



## Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

13. november 2018\*

»Præjudiciel forelæggelse – intellektuel ejendomsret – harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet – direktiv 2001/29/EF – anvendelsesområde – artikel 2 – reproduktionsretten – begrebet »værk« – smagen af et levnedsmiddel«

I sag C-310/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (appeldomstol i Arnhem-Leeuwarden, Nederlandene) ved afgørelse af 23. maj 2017, indgået til Domstolen den 29. maj 2017, i sagen

**Levola Hengelo BV**

mod

**Smilde Foods BV,**

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, M. Vilaras (refererende dommer), E. Regan, T. von Danwitz og C. Toader samt dommerne A. Rosas, E. Juhász, M. Ilešič, M. Safjan, C.G. Fernlund, C. Vajda og S. Rodin,

generaladvokat: M. Wathelet,

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. juni 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Levola Hengelo BV ved advokaten S. Klos, A. Ringnalda og J.A.K. van den Berg,
- Smilde Foods BV ved advokaten T. Cohen Jehoram og S.T.M. Terpstra,
- den nederlandske regering ved C.S. Schillemans, som befuldmægtiget,
- den franske regering ved D. Segoin og D. Colas, som befuldmægtigede,

\* Processprog: nederlandsk.

- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili,
  - Det Forenede Kongeriges regering ved G. Brown og Z. Lavery, som befuldmægtigede, bistået af barrister N. Saunders,
  - Europa-Kommissionen ved J. Samnadda og F. Wilman, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 25. juli 2018, afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af begrebet »værk« som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 2001, L 167, s. 10).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Levola Hengelo BV (herefter »Levola«) og Smilde Foods BV (herefter »Smilde«) vedrørende Smildes angivelige krænkelse af Levolas intellektuelle ejendomsret til smagen af et levnedsmiddel.

### Retsforskrifter

#### *Folkeretten*

- 3 Artikel 1 i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971) i den affattelse, der følger af ændringen af 28. september 1979 (herefter »Bernerkonventionen«), bestemmer:  
  
»De lande, for hvilke denne konvention er gældende, udgør en union til værn for ophavsmændenes rettigheder til deres litterære og kunstneriske værker.«
- 4 Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:  
  
»1) Udtrykket »litterære og kunstneriske værker« omfatter enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen, såsom bøger, brochurer og andre skrifter; forelæsninger, taler, prædikener og andre værker af samme art; dramatiske eller musikdramatiske værker; koreografiske værker og pantomimer; musikalske kompositioner med eller uden ord; kinematografiske værker, hvorved sidestilles værker, som er kommet til udtryk gennem en fremgangsmåde, der er analog med kinematografi; tegninger, malerier, arkitekturværker, billedhuggerværker, gravurer og litografier; fotografiske værker, hvormed sidestilles værker, der er kommet til udtryk gennem en fremgangsmåde, der er analog med fotografi; brugskunst, illustrationer, kort, planer, skitser og tredimensionale værker vedrørende geografi, topografi, arkitektur eller videnskab.  
  
2) Det er dog forbeholdt unionslandenes lovgivning at bestemme, at værker i almindelighed eller bestemte kategorier af værker ikke skal nyde beskyttelse, medmindre de er blevet fikseret i en eller anden materiel form.«

- 5 Ifølge Bernerkonventionens artikel 9, stk. 1, har ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker, der beskyttes ved denne konvention, eneret til at tillade reproduktion af deres værker på enhver måde og i enhver form.
- 6 Artikel 9 i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, som udgør bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), undertegnet i Marrakech den 15. april 1994 og godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguayrundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT 1994, L 336, s. 1), fastsætter:
- »1. Medlemmerne skal efterkomme artikel 1 til 21 i [Bernerkonventionen] (1971) og tillægget dertil. [...]
2. Den ophavsretlige beskyttelse omfatter udtryksformer, men ikke idéer, procedurer, driftsmetoder eller matematiske begreber som sådanne.«
- 7 Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO) vedtog den 20. december 1996 i Genève WIPO-traktaten om ophavsret, der trådte i kraft den 6. marts 2002. Denne traktat blev godkendt på vegne af Det Europæiske Fællesskab ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000 (EFT 2000, L 89, s. 6, herefter »WIPO-traktaten om ophavsret«). Den nævnte traktats artikel 1, stk. 4, er affattet således:
- »De kontraherende parter skal iagttage artikel 1 til 21 i og tillægget til Bernerkonventionen.«
- 8 Samme traktats artikel 2 bestemmer:
- »Den ophavsretlige beskyttelse omfatter udtryksformer, men ikke idéer, procedurer, metoder eller matematiske begreber som sådanne.«

## ***EU-retten***

### *Direktiv 2001/29*

- 9 Artikel 1-4 i direktiv 2001/29 indeholder følgende bestemmelser:
- »Artikel 1
- Anvendelsesområde
1. Dette direktiv vedrører retlig beskyttelse af ophavsret og dermed beslægtede rettigheder inden for rammerne af det indre marked med særligt henblik på informationsamfundet.
2. Med undtagelse af de i artikel 11 anførte tilfælde berører dette direktiv ikke de gældende [EU-retlige] bestemmelser om:
- retlig beskyttelse af edb-programmer
  - udlejnings- og udlånsrettigheder samt visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret

- c) ophavsret og dermed beslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og videreførelse pr. kabel
- d) beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder
- e) retlig beskyttelse af databaser.

## Artikel 2

### Retten til reproduktion

Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

- a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[...]

## Artikel 3

Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser

1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

[...]

## Artikel 4

### Retten til spredning

1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden ved salg eller på anden måde af deres originalværker eller eksemplarer heraf.

[...]«

- 10 I artikel 5 i direktiv 2001/29 opregnes en række undtagelser fra og indskrænkninger i den eneret, som ophavsmænd har til deres værker i henhold til dette direktivs artikel 2-4.

### *Domstolens procesreglement*

- 11 Artikel 94 i Domstolens procesreglement bestemmer:

»En anmodning om præjudiciel afgørelse indeholder ud over de spørgsmål, som forelægges Domstolen til præjudiciel afgørelse:

- a) en kortfattet fremstilling af tvistens genstand og de relevante faktiske omstændigheder, således som de er fastslået af den forelæggende ret, eller i det mindste en fremstilling af de faktiske oplysninger, som ligger til grund for spørgsmålene

- b) ordlyden af de nationale bestemmelser, som vil kunne finde anvendelse i den foreliggende sag, og i givet fald relevant national retspraksis
- c) en fremstilling af grundene til, at den forelæggende ret finder, at der er tvivl om fortolkningen eller gyldigheden af visse EU-retlige bestemmelser, samt af sammenhængen mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, som finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.«

### *Nederlandsk ret*

- 12 Artikel 1 i Auteurswet (ophavsretsloven) bestemmer:

»Ophavsretten er den eneret, der tilkommer ophavsmanden til et litterært, videnskabeligt eller kunstnerisk værk eller dem, der indtræder i hans ret, til at offentliggøre eller reproducere værket, med forbehold af de ved lov fastsatte indskrænkninger.«

- 13 Ophavsretslovens artikel 10, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Ved litterære, videnskabelige eller kunstneriske værker forstås i denne lov:

- 1) bøger, brochurer, aviser, tidsskrifter og alle andre skriftlige værker
- 2) dramatiske eller musikdramatiske værker
- 3) forelæsninger og taler
- 4) koreografiske værker og pantomimer
- 5) musikalske kompositioner med eller uden ord
- 6) tegninger, malerier, arkitekturværker, billedhuggerværker, litografier, gravurer og andre samlinger
- 7) geografiske kort
- 8) planer, skitser og tredimensionale værker vedrørende arkitektur, geografi, topografi eller andre videnskaber
- 9) fotografiske værker
- 10) kinematografiske værker
- 11) anvendt kunst og industrielle tegninger og modeller
- 12) computerprogrammer og det tilhørende forberedende materiale

og i almindelighed enhver litterær, videnskabelig eller kunstnerisk frembringelse uanset fremstillingsmåden eller udtryksformen.«

## **Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

- 14 »Heksenkaas« eller »Heks'nkaas« (herefter »Heksenkaas«) er en smøreost med creme fraiche og urter, der blev skabt af en nederlandsk forhandler af grønt- og ferskvarer i 2007. Ved en kontrakt indgået i 2011 afstod ophavsmanden sine intellektuelle ejendomsrettigheder til Levola mod et vederlag, som afhæng af den omsætning, der kunne opnås ved salg af produktet.
- 15 Den 10. juli 2012 blev der meddelt patent på metoden til fremstilling af Heksenkaas.
- 16 Siden januar 2014 har Smilde fremstillet et produkt med navnet »Witte Wievenkaas« til en supermarkeds kæde i Nederlandene.
- 17 Da Levola var af den opfattelse, at fremstillingen og salget af Witte Wievenkaas krænkede dennes ophavsret til »smagen« af Heksenkaas, anlagde Levola sag mod Smilde ved Rechtbank Gelderland (ret i første instans i Gelderland, Nederlandene).
- 18 Efter at Levola havde anført, at ophavsretten til en smag efter dennes opfattelse henviser til det »helhedsindtryk, der opstår i smagssansen ved indtagelsen af et levnedsmiddel, herunder den fornemmelse i munden, som skyldes følesansen«, nedlagde denne for Rechtbank Gelderland (ret i første instans i Gelderland) påstand om, at det blev fastslået, dels, at smagen af Heksenkaas udgør en intellektuel frembringelse, der er skabt af fremstilleren og derfor er beskyttet i henhold til ophavsretsloven som et værk som omhandlet i ophavsretslovens artikel 1, dels at smagen af det af Smilde fremstillede produkt udgør en reproduktion af dette værk. Levola nedlagde for samme ret ligeledes påstand om, at Smilde skulle pålægges at ophøre med enhver form for krænkelse af dennes ophavsret, navnlig ophøre med produktion, køb, salg og enhver anden markedsføring af produktet benævnt »Witte Wievenkaas«.
- 19 Ved dom af 10. juni 2015 lagde Rechtbank Gelderland (ret i første instans i Gelderland) til grund, at det var ufornuddent at tage stilling til, om smagen af Heksenkaas kunne beskyttes ophavsretligt, og at Smilde under alle omstændigheder skulle frifindes for Levolas påstande, fordi Levola ikke havde angivet, hvilke elementer eller hvilken kombination af elementer af smagen af Heksenkaas der giver denne en original egenart og et personligt præg.
- 20 Levola iværksatte appel af denne dom ved den forelæggende ret.
- 21 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det centrale spørgsmål i hovedsagen er, hvorvidt smagen af et levnedsmiddel kan beskyttes ophavsretligt. Den har tilføjet, at parterne i hovedsagen har fremsat diametralt modsatte synspunkter angående dette spørgsmål.
- 22 Ifølge Levola kan smagen af et levnedsmiddel kvalificeres som et litterært, videnskabeligt eller kunstnerisk værk, der nyder ophavsretlig beskyttelse. Levola støtter sig analogt navnlig på dom af 16. juni 2006 afsagt af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol), Lancôme (NL:HR:2006:AU8940), hvori denne medgav, at en parfumes duft principielt kan anses for at være omfattet af ophavsret.
- 23 Smilde er derimod af den opfattelse, at beskyttelse af smage ikke er i overensstemmelse med ophavsretssystemet, som kun gælder for visuelle og auditive frembringelser. Endvidere er et levnedsmiddels ustabilitet og smagsopfattelsens subjektive karakter til hinder for, at et levnedsmiddels smag kvalificeres som et ophavsretligt beskyttet værk. Desuden er de ophavsretlige enerettigheder til et værk, der er omfattet af intellektuel ejendomsret, og de indskrænkninger, som disse er underlagt, i praksis uanvendelige på smage.

- 24 Den forelæggende ret har anført, at Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig) bl.a. i en dom af 10. december 2013 (FR:CCASS:2013:CO01205) kategorisk har forkastet muligheden for at beskytte en duft ophavsretligt. Praksis ved de øverste nationale domstole i Den Europæiske Union er således forskellig, når det gælder spørgsmålet om ophavsretlig beskyttelse af en duft svarende til det spørgsmål, der er rejst i den i hovedsagen omhandlede sag.
- 25 Under disse omstændigheder har Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (appeldomstol i Arnhem-Leeuwarden, Nederlandene) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) a) Er EU-retten til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel – som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse – beskyttes ophavsretligt? Særligt spørges:
- b) Er det til hinder for en ophavsretlig beskyttelse, at udtrykket »litterære og kunstneriske værker« som omhandlet i Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, ganske vist omfatter »enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen«, men at de i bestemmelsen nævnte eksempler kun vedrører frembringelser, der kan opfattes med øjet og/eller hørelsen?
- c) Er et levnedsmiddels (mulige) ustabilitet og/eller en smagsoplevelses subjektive karakter til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel kan beskyttes ophavsretligt?
- d) Er det i artikel 2-5 i direktiv 2001/29[...] regulerede system af enerettigheder og begrænsninger til hinder for en ophavsretlig beskyttelse af smagen af et levnedsmiddel?
- 2) Såfremt spørgsmål 1), litra a), besvares benægtende:
- a) Hvilke krav gælder der for, at smagen af et levnedsmiddel kan beskyttes ophavsretligt?
- b) Beror den ophavsretlige beskyttelse af en smag kun på smagen som sådan eller (også) på opskriften på levnedsmidlet?
- c) Hvad skal en part, som i en sag om krænkelse af ophavsret hævder at have skabt en ophavsretlig beskyttet smag af et levnedsmiddel, gøre gældende for at få medhold? Er det tilstrækkeligt, at parten under sagen fremlægger levnedsmidlet for retten, for at denne ved at smage og lugte kan danne sig sin egen mening med hensyn til, om levnedsmidlet opfylder kravene til ophavsretlig beskyttelse? Eller skal parten (alene eller også) give en beskrivelse af de kreative valg vedrørende smagssammensætningen og/eller opskriften, som er grundlaget for, at smagen kan betragtes som ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse?
- d) Hvorledes skal retten i en sag om krænkelse af en ophavsret fastslå, om smagen af den sagsøgte parts levnedsmiddel ligner sagsøgerens levnedsmiddel i en sådan grad, at der er tale om en ophavsretskrænkelse? Har det herved (også) betydning, at totalindtrykket af begge smage stemmer overens?«

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Formaliteten*

- 26 Smilde har gjort gældende, at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse skal afvises, idet hovedsagen under alle omstændigheder skal afgøres ved frifindelse. Levola har nemlig ikke præciseret de elementer i Heksenkaas, der giver denne karakter af at være ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.
- 27 Det bemærkes herved, at det udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede

spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (dom af 10.3.2009, Hartlauer, C-169/07, EU:C:2009:141, præmis 24, og af 1.7.2010, Sbarigia, C-393/08, EU:C:2010:388, præmis 19).

- 28 Det følger således af fast retspraksis, at der foreligger en formodning for, at de spørgsmål om en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret har stillet på det retlige og faktiske grundlag, som den har fastlagt inden for sit ansvarsområde – og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve – er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 24.6.2008, Commune de Mesquer, C-188/07, EU:C:2008:359, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis, og af 21.5.2015, Verder LabTec, C-657/13, EU:C:2015:331, præmis 29).
- 29 Med hensyn til de oplysninger, som den forelæggende ret har fremlagt, kan det ikke antages, at de forelagte spørgsmål savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at problemet er af hypotetisk karakter. Den omstændighed alene, at retten i første instans, hvis afgørelse er blevet anfægtet for den forelæggende ret, til forskel fra sidstnævnte var af den opfattelse, at den var i stand til at træffe afgørelse i den tvist, den havde fået forelagt, uden at træffe afgørelse om det indledende spørgsmål om, hvorvidt smagen af et levnedsmiddel kan beskyttes ophavsretligt, kan ikke føre til nogen anden konklusion.
- 30 Det skal desuden konstateres, at den forelæggende ret har fremlagt de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige, for at Domstolen kan besvare de forelagte spørgsmål; jf. procesreglementets artikel 94.
- 31 Under disse omstændigheder kan de forelagte spørgsmål antages til realitetsbehandling.

### ***Det første spørgsmål***

- 32 Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel beskyttes ophavsretligt i henhold til dette direktiv, og at en national lovgivning fortolkes således, at den yder en ophavsretlig beskyttelse af en sådan smag.
- 33 Med hensyn hertil bestemmer artikel 2-4 i direktiv 2001/29, at medlemsstaterne skal indføre en række enerettigheder, der tillægges ophavsmænd til »værker«, og samme direktivs artikel 5 opregner en række undtagelser fra og indskrænkninger i disse rettigheder. Det nævnte direktiv indeholder ikke nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret til at fastsætte betydningen og rækkevidden af begrebet »værk«. Under hensyn til kravene både om ensartet anvendelse af EU-retten og om lighedsprincippet bør dette begreb derfor principielt i hele Unionen fortolkes selvstændigt og ensartet (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 27 og 28, og af 3.9.2014, Deckmyn og Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, præmis 14 og 15).
- 34 Det følger deraf, at smagen af et levnedsmiddel alene kan beskyttes ophavsretligt i henhold til direktiv 2001/29, såfremt en sådan smag kan betegnes som et »værk« som omhandlet i dette direktiv (jf. analogt dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Det er i denne forbindelse vigtigt, for at en genstand kan få betegnelsen »værk« som omhandlet i direktiv 2001/29, at to kumulative betingelser er opfyldt.

- 36 Dels skal den pågældende genstand være original i den forstand, at den udgør ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse (dom af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).
- 37 Dels er kvalificeringen som »værk« som omhandlet i direktiv 2001/29 forbeholdt de elementer der er udtryk for en sådan intellektuel frembringelse (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, præmis 39, og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 159).
- 38 Det bemærkes i denne henseende, at Unionen, selv om den ikke er kontraherende part i Bernerkonventionen, imidlertid i henhold til artikel 1, stk. 4, i WIPO-traktaten om ophavsret, hvori den er part, og som direktiv 2001/29 har til formål at gennemføre, er forpligtet til at efterkomme artikel 1-21 i Bernerkonventionen (jf. i denne retning dom af 9.2.2012, Luksan, C-277/10, EU:C:2012:65, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis, og af 26.4.2012, DR og TV2 Danmark, C-510/10, EU:C:2012:244, præmis 29).
- 39 I henhold til Bernerkonventionens artikel 2, stk. 1, omfatter litterære og kunstneriske værker enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen. Endvidere er det i overensstemmelse med artikel 2 i WIPO-traktaten om ophavsret og artikel 9, stk. 2, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, der er nævnt i nærværende doms præmis 6, og som ligeledes indgår i Unionens retsorden (jf. i denne retning dom af 15.3.2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, præmis 39 og 40), udtryksformer, og ikke idéer, procedurer, driftsmetoder eller matematiske begreber som sådanne, der er omfattet af den ophavsretlige beskyttelse (jf. i denne retning dom af 2.5.2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, præmis 33).
- 40 Følgelig indebærer begrebet »værk«, der er omhandlet i direktiv 2001/29, nødvendigvis et udtryk for genstanden for den ophavsretlige beskyttelse, der tilstrækkeligt præcist og objektivt gør denne identificerbar, selv om dette udtryk ikke nødvendigvis er permanent.
- 41 Dels skal de myndigheder, der skal overvåge beskyttelsen af ophavsrettens iboende enerettigheder, klart og præcist kunne kende de således beskyttede genstande. Det samme gør sig gældende for borgerne, herunder erhvervsdrivende, som klart og præcist skal kunne identificere de beskyttede genstande i forhold til tredjemand, herunder konkurrenterne. Dels indebærer den omstændighed, at det i processen med identifikation af den beskyttede genstand er nødvendigt at fjerne ethvert element af subjektivitet, som skader retssikkerheden, at genstanden skal kunne udtrykkes præcist og objektivt.
- 42 Muligheden for at foretage en præcis og objektiv identifikation er ikke til stede i forhold til smagen af et levnedsmiddel. Til forskel fra f.eks. et litterært værk, et billedværk, et kinematografisk eller et musikalsk værk, der udgør et præcist og objektivt udtryk, er identificeringen af smagen af et levnedsmiddel nemlig i det væsentlige baseret på sanse- og smagsoplevelser, der er subjektive og forskellige, idet de bl.a. afhænger af faktorer, der er forbundet med den person, der smager det pågældende produkt, herunder dennes alder, kostpræferencer og forbrugsvaner, samt miljøet eller den kontekst, hvorunder produktet smages.
- 43 Desuden er en præcis og objektiv identificering af smagen af et levnedsmiddel, som gør det muligt at sondre mellem denne og smagen af andre produkter af samme art, ikke tilgængelig med de tekniske midler, der foreligger på det aktuelle stade af den videnskabelige udvikling.
- 44 Det skal derfor på grundlag af alle ovenstående betragtninger konkluderes, at smagen af et levnedsmiddel ikke kan betegnes som et »værk« som omhandlet i direktiv 2001/29.

- 45 Henset til det krav, der er anført i nærværende doms præmis 33, om, at begrebet »værk« skal fortolkes ensartet i hele Unionen, må det ligeledes konkluderes, at direktiv 2001/29 er til hinder for, at en national lovgivning fortolkes på en sådan måde, at den yder ophavsretlig beskyttelse af smagen af et levnedsmiddel.
- 46 Følgelig skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 2001/29 skal fortolkes således, at det er til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel beskyttes ophavsretligt i henhold til dette direktiv, og at en national lovgivning fortolkes på en sådan måde, at den yder ophavsretlig beskyttelse af en sådan smag.

### *Det andet spørgsmål*

- 47 Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det uforholdsmæssigt at besvare det andet spørgsmål.

### **Sagsomkostninger**

- 48 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

**Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at smagen af et levnedsmiddel beskyttes ophavsretligt i henhold til dette direktiv, og at en national lovgivning fortolkes på en sådan måde, at den yder ophavsretlig beskyttelse af en sådan smag.**

Underskrifter