Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 25 juli 2018 [1]

Mål C-310/17

Levola Hengelo BV
mot
Smilde Foods BV

(begäran om förhandsavgörande från Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2001/29/EG – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Begreppet verk – Ett livsmedels smak”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande av den 23 maj 2017, som ingavs till domstolens kansli av Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden, Nederländerna) den 29 maj 2017, avser tolkningen av artiklarna 2–5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. [2]

2. Begäran har framställts i ett mål mellan bolaget Levola Hengelo BV., (nedan kallat Levola), och bolaget Smilde Foods BV. (nedan kallat Smilde), som är två bolag som tillverkar livsmedel, angående Smildes påstådda överträdelse av Levolas upphovsrätt till smaken av en bredbar dipp gjord på gräddost och färska kryddor, kallad Heksenkaas eller Heks’nkaas (nedan kallad Heksenkaas). [3]

3. Den hänskjutande domstolen anser sig inte kunna avgöra den tvist som den har att pröva utan att veta bland annat huruvida unionsrätten och i synnerhet direktiv 2001/29 utgör hinder mot upphovsrättsligt skydd för smaken av en livsmedelsprodukt.

1 Originalspråk: franska.

2 EGT L 167, 2001, s. 10.

3 På svenska häxost.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Internationell rätt

1. Bernkonventionen

4. Artikel 2 i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, undertecknad i Bern den 9 september 1886 (Parisakten av den 24 juli 1971), i dess lydelse av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen), har följande lydelse:

”1. Uttrycket ’litterära och konstnärliga verk’ innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck, såsom: böcker, småskrifter och andra skrifter; föredrag, tal, predikningar och andra verk av samma art; dramatiska eller musikaliskt-dramatiska verk; koreografiska verk och pantomimer; musikaliska kompositioner med eller utan ord; filmverk, med vilka jämställes verk som kommit till uttryck genom ett med kinematografi likartat förfarande; teckningar, verk av målarkonst, byggnadskonst, bildhuggarkonst, grafikkonst; fotografiska verk, med vilka jämställes verk som kommit till uttryck genom ett med fotografi likartat förfarande; verk av brukskonst; illustrationer, geografiska kartor, planritningar, skisser och plastiska verk som hänför sig till geografien, topografien, byggnadskonsten eller vetenskapen.

2. Det är emellertid förbehållet unionsländernas lagstiftning att föreskriva att litterära och konstnärliga verk, eller en eller flera kategorier av dessa inte är skyddade om de inte är lagrade på ett fysiskt medium.

…

5. Samlingar av litterära eller konstnärliga verk, såsom uppslagsböcker och antologier, vilka med hänsyn till urvalet och dispositionen av innehållet utgör intellektuella skapelser skyddas såsom sådana, utan att detta inskränker den rätt som tillkommer upphovsmännen till de i samlingarna ingående verken.

6. Här ovan nämnda verk åtnjuter skydd i alla unionsländer. Skyddet gäller till förmån för verkets upphovsman och hans rättsinnehavare.

…”

5. I artikel 9.1 i Bernkonventionen föreskrivs följande:

”Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk, som skyddas av denna konvention, äger uteslutande rätt att låta mångfaldiga dessa verk på vad sätt eller i vilken form det vara må.”

2. WIPO:s fördrag om upphovsrätt

6. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (Wipo) antog i Genève den 20 december 1996 Wipos fördrag om upphovsrätt, vilket trädde i kraft den 6 mars 2002 (nedan kallat Wipos fördrag om upphovsrätt). Detta fördrag godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom beslut 2000/278/EG.[4]

4 Rådets beslut av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (EGT L 89, 2000, s. 6).

7. Artikel 1.4 i Wipos fördrag om upphovsrätt med rubriken ”Sambandet med Bernkonventionen” har följande lydelse:

”De fördragsslutande parterna skall iaktta artiklarna 1–21 i och bihanget till Bernkonventionen.”

8. I artikel 2 i Wipos fördrag om upphovsrätt med rubriken ”Det upphovsrättsliga skyddets räckvidd” anges följande:

”Det upphovsrättsliga skyddet omfattar uttryck men inte idéer, förfaranden, tillvägagångssätt eller matematiska begrepp som sådana.”

9. I artikel 4 i Wipos fördrag om upphovsrätt med rubriken ”Datorprogram” föreskrivs följande:

”Datorprogram skyddas som sådant litterärt verk som avses i artikel 2 i Bernkonventionen. Detta skydd gäller datorprogram oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommer till uttryck.”

10. I artikel 5 i Wipos fördrag om upphovsrätt med rubriken ”Sammanställning av data (databaser)” anges följande:

”Sammanställningar av data eller annat material, oavsett form, som genom urvalet eller dispositionen av innehållet utgör intellektuella skapelser skyddas som sådana. Skyddet gäller inte denna data eller materialet som sådant och påverkar inte eventuell existerande upphovsrätt till den data eller det material som ingår i sammanställningen.”

3. WTO-avtalet och TRIPs-avtalet

11. Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPs) av den 15 april 1994 (EGT L 336, 1994, s. 214; svensk specialutgåva, område 1, volym 38, s. 216, nedan kallat TRIPs-avtalet), som utgör bilaga 1 C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen (WTO) (EGT L 336, 1994, s. 3; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 5), godkändes genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående på gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994). [5]

12. I artikel 9 i TRIPs-avtalet med rubriken ”Avtalet i förhållande till Bernkonventionen” föreskrivs följande:

”1. Medlemmarna [i WTO] skall följa bestämmelserna i artiklarna 1–21 i Bernkonventionen (1971) och dess bilaga. …”

2. Upphovsrättsligt skydd skall utsträckas till uttryck, men inte till idéer, förfaranden, metoder för handhavande eller matematiska begrepp som sådana.”

13. I artikel 10 i TRIPs-avtalet med rubriken ”Datorprogram och datasammanställningar” anges följande:

”1. Datorprogram i form av källkod eller objektkod skall åtnjuta skydd som litterärt verk enligt Bernkonventionen (1971).

5 EGT L 336, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3.

2. Sammanställningar av uppgifter eller annat material i maskinläsbar eller annan form som genom det sätt innehållet valts ut eller arrangerats utgör verk, skall åtnjuta skydd som sådana. Sådant skydd, som inte omfattar själva uppgifterna eller materialet, skall ej inskränka upphovsrätten till själva uppgifterna eller materialet.”

B. Unionsrätt

14. I artikel 2 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Rätten till mångfaldigande”, föreskrivs följande:

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

a) för upphovsmän: av deras verk,

…”

15. I artikel 3 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

…”

16. I artikel 4 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Spridningsrätt”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

…”

C. Nederländsk rätt

17. I artikel 1 i Auteurswet (nederländska upphovsrättslagen, nedan kallad upphovsrättslagen) föreskrivs följande:

”Upphovsrätten är den ensamrätt som tillkommer upphovsmannen till ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärligt verk eller dennes rättsliga efterföljare att offentliggöra och mångfaldiga verket om inte annat föreskrivs i lag.”

18. Artikel 10 i upphovsrättslagen har följande lydelse:

”1. Med litterära, vetenskapliga eller konstnärliga verk förstås i denna lag

1) böcker, broschyrer, tidningar, tidskrifter och alla andra skrifter,

2) teaterpjäser och musikaliskt-dramatiska verk,

3) muntliga föredrag,

4) koreografiska verk och pantomimer,

5) musikaliska verk med eller utan ord,

6) teckningar, målningar, byggnadsverk, skulpturer, litografier, gravyrer och andra plåtverk,

7) geografiska kartor,

8) utkast, skisser och plastmodeller, avseende arkitektur, geografi, topografi eller andra vetenskaper,

9) fotografiska verk,

10) filmverk,

11) alster av brukskonst och industriella teckningar och modeller,

12) datorprogram och förberedande material,

och i allmänhet varje produkt på det litterära, vetenskapliga eller konstnärliga området, oberoende av på vilket sätt och i vilken form denna kommer till uttryck.

…”

II. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. Heksenkaas (häxost) är en bredbar dipp gjord på gräddost och färska kryddor. Den skapades av en nederländsk grönsaks- och färskvarudetaljhandlare år 2007. Genom en överenskommelse som träffades år 2011 överlät dess skapare alla sina immateriella rättigheter med avseende på produkten till Levola i utbyte mot en royaltyersättning baserad på den sammanlagda omsättningen av försäljningen av produkten.

20. Den 10 juli 2012 beviljades tillstånd för metoden att framställa produkten Heksenkaas och i mitten av 2010 deponerades ordmärket Heksenkaas.

21. Sedan januari 2014 har Smilde tillverkat produkten ”Witte Wievenkaas” för en stormarknadskedja i Nederländerna.

22. Levola stämde Smilde inför Rechtbank Gelderland (domstolen i Gelderland, Nederländerna), eftersom tillverkningen och försäljningen av produkten ”Witte Wievenkaas” har gjort intrång i dess upphovsrätt till smaken på ”Heksenkaas”. Levola definierade upphovsrätten till en smak som ”den samlade smaksensoriska upplevelse som intag av ett livsmedel ger, inbegripet den förnimmelse i munnen som uppfattas genom känseln”.

23. Levola yrkade att Rechtbank Gelderland (domstolen i Gelderland) skulle fastställa dels att smaken på Heksenkaas var en egen skapelse som skapats av upphovsmannen till smaken och därför åtnjuter upphovsrättsligt skydd i egenskap av ett verk i den mening som avses i artikel 1 i lagen om upphovsrätt, dels att smaken på den produkt som tillverkats av Smilde är en imitation av detta ”verk”. Den yrkade även att samma domstol skulle förplikta Smilde att omedelbart och framledes upphöra med allt intrång i dess upphovsrätt, inbegripet tillverkning, inköp, försäljning, eller annan saluföring av produkten ”Witte Wievenkaas”.

24. Genom dom av den 10 juni 2015 fann Rechtbank Gelderland (domstolen i Gelderland) att Levolas talan i vart fall skulle lämnas utan bifall utan att det är nödvändigt att pröva frågan om huruvida smaken på produkten Heksenkaas kunde erhålla upphovsrättsligt skydd, eftersom Levola inte hade uppgett vilka av produkten Heksenkaas smakkomponenter eller kombinationer av smakkomponenter som gav den en egen ursprunglig karaktär och personlig prägel.

25. Levola överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen.

26. Den hänskjutande domstolen anser att den centrala frågan i målet är om ett livsmedels smak kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Den har vidare anfört att parterna i målet vid domstolen har intagit helt skilda ståndpunkter i denna fråga.

27. Levola anser att ett livsmedels smak kan betraktas som ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärligt verk som åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Levola har särskilt åberopat domen av den 16 juni 2006 från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940) i vilken sistnämnda i princip har godtagit att en parfymdoft kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd.

28. Smilde anser däremot att skydd av smaker inte passar in i upphovsrättssystemet, som endast är avsett för visuella och auditiva verk. Ett livsmedels instabilitet och smakupplevelsens subjektiva karaktär utgör dessutom hinder för att betrakta ett livsmedels smak som ett upphovsrättsligt skyddat verk. Dessutom är det nästintill omöjligt för en upphovsman till ett immaterialrättsligt verk att tillämpa ensamrätter och deras begränsningar på smaker.

29. Den hänskjutande domstolen har anfört att Cour de Cassation (Kassationsdomstolen, Frankrike) kategoriskt har avvisat möjligheten att låta en doft åtnjuta upphovsrättsligt skydd, särskilt i sin dom av den 10 december 2013[6]. Inom unionen varierar således de högsta nationella domstolarnas praxis vad gäller frågan huruvida en doft kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd, som liknar den fråga som är aktuell i målet vid den hänskjutande domstolen.

30. Mot denna bakgrund beslutade Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) a) Utgör unionsrätten hinder för att låta ett livsmedels smak – i egenskap av upphovsmannens egna intellektuella skapelse – åtnjuta upphovsrättsligt skydd?

b) Utgör det hinder för beviljandet av upphovsrättsligt skydd att uttrycket ”litterära och konstnärliga verk” i artikel 2.1 i Bernkonventionen, som är bindande för alla unionens medlemsstater, visserligen ”innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck”, men att de exempel som förtecknas i den bestämmelsen endast rör skapelser som kan förnimmas med ögonen och/eller öronen?

c) Utgör ett livsmedels (eventuella) instabilitet och/eller smakupplevelsens subjektiva karaktär hinder för att betrakta ett livsmedels smak som upphovsrättsligt skyddat?

d) Utgör systemet med ensamrätter och begränsningar, som regleras i artiklarna 2–5 i direktiv 2001/29/EG, hinder för upphovsrättsligt skydd av ett livsmedels smak?

2) Om fråga l a ska besvaras nekande:

a) Vad krävs för att ett livsmedels smak ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd?

6 Cour de cassation (Kassationsdomstolen), avdelningen för handelsrättsliga tvister, 10 december 2013, nr 11–19.872, ej publicerad i den officiella tidningen (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205).

b) Bygger det upphovsrättsliga skyddet av en smak enbart på själva smaken eller (även) på livsmedelsreceptet?

c) Vad måste en part som i ett mål om intrång i upphovsrätten säger sig ha skapat en upphovsrättsligt skyddad livsmedelssmak göra gällande för att styrka detta? Kan denna part nöja sig med att överlämna det aktuella livsmedlet till domstolen, så att domstolen (genom att provsmaka och lukta) bildar sig en egen uppfattning om huruvida livsmedelssmaken uppfyller villkoren för upphovsrättsligt skydd? Eller måste käranden (även) beskriva de kreativa val som ligger till grund för smakkompositionen och/eller det recept som gör att smaken kan betraktas som upphovsmannens egen intellektuella skapelse?

d) Hur ska en domstol i ett mål om intrång i upphovsrätten fastställa huruvida smaken på det av svaranden framställda livsmedlet är så likt smaken på kärandens livsmedel att det rör sig om intrång i upphovsrätten? Har det härvidlag (även) betydelse att båda smakerna ger ett likartat samlat intryck?”

III. Förfarandet vid domstolen

31. Skriftliga yttranden har ingetts av Levola, Smilde, den franska och den italienska regeringen och Förenade kungarikets regering samt av Europeiska kommissionen. Levola, Smilde, den nederländska och den franska regeringen samt kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 4 juni 2018.

IV. Bedömning

32. Den hänskjutande domstolen vill genom den första frågan få klarhet i om ett livsmedels smak utgör ett ”verk” och kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd genom direktiv 2001/29.[7]

A. Upptagande till sakprövning

33. Smilde har gjort gällande att förevarande begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning. Smilde anser att förutom att Levola inte har uppfyllt sin motiveringsskyldighet och bevisbörda i målet vid den nationella domstolen kan målet även redan avslutas av det skälet att smaken på produkten Heksenkaas inte är originell.

34. Enligt min mening kan den invändning om rättegångshinder som Smilde har framställt inte bifallas av följande skäl.

35. Det ankommer uteslutande på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av unionsrätten. Av detta följer att frågor som rör unionsrätten presumeras vara relevanta. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av

7 Enligt Levola ”rör det sig i tvisten … mellan Levola och Smilde om smaken på produkten Heksenkaas åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Det rör sig om det sinnesintryck varigenom smaken *som sådan* upplevs och inte de medel varigenom detta intryck skapas. Skydd har således inte begärts för ett konkret ämne eller en förteckning över ingredienser. Det verk för vilket skydd har begärts är själva smaken inte bäraren av smaken” (punkt 9 i dess yttrande). Levola har vidare anfört att det ”inte är uteslutet att smaken kan skapas med hjälp av en annan bärare på samma sätt som den bild som konstnären har skapat genom en oljemålning kan efterbildas och återges på ett annat medium. Ett verk som skyddas upphovsrättsligt består nämligen av det immateriella intrycket och inte av den fysiska bäraren av uttrycket” (punkt 86 i dess yttrande).

unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [8]

36. Det ska även betonas att förevarande begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av unionsrätten och närmare bestämt tolkningen av artiklarna 2–5 i direktiv 2001/29. Eftersom det inte finns något som tyder på och det inte heller har påstått att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen eller att problemet är hypotetiskt, anser jag att domstolen inte får förklara att de tolkningsfrågor som ställts av den hänskjutande domstolen avseende tolkningen av detta direktiv och begreppet verk inte får tas upp till sakprövning enbart av det skälet att en av parterna i målet anser att målet vid den nationella domstolen ska avgöras på grundval av andra grunder och argument.

B. Prövning i sak

1. Begreppet verk – ett enhetligt och självständigt unionsrättsligt begrepp

37. Begreppet verk i den mening som avses i artikel 2 a och artikel 3.1 och artikel 4.1 i direktiv 2001/29 definieras inte i detta direktiv. [9] I dessa bestämmelser hänvisas inte heller till nationell rätt vad gäller begreppet verk. [10]

38. I detta fall följer det, enligt EU-domstolens fasta praxis, av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen att ordalydelsen i en unionsrättslig bestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, i regel ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen, med beaktande av det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen. [11]

39. Det följer av denna praxis att uttrycket verk ska anses utgöra ett självständigt begrepp i unionsrätten, som måste ha samma innebörd och räckvidd i alla medlemsstater. Det ankommer således på domstolen att ge en enhetlig tolkning av detta begrepp inom ramen för unionens rättsordning. [12]

8 Se dom av den 1 juli 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, punkterna 19 och 20 och där angiven rättspraxis).

9 Dessutom innehåller inte unionslagstiftningen någon specifik bestämmelse om upphovsrättsligt skydd av ett livsmedels smak.

10 Levola har anfört att ”om det i unionsrätten finns ett enhetligt och självständigt verksbegrepp som inte ger medlemsstaterna frihet att på nationell nivå uppställa ytterligare villkor för att bevilja upphovsrättsligt skydd … måste unionsrätten även avgöra frågan om medlemsstaterna ska bevilja upphovsrättsligt skydd för originella skapelser som förnims på annat sätt än genom syn eller hörsel, såsom en smak eller doft eller om de inte ens *kan* bevilja sådana smak- eller doftskapelser upphovsrättsligt skydd när denna smak eller doft är resultatet av ett kreativt intellektuellt arbete varigenom upphovsmannen har gett sin personliga kreativitet ett uttryck” (punkt 41 i dess yttrande). Eftersom domstolen emellertid enbart avsåg att fastställa en kvalitativ miniminivå för upphovsrättsligt skydd i form av ett krav på ”upphovsmannens egna intellektuella skapelse” – såsom till exempel erkänts i tysk rättspraxis – är det följaktligen uppenbart att det står medlemsstaterna fritt att ge upphovsrättsligt skydd åt ett verk som består av smaken av en kulinarisk skapelse om denna smak i vart fall kan kvalificeras som upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Den kvalitativa miniminivån som fastställts för ”egen intellektuell skapelse” utesluter nämligen inte nödvändigtvis något av de mänskliga sinnena, vilket innebär att det ankommer på medlemsstaterna att fastställa om det är relevant på vilket sätt en egen intellektuell skapelse uppfattas sensoriskt (punkt 42 i dess yttrande).

11 Se dom av den 16 juni 2011, Omejc (C-536/09, EU:C:2011:398, punkt 19). Se, även, domen Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

12 Se, för ett liknande resonemang, dom Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkt 33).

40. Härav följer att begreppet verk som är ett självständigt begrepp i unionsrätten inte tillåter medlemsstaterna att föreskriva andra eller ytterligare bestämmelser på detta område. Unionsrätten utgör följaktligen hinder mot en nationell lagstiftning som utanför den ram som föreskrivs i direktiv 2001/29,[13] gör det möjligt att skydda smaker på livsmedelsprodukter[14] upphovsrättsligt.

2. Begreppet verk och kravet på intellektuella skapelser

41. Den franska regeringen anser att det för att avgöra om ett livsmedels smak kan komma i åtnjutande av det upphovsrättsliga skydd som föreskrivs direktiv 2001/29 bör fastställas om den kan betraktas som ett verk, det vill säga ett föremål som är originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

42. Domstolen slog i punkt 34 i domen av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), fast att ”[d]et följer … av systemet i Bernkonventionen, bland annat av artikel 2.5 och 2.8 i denna konvention, att skydd av litterära eller konstnärliga verk förutsätter att de utgör intellektuella skapelser.[15] Domstolen slog dessutom fast att den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 endast tillämpas med avseende på ett alster som är originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.[16]

43. I punkt 88 i dom av den 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798) slog domstolen fast att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet. Enligt punkt 39 i domen av den 1 mars 2012, Football Dataco m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115) är egenartskriteriet inte uppfyllt när upprättandet av databasen präglas av tekniska överväganden, regler eller krav som inte lämnar utrymme för en kreativ frihet. Dessutom slog domstolen i punkt 42 i nämnda dom fast att det förhållandet att det för att upprätta databasen, oberoende av skapandet av de data den innehåller, krävts ett väsentligt arbete och väsentlig skicklighet från upphovsmannens sida, inte i sig kan motivera upphovsrättsligt skydd, om detta arbete och denna skicklighet inte ger uttryck för någon egenart vid urvalet eller sammanställningen av data.

44. Även om det förhållandet att ett alster är originellt är en nödvändig förutsättning för att komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd räcker det inte enligt min mening. Förutom kravet på att det berörda alstret ska vara originellt måste det röra sig om ett ”verk”.

45. I punkt 33 i dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) slog domstolen fast att det i ”artikel 2 a i direktiv 2001/29 föreskrivs att upphovsmän har ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande helt eller delvis av sina verk. Härav följer att det skydd som rätten att tillåta eller förbjuda mångfaldigande som upphovsmannen har avser ett ’verk’.”[17]

13 Eller i en annan bestämmelse i unionsrätten som eventuellt kan antas om unionslagstiftaren beslutat detta.

14 Se, analogt, dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkter 27–29) och dom av den 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkterna 29–37).

15 I domen Feist Publications, Inc. mot Rural Telephone Service Co., Inc. 499 U.S. 340 slog Förenta staternas högsta domstol fast att originaliteten var ett absolut villkor i upphovsrätten.

16 Punkt 37 i domen Infopaq International. Enligt domstolen ska ”verk såsom datorprogram, databaser och fotografier endast åtnjuta upphovsrättsligt skydd om de är originella på så sätt att *de är upphovsmannens egen intellektuella skapelse*” (punkt 35 i nämnda dom, min kursivering).

17 I artikel 3 i direktiv 2001/29 om rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten och artikel 4 i nämnda direktiv om spridningsrätt hänvisas också till ett ”verk”.

46. Av denna rättspraxis framgår klart att det enligt artikel 2 a i direktiv 2001/29 dels krävs att det föreligger ett ”verk”,[18] dels att detta verk är originellt. Det är viktigt att dessa två begrepp som inte är identiska inte sammanslås eller sammanblandas.

47. Jag anser följaktligen, i likhet med kommissionen, att det förhållandet att ett ”verk kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd enligt artikel 2 a i direktiv 2001/29 enbart om det uppfyller detta egenartskriterium emellertid inte kan tolkas på så sätt att det omvänt innebär att varje alster som uppfyller detta kriterium på grund av detta ’automatiskt’ ska anses som ett ’verk’ som är upphovsrättsligt skyddat i den mening som avses nämnda direktiv”.[19]

3. Huruvida en smak utgör ett verk

48. Eftersom begreppet verk inte definieras i direktiv 2001/29 är det enligt min mening lämpligt att beakta bestämmelserna i Bernkonventionen. Trots det förhållandet att unionen inte är part i Bernkonventionen ”är den ändå – enligt artikel 1.4 i WIPO:s fördrag om upphovsrätt, i vilket unionen är part och vilket utgör en del av dess rättsordning samt vilket direktiv 2001/29 har till syfte att genomföra – skyldig att följa artiklarna 1–21 i Bernkonventionen”.[20]

49. Unionen är följaktligen skyldig att följa bland annat artikel 2.1 i Bernkonventionen i vilken det fastställs vilka ”litterära och konstnärliga” verk som kan skyddas av upphovsrätt. Enligt denna bestämmelse innefattar uttrycket ”litterära och konstnärliga verk” ”alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck.” Dessutom innehåller artikel 2.1 i Bernkonventionen *en icke uttömmande förteckning*[21] över ”litterära och konstnärliga verk” som är skyddade.[22]

50. I denna förteckning hänvisas inte till smaker och inte heller till verk som är analoga med smaker såsom dofter eller parfymer men den utesluter inte dessa uttryckligen.

51. Trots det förhållandet att ”uttrycket ’litterära och konstnärliga verk’ innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck” hänvisas i denna bestämmelse endast till verk som uppfattas akustiskt eller visuellt, såsom böcker och musikverk, med undantag för skapelser som kan uppfattas med andra sinnen såsom smak-, lukt- eller känselsinnet.

18 Enligt Förenade kungarikets regering vore det felaktigt att tolka domen av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465) på så sätt att den innebär att alla typer av verk måste vara upphovsrättsligt skyddade, eftersom det rör sig om en upphovsmans intellektuella skapelse. Argumentationen i punkt 37 ska läsas mot bakgrund av punkterna 34–36 där det klargörs att skyddssystemet i direktiv 2001/29 enbart gäller för vissa alster som klassificeras som litterära och konstnärliga verk enligt Bernkonventionen eller en annan unionsrättslig bestämmelse såsom direktivet om datorprogram (punkt 19 i dess yttrande).

19 Punkt 33 i kommissionens yttrande. I dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkterna 96–99), slog domstolen fast att idrottsevenemang inte kan anses utgöra sådana *intellektuella skapelser som kan klassificeras som verk*, eftersom det för att kunna räknas som verk krävs att det aktuella alstret är originellt på så sätt att det *är upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Ordalydelsen i dessa punkter i domen ger visserligen intrycket av att ett ”verk” är synonymt med en ”intellektuell skapelse” och att det enda kravet för att kunna göra gällande en upphovsrätt är att det föreligger en ”intellektuell skapelse”. Av denna dom framgår emellertid enligt min mening att idrottsevenemang, särskilt fotbollsmatcher inte är upphovsrättsligt skyddade, eftersom de omgärdas av spelregler som inte lämnar utrymme för en kreativ frihet i den mening som avses i upphovsrätten. Idrottsevenemang är i sig nämligen inte originella. Frågan om idrottsevenemang är (icke originella) ”verk” har inte prövats av domstolen.

20 Se dom av den 9 februari 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, punkt 59).

21 Enligt min mening tyder uttrycket ”telles que” i den franska språkversionen och ”such as” i den engelska språkversionen på att förteckningen inte är uttömmande och således endast ger exempel på ”litterära och konstnärliga” verk som kan skyddas upphovsrättsligt.

22 Se artikel 2.6 i Bernkonventionen.

52. Det internationella samfundet har vid ihållande tvivel om vissa verks upphovsrättsliga skydd regelbundet vidtagit åtgärder för att klargöra att dessa verk, under förutsättning att de är originella, är upphovsrättsligt skyddade, antingen genom att ändra Bernkonventionen eller genom att ingå andra multilaterala avtal. [23]

53. WIPO-fördraget om upphovsrätt som är en särskild överenskommelse i den mening som avses i Bernkonventionen antogs således särskilt för att skydda verk i den digitala miljön, [24] såsom datorprogram och sammanställningar av uppgifter eller annat material (databaser). [25]

54. Smaken på en livsmedelsprodukt kan inte kopplas till något av de verk som skyddas av detta fördrag och enligt min kännedom skyddar inte någon annan bestämmelse i internationell rätt smaken på en livsmedelsprodukt upphovsrättsligt. [26]

55. Dessutom anser jag i överensstämmelse med den franska regeringens och kommissionens anmärkningar att utvecklingen av ett livsmedels smak eller en parfym visserligen kräver arbete och know-how, men de utgör alster för vilka upphovsrättsligt skydd enbart kan säkerställas om de är originella. [27] Det upphovsrättsliga skyddet omfattar *originella uttryck* men inte idéer, förfaranden, tillvägagångssätt eller matematiska begrepp som sådana. [28] Enligt min mening kan den form i vilken ett recept uttrycks (uttrycksformen) visserligen skyddas upphovsrättsligt, om uttrycksformen är originell, men upphovsrätten skyddar inte receptet som sådant (idén). Denna åtskillnad kallas på engelska ”idea/expression dichotomy”.

23 Se, för ett liknande resonemang, s. 25 i Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI (riktlinjer till de fördrag om upphovsrätt och närstående rättigheter som förvaltas av WIPO) som offentliggjordes år 2003 som är tillgängliga på följande webbplats: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 Se skäl 15 i direktiv 2001/29. I artikel 4 i WIPO-fördraget om upphovsrätt föreskrivs uttryckligen att datorprogram skyddas som sådant litterärt verk som avses i artikel 2 i Bernkonventionen. I artikel 5 i samma fördrag föreskrivs att databaser, oavsett form, som genom urvalet eller dispositionen av innehållet utgör intellektuella skapelser också skyddas som sådana, på samma sätt och i samma egenskap. Se även artikel 10 i TRIPs-avtalet.

25 Direktiv 2001/29 avser det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter, med undantag av bland annat rättsligt skydd för datorprogram och rättsligt skydd för databaser. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (EUT L 111, 2009, s. 16) avser nämligen specifikt rättsligt skydd för datorprogram. Av första skälet i rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (EGT L 122, 1991, s. 42; svensk specialutgåva, område 17, volym 1 s. 111), som har upphävts och ersatts av direktiv 2009/24, framgår att ”datorprogram … för närvarande inte [är] klart skyddade av gällande lagstiftning i alla medlemsstater och där sådant skydd finns är det av skiftande innebörd”. Det ska i detta avseende påpekas att ett datorprograms objektkod i princip inte kan uppfattas av en människa. Ett datorprograms objektkod är emellertid en precis och stabil skapelse som på ett konkret och objektivt sätt kan ”läsas” och ”uppfattas av en maskin. Dessutom avser Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, 1996, s. 20) specifikt rättsligt skydd för databaser. I artikel 3.1 i direktiv 96/9 som avser upphovsrätt föreskrivs att ”databaser som på grund av innehållets urval eller sammanställning utgör sådana intellektuella verk som kan utgöra föremål för upphovsrätt. Inga andra kriterier kan tillämpas för att besluta om skydd skall ges.” I artikel 7.1 i direktiv 96/9 skyddas genom en rätt av sitt eget slag databaser vars anskaffning, granskning eller presentation visar sig innehålla en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering.

26 Enligt Smilde avsåg ”*ingen* lagstiftare, varken upphovsmännen till Bernkonventionen, eller förhandlarna till TRIPs-avtalet, eller författarna till WIPO-fördraget om upphovsrätt och bestämt inte heller de parter som deltog i den lagstiftningsprocess som ledde till direktiv [2001/29] att tillåta att något subjektivt, förgängligt, oprecist, föränderligt, ogripbart och tekniskt bestämt såsom smak monopoliseras genom upphovsrätt” (punkt 91 i dess yttrande).

27 Nämligen intellektuella skapelser. Se dom av den 1 mars 2012, Football Dataco m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, punkt 42).

28 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 maj 2012, SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, punkt 33). Se även artikel 2 i WIPO-fördraget och artikel 9.2 i TRIPs-avtalet.

56. Dessutom ska sådana originella uttryck kunna *identifieras tillräckligt precist och objektivt*. Domstolen fastslog således i dom av den 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punkt 55) i vilken frågan uppkom om ett tecken, i det målet en doft, som i sig inte kan uppfattas visuellt kan utgöra ett varumärke, att detta är möjligt ”under förutsättning att det kan återges grafiskt, i synnerhet med hjälp av figurer, linjer eller bokstäver, varvid återgivningen skall vara *klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv*.” [29]

57. På teknikens nuvarande utvecklingsnivå är det enligt min mening emellertid för närvarande omöjligt att definiera en smak eller en doft precist och objektivt. I detta avseende har den italienska regeringen påpekat att ”det trots de vetenskapliga insatser som hittills gjorts för att entydigt definiera ett livsmedels organoleptiska egenskaper, är i nuläget ’smaken’ huvudsakligen en kvalitativ faktor som först och främst anknyter till smakupplevelsens subjektiva karaktär. Ett livsmedels organoleptiska egenskaper är nämligen avsedda att uppfattas och utvärderas av sinnesorganen, huvudsakligen lukt- och smaksinnet men även känselsinnet på grundval av subjektiva upplevelser eller de intryck som livsmedlet framkallar på nämnda sinnesorgan. En objektiv beskrivning av sådana upplevelser finns ännu inte.” [30] Jag utesluter inte att tekniker för en precis och objektiv identifiering av en smak eller en doft kan komma att utvecklas, vilket skulle kunna föranleda lagstiftaren att vidta åtgärder och skydda dessa upphovsrättsligt eller med andra medel.

58. Den möjlighet, som Levola tagit upp i sitt yttrande, att överlåta identifieringen av en smak till en domstol eller till en av domstolen utsedd sakkunnig, påverkar enligt min mening inte det faktum att denna identifiering [31] till sin natur är subjektiv. [32] Möjligheten att tillräckligt precist och objektivt identifiera ett verk och följaktligen omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet av verket är oundgänglig för att iaktta rättssäkerhetsprincipen i upphovsrättsinnehavarens och särskilt i tredje mans intresse, som kan bli föremål för ett domstolsförfarande, till exempel på grund av brott [33] eller intrång i upphovsrätten.

59. Det förhållandet att livsmedelsprodukter kan vara instabila är i sig inte övertygande. Bortsett från att det i direktiv 2001/29 inte föreskrivs något krav på att ett verk ska vara fixerat, [34] är det inte det medium på eller i vilket ett verk är fixerat som är föremål för upphovsrätten, utan verket i sig.

60. Det förhållandet att smaker i sig är kortvariga, flyktiga och instabila talar enligt min uppfattning dock mot att de kan identifieras på ett precist och objektivt sett och följaktligen mot att de kvalificeras som verk i upphovsrättslig mening.

29 Villkoret att ett tecken ska kunna återges grafiskt finns inte längre i unionsrätten. Det ska emellertid påpekas att det i artikel 3 b i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (EUT L 336, 2015, s. 1), som trädde i kraft den 12 januari 2016 och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2424 av den 16 december 2015 om ändring av rådets förordning (EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken och av kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke samt om upphävande av kommissionens förordning (EG) nr 2869/95 om de avgifter som skall betalas till Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (EUT L 341, 2015, s. 21), *som trädde i kraft den 23 mars 2016 föreskrivs att tecknen ska kunna återges i registret på ett sätt som gör det möjligt för de behöriga myndigheterna och allmänheten att klart och tydligt avgöra föremålet för det skydd som beviljats innehavaren*.

30 Se punkt 34 i detta yttrande.

31 Det är här tal om identifiering av verket och inte om en bedömning av dess originalitet med avseende på vilken olika uppfattningar kan förekomma och som innebär en grad av subjektivitet. Om en exakt och objektiv identifiering av ett verk emellertid inte är möjlig, är inte heller en bedömning av dess originalitet möjlig.

32 Kommissionen anser att de sinnesintryck eller intryck som en smak framkallar ”är subjektiva, icke-konkreta och (därmed) inte kan reproduceras, i vart fall inte på ett sätt som är tillräckligt säkert, objektivt och specifikt för att möjliggöra upphovsrättsligt skydd” (punkt 41 i dess yttrande).

33 I skäl 28 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 2004, s. 45, rättelse i EUT L 195, 2004, s. 16) föreskrivs att ”[u]töver de civila och administrativa åtgärder, förfaranden och sanktioner som anges i detta direktiv utgör också straffrättsliga påföljder, i lämpliga fall, ett sätt att säkerställa skyddet av immateriella rättigheter”.

34 Se även artikel 2.2 i Bernkonventionen.

61. Jag anser därför att ett livsmedels smak inte utgör ett ”verk” i den mening som avses i direktiv 2001/29. Härav följer att en smak inte kan omfattas av rätten till mångfaldigande,[35] rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten,[36] och spridningsrätten[37] i den mening som avses i direktiv 2001/29 som enbart avser verk. Dessutom avser de undantag och inskränkningar som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 2001/29 enbart verk som skyddas av dessa rättigheter.

62. Av ovanstående överväganden följer att direktiv 2001/29 utgör hinder mot att ett livsmedels smak skyddas upphovsrättsligt. Eftersom den andra frågan enbart har ställts för det fallet att direktiv 2001/29 inte utgör hinder mot att ett livsmedels smak skyddas upphovsrättsligt och särskilt avser villkoren för att bevilja detta skydd och omfattningen av detta skydd behöver den inte besvaras.

V. Förslag till avgörande

63. På grund av samtliga föregående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de hänskjutna frågorna som ställts av Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden, Nederländerna) på följande sätt:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället utgör hinder mot att ett livsmedels smak skyddas upphovsrättsligt.

35 Se artikel 2 i direktiv 2001/29.

36 Se artikel 3 i direktiv 2001/29.

37 Se artikel 4 i direktiv 2001/29.