



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 25 юли 2018 година¹

Дело C-310/17

Levola Hengelo
срещу
Smilde Foods BV

(Преюдициално запитване, отправено от Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Апелативен съд Арнем-Леуварден, Нидерландия)

„Преюдициално запитване — Директива 2001/29/ЕО — Авторско право и сродни права — Понятието „произведение“ — Вкус на хранителен продукт“

1. Настоящото преюдициално запитване от 23 май 2017 г., внесено в секретариата на Съда от Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Апелативен съд Арнем-Леуварден, Нидерландия) на 29 май 2017 г., е относно тълкуването на членове 2—5 от Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество².
2. Запитването е отправено в рамките на спор на дружеството Levola Hengelo BV (наричано по-нататък „Levola“) с дружеството Smilde Foods BV (наричано по-нататък „Smilde“), и двете — предприятия, занимаващи се с производството на храни, по повод твърдяно нарушение от страна на Smilde на притежавано от Levola авторско право върху вкуса на сирене за намазване със сметана и билки с наименование „Heksenkaas“ или „Heks'nkaas“ (наричано по-нататък „Heksenkaas“)³.
3. Запитващата юрисдикция счита, че за да се произнесе по спора, с който е сезирана, трябва да установи по-специално дали правото на Съюза, и конкретно Директива 2001/29 допуска авторскоправна закрила на вкуса на хранителен продукт.

¹ Език на оригиналния текст: френски.

² ОВ L 167, 2001 г., стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230.

³ На български „Вещерско сирене“.

I. Правна уредба

A. Международното право

1. Бернска конвенция

4. Член 2 от Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения, подписана в Берн на 9 септември 1886 г. (Парижки акт от 24 юли 1971 г.), в редакцията ѝ след изменението от 28 септември 1979 г. (наричана по-нататък „Бернската конвенция“) гласи:

„1. Понятието „литературни и художествени произведения“ включва всеки продукт от литературната, научната и художествената област, независимо от начина и формата на изразяването му, като книги, брошури и други писмени произведения; лекции, обръщения, проповеди и други произведения от същия характер; драматични или драматично-музикални произведения; хореографски произведения и пантомими; музикални композиции с текст или без текст; кинематографични произведения, към които се приравняват произведенията, създадени по способ, аналогичен на кинематографичния; рисунки, произведения на живописиста, архитектурата, скулптурата, графиката и литографията; фотографски произведения, към които се приравняват произведения, създадени по способ, аналогичен на фотографския; произведения на приложното изкуство; илюстрации, карти, планове, чертежи и пластични произведения, свързани с географията, топографията, архитектурата или науката.

2. Страните от [Съюза] си запазват правото да предвидят в своето законодателство, че произведенията или определени видове от тях, които не са фиксирани в материална форма, не се ползват от закрила.

[...]

5. Сборници от литературни и художествени произведения като енциклопедии и антологии, които поради подбор и подреждане на съдържанието им, представляват интелектуални творения, се закрилят без да се накърнява авторското право върху всяко от произведенията, съставляващо част от такъв сборник.

6. Произведенията, упоменати в този член, се ползват от закрила във всички страни от Съюза. Тази закрила действа в полза на автора и неговите правоприменници.

[...]“.

5. Съгласно член 9, параграф 1 от Бернската конвенция:

„Авторите на литературни и художествени произведения, закриляни от тази Конвенция, имат изключителното право да разрешават възпроизвеждането на тези произведения по какъвто и да е начин и в каквато и да е форма“.

2. Договор на СОИС за авторското право

6. На 20 декември 1996 г. Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) приема в Женева Договора на СОИС за авторското право (наричан по-нататък „Договор на СОИС за авторското право“), който влиза в сила на 6 март 2002 г. и е одобрен от името на Европейската общност с Решение 2000/278/ЕО⁴.

7. Озаглавеният „Връзка с Бернската конвенция“ член 1 от Договора на СОИС за авторското право предвижда в параграф 4:

„Договарящите се страни трябва да спазват членове от 1 до 21 и допълнението към Бернската конвенция“.

8. Озаглавеният „Приложно поле на авторско-правната закрила“ член 2 от Договора на СОИС за авторското право предвижда:

„Авторско-правната закрила се разпростира върху обективно изразените форми, а не върху идеи, процеси, методи на функциониране или математически понятия като такива“.

9. Озаглавеният „Компютърни програми“ член 4 от Договора на СОИС за авторското право предвижда:

„Компютърните програми се закрилят като литературни произведения по смисъла на член 2 от Бернската конвенция. Тази закрила се прилага към компютърните програми, независимо от начина или формата на тяхното външно изразяване“.

10. Съгласно озаглавения „Сборни произведения (бази данни)“ член 5 от Договора на СОИС за авторското право:

„Сборните произведения или други материали, в каквато и да е форма, които по своя подбор или подреждане на съдържанието им представляват интелектуални произведения, се закрилят като такива. Тази закрила не се разпростира върху самите данни или материали и не накърнява никое авторско право върху тези данни или материали, съдържащи се в сборника“.

3. Споразумение за СТО и Споразумение ТРИПС

11. Споразумението за свързаните с търговията аспекти на правата върху интелектуалната собственост (ТРИПС) от 15 април 1994 г. (ОВ L 336, 1994 г., стр. 214; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 10, стр. 228), което съставлява приложение 1 В към Споразумението за създаване на Световната търговска организация (СТО) (ОВ L 336, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 10, стр. 5), е одобрено с Решение 94/800/ЕО на Съвета от 22 декември 1994 година относно сключването от името на Европейската общност, що се отнася до въпроси от нейната компетентност, на споразуменията, постигнати на Уругвайския кръг на многостранните преговори (1986—1994 г.)⁵.

⁴ Решение на Съвета от 16 март 2000 година относно одобрението от името на Европейската общност на Договора на СОИС за авторското право и Договора на СОИС за изпълненията и фонограмите (ОВ L 89, 2000 г., стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 20, стр. 212).

⁵ ОВ L 336, 1994 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 10, стр. 3.

12. Член 9 от Споразумението ТРИПС, озаглавен „Връзка с Бернската конвенция“, гласи:

„1. Страните членки [на СТО] следва да спазват разпоредбите на членове от 1 до 21 от Бернската конвенция (1971 г.) и приложението към нея. [...]

2. Закрилата на авторското право обхваща изразени резултати на творческа дейност, а не идеи, процедури, методи на действие или математически концепции сами по себе си“.

13. Член 10 от Споразумението ТРИПС, озаглавен „Компютърни програми и компилации на данни“, гласи:

„1. Компютърните програми, независимо дали са изходни или обектни, са защитени като литературни произведения в рамките на Бернската конвенция (1971).

2. Компилациите на данни или други материали, независимо дали са в машинно-четивна или друга форма, които по причина на селекцията или подреждането на съдържанието им представляват интелектуални творби, са защитени като такива. Такава закрила, която не се простира върху самите данни или материали, не трябва да накърнява авторското право, отнасящо се до самите данни или материали“.

Б. Правото на Съюза

14. Член 2 от Директива 2001/29, озаглавен „Право на възпроизвеждане“, предвижда:

„Държавите членки предвиждат изключителното право да разрешават или забраняват пряко или непряко, временно или постоянно възпроизвеждане по какъвто и да е начин и под каквато и да е форма, изцяло или частично:

а) за авторите — на техните произведения;

[...]“.

15. Член 3 от Директива 2001/29, озаглавен „Право на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“, предвижда:

„1. Държавите членки предоставят на авторите изключително право да разрешават или забраняват публичното разгласяване на техни произведения по жичен или безжичен път, включително предоставяне на публично разположение на техни произведения по такъв начин, че всеки може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него.

[...]“.

16. Член 4 от Директива 2001/29, озаглавен „Право на разпространение“, предвижда:

„1. Държавите членки предвиждат за авторите по отношение на оригинала на техните произведения или на техни копия изключителното право да разрешават или забраняват всякаква форма на публично разпространяване чрез продажба или по друг начин.

[...]“.

V. Нидерландското право

17. Член 1 от Auteurswet (нидерландски закон за авторското право, наричан по-нататък „Законът за авторското право“) гласи:

„Авторското право е изключителното право на автора на литературно, научно или художествено произведение или на неговия правоприемник да публикува това произведение и да го възпроизвежда при спазване на предвидените в закона ограничения“.

18. Текстът на член 10 от Закона за авторското право е следният:

„1. Произведения на литературата, науката или изкуството по смисъла на този закон са:

- 1) книги, брошури, вестници, периодични издания и всякакви други писмени произведения;
- 2) драматични и музикално-драматични произведения;
- 3) речи;
- 4) произведения на танцовото изкуство и пантомимични произведения;
- 5) музикални произведения със и без текст;
- 6) рисунки, картини, архитектурни скици, скулптури, литографии, гравюри и други сборници с произведения;
- 7) географски карти;
- 8) проекти, скици и триизмерни изображения, отнасящи се до инженерните науки, географията, топографията или други науки;
- 9) фотографски произведения;
- 10) филми и други аудио-визуални произведения;
- 11) произведения на приложното изкуство, както и промишлени дизайни;
- 12) компютърни програми и подготвителния материал;

както и в общи линии всяко произведение в областта на литературата, науката или изкуството, без оглед на това по какъв начин или в каква форма е публикувано то.

[...]“.

II. Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

19. Heksenkaas е сирене за намазване със сметана и билки. Създадено е през 2007 г. от холандски търговец на зеленчуци и пресни продукти. По силата на договор, сключен през 2011 г., и срещу възнаграждение, обвързано с оборота от продажбите, създателят на този продукт преотстъпва на Levola свързаните с него права върху интелектуалната собственост.

20. На 10 юли 2012 г. е патентован производственият процес за Heksenkaas, а към средата на 2010 г. е подадена заявка за регистрация на словната марка „Heksenkaas“.

21. От януари 2014 г. Smilde произвежда продукт с наименование „Witte Wievenkaas“ за верига от супермаркети в Нидерландия.

22. Тъй като счита, че производството и продажбата на Witte Wievenkaas накърняват авторското му право върху „вкуса“ на Heksenkaas, Levola завежда дело срещу Smilde пред Rechtbank Gelderland (Районен съд Гелдерланд, Нидерландия). Levola дефинира авторското право върху вкуса като „цялостното усещане на вкусовите рецептори при консумацията на хранителен продукт, включително възприятието в устата от допира с него“.

23. Levola иска от Rechtbank Gelderland (Районен съд Гелдерланд) да установи, от една страна, че вкусът на Heksenkaas е собствено интелектуално творение на автора на вкуса и следователно че се ползва с авторскоправна закрила като „произведение“ по смисъла на член 1 Закона за авторското право, а от друга страна, че вкусът на продукта, произвеждан от Smilde, представлява възпроизвеждане на това „произведение“. То също така иска от тази юрисдикция да разпорежи на Smilde да преустанови, както и за в бъдеще да се въздържа от всякакво нарушение на авторските му права, включително чрез производство, покупка, продажба или друга търговска дейност с продукта с наименование „Witte Wievenkaas“.

24. С решение от 10 юни 2015 г. Rechtbank Gelderland (Районен съд Гелдерланд) приема, че и без да е необходимо да отговаря на въпроса дали вкусът на Heksenkaas може да получи авторскоправна закрила, при всички положения претенциите на Levola трябва да бъдат отхвърлени, тъй като то не е посочило въз основа на кои елементи или коя комбинация от елементи на вкуса на продукта „Heksenkaas“ следва да се приеме наличието на негов собствен, оригинален характер и индивидуални белези.

25. Levola обжалва това съдебно решение пред запитващата юрисдикция.

26. Според нея по същество въпросът по делото е дали вкусът на хранителен продукт може да бъде обект на авторскоправна закрила. Тя добавя, че страните по делото, с което е сезирана, са на коренно различно мнение по този въпрос.

27. Според Levola вкусът на хранителен продукт може да се окачестви като литературно, научно или художествено произведение, ползващо се с авторскоправна закрила. Levola се позовава по-специално на решение от 16 юни 2006 г. на Hoge Raad der Nederlanden (Върховния съд на Нидерландия), Lancôme (ECLI:NL:HR:2006:AU8940), в което съдът принципно приема за възможно признаването на авторско право върху аромата на парфюм.

28. Обратно, според Smilde системата за закрила на авторското право се отнася само за визуални и звукови произведения и не включва закрила на вкусове. Освен това нетрайният характер на хранителните продукти и субективният характер на вкусовото възприятие изключвали класифицирането на вкуса на хранителен продукт като закриляно с авторско право произведение. Също така изключителните авторски права върху произведение, предмет на интелектуална собственост, и техните ограничения не намирали никакво или почти никакво приложение по отношение на вкусовете.

29. Запитващата юрисдикция отбелязва, че Cour de cassation (Касационен съд, Франция) категорично е изключил възможността за предоставяне на авторскоправна закрила на аромат, по-специално в свое решение от 10 декември 2013 г.⁶. При това положение практиката на върховните национални съдилища в Европейския съюз не била последователна по въпроса за авторскоправната закрила на аромат, който въпрос бил сходен с въпроса, предмет на разглеждане по делото пред запитващата юрисдикция.

⁶ Касационен съд, търговско отделение, 10 декември 2013 г., № 11-19.872, непубликувано в бюлетина (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205).

30. При това положение *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* (Апелативен съд Арнем-Леуварден) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1. а) Допуска ли правото на Съюза авторскоправна закрила на вкус на хранителен продукт като собствено интелектуално творение на автора му? По-специално:
- б) Допустима ли е авторскоправната закрила предвид обстоятелството, че макар понятието „литературни и художествени произведения“ по член 2, параграф 1 от Бернската конвенция, страни по която са всички държави — членки на Съюза, да включва „всеки продукт от литературната, научната и художествената област, независимо от начина и формата на изразяването му“, посочените в същата разпоредба примери се отнасят само до произведения, които могат да бъдат възприемани визуално и/или звуково?
- в) Допускат ли (евентуалната) нетрайност на даден хранителен продукт и/или субективният характер на вкусовото възприятие вкусът на този хранителен продукт да се счита за закриляно от авторското право произведение?
- г) Допуска ли системата от изключителни права и ограничения в членове 2—5 от Директива 2001/29 авторскоправна закрила на вкуса на хранителен продукт?

2. При отрицателен отговор на първия въпрос, буква а):

- а) Кои изисквания трябва да са изпълнени, за да може вкусът на хранителен продукт да бъде закрилян с авторско право?
- б) Отнася ли се авторскоправната закрила на вкуса единствено за вкуса сам по себе си или (също) и за рецептата за съответния продукт?
- в) Какви обстоятелства трябва да докаже страната, която в производството (за установяване на нарушение) твърди, че е създала закрилян с авторско право вкус на хранителен продукт? Достатъчно ли е тази страна да представи хранителния продукт в производството пред националния съд, за да може той сам прецени чрез помириране и вкусане дали вкусът на хранителния продукт отговаря на изискванията за авторскоправна закрила? Или пък ищецът трябва (също) да опише творческите решения във връзка със създаването на вкуса и/или на рецептата, които позволяват вкусът да се счита за собствено интелектуално творение на автора?
- г) Как разглеждащият производство за установяване на нарушение национален съд следва да определи дали вкусът на хранителния продукт на ответника е толкова сходен с вкуса на хранителния продукт на ищеца, че нарушава авторското му право? В това отношение от значение ли е (също) дали цялостното усещане от двата вкуса е сходно?“.

III. Производството пред Съда

31. Писмени становища са представили *Levola*, *Smilde*, френското, италианското правителство, правителството на Обединеното кралство и Европейската комисия. *Levola*, *Smilde*, нидерландското, френското правителство, правителството на Обединеното кралство, както и Комисията представят и устни становища в съдебното заседание, проведено на 4 юни 2018 г.

IV. Анализ

32. С първия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали вкусът на хранителен продукт представлява „произведение“ и дали може да се ползва от авторскоправна закрила по Директива 2001/29⁷.

A. По допустимостта

33. Smilde поддържа, че настоящото преюдициално запитване е недопустимо. Според него, освен че Levola не било изпълнило задължението си да изложи основания и да приведе доказателства в главното производство, делото можело веднага да бъде прекратено, тъй като вкусът на продукта Heksenkaas не бил оригинален.

34. Според мен повдигнатото от Smilde възражение за недопустимост не би могло да се приеме поради следните съображения.

35. Само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени, предвид особеностите на делото, както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно, след като поставените въпроси се отнасят до тълкуването на правото на Съюза, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе. Оттук следва, че въпросите, които се отнасят до правото на Съюза, се ползват с презумпция за релевантност. В този смисъл Съдът може да отхвърли отправеното от национална юрисдикция запитване само ако е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или още когато Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси⁸.

36. Следва да се подчертае, че настоящото преюдициално запитване е относно тълкуването на правото на Съюза, и по-специално на членове 2—5 от Директива 2001/29. В отсъствието на указание или пък твърдение, че поисканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство, нито че проблемът е от хипотетично естество, считам, че поставените от запитващата юрисдикция въпроси относно тълкуването на тази директива и на понятието „произведение“ не биха могли да се считат за недопустими само поради факта, че според една от страните в главното производство делото трябва да бъде разрешено с други основания и доводи.

⁷ Според Levola „предмет на спора [...] между Levola и Smilde е авторскоправната закрила на *самия* вкус на Heksenkaas. Това е сетивното впечатление, което остава от усещането на *самия* вкус, а не са средствата, чрез които се създава такова впечатление. При това положение не се търси закрила на определена субстанция или на списък от съставки. Произведението, чиято закрила се търси, е самият вкус, а не неговият носител“ (т. 9 от писменото му становище). Levola добавя, че „не се изключва възможността вкусът да бъде възпроизведен чрез друг носител също както изображението, създадено от художник с маслени бои, може да бъде имитирано и възпроизведено на друг носител. Всъщност закриляното от авторското право произведение е нематериалният израз, а не физическият му носител“ (т. 86 от писменото му становище).

⁸ Вж. решение от 1 юли 2010 г., Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, т. 19 и 20 и цитираната съдебна практика).

Б. По същество

1. Понятието „произведение“ — „еднакво и самостоятелно за правото на Съюза“

37. Понятието „произведение“ по смисъла на член 2, буква а), член 3, параграф 1 и член 4, параграф 1 от Директива 2001/29 не е дефинирано в същата директива⁹. Тези разпоредби не съдържат и препращане към националното право, що се отнася до понятието „произведение“¹⁰.

38. При това положение съгласно постоянната практика на Съда както от изискването за еднакво прилагане на правото на Съюза, така и от принципа за равенство следва, че разпоредба от правото на Съюза, чийто текст не съдържа изрично препращане към правото на държавите членки с оглед на определяне на нейния смисъл и обхват, трябва по принцип да получи самостоятелно и еднакво тълкуване навсякъде в Европейския съюз, което трябва да бъде направено, като се отчитат контекстът на разпоредбата и целта на разглежданата правна уредба¹¹.

39. От тази съдебна практика следва, че думата „произведение“ трябва да се разглежда като съответстваща на самостоятелно понятие на правото на Съюза, чийто смисъл и обхват трябва да са идентични във всички държави членки. Поради това Съдът трябва да даде на това понятие еднакво тълкуване в правния ред на Съюза¹².

40. Оттук следва, че в качеството си на автономно понятие на правото на Съюза понятието „произведение“ не позволява на държавите членки да предвиждат различни или допълнителни норми в това отношение. Следователно правото на Съюза не допуска национална правна уредба да предвижда възможност за авторскоправна закрила на вкусовете на хранителни продукти¹³ извън предвидената от Директива 2001/29¹⁴ рамка.

2. Понятието „произведение“ и изискването за интелектуално творение

41. Френското правителство счита, че преди да се определи дали хранителният вкус може да се ползва от авторскоправна закрила по Директива 2001/29, следва да се установи дали той може да се счита за произведение, тоест за обект, който е оригинален в смисъл, че е собствено интелектуално творение на автора.

⁹ Освен това авторскоправната закрила на вкуса на хранителен продукт не се урежда изрично в законодателството на Съюза.

¹⁰ Според Levola „[а]ко в правото на Съюза съществува еднакво и самостоятелно понятие за произведение, което лишава държавите членки от свободата да определят на национално равнище допълнителни условия за предоставянето на авторскоправна закрила [...], правото на Съюза трябва също да разрешава въпроса дали държавите членки трябва да предоставят авторскоправна закрила на оригинални творби, възприемани не само зрительно или слухово, каквито например са вкусът или ароматът, или пък да не могат да предоставят авторскоправна закрила на такива вкусови или ароматни творби, макар вкусът или ароматът да са резултат на творчески интелектуален труд, благодарение на който авторът е дал израз на личната си креативност“ (т. 41 от неговото становище). „Ако обаче Съдът е имал намерение само да определи минимален качествен праг за целите на авторскоправната закрила под формата на изискване за „собствено интелектуално творение“ — както например допуска германската съдебна практика — то става ясно, че държавите членки са свободни да предоставят или не авторскоправна закрила на творба, състояща се във вкуса на кулинарното произведение, стига този вкус да може да се окачестви поне като собствено интелектуално творение на автора. Всъщност минималният качествен праг на „собственото интелектуално творение“ не изключва непременно никое от човешките сетива, поради което определянето на значението на сетивния път на възприятие на собственото интелектуално творение би зависело от преценката на държавите членки“ (т. 42 от неговото становище).

¹¹ Вж. решение от 16 юни 2011 г., Omejs (C-536/09, EU:C:2011:398, т. 19). Вж. също решение Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, т. 32 и цитираната съдебна практика).

¹² Вж. в този смисъл решение Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, т. 33).

¹³ Или от друга разпоредба на правото на Съюза, която евентуално би могла да бъде приета по решение на законодателя на Съюза.

¹⁴ Вж. по аналогия решения от 16 юли 2009 г., Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, т. 27—29), и от 21 октомври 2010 г., Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, т. 29—37).

42. В точка 34 от решение от 16 юли 2009 г., *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465), Съдът отбелязва, че „от общата система на Бернската конвенция, и по-специално от член 2, алинеи 5 и 8 от нея произтича, че закрилата на някои обекти като литературни или художествени произведения предполага те да представляват интелектуални творения“¹⁵. Освен това Съдът постановява, че авторското право по смисъла на член 2, буква а) от Директива 2001/29 може да се приложи единствено по отношение на обект, който е оригинален, в смисъл че е собствено интелектуално творение на неговия автор¹⁶.

43. В точка 88 от решение от 1 декември 2011 г., *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798), Съдът постановява, че дадено интелектуално творение е собствено, авторско интелектуално творение, когато отразява личността на автора. Съгласно точка 39 от решение от 1 март 2012 г., *Football Datasco* и др. (C-604/10, EU:C:2012:115), критерият за оригиналност не е изпълнен, когато изготвянето на базата данни трябва да бъде съобразено с технически съображения, правила или изисквания, които не оставят място за творческа свобода. Освен това в точка 42 от това решение Съдът постановява, че обстоятелството, че за изготвянето на базата данни е било необходимо, независимо от създаването на съдържащите се в нея данни, създателят ѝ да вложи значителен труд и умения, само по себе си не може да оправдае авторскоправната закрила на тази база данни, ако въпросният труд и умения не изразяват никаква оригиналност при подбора или подреждането на тези данни.

44. Считаю все пак, че макар оригиналността на обекта да е необходимо условие за получаване на авторскоправна закрила, то не е достатъчно. Освен да е оригинален, обектът трябва да бъде и „произведение“.

45. В точка 33 от решение от 16 юли 2009 г., *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465), Съдът постановява, че „[ч]лен 2, буква а) от Директива 2001/29 предвижда, че авторите имат изключителното право да разрешават или забраняват пълното или частичното възпроизвеждане на техните произведения. От това следва, че закрилата на правото на автора да разреши или да забрани възпроизвеждането има за предмет дадено „произведение“¹⁷.

46. От тази съдебна практика следва ясно, че член 2, буква а) от Директива 2001/29 изисква, от една страна, наличието на „произведение“¹⁸, а от друга страна, то да бъде оригинално. Важно е да не се допуска обединяване или смесване на тези две понятия, които са отделни.

15 В своето решение *Feist Publications, Inc. c/y Rural Telephone Service Co., Inc.* 499 U.S. 340, Върховният съд на САЩ постановява, че оригиналността е задължително условие за възникването на авторско право.

16 Точка 37 от решение *Infopaq International*. Според Съда „произведения като компютърни програми, бази данни или фотографии са защитени с авторско право само ако са оригинални, в смисъл че са *собствено интелектуално творение на техния автор*“ (т. 35 от споменатото решение, като курсивът е мой).

17 В член 3 от Директива 2001/29, който се отнася до „[п]раво[то] на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“, и в член 4, който се отнася до „[п]раво[то] на разпространение“, също се използва понятието „произведение“.

18 Според правителството на Обединеното кралство би било напълно неправилно да се тълкува решение от 16 юли 2009 г., *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465), „в смисъл, че всякакъв вид произведение, каквото и да е той, трябва да се ползва с авторскоправна закрила, тъй като става дума за интелектуално авторско творение. Съображенията в точка 37 трябвало да се тълкуват с оглед на точки 34–36, в които е казано ясно, че установената от Директива 2001/29 система за закрила е само за някои видове обекти, определени като литературни или художествени произведения на основание на Бернската конвенция или на друг акт от правото на Съюза, например Директивата относно компютърните програми“ (т. 19 от неговото становище).

47. Поради това, подобно на Комисията, считам, че „възможността авторскоправна закрила на произведение съгласно член 2, буква а) от Директива 2001/29 да възниква само ако то отговаря на критерия за оригиналност, все пак не би могла да се тълкува в смисъл, че от тази възможност пък следва и обратното, че всеки обект, който отговаря на този критерий, би трябвало поради това „автоматично“ да се счита за „произведение“, закриляно от авторското право по смисъла на посочената директива“¹⁹.

3. Представява ли вкусът произведение?

48. Тъй като Директива 2001/29 не дефинира понятието „произведение“, считам, че е уместно да се вземат под внимание разпоредбите на Бернската конвенция. Действително, макар Съюзът да не е договаряща се страна по Бернската конвенция, той „все пак е длъжен да спазва членове 1—21 от нея по силата на член 1, параграф 4 от Договора на СОИС за авторското право, по който е страна, който е част от неговия правен ред и чието приложение цели Директива 2001/29“²⁰.

49. Следователно Съюзът е длъжен да спазва по-специално член 2, параграф 1 от Бернската конвенция, който определя обхвата на „литературните и художествените произведения“, които могат да се ползват от авторскоправна закрила. Според посочената разпоредба понятието „литературни и художествени произведения“ „включва всеки продукт от литературната, научната и художествената област, независимо от начина и формата на изразяването му“. Освен това член 2, параграф 1 от Бернската конвенция съдържа *неизчерпателен списък*²¹ на „литературните и художествени“ произведения, които се ползват със закрила²².

50. Този списък не упоменава изобщо вкусовете, нито пък произведения, аналогични на тях, като например аромати или миризми, без обаче да ги изключва изрично.

51. Следва все пак да отбележа, че независимо от обстоятелството, че съгласно член 2, параграф 1 от Бернската конвенция „[п]онятието „литературни и художествени произведения“ включва всеки продукт от литературната, научната и художествената област, независимо от начина и формата на изразяването му“, разпоредбата упоменава единствено произведения, възприемани зрителино или слухово, например книги и музикални композиции, но не и продукти, които могат да бъдат възприемани чрез други сетива, например вкус, мирис или допир.

19 Точка 33 от писменото становище на Комисията. В решение от 4 октомври 2011 г., Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 96—99), Съдът постановява, че спортните срещи не биха могли да се разглеждат като *интелектуални творения, които да се квалифицират като произведения*, тъй като за да може да се направи такава квалификация, е необходимо съответният обект да бъде оригинален, в смисъл да е *собствено интелектуално творение на своя автор*. Макар текстът на тези точки от въпросното решение да оставя впечатлението, че „произведение“ е синоним на „интелектуално творение“ и единственото изискване за получаване на авторско право е съществуването на „интелектуално творение“, считам, че от посоченото решение следва, че спортните срещи, и по-специално футболните мачове, не се ползват с авторскоправна закрила, тъй като се провеждат съгласно правила за игра, които не оставят място за творческа свобода по смисъла на авторското право. Всъщност сами по себе си спортните срещи не се отличават с оригиналност. Въпросът дали спортните срещи представляват (неоригинални) „произведения“, не е разглеждан от Съда.

20 Вж. решение от 9 февруари 2012 г., Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, т. 59).

21 Според мен думите „telles que“ в текста на френски език и „such as“ в текста на английски език [(„като“ в текста на български език)] указват неизчерпателния и следователно примерен характер на „литературните и художествени“ произведения, които могат да получат авторскоправна закрила.

22 Вж. член 2, параграф 6 от Бернската конвенция.

52. Освен това, в случай на останали съмнения относно авторскоправната закрила на някои продукти, международната общност редовно предприема действия — било чрез внасяне на изменения в Бернската конвенция, било чрез приемането на други многостранни споразумения — за да установи ясно, че такива „произведения“ се ползват с авторскоправна закрила, при условие че са оригинални²³.

53. В този смисъл Договорът на СОИС за авторското право, който е специално споразумение по смисъла на Бернската конвенция, е приет по-специално с цел закрила на произведенията в цифрова среда²⁴, например компютърните програми и компилациите на данни или други материали (бази данни)²⁵.

54. Вкусът на хранителен продукт не може да бъде приближен до никое от закриляните от този договор „произведения“, а доколкото ми е известно, никоя друга международноправна разпоредба не предоставя авторскоправна закрила на вкуса на хранителен продукт²⁶.

55. Считам също, в съответствие със становищата на френското правителство и на Комисията, че макар процесът по разработването им да изисква работа и определени умения, хранителните вкусове или аромати биха могли да са обект на закрила от авторското право, само ако са оригинални²⁷. Авторскоправната закрила обхваща *оригиналните изразени резултати на творческа дейност*, а не идеи, процедури, методи на действие или математически концепции сами по себе си²⁸. Считам, че макар формата, която е обективен израз на рецептата (резултатът от творческата дейност), да може да получи авторскоправна закрила, ако този резултат е оригинален, авторското право не закриля самата рецепта (идеята). На английски това разграничение е известно като „*idea/expression dichotomy*“.

23 Вж. в този смисъл Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI, стр. 25, публикувано през 2003 г. и достъпно на интернет сайта на следния адрес: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

24 Вж. съображение 15 от Директива 2001/29. Член 4 от Договора на СОИС за авторското право предвижда изрично, че компютърните програми се закрилят като литературни произведения по смисъла на член 2 от Бернската конвенция. Член 5 от същия договор предвижда, че базите данни, в каквато и да е форма, които по своя подбор или подреждане на съдържанието им представляват интелектуални произведения, се закрилят като такива. Вж. също член 10 от ТРИПС.

25 Директива 2001/29 урежда правната закрила на авторското право и сродните му права с изключение по-специално на правната закрила на компютърните програми и на базите данни. Всъщност Директива 2009/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година относно правната закрила на компютърните програми (ОВ L 111, 2009 г., стр. 16) урежда изрично правната закрила на компютърните програми. Съгласно първо съображение от Директива 91/250/ЕИО на Съвета от 14 май 1991 година относно правната защита на компютърните програми (ОВ L 122, 1991 г., стр. 42; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 114), отменена и заменена с Директива 2009/24, „компютърните програми понастоящем не са ясно защитени във всички държави членки от съществуващото законодателство и [...] където съществува, тази закрила, има различни особености“. В това отношение следва да се отбележи, че обектният код на компютърната програма по принцип не може да бъде възприет от човека. Въпреки това обектният код на компютърната програма е ясно определен, устойчив продукт, който може да бъде „прочетен“ или „възприет“ конкретно и обективно от машина. В допълнение, Директива 96/9/ЕО на Европейския парламент и Съвета от 11 март 1996 година за правна закрила на базите данни (ОВ L 77, 1996 г., стр. 20; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 102) урежда изрично правната закрила на базите данни. Член 3, параграф 1 от Директива 96/9, който урежда авторското право, предвижда, че „базите данни, които с оглед на подбора или подреждането на съдържанието им представляват собствено интелектуално творение на автора, ще бъдат закриляни като такива от авторското право. Никакви други критерии няма да бъдат приложими за определяне пригодността им за тази закрила“. Член 7, параграф 1 от Директива 96/9 закриля с помощта на право sui generis базите данни, придобиването, проверката или оформлението на съдържанието на които показва, че е налице количествено или качествено съществена инвестиция.

26 Според Smilde „[и]то един законодател (нито авторите на Бернската конвенция, нито договарящите се по ТРИПС, нито авторите на конвенциите на СОИС за авторското право, а още по-малко пък лицата, участвали в законодателния процес, приключил с приемането на Директива [2001/29]) не е имал някога намерение да допусне монополизирането посредством авторското право на нещо субективно, нетрайно, неясно, променливо, убегливо и технически неопределено като вкуса“ (т. 91 от неговото становище).

27 А именно интелектуални творения. Вж. решение от 1 март 2012 г., Football Dataco и др. (C-604/10, EU:C:2012:115, т. 42).

28 Вж. в този смисъл решение от 2 май 2012 г., SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, т. 33). Вж. също член 2 от Договора на СОИС за авторското право и член 9, параграф 2 от ТРИПС.

56. В допълнение, тези резултати би трябвало да могат да се открият с достатъчна прецизност и обективност. В този смисъл в решение от 12 декември 2002 г., Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, т. 55), което разглежда въпроса дали знак, в случая мирис, който сам по себе си не може да бъде възприет визуално, може да съставлява марка, Съдът постановява, че това е възможно, „при условие че може да бъде графично представен, по-специално чрез фигури, линии или символи по начин, който е ясен, точен, независим, лесно достъпен, разбираем, устойчив и обективен“²⁹.

57. Изглежда обаче, че предвид настоящото състояние на техниката точното и обективното идентифициране на вкуса или мириса все още е невъзможно. В това отношение италианското правителство отбелязва, че „въпреки вложените до днес научни усилия за недвусмислено дефиниране на органолептичните свойства на хранителните продукти, при настоящото положение „вкусът“ е основно качествена характеристика, свързана преди всичко със субективността на вкусовото усещане. Органолептичните свойства на храните действително са предназначени за възприемане и оценка чрез сетивните органи, най-вече вкус и мирис, но също така допир, въз основа на субективното усещане и впечатленията от храната, получени от тези сетивни органи. Обективна характеристика на тези усещания все още не съществува“³⁰. Не изключвам възможността за еволюция на техниките за прецизно и обективно идентифициране на вкуса или мириса в бъдеще, което би могло да накара законодателя да предприеме действия и да им предостави авторскоправна закрила или закрила чрез други средства.

58. Според мен възможността да се повери на съда или на определен от него експерт идентифицирането на вкуса, както предлага Levola в писменото си становище, по никакъв начин не отменя факта, че самото естество на такова идентифициране³¹ ще си остане субективно³². Възможността за достатъчно прецизно и обективно идентифициране на производението обаче, а оттам и на обхвата на неговата авторскоправна закрила, е задължителна, за да се зачете принципът на правната сигурност в интерес на носителя на авторското право и най-вече на трети лица, които могат да бъдат изложени на съдебни производства, по-специално наказателни или за обезщетение за вреди³³, поради нарушено авторско право.

59. Евентуална нетрайност на хранителните продукти сама по себе си не е убедителен довод. Трябва всъщност да се подчертае, че Директива 2001/29 не само не предвижда никакво задължение за фиксиране на производението³⁴, а освен това предмет на авторскоправна закрила е не носителят, на който производението е закрепено, а самото то.

29 Действително изискването знакът да бъде представен графично, вече не съществува в правото на Съюза. Трябва обаче да се отбележи, че член 3, буква б) от Директива (ЕС) 2015/2436 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2015 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно марките (ОВ L 336, 2015 г., стр. 1), влязла в сила на 12 януари 2016 г., и Регламент (ЕС) 2015/2424 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2015 година за изменение на Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета относно марката на Общността и Регламент (ЕО) № 2868/95 на Комисията за прилагане на Регламент (ЕО) № 40/94 на Съвета относно марката на Общността и за отмяна на Регламент (ЕО) № 2869/95 на Комисията относно таксите, събирани от Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки и дизайн) (ОВ L 341, 2015 г., стр. 21), влязъл в сила на 23 март 2016 г., изискват знаците да могат да бъдат представени в регистъра по начин, който дава възможност на компетентните органи и на обществеността да определят ясни и точен предмет на защитата, която се предоставя на техния притежател.

30 Вж. точка 34 от становището.

31 Имам предвид идентифицирането на производението, а не оценката на оригиналността му, при която се допускат различни мнения и която е свързана с определен степен на субективизъм. Ако обаче прецизното и обективно идентифициране на производението е невъзможно, оценката на оригиналността му също е невъзможна.

32 Комисията счита, че усещанията и впечатленията, получени от вкуса, „са [...] субективни, лишени от конкретност и (следователно) невъзпроизводими или поне не с достатъчна степен на сигурност, обективност и конкретност, които да дават възможност за авторскоправна закрила“ (т. 41 от нейното становище).

33 Съображение 28 от Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56) предвижда, че „[к]ато допълнение на гражданските и административните мерки, процедури и средства за защита, предвидени в настоящата директива, в съответни случаи наказателните санкции също представляват средство за гарантиране спазването на права върху интелектуална собственост“.

34 Вж. също член 2, параграф 2 от Бернската конвенция.

60. Ефимерността, мимолетността и нетрайността на самите вкусове обаче според мен са довод срещу тяхното прецизно и обективно идентифициране, а така също и срещу квалифицирането им като произведения за целите на авторското право.

61. Поради това считам, че вкусът на хранителен продукт не представлява „произведение“ по смисъла на Директива 2001/29. Оттук следва, че вкусът не може да се ползва с право на възпроизвеждане³⁵, на публично разгласяване на произведения и на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти³⁶, както и на разпространение³⁷ по смисъла на Директива 2001/29 — права, които се отнасят единствено за произведенията. Следва също да се отбележи, че изключенията и ограниченията, предвидени в член 5 от Директива 2001/29, се отнасят само за произведенията, намиращи се под закрилата на тези права.

62. От изложените съображения следва, че Директива 2001/29 не допуска авторскоправната закрила на вкуса на хранителен продукт. Като се има предвид, че вторият въпрос е поставен само ако Директива 2001/29 допуска авторскоправната закрила на вкуса на хранителен продукт и същият се отнася по-специално до условията за нейното получаване и обхвата ѝ, на този въпрос отговор не следва да бъде даван.

V. Заключение

63. С оглед на изложените съображения в тяхната цялост предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* (Апелативен съд Арнем-Леуварден, Нидерландия), по следния начин:

„Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество не допуска авторскоправна закрила на вкуса на хранителен продукт“.

³⁵ Вж. член 2 от Директива 2001/29.

³⁶ Вж. член 3 от Директива 2001/29.

³⁷ Вж. член 4 от Директива 2001/29.