle considerazioni esposte in precedenza, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Corte di appello d'Arnhem-Leeuwarden, Paesi Bassi) come segue:

La direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, osta a che il sapore di un alimento sia tutelato dal diritto d'autore.

35 V. l'articolo 2 della direttiva 2001/29.

36 V. l'articolo 3 della direttiva 2001/29.

37 V. l'articolo 4 della direttiva 2001/29.