

RIVISTA DI DIRITTO INDUSTRIALE

DIRETTA DA

GIUSEPPE SENA - VINCENZO FRANCESCHELLI

FONDATA DA

REMO FRANCESCHELLI



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

I. - Articoli - Saggi - Studi

| | |
|--|-----|
| GIUSEPPE SENA, <i>Invenzioni brevettabili e Intelligenza Artificiale</i> | 151 |
| CATERINA SGANGA, <i>La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi</i> | 159 |

PARTE SECONDA

I. - Giurisprudenza nazionale

| | |
|---|-----|
| I. CORTE DI CASSAZIONE, 23 ottobre 2019, n. 27194 Marchio e altri segni distintivi - Marchio evocativo di una D.O.P. - Priorità temporale della registrazione del marchio rispetto al Regola- mento CE che ha riconosciuto la D.O.P. - Conseguenza. | |
| II. CORTE DI CASSAZIONE, 14 maggio 2019, n. 12848 Marchio - Collettivo - Classi merceologiche individuate dall'Accordo di Nizza - Registrazione del marchio per prodotti specifici assenti dal- l'elenco della classe 30 - Rifiuto di registrazione - Fondamento. | |
| III. CORTE DI CASSAZIONE, 8 febbraio 2019, n. 3726 Concorrenza - Consorzi tra imprenditori - Consorzi di tutela delle DO - Art. 53 della L. n. 128 del 1998 come modificato dalla L. n. 526 del 1999 - Distinzione fra "consorzi riconosciuti" e "consorzi costituiti" - Rile- vanza - Fattispecie - Prosciutto di Parma DOP. Con nota di GIORGIA TASSONI, <i>Fonti normative nazionali e denominazioni di origine nel settore agroalimentare: precisazioni recenti della Corte di Cassazione.</i> | 109 |
| TRIBUNALE DELLE IMPRESE DI MILANO, 6 luglio 2020 Vendite promozionali di merci con prezzi scontati - Indicazione del solo prezzo scontato - Insufficienza - Obbligo di indicare anche il prezzo normale di vendita - Violazione - Pratica commerciale scorretta - Atto di concorrenza sleale. Con nota di MARIO BARBUTO, <i>Correttezza professionale e Autodisciplina Pubblicitaria</i> | 143 |

II. - Giurisprudenza europea e internazionale

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, 12 settembre 2019 (C-688/17)

Brevetti - Direttiva 2004/48/CE - Articolo 9, paragrafo 7 - Misure provvisorie - Successivo annullamento del brevetto - Conseguenze - Diritto a un adeguato risarcimento del danno arrecato dalle misure provvisorie.

Con nota di FRANCESCA LA ROCCA, *Uso e abuso degli strumenti legali da parte del titolare del diritto di proprietà industriale* 162

CATERINA SGANGA (*)

LA NOZIONE DI OPERA PROTETTA
NEL DIRITTO D'AUTORE EUROPEO
TRA ARMONIZZAZIONE SILENTE
E SILENZI CONTROVERSI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il retroterra nazionale, dall'Italia all'Europa: definizioni normative e precedenti giurisprudenziali. — 3. I (pochi e frammentati) riferimenti definitivi sovranazionali. — 4. L'armonizzazione silente della Corte di Giustizia UE. — 5. Il caso *Levola Hengelo*. — 6. I silenzi controversi: questioni aperte, rischi sistematici e risposte necessarie.

1. *Introduzione.*

Dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nel caso *Infopaq* (2008) ⁽¹⁾ che, con un'armonizzazione *de facto* e a dispetto del silenzio legislativo, ha aperto i confini della nozione di opera dell'ingegno protetta da diritto d'autore ai sensi della Direttiva InfoSoc (2001/29/CE) ⁽²⁾ sino a coprire “qualunque risultato della creazione intellettuale dell'autore”, le dottrine nazionali si sono impegnate in articolati dibattiti sulle implicazioni della rivoluzione definitoria rispetto alle soluzioni sviluppate da legislazioni e giurisprudenze degli Stati Membri, con particolare riguardo al trattamento delle creazioni non convenzionali, caratterizzate da tratti non sovrapponibili o lontani da quelli tipici delle opere dell'ingegno soggette a privativa autorale ⁽³⁾. Accanto ad

(*) Professore associato di diritto privato comparato, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. *Email: caterina.sganga@santannapisa.it.*

(1) Corte Giustizia UE, 16 luglio 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S contro Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465, che verrà analizzata in più dettaglio *infra*, paragrafo 4.

(2) Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, GUUE L167/10 del 22 giugno 2001.

(3) Si vedano, tra tutti e per l'Italia, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 124 ss.; A. COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giur. it.*, 2016, 109 ss.; P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, 281 ss. Nella letteratura in lingua inglese v. T. APLIN,

eventi sportivi, videogames e idee elaborate quali i format televisivi⁽⁴⁾, un ruolo centrale sono venuti giocando oggetti quali profumi e prodotti alimentari, accomunati dalla percepibilità per il tramite di gusto e olfatto, e definiti opere di diritto d'autore c.d. sensoriale in contrapposizione alle opere più tradizionali, percepibili attraverso sensi meccanici quali vista e udito.

A seguito ed in conseguenza di un decennio di frammentata evoluzione giurisprudenziale, effetto inevitabile della vaghezza definitiva delle indicazioni della CGUE, la questione è approdata nuovamente dinanzi al massimo giudice europeo, che nel novembre 2018 è stato chiamato a decidere se la nozione di opera protetta ai sensi della Direttiva InfoSoc potesse estendersi sino a ricomprendere il sapore alle erbe fresche ed aglio del formaggio spalabile olandese *Heks'nkaas*⁽⁵⁾. Seppure i quesiti interpretativi sollevati dalla corte del rinvio fossero sufficientemente ampi ed articolati da consentire alla Grande Sezione di intervenire sulla defini-

Subject matter, e R. CASAS VALLES, *The Requirement of Originality*, entrambi in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham-Northampton, 2009, 40 ss. e 102 ss.; E. DERCLAYE, *Assessing the Impact and Reception of the Court of Justice of the European Union Case Law on UK Copyright Law: What Does the Future Hold?*, in *RIVA*, 2014, 5 ss.; A. QUAEDVLIIEG, *The Tripod of Originality and the Concept of Work in Dutch and European Copyright*, in *GRUR Int.*, 2014, 1105 ss.; J. GRIFFITHS, *Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, 767 ss.; E. ROSATI, *Originality in EU copyright. Harmonization through case law*, Cheltenham-Northampton, 2013; A. RAMHATIAN, *Originality in UK Copyright Law: the Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure*, in *IIC*, 2013, 4 ss.; S. VAN GOMPEL, E. LAVIK, *Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: an Inquiry into EU Copyright Law's Eschewal of Other Criteria than Originality*, in *RIDA*, 2013, 100 ss.; T.E. SYNODINOU, *The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law*, in Id. (a cura di), *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2012, 93 ss.; S. VOUSDEN, *Infopaq and the Europeanisation of copyright law*, in *WIPO Journal*, 2010, 198 ss.; C. HANDIG, *The Copyright Term "Work" - European Harmonization at Unknown Level*, in *IIC*, 2009, 665 ss. Si vedano inoltre E.M. KONIG, *Der Werkbegriff in Europa*, Tübingen, 2015; M. LEISTNER, *Der Europäische Werkbegriff*, in *ZGE*, 2013, 4 ss.; A. METZGER, *Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts*, in *GRUR*, 2012, 118 ss.; B. MICHAUX, *L'originalité en droit d'auteur, une notion advantage communautaire après l'arrêt Infopaq*, in *A & M*, 2009, 473 ss.

(4) Una panoramica del dibattito è offerta da J. PILA, P. TORREMANS, *European Intellectual Property Law*, Oxford, 2016, 275 ss. Sugli eventi sportivi v. T. MARGONI, *The Protection of Sports Events in the EU: Property, Intellectual Property, Unfair Competition and Special Forms of Protection*, in *IIC*, 2016, 386 ss. Sui format è interessante segnalare lo scontro tra giurisprudenza italiana (da ultimo Cass. 13 ottobre 2011, n. 21172), a favore della protezione, e giurisprudenza tedesca (BGH, 26 giugno 2003, I ZR 176/01, *Sendeformat*), contraria per assenza di creatività, su cui si veda anche P. FABBIO, cit. (nt. precedente), 303-304. Per la giurisprudenza francese sulle c.d. *idées concrétisées* v. l'ampia panoramica di A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^o ed., Parigi, 2012, 79 ss.

(5) Corte Giustizia UE, 13 novembre 2018, C-310/17, *Levola Hengelo BV contro Smilde Foods BV*, EU:C:2018:899.

zione abbozzata in *Infopaq* e chiarirne così gli elementi più criptici e problematici ⁽⁶⁾, la decisione finale del caso *Levola Hengelo* ha ampiamente tradito le aspettative, affidando agli interpreti una nuova risposta incompiuta e potenzialmente foriera di ulteriori e contraddittorie rielaborazioni giurisprudenziali. Poco meno di un anno dopo, *Cofemel* ⁽⁷⁾ ha confermato l'approccio di *Levola*, estendendone la portata alla materia del disegno industriale ove protetto quale opera dell'ingegno creativo, mentre nel giugno 2020 *Brompton Bicycle* ⁽⁸⁾ ha rotto gli argini limitativi della nozione di funzionalità tecnica quale connotato escludente la protezione autorale nell'ipotesi di oggetto utilitario, estendendo l'ambito oggettivo di applicazione del diritto d'autore fino a coprire anche forme richieste dal risultato tecnico perseguito, purché l'esistenza di un'unica possibile soluzione non abbia impedito all'autore "di riflettere la sua personalità in tale oggetto, manifestando scelte libere e creative" ⁽⁹⁾.

Il diritto d'autore europeo resta così ancora orfano di una definizione chiara, univoca e ponderata del proprio ambito oggettivo di applicazione, con conseguenze sistematiche di indubbio ma sottovalutato rilievo: dalla nozione discende, infatti, la definizione della sfera riservata al dominio pubblico e dipende in parte, conseguentemente, la determinazione degli equilibri tra gli interessi contrapposti mediati dalla disciplina; su di essa e sulla sua certezza fanno affidamento autorità, pubblico e concorrenti per conoscere i confini dell'esclusiva; una sua estensione poco ponderata corre il rischio di creare, *inter alia*, sovrapposizioni improprie con altri diritti di proprietà intellettuale, fenomeni di c.d. *overprotection*, comportamenti anticoncorrenziali da parte dei titolari dei diritti, cortocircuiti interpretativi nell'applicazione di norme concepite per opere letterarie ed artistiche su creazioni aventi caratteristiche ben diverse e, più in generale, effetti distorsivi sul bilanciamento interno alla disciplina. Dinanzi al silenzio legislativo, all'armonizzazione silente della CGUE ed alle sue ultime problematiche omissioni definitive, a dottrina, operatori e corti nazionali è dunque rimesso

(6) Cfr., tra tutti, E. ROSATI, *The AG Opinion in Levola Hengelo: more questions than answers?*, in *IPKat*, 25 Luglio 2018, disponibile su <http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/the-ag-opinion-in-levola-hengelo-more.html>>. Sia consentito inoltre rinviare a C. SGANGA, *Say Nay to a Tastier Copyright: Why the CJEU Should Deny Copyright Protection for Taste (and Smells)*, in *JIPLP*, 2018, 187 ss.

(7) Corte Giustizia UE, 16 luglio 2019, C-683/17, *Cofemel - Sociedade de Vestuário SA contro G-Star Raw CV*, EU:C:2019:721.

(8) Corte Giustizia UE, 11 giugno 2020, C-833/18, *SI and Brompton Bicycle Ltd v Chedech/Get2Get*, EU:C:2020:461.

(9) *Ivi*, paragrafo 26.

l'arduo compito di garantire la corretta implementazione pratica delle indicazioni della Corte, di specificarne contenuti ed implicazioni al fine di controllarne i rischi intrinseci, e di identificare le questioni aperte la cui risposta non può che essere nuovamente delegata tramite rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Le pagine che seguono si propongono di fornire guida e spunti per lo svolgimento di tale non facile missione, nonché di contribuire al dibattito *in itinere* offrendo da un lato una ricostruzione critica della nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo attraverso un'analisi dei suoi contenuti e delle sue mancanze, e dall'altro soluzioni interpretative utili a compensarne le più pericolose falle sistematiche.

2. *Il retroterra nazionale, dall'Italia all'Europa: definizioni normative e precedenti giurisprudenziali.*

Come noto, le legislazioni degli Stati Membri in materia di diritto d'autore presentano due approcci diversi alla definizione di opera protetta: il primo, di ispirazione continentale e seguito anche dai trattati internazionali in materia ⁽¹⁰⁾, propone una clausola definitoria aperta seguita da una lista comunemente reputata esemplificativa e non tassativa di creazioni suscettibili di protezione; il secondo, di matrice anglosassone, offre un catalogo chiuso di opere protette, la cui interpretazione estensiva e analogica a livello giurisprudenziale è ammessa solo in casi eccezionali ⁽¹¹⁾. In posizione intermedia si collocano quegli ordinamenti la cui elencazione normativa, apparentemente esemplificativa, viene interpretata in maniera restrittiva nella pratica delle corti ⁽¹²⁾.

Il modello italiano si allinea, coerentemente con la sua matrice storico-evolutiva, all'approccio continentale. La legge sul diritto d'autore (l. n. 633/41) dedica al suo ambito oggettivo di applicazione le prime due disposizioni del Capo I del Titolo I. L'art. 1 l.aut., in linea con l'art. 2575 c.c., introduce una clausola generale che offre protezione a tutte le opere dell'ingegno di carattere creativo appartenenti "alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia

(10) V. *infra*, paragrafo 3.

(11) Si caratterizzano per l'adesione al modello del catalogo chiuso i sistemi di diritto d'autore di Cipro, Regno Unito, Irlanda e Malta. Della contrapposizione tra i due modelli si occupano, tra tutti, T. APLIN, cit. (nt. 3), 49 ss. e E. ROSATI, *Originality*, cit. (nt. 3), 47 ss.

(12) E il caso, tra tutti, dell'Austria, come riportato da C. HANDIG, cit. (nt. 3), 674-675.

il modo o la forma di espressione”, a cui interventi legislativi successivi in risposta all’armonizzazione comunitaria hanno aggiunto il riferimento a software e banche dati. L’art. 2 l. aut. contiene poi una specificazione illustrativa dei contenuti delle categorie indicate nella precedente disposizione, con l’aggiunta delle opere di disegno industriale.

Così come in altre esperienze nazionali che condividono la struttura definitoria della l. n. 633/41, la dottrina italiana si è fin da subito interrogata sulla natura della disposizione. L’opinione dominante, supportata da cospicua giurisprudenza, ha tradizionalmente privilegiato una lettura dell’art. 1 l. aut. quale clausola aperta ed esemplificativa⁽¹³⁾, ritenendo tale interpretazione necessitata dal fine di evitare improprie discriminazioni fra creazioni incluse nella lista e creazioni generate da nuovi mezzi espressivi⁽¹⁴⁾. Coloro i quali ne hanno invece sostenuto il carattere tassativo⁽¹⁵⁾

(13) Si vedano tra tutti V. DE SANCTIS, voce *Autore (diritto di)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1988, IV, 401; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 711 ss.; Z. ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell’opera*, Milano, 1966, 360; V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell’ingegno*, Milano, 1971, 71; P. GRECO - P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, Torino, 1974, 55 ss.; G. AULETTA - V. MANGINI, *Marchio - Diritto d’autore sulle opere dell’ingegno. Artt. 2569-2583*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, 2° ed., Bologna, 1977, 148; U. CARNEVALI, *Sulla tutela giuridica del software*, in *Quadrimestre*, 1984, 267 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d’autore*, in G.ALPA (a cura di) *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984, 52 ss.; Id., *I diritti d’autore e connessi. Scritti*, Milano, 2003, 16; G. SENA, voce *Opere dell’ingegno*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Torino, 1994, 361; Id., *Considerazione sulla proprietà intellettuale*, in questa *Rivista*, 1994, 18 ss.; P. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d’autore*, Milano, 1997, 34 ss.; O. CAROSONE, *L’opera dell’ingegno creata nel rapporto di lavoro autonomo e subordinato*, Milano, 1999, 66; P. FABBIO, *La tutela autoriale del progetto di arredamento o di architettura di interni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2002, 47; C. DI COCCO, *L’opera multimediale. Qualificazione giuridica e regime di tutela*, Torino, 2005, 67; P. GALLI, *sub art. 1*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto d’autore. Estratto del Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4° ed., Padova, 2009, 4-5. Più recentemente V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d’autore*, Torino, 2012, 61 ss. E S. DELL’ARTE, *Fotografia e diritto*, Padova, 2015, 52 ss. Nella giurisprudenza si faccia riferimento, *ex multis*, a Trib. Cuneo, 19 ottobre 1999, in *AIDA*, 2000, 705; Trib. Torino, 4 dicembre 1995, *ivi*, 1996, 416; Trib. Milano, 27 giugno 1968, *IDA*, 1969, 251. Il carattere esemplificativo del catalogo legislativo è ribadito a livello di *obiter* nella più recente Cass. 13 novembre 2015, n. 23929, in *Foro it.*, 2016, I, c. 562 ss.

(14) V.M. DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell’ingegno letterarie ed artistiche. Artt. 2575-2583*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlessinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Milano, 2012, 43, ritiene tale discriminazione esclusa dal dettato dell’art. 1 l. aut., che richiede che le opere dell’ingegno di carattere creativo vengano protette “qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

(15) Come M. FABIANI, *Il Diritto d’autore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1978, 132 ss., e G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Dir. inf.*, 1989, 71 ss. Nella giurisprudenza v. Trib. Monza, 12 dicembre 1984, Trib. Roma, 30 giugno 1978 e Trib.

hanno addotto in sostegno della tesi il carattere eccezionale delle privative e, dunque, la necessità di aderire ad una lettura stringente dei confini di oggetto delineati dal legislatore ⁽¹⁶⁾.

A prescindere dall'opzione esegetica adottata, dottrina e giurisprudenza convergono, anche in questo caso come in altre esperienze nazionali, nello sforzo di identificazione dei tratti comuni delle creazioni tutelate, dimostrando di avvertire l'esigenza di qualificare con maggiore certezza e specificità l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, con particolare riguardo ai suoi confini rispetto ad altre privative industriali ed al dominio pubblico ⁽¹⁷⁾. Si legge così che il diritto d'autore deve circoscriversi alle sole creazioni "che appartengono al campo dell'estetica" o che siano "idonee a soddisfare interessi culturali o artistici del pubblico", in contrapposizione alle invenzioni ⁽¹⁸⁾, mentre altre voci guardano invece alla "destinazione a comunicare a terzi un contenuto di fatti, conoscenze, idee, opinioni e sentimenti", ossia alla natura di espressione di informazioni ⁽¹⁹⁾, nei limiti in cui queste siano forme

Roma, 4 settembre 1963, in R. RISTUCCIA - V. ZENO ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel D.lgs. 518/1992, con 65 decisioni di giudici italiani*, Padova, 1993, 122.

(16) Cfr. G. FLORIDIA, cit. (nt. precedente), *ibidem*.

(17) Si vedano ad esempio le opere comparate di U. FUCHS, *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Monaco, 1996; A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1976, 64 ss. V. inoltre I. CHERPILLON, *L'objet du droit d'auteur*, Losanna, 1985, 205 ss.; O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur: originalité ou création?*, Marsiglia, 1999.

(18) T. ASCARELLI, cit. (nt. 10), 700 ss.; Similmente M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1961, 23 ss.; G.E. ARGENIO, *L'autore della canzonetta*, in questa *Rivista*, 1969, I, 309; G. FLORIDIA, *La protezione giuridica del software*, in *Corr. Giur.*, 1986, 211 ss.; L. DE SANCTIS, *Ancora sui programmi per computer: che fine ha fatto Benedetto Croce?*, in *IDA*, 1988, 323 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Dir. inf.*, 1990, 79 ss.; M. AMMENDOLA, sub art. 1, in P. MARCHETTI-L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2000; M. FABIANI, *La protezione dei progetti di lavori di ingegneria*, in *IDA*, 2007, 560 ss. Il concetto ricorre anche nella giurisprudenza. Si vedano, ad esempio, App. Milano, 2 ottobre 1981, in *IDA*, 1983, 204; App. Bologna, 3 novembre 1965, *ivi*, 1966, 358; Trib. Monza, 18 gennaio 1985, in questa *Rivista*, 1987, II, 94; Trib. Milano, 3 novembre 1980, in *GADI*, 1981, 1346; Trib. Milano, 1 marzo 1979, *ivi*, 1980, 1171. Ma *contra* P. GALLI, cit., (nt. 10), 5.

(19) In Italia la riflessione si è sviluppata principalmente nel contesto del dibattito dottrinale sulla proteggibilità del software. Si vedano, ad esempio, G. SANTINI, *La tutela giuridica della programmazione elettronica*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 229 ss.; ne convengono P. GRECO - P. VERCELLONE, cit. (nt. 8), 36 ss.; U. CARNEVALI, cit. (nt. 8), 275; C. CIAMPI, *La proteggibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. inf.*, 1985, 260 ss.; R. PARDOLESI, *Software, "property rights" e il diritto d'autore: il ritorno al paese delle meraviglie*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 313; G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 251 ss.; R. RISTUCCIA, *Discordanti indirizzi giurisprudenziali in*

espressive non necessitate, al fine di distinguere l'oggetto del diritto d'autore da quello del brevetto ⁽²⁰⁾. Non mancano tuttavia coloro i quali ritengono che l'introduzione legislativa tra le opere protette di creazioni appartenenti al campo della tecnica o dell'utile, tra cui software, banche dati, design industriale, format e pubblicità, le cui caratteristiche poco hanno in comune rispetto a quelle di opere appartenenti al campo dell'estetica, renderebbe ad oggi inutile e dalla rilevanza pratica molto ridotta operare classificazioni e nuovi tentativi definitivi, limitandosi i tratti comuni a quelli di creatività e originalità, che rappresentano tuttavia i due principali requisiti di protezione — filtri, quindi, che dovrebbero operare *ex post* rispetto alla preventiva individuazione del novero generale di opere protette ⁽²¹⁾.

I confini esterni della disciplina sono così delineati dalla dicotomia idea-espressione, principio confermato a livello internazionale ⁽²²⁾, che esclude dall'oggetto della privativa autorale le idee in quanto tali ⁽²³⁾, intese quali informazioni non espressive contenute

materia di software e di videogiochi, in *Dir. inf.*, 1986, 188 ss.; G. FLORIDIA, cit. (nt. precedente), 212; V. AFFERNI, *Diritto d'autore, requisito dell'originalità e software operativo*, in *Dir. inf.*, 1989, 556 ss.; F. BROCK, *Sul software in relazione al diritto di autore con particolare riguardo al programma oggetto*, in questa *Rivista*, 1990, I, 423; P. AUTERI, *Diritto di autore, Cap. II - L'oggetto*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, 575 ss.; M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004, 10 ss. Nella dottrina estera v. P.B. HUGENHOLTZ, *Auterusrecht op informatie*, Deventer, 1989, 181 ss., e l'analisi comparata di F.W. GROSHEIDE, *Paradigms in Copyright Law*, in B. SHERMAN, A. STROWEL (a cura di), *Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law*, Oxford, 1994, 203 ss.

(20) In tal senso M. BERTANI, *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, in *AIDA*, 2003, 867 ss.; Id., *Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, 153 ss.

(21) Così Z. ALGARDI, cit. (nt. 8), 402 ss.; G. SENA, *Considerazione*, cit. (nt. 8), 11 ss.; Id., *Opere*, cit. (nt. 8), 360; P. FRASSI, *cig.* (nt. 8), 35 ss.; R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software. Diritto d'autore e brevettabilità*, Milano, 1999, 28 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Diritti d'autore e connessi*, cit. (nt. 8), 16; Id., *Concorsi di protezione e diritti d'autore*, in *AIDA*, 2002, 353; P. FABBIO, cit. (nt. 3), 47. Similmente J. CORBET, *Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ?*, in *RIDA*, 1991, 87 ss.; e già E. ULMER, *Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs*, in *IIC*, 1971, 56 ss.; A. LUCAS - H.J. LUCAS - A. LUCAS-SCHLOETTER, cit. (nt. 4), 71.

(22) Come si avrà modo di approfondire infra, nt. 53 e testo corrispondente.

(23) La dottrina in materia è sterminata. Per l'Italia v. già A. SCIALOJA, in *Ida*, 1885, 103 ss.; F. CARNELUTTI, *Sull'oggetto del diritto di privativa artistica e industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, III, 925; C. CRISTOFARO, *Trattato del diritto d'autore e d'inventore*, Torino, 1931, 139; N. STOLFI, *Il diritto d'autore*, Milano, 1932, 188, 241; E. VALERIO, Z. ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Milano, 1943, 3 ss.; E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, Torino, 1943, 249; R. FRANCESCHELLI, *Le idee come oggetto di rapporti giuridici*, in questa *Rivista*, 1961, I, 28 ss.; T. ASCARELLI, cit. (nt. 10), 706; M. ARE, cit. (nt. 13), 74 ss.; V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo*, cit. (nt. 10), 105 ss.; P. GRECO - P. VERCELLONE, cit. (nt. 10), 43 ss., e più recentemente L.C. UBERTAZZI-M. AMMENDOLA, *Il diritto d'autore*, Torino, 1993, 10; N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Trattato di diritto*

nell'opera ⁽²⁴⁾, indipendentemente dal fatto che queste ultime siano state create dall'autore o si trovassero già in dominio pubblico, come nel caso di fatti di cronaca o dati grezzi ⁽²⁵⁾. Commentatori e corti degli Stati Membri hanno lungamente concentrato i propri sforzi sulla definizione del concetto di idea non tutelata, anche in questo caso con molteplici orientamenti distinti, e procedendo a livello giurisprudenziale con un approccio casistico frammentato ⁽²⁶⁾. Si è così distinto tra idea semplice, non protetta, ed idea elaborata, protetta quale fase intermedia e prodromica dell'espressione, ossia "schema che serva da traccia nello svolgimento di un'attività diretta alla successiva realizzazione di un'opera dell'ingegno completa" ⁽²⁷⁾, entro cui si sono fatti rientrare, tra tutti, trame di opere, format televisivi, progetti architettonici e strutture di software e banche dati ⁽²⁸⁾. Il concetto di idea elaborata si avvicina, in questo senso, a quello più risalente di forma interna, intesa quale modo personale dell'autore di sviluppare concetti ed idee espresse all'interno di un'opera, e distinta così dalla forma esterna, ossia l'espressione propriamente detta, percepibile all'esterno con i sensi ⁽²⁹⁾.

Parallelamente all'esegesi generale ed alle nuove questioni sollevate dall'introduzione del diritto d'autore c.d. tecnico su programmi per elaboratori e banche dati, il dibattito sulla nozione di

commerciale, Padova, 2001, 359; G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software. Brevetto e diritto d'autore*, Milano, 1997, 262; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 424; P. AUTERI, *Diritto di autore*, cit. (nt. 16), 496. Nella dottrina estera possono menzionarsi, tra tutti e a titolo indicativo, U. LOWENHEIM, *Schutzgegenstand*, in G. SCHRICKER, U. LOWENHEIM, *Urheberrecht - Kommentar*, 5° ed, Monaco, 2017, 72 ss.; A. LUCAS - H.J. LUCAS - A. LUCAS-SCHLOETTER, cit. (nt. 4), 78-80.

(24) Nelle parole di M. BERTANI, *Diritto d'autore*, cit. (nt. 15), 919 ss.

(25) V. P. GALLI, cit., (nt. 10), 5.

(26) V. i ricchi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali in G. SCHRICKER, U. LOWENHEIM, *Urheberrecht - Kommentar*, 5° ed, Monaco, 2017, 70 ss. e in A. LUCAS - H.J. LUCAS - A. LUCAS-SCHLOETTER, cit. (nt. 4), 77 ss.

(27) Così in S. RUBINSTEIN, *La protezione delle "idee elaborate"*, in *IDA*, 1953, 43. Sulla stessa linea M. ARE, cit. (nt. 15), 87 ss.; P. GRECO - P. VERCELLONE, cit. (nt. 8), 43 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore*, cit. (nt. 15), 453. Di *idées concrétisées* parla anche la dottrina francese con riferimento allo stesso genere di opere. Cfr. A. LUCAS - H.J. LUCAS - A. LUCAS-SCHLOETTER, cit. (nt. 4), 79-80, con ampie indicazioni giurisprudenziali.

(28) Per una panoramica e ricostruzione del dibattito dottrinale su tali categorie di opere, a cui possono aggiungersi, tra tutti, anche gli arredi interni, i prodotti di ingegneria genetica, le creazioni pubblicitarie, v. P. GALLI, cit., (nt. 10), 14-25.

(29) La nozione di forma interna, più risalente, si ritrova, *inter alia*, in N. STOLFI, cit., (nt. 20), 189; T. ASCARELLI (nt. 10), 669; R. FRANCESCHELLI, cit. (nt. 20), 28; M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, cit. (nt. 20), 361 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, 96 ss. Nella dottrina francese, *ex multis*, I. CHERPILLOD, cit. (nt. 14), 212 ss.; Contro la distinzione tra forma esterna e forma interna v. M. BERTANI, *Diritto d'autore*, cit. (nt. 15), 456.

opera protetta si è arricchito quando la produzione e commercializzazione di massa di profumi e prodotti alimentari e la professionalizzazione dell'arte culinaria ha spinto i tecnici ad interrogarsi sull'ammissibilità del diritto d'autore c.d. sensoriale ⁽³⁰⁾, ossia dell'estensione della privativa autorale ad opere percepibili con olfatto e gusto e non solo con vista e udito ⁽³¹⁾. Gli argomenti comunemente utilizzati contro la tutelabilità di sapori e odori insistono sulla soggettività della loro percezione all'impossibilità di rappresentarli con la precisione ed oggettività necessari a valutarne con certezza l'originalità ed a verificare le violazioni dei diritti esclusivi su di essi insistenti, fino alla difficoltà nel separare la loro idea dalla loro espressione ed il supporto dalla creazione. Non è mancato chi ha sottolineato l'incompatibilità delle disposizioni in materia di diritto d'autore (ed in particolare i diritti e le eccezioni) con le caratteristiche di profumi, ricette ed alimenti ⁽³²⁾, e chi ha enfatizzato il rischio di un'apertura impropria verso prodotti la cui protezione dovrebbe più propriamente essere valutata nel contesto della disciplina brevettuale e dei suoi principi ed equilibri ⁽³³⁾.

Il precedente nazionale più significativo in materia è senza

(30) Si veda, tra tutti, il contributo di M. FABIANI, *Il diritto d'autore sui profumi*, in *Dir.aut.*, 2012, 206 ss., e relativa bibliografia. Per una panoramica più risalente, con una prospettiva d'Oltralpe, v. A. BASSARD, *La composition d'une formule de parfum est-elle une oeuvre de l'esprit?*, in *RIPIA*, 1979, 460 ss. Su Francia ed Olanda v. A. QUAEDVLIIEG, *Copyright and Perfume: Nose, Intellect and Industry*, in *RIDA*, 2011, 230 ss, che offre una dettagliata e ragionata analisi dei più importanti contributi della dottrina olandese. Ancora sul dibattito francese, v. A. LUCAS - H.J. LUCAS - A. LUCAS-SCHLOETTER, cit (nt. 4), 66-67 e gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; Y. GAUBIAC, *Fragrances et Oeuvres de l'esprit*, in AA.VV., *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Parigi, 2010, 217 ss.; M. VIVANT, *Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond*, in *Dalloz*, 2007, 954-955; N. MOUT-BOUWMAN, *Protection of Culinary Recipes by Copyright, Trade Mark and Design Copyright*, in *EIPR*, 1988, 234; M. FRANZOSI, *Protection of culinary recipes; reaction on article of N. Mout-Bouwman*, in *EIPR*, 1989, 35; R. DREYFUSS, *Does IP need IP? Accommodating intellectual production outside the intellectual property paradigm*, 31 *Cardozo LR* 1437, 2010, 1441 ss. Per una panoramica di varie risposte nazionali, v. M.C. JANSSENS, *Copyright for Culinary Creations: A Seven Course Tasting Menu With Accompanying Wines*, Gennaio 2013, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2538116>, che illustra le risposte di questionari somministrati ad esperti nazionali di tutta Europa e commenta in maniera critica i più rilevanti contributi dottrinali nazionali sul tema.

(31) M. FABIANI, cit. (nt. precedente), 207 richiama il diffuso argomento, di matrice positivistica, che nota come tanto le fonti internazionali quanto quelle nazionali facciano comune riferimento alle opere letterarie ed artistiche.

(32) Il dibattito è particolarmente vivido in Francia ed Olanda. Si veda in particolare la ricostruzione di A. QUAEDVLIIEG, cit. (nt. 27), 230 ss.

(33) Come H. COHEN JEHOAM, *Dutch Supreme Court Recognizes Copyright in the Scent of A Perfume: The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*, in *EIPR*, 2006, 629-631.

dubbio *Lancome v Kecofa* ⁽³⁴⁾, decisione dell'*Hoge Raad* che, ponendo fine ad una diatriba decennale, ha statuito come la disposizione olandese definente l'oggetto del diritto d'autore contenga una lista solo esemplificativa di opere e come i profumi, non essendo esplicitamente esclusi ⁽³⁵⁾, possano essere suscettibili di tutela autorale ove rispettino i requisiti di originalità e percepibilità e le loro caratteristiche non siano dettate da funzioni tecniche o necessarie a raggiungere un dato effetto tecnico ⁽³⁶⁾. La circostanza per cui ogni individuo possa percepire e distinguere gli odori in maniera dissimile non è stata ritenuta sufficiente a stralciarli dal novero delle opere protette, in considerazione della possibilità di accertare in ogni caso eventuali riproduzioni illegittime con certezza attraverso test chimici e verifiche empiriche ⁽³⁷⁾, né è stata giudicata dirimente la difficile adattabilità delle disposizioni in materia di diritto d'autore alle essenze, reputando la complessità esegetica un elemento inevitabilmente caratterizzante l'evoluzione giudiziale del diritto dinanzi al progresso dei tempi ⁽³⁸⁾.

La posizione assunta dalla corte di ultima istanza olandese si contrappone all'indirizzo seguito, invece, dalla *Cour de Cassation*, che nello stesso anno (2006) ⁽³⁹⁾ e successivamente nel 2008 e 2009 ⁽⁴⁰⁾ ha risolutamente negato l'ammissibilità del diritto d'autore sensoriale. La *Cassation* ha escluso che un odore possa essere qualificato come espressione, consistendo esso solo nell'applicazione di conoscenza tecnica e c.d. *know-how*, entrambi oggetti non appartenenti al novero delle opere protette da privativa autorale. In risposta alle numerose decisioni di merito che avevano invece accolto pretese attoree di tutela di odori e sapori per il tramite di *droit d'auteur*, adducendo la necessità di una modernizzazione della

(34) Hoge Raad, *Lancôme v Kecofa*, 16 Giugno 2006, NL:HR:2006:AU8940. Lancôme aveva citato in giudizio Kecofa per violazione del diritto di riproduzione della fragranza del profumo Tresòr, che la società francese sosteneva dovesse ritenersi protetto da diritto d'autore. Le traduzioni in inglese, francese e spagnolo della decisione, insieme con un ampio commento si ritrovano in P.B. HUGENHOLTZ, *Chronicle of the Netherlands. Dutch Copyright Law, 2001-2010*, in *RIDA*, 2010, 299 ss. V. inoltre M. Foschi, *Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances ?*, in *A&M*, 2006, 309 ss.

(35) *Ivi*, § 3.3.2.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ivi*, § 3.4.2.

(38) *Ivi*, § 3.3.2.

(39) Cour de Cassation, *Bsiri-Barnir v Haarmann & Reimer*, in *RIDA*, 2006, 349.

(40) Il principio è stato infatti reiterato dalla Cour de Cassation anche in *Beauté Prestige Int'l v Senteur Mazal*, 1 Luglio 2008, n. 07-13.952, in *Dalloz*, 2009, 1182, ed in *Argeville v Lancome Parfums et Beauté*, 22 Gennaio 2009, n. 08-11.404.

disciplina in risposta al progresso tecnico, economico e sociale ⁽⁴¹⁾, la massima corte francese ha reiterato le proprie posizioni nel 2013, questa volta specificando ulteriormente come l'impossibilità di identificare con certezza l'oggetto dell'espressione ostasse alla sua protezione, e come il risultato creativo non consistesse, nei fatti, nell'odore, ma nel processo utilizzato per il suo sviluppo — oggetto, questo, chiaramente pertinente l'ambito applicativo del brevetto ⁽⁴²⁾.

L'esclusione della configurabilità del *sensory copyright* è condivisa anche da altri Stati Membri, primi fra tutti ordinamenti quali quelli di Regno Unito ed Irlanda, il cui catalogo chiuso di opere non contempla creazioni riducibili ad odori e sapori ⁽⁴³⁾. Scetticismo caratterizza, tuttavia, anche ordinamenti contraddistinti definizioni aperte di opera protetta: seppure non si ritrovino precedenti diretti in materia di profumi e prodotti alimentari, chiari segni di resistenza vengono da quelle decisioni, provenienti principalmente da Germania, Italia, Spagna e Belgio, che limitano la protezione autorale alla presentazione su piatto o espressione letterale delle ricette, escludendo che la privativa possa estendersi al loro contenuto, qualificato invece pacificamente quale fatto o idea ⁽⁴⁴⁾. Non è raro, tuttavia, ritrovare autori ⁽⁴⁵⁾ e corti di merito ⁽⁴⁶⁾ favorevoli all'introduzione del diritto d'autore sensoriale, ritenuto misura necessaria a proteggere il sempre maggiore valore di mercato di profumi e prodotti alimentari.

La disomogeneità nelle risposte nazionali non è caratteristica

(41) Si vedano, *inter alia*, TGI Bobigny, 28 Novembre 2006, in *RIDA*, 2007, 166; CA Paris 14 Febbraio 2007, *Beauté Prestige International v. Senteur Mazal*, in *IIC*, 2008, 113; CA Paris 22 Settembre 2010, in *RIDA*, 2010, 501; TGI Nancy, 6 Aprile 2009, in *Prop. int.*, 2010, 614; TGI Lille 22 Ottobre 2009, *L'Oréal v Jacan*, in *RIDA*, 2010, 510.

(42) In Cour de Cassation, 20 Dicembre 2013, n. 11-19.872.

(43) Il dibattito sulla compatibilità di una catalogo chiuso di opere protette con il diritto d'autore UE post-Infopaq è particolarmente vivo in Inghilterra. Si vedano, tra tutti, J. GRIFFITHS, *Infopaq, BSA and the 'Europeanisation' of United Kingdom copyright law*, in *Media and Arts LR*, 2011, 59 ss., e relativa bibliografia; E. ROSATI, *Towards an EU-wide copyright? (Judicial) pride and (legislative) prejudice*, in *IPQ*, 2013, 47 ss.; C. HANDIG, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): is the term 'work' of the CDPA 1988 in line with the European Directives?*, in *EIPR*, 2010, 53 ss.; E. DERCLAYE, *Wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, in *EIPR*, 2010, 247 ss.

(44) Tra le decisioni più citate, v. TGI Paris, 10 Luglio 1974; Trib. Milano, 10 Luglio 2013 n. 9763; CA Liège, 16 Giugno 2011, 2010/RG/145; SAP Madrid, 18 Maggio 2009. Pronunce simili si ritrovano già agli inizi del secolo scorso, come BHG 18 Dicembre 1912, RGZ 81.120 - I 4/12, citata da N. MOUT-BOUWMAN, cit. (nt. 25), 236.

(45) Cfr. A. LUCAS, H.J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, cit. (nt. 25), 66-67; Y. GAUBIAC, cit. (nt. 25), 227. *Contra* v. M. VIVANT, cit. (nt. 4), 954-955.

(46) V. *supra*, nt. 32.

della sola area delle espressioni creative consistenti in odori e sapori: definizioni contrastanti dei confini esterni dell'ambito oggettivo della disciplina si riscontrano anche in altri settori, a riprova dell'assenza di una reale armonizzazione in materia, similmente a quanto accaduto per il requisito dell'originalità⁽⁴⁷⁾. Nella decade che corre tra *Infopaq* e *Levola Hengelo*, la CGUE è intervenuta su un retroterra controverso e frammentato, volontariamente escluso dall'armonizzazione legislativa comunitaria⁽⁴⁸⁾, definendo la nozione di opera quale concetto autonomo di diritto UE e avocando a sé, pertanto, il compito di definirne il contenuto. Prima di muovere verso l'analisi della armonizzazione silente della Corte, tuttavia, è utile soffermarsi brevemente sulle fonti internazionali e comunitarie rilevanti ai fini della definizione, che di tale armonizzazione rappresentano i riferimenti normativi principali.

3. *I (pochi e frammentati) riferimenti definitori sovranazionali.*

A far data dalla sua adesione al WIPO Copyright Treaty (WCT)⁽⁴⁹⁾, l'Unione Europea soggiace all'obbligo di implementare all'interno della sua legislazione in materia di diritto d'autore, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, quarto comma del WCT, gli artt. 1-21 della Convenzione di Unione di Berna (CUB). L'art. 2, primo comma CUB fornisce una definizione di "opere letterarie ed artistiche" protette dalla tradizionale struttura bipartita: in apertura, una definizione generale e di ampia portata estende l'oggetto del diritto d'autore a "tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione"; segue una lista esemplificativa, che spazia dai libri alle opere drammatiche, musicali, coreografiche, pantomimiche e cinematografiche, tocca le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, litografia, fotografia ed arti applicate, fino a raggiungere illustrazioni, carte geografiche e rappresentazioni relative a geografia, topografia, architettura o scienze, con una scelta di esempi acco-

(47) Un'interessante e recente analisi comparata del trattamento di una serie di opere non convenzionali si ritrova in E. BONADIO, N. LUCCHI, *Non-Conventional Copyright. Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Cheltenham-Northampton, 2019, al cui ricco apparato bibliografico si fa rinvio.

(48) V. *infra*, nt. 58.

(49) WIPO Copyright Treaty (WCT), S. Treaty Doc. No. 105-17 (1997) e Decisione 2000/278/CE del Consiglio del 16 marzo 2000, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, in GUUE L-89/7 dell'11 aprile 2000.

munati dalla percepibilità sensoriale visiva e/o uditiva ⁽⁵⁰⁾. I legislatori nazionali restano liberi di subordinare o meno la protezione di una o più categorie di opere alla loro fissazione su supporto materiale ⁽⁵¹⁾, mentre i comuni requisiti di protezione — creatività ed originalità — emergono in maniera indiretta e frammentata con riferimento ad opere derivate quali traduzioni, adattamenti, riduzioni musicali ed altre trasformazioni ⁽⁵²⁾, che sono protette come “opere originali”, o collezioni come enciclopedie ed antologie, che ricevono tutela se “per la scelta o la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali” ⁽⁵³⁾.

La disposizione, modellata sui più influenti esempi nazionali al tempo della redazione della Convenzione (1886), è stata sistematicamente interpretata quale clausola aperta ⁽⁵⁴⁾, in linea con le indicazioni della *WIPO Guide to the Berne Convention* ⁽⁵⁵⁾, che non offre una definizione di opera ma ne fa corrispondere il contenuto a quello di creazione intellettuale, circoscrivendo l’oggetto della protezione all’espressione ed escludendone la sottostante idea ⁽⁵⁶⁾. Significativamente, tuttavia, la Guida è chiara nel limitare la definizione di opera letteraria ed artistica ad “all works capable of being

(50) Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971, il cui testo italiano ufficiale può trovarsi in L.C. UBERTAZZI, P. GALLI, F. SANNA, (a cura di), *Codice del diritto d’autore*, Milano, 2003, 385 ss.

(51) Come esplicitato nell’art. 2, secondo comma CUB. Sul punto si veda il commento di S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, 2009, 402.

(52) V. art. 2, terzo comma CUB: “si proteggono come *opere originali*, senza pregiudizio dei diritti dell’autore dell’opera originale, le traduzioni, gli adattamenti, le riduzioni musicali e le altre trasformazioni di un’opera letteraria e artistica” (corsivo aggiunto).

(53) V. art. 2, quinto comma CUB. Come sottolineato da S. VON LEWINSKI, *International copyright law and policy*, Oxford, 2008, § 5.66, 121, la compresenza di creatività e originalità dimostra la volontà dell’art. 2 CUB di proteggere opere che riflettano la personalità del creatore. Dello stesso avviso è D. GERVAIS, *La notion de l’oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Ginevra, 1998, 51-55.

(54) Come osservato anche da S. VON LEWINSKI, cit. (nt. precedente), § 5.64, 121 e da S. RICKETSON-J. GINSBURG, cit. (nt. 48), § 8.06, 402.

(55) La Guida specifica, infatti, che le due categorie debbono intendersi quali assorbenti e non mutualmente esclusive, suggerendo così come i loro confini non siano rigidi e possano essere adattati all’innovazione tecnologica. Esempi di tale plasticità vengono dalle opere musicali, considerate a cavallo tra le opere artistiche e quelle letterarie, o le opere di arte applicate, che possono essere classificate come opere artistiche ove lo stato di origine non le riconduca invece al design industriale (C. MASOUE, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Ginevra, 1978, 33, § 2.25, in commento all’art. 2, settimo comma CUB).

(56) *Ivi*, §§ 2.3 e 2.8.

protected”, suggerendo, con il suo riferimento esplicito all’attitudine a formare oggetto di diritto d’autore, come l’ambito applicativo della disciplina debba ritenersi confinato alle sole creazioni le cui caratteristiche corrispondano a quelle delle due macro-categorie generalmente individuate⁽⁵⁷⁾. Rispetto al testo dell’art. 2 CUB, il WCT aggiunge solo la dicotomia idea-espressione di cui già si trovava traccia nella Guida WIPO⁽⁵⁸⁾, ed estende la protezione autorale a software e banche dati⁽⁵⁹⁾, seguendo un approccio condiviso anche dall’Accordo TRIPs⁽⁶⁰⁾.

Già nel 1988, nel Libro Verde “Il diritto d’autore e le sfide della tecnologia”, la Commissione europea aveva escluso la necessità di intervenire in funzione armonizzatrice sulle definizioni di opera protetta e requisiti di protezione, ritenendo che la comune adesione degli Stati Membri alla Convenzione di Berna garantisse già una loro sufficiente standardizzazione all’interno dell’allora Comunità⁽⁶¹⁾. L’assunto, fallace e contraddetto dalla presenza di sostanziali divergenze negli approcci normativi, dottrinali e giurisprudenziali nazionali⁽⁶²⁾, è stato reiterato in occasione dell’implementazione del WCT da parte della Direttiva InfoSoc, che volutamente omette ogni riferimento definitorio all’opera ed alle sue caratteristiche. A conferma dell’approccio, i pochi cenni indiretti alla nozione in testi comunitari precedenti, peraltro omogenei in termini di linguaggio e contenuto, ineriscono tutti ad opere non coperte, o toccate solo collateralmente dalla Convenzione di Berna, quali le fotografie⁽⁶³⁾, le banche dati⁽⁶⁴⁾ o i programmi per elabo-

(57) *Ivi*, § 2.7. V. anche, sulla stessa linea, J. REINBOUHE, S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTA*, 2^a ed., Oxford, 2015, §§ 7.3.1 ss.

(58) L’art. 2 del WCT recita, infatti, che “copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”.

(59) Artt. 4 e 5 WCT, che integra così il rinvio operato dall’art. 1, quarto comma WCT agli artt. 1-21 CUB, dei quali il Trattato richiede il rispetto.

(60) L’art. 9 TRIPs opera un rinvio analogo alla Convenzione di Berna, aggiungendo la sola dicotomia idea-espressione, mentre l’art. 10 TRIPs estende la privativa autorale a software e banche dati. Per un commento v. C.M. CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford, 2007, 123 ss.

(61) La posizione è espressa nel Libro Verde *Copyright and the challenge of technology*, COM(88) 172 final, 4 e 10-11.

(62) Della frammentazione danno conto in dettaglio M. VAN EECHOU, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, 2009, 31 ss.

(63) Direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d’autore e di alcuni diritti connessi, GUUE L372/12 (Direttiva Durata II), 27 Dicembre 2006, art. 6.

(64) Direttiva 96/9/CE sulla protezione giuridica delle banche dati, GUUE L77/20 (Direttiva Database), 27 marzo 1996, art. 3, primo comma.

ratore ⁽⁶⁵⁾: l'art. 6 ed il sedicesimo considerando della Direttiva 2006/116 sulla durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi qualificano come fotografie protetti quelle che "sono opere originali, ossia sono il risultato della creazione intellettuale dell'autore"; l'art. 1(3) della Direttiva 91/250/CEE sulla protezione del software sancisce come "un programma per elaboratore è tutelato se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore" ⁽⁶⁶⁾; mentre l'art. 3 della Direttiva 96/9/CEE identifica il suo oggetto in banche dati che "costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore" per la scelta e la selezione del materiale.

A ben guardare, i tre riferimenti normativi non offrono una definizione di opera protetta, già implicita, con esclusione del caso delle fotografie, nell'oggetto specifico delle direttive, quanto basilari requisiti di protezione, come confermato dall'art. 1 (3) della Direttiva Software che, a completamento della definizione, esclude l'applicazione di altri criteri ai fini della concessione della tutela autorale. Non dello stesso avviso è stata, però, la Corte di Giustizia, che su tale convergenza definitiva, seppure proveniente da fonti estremamente settoriali, ha fondato la propria armonizzazione silente della definizione di opera protetta nel diritto d'autore europeo.

4. *L'armonizzazione silente della Corte di Giustizia UE.*

Dinanzi al silenzio della Direttiva InfoSoc, il primo e più importante intervento dei massimi giudici europei sulla nozione di opera è stato, come prevedibile, indiretto e mediato. In *Infopaq* ⁽⁶⁷⁾, avente ad oggetto la riproduzione non autorizzata di undici parole consecutive di un articolo di quotidiano, la CGUE ha ritenuto che la determinazione di criteri utili a distinguere riproduzioni *de minimis* lecite da riproduzioni parziali illegittime se non autorizzate, e dunque in violazione del diritto di cui all'art. 2 InfoSoc, richiedesse la preliminare definizione del concetto di opera protetta ai sensi della Direttiva. Di lì alla creazione di una nuova dottrina giurisprudenziale, in assenza di indicazioni esplicite e di-

(65) Direttiva 91/250/CEE del Consiglio sulla protezione giuridica dei programmi per elaboratore, GUUE L122/42 (Direttiva Software I), 17 Maggio 1991, art. 1, terzo comma.

(66) E similmente nell'art. 1, terzo comma della Direttiva 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, GUUE L111/16 (Direttiva Software II), 5 Maggio 2009.

(67) *Infopaq*, cit. (nt. 1).

rette di matrice legislativa, il passo è stato breve. Il dato sistematico ⁽⁶⁸⁾ più immediato è stato rinvenuto nella convergenza letterale degli art. 1, terzo comma della Direttiva Software, art. 3, primo comma della Direttiva Database, ed art. 6 della Direttiva Durata i quali, letti in combinato disposto con i commi quinto e ottavo dell'art. 2 CUB ⁽⁶⁹⁾, sono stati definiti principio generale di diritto d'autore europeo ⁽⁷⁰⁾, ed utilizzati per identificare nell'opera — in questo caso letteraria — protetta ogni combinazione o sequenza di parole “idonee a trasmettere al lettore l'originalità di una pubblicazione quale un articolo di giornale, comunicando a chi legge un elemento che è in se stesso espressione della creazione intellettuale dell'autore di tale articolo ” ⁽⁷¹⁾.

A dispetto delle critiche sollevate dall'opzione interpretativa, la Corte ha confermato la sua posizione in decisioni successive, fornendo ulteriori elementi definitivi di dettaglio. Nel caso *BSA* ⁽⁷²⁾, inerente la tutelabilità per il tramite di diritto d'autore dell'interfaccia grafica di software (*graphic user interface*, GUI), la CGUE ne ha escluso la natura di espressione protetta ai sensi dell'art. 1, secondo comma Software, ammettendone tuttavia la classificazione quale generica opera dell'ingegno tutelata ai sensi della Direttiva InfoSoc ove la corte nazionale avesse giudicato la GUI come “risultato della creazione intellettuale dell'autore” ⁽⁷³⁾. In ragione delle particolari caratteristiche del bene oggetto di analisi, tuttavia, i massimi giudici europei hanno correttamente avvertito l'esigenza di specificare come il diritto d'autore non possa estendersi fino a coprire componenti dettati dalla loro funzione tecnica: il criterio dell'originalità, infatti, non sarebbe soddisfatto, “in quanto i vari modi di realizzare un'idea sono così limitati che l'idea e l'espressione si confondono” ⁽⁷⁴⁾, e l'autore non compie alcuna scelta creativa e originale che possa rendere il prodotto finale qualificabile come sua creazione intellettuale ⁽⁷⁵⁾.

(68) L'operazione è stata giustificata sulla base del ventesimo considerando della Direttiva InfoSoc, che statuisce come la Direttiva sia basata sugli stessi principi e regole già introdotti dalle Direttive in vigore nel settore (ivi, § 36).

(69) *Ivi*, §§ 34-35.

(70) *Ivi*, § 37.

(71) *Ivi*, §§ 44-45. L'originalità della combinazione deve essere verificata rispetto agli elementi “che sono espressione della creazione intellettuale dell'autore” (ivi, § 47).

(72) Corte Giustizia UE, C-363/09, 22 Dicembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany* contro *Ministerstvo kultury*, EU:C:2010:816 (BSA). Sulla rilevanza del caso v. J. GRIFFITHS, *Infopaq*, cit. (nt. 40), 69 ss.

(73) *BSA*, cit. (nt. precedente), § 46.

(74) *Ivi*, § 48.

(75) *Ivi*, § 50.

Principi pressoché analoghi si ritrovano in *Flos* con riferimento a creazioni di disegno industriale non registrato, e pertanto fuori dall'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva 98/71/CEE (76). Similmente, nel caso *Nintendo v PC Box* (77) la Corte, dopo aver escluso che i videogames rientrino nella sfera applicativa della Direttiva Software alla luce della loro natura di materiale complesso "che comprende non solo un programma per elaboratore, ma anche elementi grafici e sonori che, sebbene codificati nel linguaggio informatico, possiedono un valore creativo proprio che non può essere ridotto alla suddetta codificazione" (78), ha ammesso una protezione di tali elementi ulteriori ai sensi della Direttiva InfoSoc nel momento in cui concorrano all'originalità dell'opera, ossia alla sua qualità di prodotto della creazione intellettuale dell'autore.

In *Football Association Premier League FAPL* (79), interrogata sulla possibilità di estendere la privativa autorale ad eventi sportivi, la CGUE ne ha negato la riconducibilità al novero delle opere protette utilizzando un ragionamento molto simile a quello proposto in *BSA*: l'esistenza di regole del gioco da seguire limita fino ad escludere la presenza di libertà creativa, e dunque la possibile originalità dell'evento, definito ancora una volta come il risultato della creazione intellettuale dell'autore (80). Poco tempo più tardi, in *Painer*, nel discettare della tutelabilità di ritratti fotografici alla luce del sedicesimo considerando della Direttiva 2006/116/UE, che qualifica un'opera fotografica come protetta se originale, ossia risultato della creazione intellettuale dell'autore riflettente la sua

(76) Corte Giustizia UE, C-168/09, 27 Gennaio 2011, *Flos SpA contro Semeraro Casa e Famiglia SpA*, EU:C:2011:29, della cui incompatibilità con i disposti e gli obiettivi delle Direttive InfoSoc e Design (Direttiva 98/71/CE del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, in GUUE L-289/28 del 28 Ottobre 1998) tratta L. BENTLY, *The return of industrial copyright?*, in *EIPR*, 2012, 654 ss.; sulla stessa linea U. SUTHERSANEN, *Copyright and Industrial Objects: Aesthetic Considerations and Policy Discriminations*, in M. DAVID, D. HALBERT (a cura di), *The SAGE Handbook of Intellectual Property*, 2014, 539; M. VAN EECHOU, *Along the road to uniformity*, *Diverse readings of the Court of Justice judgments on copyright work*, in *JIPITEC*, 2012, 69; E. DERCLAYE, *Assessing the impact*, cit. (nt. 3), 49. *Contra* P. FABBIO, cit. (nt. 3), 301, nonché D. SARTI, *La tutela d'autore del design fra disciplina ordinaria e diritto intertemporale*, in *AIDA*, 2012, 405-406. V. inoltre, per una ricostruzione più ampia, V. FALCE, cit. (nt. 10), 248 ss.

(77) Corte Giustizia UE, C-355/12, 23 Gennaio 2014, *Nintendo Co Ltd e altri contro PC Box Srl*, EU:C:2014:25.

(78) *Ivi*, § 23.

(79) Corte Giustizia UE, 4 Ottobre 2011, casi riuniti C-403/08 *Football Association Premier League Ltd e altri contro QC Leisure e altri* e C-429/08 *Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:631 (*FAPL*), § 98.

(80) *Ivi*, §§ 96-97.

personalità⁽⁸¹⁾, la CGUE ha giudicato integrato il requisito, ritenendo che il tocco personale dell'autore⁽⁸²⁾ possa manifestarsi in un ritratto ogni qual volta il fotografo abbia potuto "esprimere le sue capacità creative nella realizzazione dell'opera effettuando scelte libere e creative"⁽⁸³⁾. La Corte ha aggiunto, tuttavia, una considerazione ulteriore che, seppur già in nuce in *Infopaq*, non era ancora emersa esplicitamente e così chiaramente nella giurisprudenza comunitaria: *Painer* sostiene, infatti, come il livello di protezione conferito ad un'opera non possa e non debba esser fatto dipendere dal suo livello di originalità⁽⁸⁴⁾, legittimando in maniera esplicita la fusione concettuale tra identificazione preliminare del novero delle opere protette da diritto d'autore e filtro successivo dell'originalità quale requisito di protezione.

La direzione impressa dalla CGUE a partire da *Infopaq*, con la successiva accelerazione marcata da *FAPL*, ha progressivamente condotto verso la silente costruzione di una definizione armonizzata di opera dell'ingegno protetta, le cui caratteristiche di estrema flessibilità e genericità ne rendono i confini labili ed incerti. Qualificare come potenziale oggetto di diritto d'autore qualsiasi risultato dello sforzo creativo di un soggetto scinde la definizione dell'ambito oggettivo di applicazione della privativa autorale dalla natura dell'opera, rimettendo completamente alla discrezionalità del giudicante l'identificazione dei confini della disciplina. Le pronunce successive, pur utili per le particolari declinazioni del concetto di originalità offerte in casi controversi, fanno riferimento a categorie classiche di opere, o la cui inclusione sotto l'ombrello del diritto d'autore è data per pacifica, non contribuendo quindi in maniera significativa alla costruzione della nozione di opera protetta ed alla delimitazione della sua estensione. Seppure la natura di strumento di armonizzazione massima della Direttiva InfoSoc⁽⁸⁵⁾ porti ad escludere la possibilità per gli Stati Membri di regolare discrezionalmente la materia⁽⁸⁶⁾, la mancanza di linee guida rivolte

(81) Corte Giustizia UE, 7 Marzo 2013, C-145/10 *Eva-Maria Painer contro Standard Verlags GmbH e altri*, EU:C:2011:798, § 88.

(82) *Ivi*, § 92.

(83) *Ivi*, § 89.

(84) *Ivi*, § 97.

(85) La qualificazione della Direttiva InfoSoc quale atto legislativo di armonizzazione massima è avvenuto nel tempo ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Per un commento più approfondito si veda M. LEISTNER, *Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of the European Court of Justice and Policy Perspectives*, in *CMLR*, 2014, 560 ss.

(86) La questione è esplicitamente sollevata da E. ROSATI, *Towards an EU-wide copyright? (Judicial) pride and (legislative) prejudice*, in *IPQ*, 2013, 66 ss. Di avviso contrario, invece, S. VOUSDEN, *Infopaq*, cit. (nt. 3), 200 ss.; M. LEISTNER, cit. (nt. 82),

a corti e legislatori nazionali pone il rischio di decisioni contrastanti ed è foriera di estrema incertezza, con particolare riguardo, tra tutti, alla sorte di quelle legislazioni caratterizzate da liste chiuse di opere protette, la cui compatibilità rispetto alla soluzione proposta dalla CGUE è evidentemente dubbia ⁽⁸⁷⁾.

Contrariamente alle aspettative della Commissione, gli Stati Membri non hanno dimostrato piena convergenza nella definizione dell'ambito oggettivo di applicazione della privativa autorale, avanzando risposte addirittura confliggenti in materie più controverse come quelle relative al trattamento delle idee elaborate e delle creazioni di diritto d'autore sensoriale. Ne è testimonianza evidente la speculare risposta fornita da due corti supreme nazionali, l'*Hoge Raad* olandese e la *Cour de Cassation* francese, sull'estendibilità del diritto d'autore ai profumi, con ulteriori divergenze tra approcci nazionali che non hanno tardato a venire, spesso stimolati da accesi dibattiti dottrinali ⁽⁸⁸⁾. La vaghezza dell'armonizzazione CGUE non poteva che rendere il quadro ancora più complesso e frammentato, riportando in auge anche la diatriba relativa all'ammissibilità di una tutela autorale di odori e sapori: il caso *Levola Hengelo* ne è il prodotto più immediato, nonché il *casus belli* che ha consentito alla Corte di ritornare sulla *vexata questio* definitiva, esplicitamente chiamata a chiarirne i contenuti e le più rilevanti implicazioni sistematiche.

5. *Il caso Levola Hengelo.*

Il rinvio pregiudiziale del caso *Levola* origina da una serie di procedimenti giudiziari olandesi che hanno visto protagonista la società olandese Levola Hengelo ed il suo formaggio in crema *Heks'nkaas*, basato su una ricetta segreta acquistata da un produttore locale e rinomato per il suo particolare gusto all'aglio ed erbe fresche. Nel tentativo di proteggere il proprio investimento e la propria quota di mercato, accanto al contenzioso relativo al ricco portafoglio di marchi e brevetti, la società aveva tratto ispirazione dalla decisione dell'*Hoge Raad* nel caso *Lancôme*, che nel 2006 ha

564; M. VAN EECHELD, cit. (nt. 73), 68-69; E. DERCLAYE, *Wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, in *EIPR*, 2010, 250 ss.

(87) Con particolare riguardo al Regno Unito ed il fatto che la definizione legislativa offerta dal Copyright and Design Protection Act (CDPA) sia ancora ritenuta esaustiva e chiusa nonostante l'apertura della giurisprudenza CGUE, si veda la dottrina cit. *supra*, nt. 40.

(88) Hoge Raad, 16 Giugno 2006, *Lancôme v Kecofa*, NL:HR:2006:AU8940, e Cour de Cassation, *Bsiri-Barnir v Haarmann & Reimer*, in *RIDA*, 2006, 349.

ammesso la tutelabilità del profumo *Trésor* per il tramite di diritto d'autore⁽⁸⁹⁾, e citato in giudizio alcuni tra i suoi più diretti concorrenti per violazione del diritto di riproduzione del sapore di *Heks'n-kaas*.

Nel primo procedimento, avviato dinanzi alla corte distrettuale dell'Aja, la doglianza attorea era stata respinta poiché ritenuta non adeguatamente supportata da una definizione chiara ed oggettiva della nozione di opera, causata dall'instabilità del sapore, dalla sua estrema variabilità in conseguenza del mutare di fattori esterni quali, ad esempio, la temperatura e l'umidità, e dalla sua diversa percezione soggettiva. Tali circostanze rendevano, ad avviso della corte, impossibile o altamente difficile verificare tanto il soddisfacimento dei requisiti di protezione previsti dalla legge olandese sul diritto d'autore — percepibilità e originalità — quanto accertare con sufficiente precisione l'avvenuta violazione del diritto di riproduzione⁽⁹⁰⁾. In una quasi parallela azione giudiziaria, del tutto simile in doglianze ed argomenti, la corte distrettuale di Gelderland aveva a sua volta rigettato le pretese attoree, sorvolando tuttavia sulla questione della qualificabilità del sapore come opera dell'ingegno protetta⁽⁹¹⁾. Non era stato dello stesso avviso la Corte d'Appello di Arnhem-Leeuwarden che, chiamata a valutare la bontà della decisione di primo grado, aveva ritenuto invece fondamentale la preventiva risoluzione della questione interpretativa relativa all'ammissibilità del diritto d'autore sensoriale e, giudicando la materia di competenza dell'Unione alla luce di *Infopaq* e della sua progenie, aveva riferito i suoi dilemmi esegetici alla CGUE.

L'obiettivo del rinvio pregiudiziale non era solo quello di chiarire se e fino a che punto i sapori potessero sussumersi all'interno dell'oggetto della privativa autorale, quanto quello di costringere la Corte a metter mano alla sua confusa ed incompleta giurisprudenza in materia, costruita in maniera incrementale sulla base di precedenti frammentati, e fornire in via possibilmente definitiva criteri utili a tracciare i confini della nozione di opera protetta. A tal fine, la Corte d'Appello di Arnhem-Leeuwarden ha chiesto alla CGUE di chiarire se il diritto UE vietasse agli Stati Membri di proteggere per il tramite di diritto d'autore un alimento quale risultato della creazione intellettuale dell'autore e, se sì, sulla base di

(89) *Lancôme* (nt. precedente).

(90) *Rechtbank Den Haag*, 3 Maggio 2017, *Levola Hengelo BV v European Food Company BV*, NL:RBDHA:2017:4384.

(91) *Rechtbank Gelderland*, 10 Giugno 2015, *Levola Hengelo BV v Smilde Food BV*, NL:RBGEL:2015:4674.

quale ragione: (i) per via dell'art. 2 CUB, la cui lista esemplificativa sembra limitare il novero delle opere protette a creazioni percepibili solo con vista e udito; (ii) a causa dell'indefinitezza ed alta variabilità del sapore, dovuta alla sua instabilità e percezione soggettiva; o (iii) per l'evidente difficile adattabilità di diritti ed eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc alle caratteristiche degli alimenti. In caso di risposta negativa, e quindi di apertura della Corte al c.d. *sensory copyright*, il giudice del rinvio ha domandato, alla luce delle peculiarità delle creazioni oggetto di analisi, delucidazioni sui criteri da utilizzarsi per verificare il soddisfacimento dei requisiti di protezione e la presenza di una violazione dei diritti esclusivi ⁽⁹²⁾. Per quanto specifiche, le domande sollevate toccavano, senza offrire via di fuga, il tema centrale delle implicazioni dell'art. 2 CUB e della natura aperta o meno della nozione di opera.

Rispetto alla complessità della problematica, che pur avrebbe richiesto un'articolata riflessione, le Conclusioni dell'Avvocato Generale (AG) Wathelet stupiscono per l'estrema sinteticità ⁽⁹³⁾. L'AG chiarisce ciò che l'armonizzazione silente della Corte aveva lasciato implicito, ossia che la nozione di opera debba intendersi quale concetto autonomo di diritto UE, da interpretarsi in maniera uniforme all'interno dell'Unione, non essendo consentito agli Stati Membri di allontanarsi dalle indicazioni fornite, anche se solo a livello indiretto ed implicito, dalla Direttiva Infosoc ⁽⁹⁴⁾. Segue il tentativo di rispondere ai dubbi ingenerati dall'impropria sovrapposizione tra concetto di opera e originalità quale requisito di protezione, che le Conclusioni provano a risolvere suggerendo come *Infopaq* non abbia mai implicato che l'art. 2(a) InfoSoc debba intendersi quale conferente protezione ad ogni creazione purché originale ⁽⁹⁵⁾, e come opera e originalità siano due concetti autonomi e da mantenere adeguatamente distinti: mentre il secondo, infatti, è una condizione necessaria ai fini del conferimento della protezione autorale ⁽⁹⁶⁾, il suo soddisfacimento non è sufficiente allo scopo, dovendo la creazione rientrare preliminarmente nel novero delle categorie di opere protette. Solo successivamente sarà possibile valutarne la suscettibilità ad essere oggetto di privativa sulla

(92) *Ivi*, § 8.

(93) Conclusioni dell'AG Wathelet in C-310/17, 25 Luglio 2018, *Levola Hengelo BV contro Smilde Foods BV*, EU:C:2018:618.

(94) *Ivi*, § 40.

(95) *Ivi*, § 47.

(96) *Ivi*, § 44.

base di uno specifico metro di originalità, adattato alle caratteristiche della creazione considerata ⁽⁹⁷⁾.

Nel ricercare, allora, una definizione di opera protetta oltre il silenzio della Direttiva InfoSoc, le Conclusioni guardano all'art. 2 CUB, in virtù del suo richiamo ad opera del WCT ⁽⁹⁸⁾. E se l'AG concorda sulla natura aperta della definizione fornita dal primo comma della disposizione, la lista esemplificativa che segue e le caratteristiche comuni delle creazioni menzionate al suo interno sono tuttavia lette quali indizio del fatto che i redattori della Convenzione abbiano voluto limitare il novero delle opere protette a quelle percepibili con udito e vista ⁽⁹⁹⁾, come del resto ulteriormente comprovato dal fatto che l'estensione internazionale del diritto d'autore ad opere aventi specificità differenti è sempre passata attraverso la loro introduzione esplicita in disposizioni *ad hoc* ⁽¹⁰⁰⁾. Ancora con riferimento implicito al WCT, le Conclusioni ritengono che la dicotomia idea-espressione richieda che l'opera protetta presenti l'ulteriore caratteristica dell'estrinsecazione in una forma che la renda identificabile con oggettività e precisione ⁽¹⁰¹⁾. In questo contesto, l'AG trae ispirazione, ed esplicitamente lo richiama, dal caso *Sieckmann* ⁽¹⁰²⁾, che ha escluso la registrabilità dei marchi olfattivi statuendo come potessero formare oggetto di marchio solo segni in grado di essere "rappresentati graficamente, ed in particolare attraverso immagini, linee o caratteri, in modo da poter essere individuati con esattezza" ⁽¹⁰³⁾. E se già odori e sapori sono chiaramente lontani dalle tipologie di opere elencate dall'art. 2 CUB, di

(97) *Ivi*, § 46. Le Conclusioni fondano tale considerazione su *Infopaq*, cit. (nt. 1), § 33, che statuisce come "ne consegue che la tutela del diritto di autorizzare o vietare la riproduzione, di cui beneficia l'autore, ha ad oggetto un'« opera »".

(98) *Ivi*, § 48.

(99) *Ivi*, § 51.

(100) *Ivi*, §§ 52-53, con riferimento al WCT per l'introduzione di software, database ed opere in formato digitale.

(101) *Ivi*, § 55.

(102) Corte Giustizia UE, C-273/00, 12 Dicembre 2002, *Ralf Sieckmann contro Deutsches Patent- und Markenamt*, EU:C:2002:748.

(103) *Ivi*, § 46, così che la rappresentazione nel registro sia "di per sé completa, facilmente accessibile ed intellegibile" (§ 52). Seppure il requisito della rappresentabilità grafica sia stato eliminato dal nuovo c.d. Pacchetto Marchi (Direttiva 2015/2436/UE del 16 Dicembre 2015 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, GUUE L-336/1 del 23 Dicembre 2015 (Direttiva Marchi) e Regolamento (UE) 2017/1001 del 14 giugno 2017 sul marchio dell'Unione europea, GGUE L-154/1 del 16 Giugno 2017 (Regolamento Marchi)), i due testi legislativi richiedono ancora che il segno sia capace di essere rappresentato nel registro in modo tale da consentire ad autorità e pubblico di determinare in maniera chiara e precisa l'oggetto della protezione. Per un'analisi più approfondita si può fare riferimento a A. KUR - M. SENFLEBEN, *European Trade Mark Law. A Commentary*, Oxford, 2017, § 4.20.

cui l'AG preme a ribadire la natura di norma definitoria parzialmente aperta e fondata su categorie ben definite⁽¹⁰⁴⁾, la loro natura temporanea, altamente variabile e marcatamente soggettiva ne esclude poi *ab origine* quella precisione ed oggettività necessari a soddisfare il criterio dell'espressione e, pertanto, a poter essere qualificati quale opera protetta ai fini della Direttiva InfoSoc⁽¹⁰⁵⁾.

Frustrando le speranze di chi aveva auspicato una pronuncia finale più articolata nella motivazione e nelle indicazioni⁽¹⁰⁶⁾, la parte operativa della decisione in *Levola* si limita a quindici, stringati paragrafi, il cui contenuto riecheggia, in forma ancora più concisa, gli argomenti già avanzati nelle Conclusioni dell'AG Wathelet. La Corte conferma la natura di concetto autonomo di diritto UE della nozione di opera⁽¹⁰⁷⁾, per poi statuire come un sapore e, più generalmente, una creazione possa essere protetta da diritto d'autore solo se qualificabile come "opera" ai sensi della Direttiva InfoSoc⁽¹⁰⁸⁾, circostanza integrata dalla presenza di due requisiti⁽¹⁰⁹⁾: da un lato che la creazione sia "originale, nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria del suo autore"⁽¹¹⁰⁾; dall'altro che i suoi elementi rappresentino "espressione di una siffatta creazione intellettuale"⁽¹¹¹⁾.

In mancanza di riferimenti espliciti al concetto di espressione nelle fonti comunitarie, la CGUE segue anche in questo caso le Conclusioni dell'Avvocato Generale e, in adempimento degli obblighi internazionali dell'Unione, richiama tanto l'Accordo TRIPs, ri-

(104) Conclusioni dell'AG Wathelet in *Levola*, cit. (nt. 90), § 55.

(105) *Ivi*, §§ 58 e 60. L'AG specifica, comunque, che l'instabilità di sapori e odori non escluda di per sé la protezione di diritto d'autore, dal momento che né la Convenzione di Berna né la Direttiva Infosoc prevedono il requisito della fissazione dell'opera (*ivi*, § 59).

(106) Per una critica sulle questioni lasciate insolte o aperte già dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, si vedano E. ROSATI, cit. (nt. 6) e C. SGANGA, cit. (nt. 6), 191 s.

(107) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 33, alla luce del mancato rinvio operato dalle fonti europee alle leggi nazionali per la determinazione del suo significato e dei suoi confini oggettivi. Non è il primo caso in cui la Corte di Giustizia utilizza lo strumento del concetto autonomo di diritto UE per estendere l'armonizzazione oltre i confini tracciati dai testi normativi. Si pensi, tra tutti, alla nozione di parodia in Corte Giustizia UE, C-201/13, 3 Settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e a.*, EU:C:2014:2132; al concetto di vendita per l'applicazione del principio dell'esaurimento in Corte Giustizia UE, C-128/11, 3 Luglio 2012, *UsedSoft GmbH contro Oracle International Corp.*, EU:C:2012:407.

(108) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 34, che fa riferimento per analogia ad *Info-paq*, cit. (nt. 1), § 29 ed alla giurisprudenza *ivi* citata.

(109) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 35.

(110) *Ivi*, § 36.

(111) *Ivi*, § 37.

tenuto parte dell'ordinamento giuridico UE ⁽¹¹²⁾, quanto la Convenzione di Berna, fonte vincolante per l'Unione ai sensi dell'art. 1, quarto comma WCT ⁽¹¹³⁾. Rispetto agli argomenti utilizzati dall'AG, tuttavia, la Corte omette completamente ogni riferimento alla lista esemplificativa contenuta dall'art. 2, primo comma CUB ed alla sua limitazione a creazioni percepibili con vista e udito, circoscrivendo il suo riferimento alla sola dicotomia idea-espressione di cui agli artt.2 WCT e 9, secondo comma TRIPs, che escludono dall'oggetto di diritto d'autore idee, procedure, metodi di operazione o concetti matematici in quanto tali ⁽¹¹⁴⁾. La dicotomia viene tradotta in una definizione di espressione molto vicina al requisito della rappresentabilità grafica espresso in *Sieckmann*, precedente tuttavia mai menzionato né adattato nei suoi dettagli alla materia del diritto d'autore. Per la CGUE, "la nozione di « opera » di cui alla direttiva 2001/29 implica necessariamente un'espressione dell'oggetto della tutela ai sensi del diritto d'autore che lo renda identificabile con sufficiente precisione e obiettività, quand'anche tale espressione non fosse necessariamente permanente" ⁽¹¹⁵⁾, al fine di assicurare che le autorità competenti a garantire la tutela dei diritti esclusivi e gli operatori economici siano in grado conoscere ed identificare con chiarezza e precisione gli oggetti protetti, e di evitare "qualsiasi elemento di soggettività, pregiudizievole per la certezza del diritto, nel processo di identificazione dell'oggetto tutelato" ⁽¹¹⁶⁾.

La circostanza per cui la percezione del sapore di un alimento si fonda su sensazioni ed esperienze soggettive, a loro volta dipendenti da fattori ulteriori come, tra tutti, l'età, le preferenze alimentari, le abitudini e l'ambiente di consumo, distingue inevitabilmente la creazione gustativa dall'opera letteraria ed artistica, caratterizzata invece dall'essere un'espressione precisa ed obiettiva ⁽¹¹⁷⁾, e ne rende al momento impossibile, ad avviso della CGUE, la classificazione quale opera protetta ai fini dell'applicazione della Direttiva InfoSoc. La Corte, tuttavia, si spinge oltre ri-

(112) *Ivi*, § 39, come in Corte Giustizia UE, C-135/10, 15 Marzo 2012, *SCF contro Marco Del Corso*, EU:C:2012:140, §§ 39-40.

(113) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 39, in linea con precedenti decisioni come Corte Giustizia UE, C-277/10, 9 Febbraio 2012, *Luksan contro Petrus van der Let*, EU:C:2012:65, § 59 e la giurisprudenza ivi citata, nonché Corte Giustizia UE, C-510/10, 26 Aprile 2012, *DR e TV2 Denmark contro NCB - Nordisk Copyright Bureau*, EU:C:2012:244, § 29.

(114) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 39, che cita Corte Giustizia UE, C-406/10, 2 Maggio 2011, *SAS Institute Inc. contro World Programming Ltd*, EU:C:2012:259, § 33.

(115) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 40.

(116) *Ivi*, § 41.

(117) *Ivi*, § 42.

spetto alle Conclusioni tracciate dall'Avvocato Generale, introducendo un elemento di apertura e relativizzando quindi ancora una volta i confini dell'ambito oggettivo di applicazione del diritto di autore UE: la decisione specifica, infatti, che "non è possibile, con i mezzi tecnici disponibili allo stato attuale dello sviluppo scientifico, procedere ad un'identificazione precisa e obiettiva del sapore di un alimento, che consenta di distinguerlo dal sapore di altri prodotti dello stesso tipo" (118), con un'affermazione che sembra implicitamente suggerire come in un dato momento futuro il progresso tecnologico potrà consentire di descrivere oggettivamente l'espressione creativa intrinseca in odori e sapori, e di ricondurre quindi questi ultimi all'interno della categoria di opera protetta, senza necessità di un intervento legislativo *ad hoc*.

6. *I silenzi controversi: questioni aperte, rischi sistematici e risposte necessarie.*

Per quanto lo sforzo di esplicitare alcuni concetti in passato solo accennati e di identificare con chiarezza le fonti di riferimento abbiano dipanato in parte la nebbia che avvolgeva i confini oggettivi del diritto d'autore europeo, la decisione nel caso *Levola Hengelo* ha lasciato irrisolti almeno tre nodi interpretativi, la cui mancata definizione corre il rischio di perpetuare vecchi dubbi esegetici ed ingenerare imprevedibili risposte giurisprudenziali.

Levola manca, anzitutto, di prendere posizione sulla natura della definizione di opera, omettendo di dare rilevanza alle caratteristiche delle creazioni incluse nella lista esemplificativa di cui all'art. 2 CUB sull'esempio delle Conclusioni dell'AG Wathelet (119), e non specificando, dunque, se la disposizione debba intendersi quale clausola aperta o limitata entro specifici ambiti. È assente un'adeguata riflessione sul fatto che il volontario riferimento circoscritto a due, seppure ampie, categorie di opere sia stato operato in un momento (il 1886) in cui già si conoscevano ulteriori tipologie di creazioni e relativi mercati (120), che l'introduzione di nuovi pro-

(118) *Ivi*, § 43.

(119) Come si ricorderà, l'Avvocato Generale aveva notato come tutte le opere menzionate dall'art. 2 CUB condividano la percepibilità per il tramite di sensi meccanici come vista e udito, ed una trasmissione e ricezione mediata da un processo di elaborazione cognitiva. Sul punto si vedano anche S. RICKETSON - J. GINSBURG, cit. (nt. 48), § 8.96, 406, che in tal senso sottolineano, inoltre, la ridondanza ed inutilità del riferimento alle opere scientifiche.

(120) È dello stesso avviso C. BUCCAFUSCO, *On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable*, 24 *Cardozo Arts & Ent LJ* 1121, 2006, 1149, che illustra a supporto della tesi le forme di protezione diverse ed alterna-

dotti dell'ingegno creativo non compatibili con le categorie tradizionali siano sempre state mediate da specifiche previsioni legislative, come nel caso di programmi per elaboratori e banche dati ⁽¹²¹⁾, e che come anche in quest'ultimo caso il riferimento alle due categorie rimanga dominante: il software è infatti qualificato per analogia come opera letteraria ⁽¹²²⁾, mentre le banche dati includono "opere letterarie, artistiche, musicali, o loro collezioni (...)", ancora una volta con una limitazione ad oggetti percepibili per il tramite di vista e udito ⁽¹²³⁾.

Significativamente — ma in questo la decisione si allinea alle Conclusioni, la Corte non guarda alla Guida WIPO alla Convenzione di Berna quale ausilio interpretativo ⁽¹²⁴⁾, pur avendone già utilizzato le indicazioni in passate decisioni, e ne ignora la definizione dell'art. 2 CUB quale disposizione esaustiva ⁽¹²⁵⁾. Allo stesso modo, *Levola* sorvola su come anche il preambolo del WCT si limiti a opere letterarie ed artistiche, ed aggiunge rispetto alla sua precedente giurisprudenza il solo carattere dell'espressione quale ulteriore elemento qualificante l'opera protetta, con un risultato ultimo simile, in termini di rischi distorsivi, agli effetti di *Infopaq*: ogni lavoro creativo, indipendentemente dalla tipologia, può essere oggetto di privativa autorale ove sia originale ed identificabile oggettivamente e con precisione.

Resta ancora da verificare se e fino a che punto la nuova nozione di opera protetta debba intendersi come aperta, rimanendo dunque insoluta anche la questione della compatibilità tra giurisprudenza CGUE e discipline nazionali che prevedono liste esaustive. Allo stesso tempo, non è possibile prevedere quali saranno gli effetti della rinnovata applicazione della dicotomia idea-espressione sul trattamento delle creazioni non convenzionali: criteri quali oggettività, non soggettività e precisione dell'espressione ri-

tive previste per prodotti creativi non riconducibili all'oggetto della privativa autorale.

(121) A livello internazionale, programmi per elaboratore e banche dati vennero introdotti dal WCT e dall'Accordo TRIPs in aggiunta al rinvio in recepimento della Convenzione di Berna. A conferma del punto, gli Agreed Statements agli artt. 4 e 5 WCT dichiarano che la protezione delle due nuove tipologie di creazione deve ritenersi compatibile con l'art. 2 CUB. Per un'analisi più approfondita si rimanda a M. FICOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford, 2002, 228 ss.

(122) Già nell'art. 1 della Direttiva Software I, poi ripreso dall'art. 1 Direttiva Software II.

(123) Così nel considerando 17 della Direttiva Database.

(124) Ad esempio in precedenti di fondamentale importanza come *FAPL*, cit. (nt. 76), § 201, e Corte Giustizia UE, C-306/05, 7 Dicembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) contro Rafael Hoteles SA*, in ECR I-11519, § 41.

(125) V. C. MASOUBE, cit. (nt. 52), § 2.2.

sultano infatti difficili da concretizzare nel dettaglio ed intrinsecamente esposti al rischio di interpretazioni giudiziali divergenti ⁽¹²⁶⁾. Che, poi, la Corte colleghi la decisione sull'ammissibilità del diritto d'autore sensoriale al progresso tecnico e scientifico disegna una nozione di opera dell'ingegno plastica, in costante evoluzione e di matrice quasi esclusivamente giurisprudenziale, senza che a tale estrema apertura corrispondano linee guida sistematiche ed assiologiche che siano in grado di aiutare nella costruzione incrementale della figura, controllando i rischi insiti nella sua incertezza ⁽¹²⁷⁾, primi fra tutti quelli di abusi e condotte anti-competitive ad opera dei titolari dei diritti ⁽¹²⁸⁾.

Ciò che ancora manca, dunque — e si spera che la sensibilità delle corti nazionali spinga la CGUE a pronunciarsi sul punto in tempi più celeri rispetto alla decade passata tra *Infopaq* e *Levola* — è una specificazione chiara delle implicazioni dell'art. 2 CUB per la definizione di opera protetta dal diritto d'autore europeo, in linea con le indicazioni ribadite dalle fonti internazionali, che convergono tutte verso una nozione semi-aperta organizzata attorno a categorie generali accomunate dall'estrinsecazione e percezione per il tramite di sensi c.d. meccanici ⁽¹²⁹⁾. Tale articolazione definitoria garantirebbe il rispetto degli obblighi internazionali dell'Unione, in particolar modo dinanzi ad un silenzio legislativo che non sembra doversi risolvere nel breve-medio periodo ⁽¹³⁰⁾, ed assicurerebbe, inoltre, il rispetto delle funzioni che al diritto d'autore sono attri-

(126) Ma contra P. FABBIO, cit. (nt. 3), 298, che ritiene già esistente un'ampia convergenza pratica tra Stati Membri.

(127) L'incompatibilità del diritto d'autore sensoriale rispetto al principio della certezza del diritto, a causa delle caratteristiche di instabilità e soggettività di sapori e odori, rappresentano uno degli argomenti dottrinali più utilizzati per avversare l'apertura della privativa autorale a tali generi di creazioni. Oltre agli autori già citati supra, nt. 27, se ne occupa ampiamente A. QUÆDVLIËG, cit. (nt. 25), 232, a cui può farsi riferimento per la relativa ampia bibliografia.

(128) Una delle condotte anticoncorrenziali più frequenti in caso di incertezza sui confine dell'esclusiva autorale risiede nella c.d. "predatory litigation". I legami tra i due fenomeni nel settore della proprietà intellettuale sono stati oggetto di studio approfondito da parte dell'analisi economica del diritto. Si veda, tra tutti, M.J. MEURER, *Controlling opportunistic and anti-competitive intellectual property litigation*, 44 BC L Rev, 2002, 509.

(129) V. C.C. VON SCHOLTEN ILLUM, *On copyright protection of smell, taste and texture*, in *EIPR*, 2012, 708-709, che dedica ampie pagine alla rilevanza delle caratteristiche dei sensi umani ai fini della determinazione dei confini oggettivi del diritto d'autore.

(130) A supporto di tale conclusione viene, ad esempio, il quinto considerando della Direttiva InfoSoc che, nel fare riferimento alla necessità di modernizzare il diritto d'autore alla luce dello sviluppo economico e tecnologico, menziona solo nuove forme di sfruttamento da ricomprendersi all'interno dei diritti esclusivi esistenti, ma mai nuove categorie di opere.

buite dalle stesse fonti internazionali ⁽¹³¹⁾ ed UE ⁽¹³²⁾, che descrivono la privativa come strumento di protezione delle espressioni creative nei settori della cultura e dell'arte ⁽¹³³⁾. L'identificazione delle due macro-categorie e dei loro possibili adattamenti quale ambito oggettivo massimo di applicazione della disciplina contribuirebbe inoltre a garantire maggiore certezza del diritto, a scongiurare i rischi di impropria invasione degli spazi riservati al dominio pubblico o ad altri diritti di proprietà intellettuale, nonché ad aiutare il diritto d'autore a rimanere dentro i confini del proprio ruolo ordinamentale, evitando così un suo utilizzo a scopi distorsivi ulteriori quali, tra tutti, l'estensione di contenuto e durata dell'esclusiva già concessa sullo stesso oggetto da altre privative ⁽¹³⁴⁾. Una definizione più dettagliata di opera protetta ridurrebbe, in questo senso, le ipotesi di impropria sovrapposizione di diritti di proprietà intellettuale, a cui sono pacificamente imputate conseguenze negative quali l'*overprotection* e la frizione tra i diversi principi e regole dei vari regimi, causa di risultati giudiziali confliggenti ⁽¹³⁵⁾ e di alterazioni sostanziali nel bilanciamento dei diritti coinvolti ⁽¹³⁶⁾.

Il chiarimento giurisprudenziale apporterebbe, a livello siste-

(131) Nel Preambolo del WCT si legge, in fatti, della "outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation".

(132) Si veda, ad esempio, il secondo considerando della Direttiva InfoSoc, che sottolinea "la necessità di istituire un quadro giuridico generale e flessibile a livello comunitario per favorire lo sviluppo della società dell'informazione in Europa", che non presuppone solo "l'esistenza di un mercato interno dei nuovi prodotti e servizi" ma anche la protezione del diritto d'autore e i diritti connessi, che "svolgono un'importante funzione in questo contesto in quanto proteggono e stimolano lo sviluppo e la commercializzazione di nuovi prodotti e servizi nonché la creazione e lo sfruttamento del loro contenuto creativo".

(133) Cfr., con riferimento alla Convenzione di Berna, H. COHEN JEHORAM, cit. (nt. 28), 631.

(134) Il punto è sottolineato anche da EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY (ECS), *Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes)*, 19 Febbraio 2018, 4. Il parere sottolinea l'importanza di escludere dall'ambito oggettivo di applicazione del diritto d'autore creazioni appartenenti al mondo dell'industria più che a quello dell'arte e della cultura, le cui caratteristiche ne rendono il valore economico meglio tutelabile per il tramite di altri diritti di proprietà intellettuale (ivi, p. 9).

(135) Di questi ed altri effetti discute nel dettaglio E. DERCLAYE, *Overlapping Rights*, in R. DREYFUSS - J. PILA (a cura di), *Oxford Handbook of Intellectual Property Rights*, Oxford, 2018, 622 ss.

(136) Il tema delle sovrapposizioni di diritti di proprietà intellettuale e dei loro effetti distorsivi è stato di recente oggetto di particolare interesse dottrinale. Per una dettagliata analisi di esempi tratti dal diritto UE e dalle legislazioni degli Stati Membri, con particolare enfasi sull'alterazione degli equilibri interni alla disciplina, v. E. DERCLAYE - A. OHLY, *Intellectual Property Overlaps. A European Perspective*, Londra, 2011), 97 ss., e relativa bibliografia.

matico, la tanto attesa separazione concettuale tra nozione di opera protetta e originalità quale requisito di protezione, risolvendo la problematica sovrapposizione introdotta da *Infopaq* e riproposta in *Levola*, che pure l'Avvocato Generale aveva additato quale responsabile dell'impropria apertura dell'ambito oggettivo di applicazione della privativa autorale ad un indefinito novero di prodotti, a danno di certezza del diritto, funzioni ordinamentali ed equilibrio interno della disciplina. Una più dettagliata definizione aiuterebbe inoltre a valorizzare il contrasto concettuale tra idea ed espressione introdotto dalle fonti internazionali, occasione mancata in *Levola* a causa del suo focus limitato alla sola definizione di "espressione" quale esternalizzazione oggettiva e precisa dell'idea, senza una adeguata valorizzazione del suo significato in opposizione al concetto di idea. Elidendo la rilevanza centrale del rapporto dicotomico, la lettura restrittiva adottata dalla Corte rimette completamente al filtro dell'originalità il compito di tracciare la linea di separazione tra idee tecniche ed esternalizzazioni creative, contribuendo ancora una volta all'impropria sovrapposizione concettuale tra identificazione preliminare delle tipologie di opere protette, essenziale ai fini della definizione dei confini del dominio pubblico, ed il filtro successivo dato dal requisito dell'originalità, che dovrebbe venire in gioco solo una volta che si sia determinato che la creazione è potenzialmente suscettibile di essere protetta da diritto d'autore. Una separazione concettuale più chiara consoliderebbe gli strumenti interpretativi a disposizione per determinare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, assicurando quella certezza del diritto e quella coerenza e stabilità interpretative che la CGUE ritiene correttamente essere di fondamentale importanza per autorità, consumatori e concorrenti e per il corretto funzionamento del mercato delle opere.

Della pericolosità sistematica dell'impostazione finora seguita dalla Corte sono ulteriore prova due recenti decisioni — *Cofemel* e *Brompton Bicycle* — che, nel rielaborare le indicazioni di *Levola Hengelo* e generalizzare la portata applicativa dell'ampia e poco puntuale definizione di opera protetta, rimettono in discussione soluzioni interpretative consolidate in discipline settoriali come quelle del design e degli oggetti utilitari.

Cofemel risolve in maniera netta la *vexata quaestio* della definizione del margine di discrezionalità di cui gli Stati Membri godono nella determinazione dei requisiti a cui subordinare la protezione per il tramite di privativa autorale di opere di design industriale,

nel caso di cumulo di titoli di protezione ⁽¹³⁷⁾. Nel richiamare *Levola*, la CGUE esclude che il conferimento della tutela possa essere subordinato a criteri ulteriori rispetto a quelli dell'originalità e dell'espressione ⁽¹³⁸⁾, ed in particolar modo a criteri estetici, la cui soggettività "non consente (...) di caratterizzare l'esistenza di un oggetto identificabile con sufficiente precisione ed oggettività" ⁽¹³⁹⁾. Nessuna altra specificazione viene fornita, così che, se da un lato diviene chiaro come per la Corte la definizione armonizzata di opera non tolleri l'imposizione di requisiti di protezione differenziati a seconda della tipologia di creazione, dall'altro l'interprete è lasciato con i soli criteri della funzionalità tecnica imposta e dell'assenza di scelta creativa personale quali confini oggettivi esterni della privativa. E ciò pur se l'Avvocato Generale Szpunar avesse richiamato l'attenzione sulla necessità di operare con cautela nella definizione dei confini tra diritto d'autore e design industriale, evitando per quanto possibile fenomeni di cumulo improprio con conseguente restrizione eccessiva della concorrenza, incertezza giuridica e svalutazione della privativa autorale ⁽¹⁴⁰⁾, e la stessa Corte ribadisca come "la concessione di una protezione, ai sensi del diritto d'autore, a un oggetto protetto in quanto disegno o modello non può risolversi nella lesione delle finalità e dell'effettività rispettive di tali due tutele" ⁽¹⁴¹⁾. La mancata distinzione tra elementi protetti quale design industriale ed elementi riconducibili alla nozione di opera, unita alla consacrazione della fusione tra nozione oggettiva di opera e criterio generale di originalità, confermano un'apertura quasi incondizionata all'"industrial copyright" già

(137) Il riferimento va, in particolare, a quegli ordinamenti — quali l'italiano e il tedesco — che subordinano la protezione di opere di design per il tramite di diritto d'autore a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto all'originalità, come l'elevato valore artistico. Si vedano, tra tutti, M. VAN EECHOU, *Along the Road To Uniformity. Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Works*, in *JIPITEC*, 3, 2012, 70 ss.; E. DERCLAYE, *Assessing the Impact and Reception of the Court of Justice of the European Union Case Law on UK Copyright Law: What Does the Future Hold?*, in *RIVA*, 2014, pp.48 ss. Nella dottrina italiana, tra i contributi più recenti v. P. FABBIO, *Contro una tutela autorale "facile" del design. Considerazioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione tedesca (Bundesgerichtshof, sent. 13 novembre 2013, "Geburtsstagszug" e brevemente sul diritto italiano vigente*, in questa *Rivista*, 2015, I, 45 ss.; D. SARTI, *La tutela d'autore del design fra disciplina ordinaria e diritto intertemporale*, in *AIDA*, 2012, 399 ss.; P. SPADA, *Utile et "futile" dans la propriété intellectuelle: la "valeur artistique" des dessins et modèles en droit italien*, in *AIDA*, 2016, 526 ss.

(138) *Cofemel*, cit. (nt. 7), §§ 39-41.

(139) *Ivi*, § 53.

(140) Conclusioni dell'AG Szpunar in C-683/17, 2 maggio 2019, *Cofemel - Sociedade de Vestuário SA contro G-Star Raw CV*, EU:C:2019:363, §§ 51-55.

(141) *Cofemel*, cit. (nt. 7), § 51.

preconizzato anni addietro da illustre dottrina ⁽¹⁴²⁾, nonché ad un diritto d'autore dai contorni incerti, porosi, e pericolosamente assorbenti.

Brompton Bicycle interviene invece sull'apparentemente pacifica questione dell'estendibilità del diritto d'autore alle componenti di un oggetto che siano determinate e dunque caratterizzate unicamente da considerazioni e funzioni tecniche. Precedenti decisioni della CGUE avevano avuto modo di chiarire come l'art. 2 WCT avesse esplicitato la dicotomia idea-espressione tra i fondamentali criteri determinanti l'ambito oggettivo di applicazione della privativa autorale, escludendo in maniera tassativa le idee dal novero delle opere protette, al fine di evitare che una loro monopolizzazione potesse andare a discapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale ⁽¹⁴³⁾. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte aveva già specificato come nei casi in cui l'espressione di componenti di una creazione fosse dettata dalla loro funzione tecnica, i diversi modi di attuare un'idea fossero così limitati da confondere idea ed espressione, escludendo pertanto la possibilità di una loro protezione per via di diritto d'autore ⁽¹⁴⁴⁾. Nell'applicare il principio alla forma di una bicicletta pieghevole in tre posizioni diverse, protetta da brevetto ora scaduto, i massimi giudici europei completano ora la relativizzazione delle implicazioni della dicotomia, seguendo un percorso iniziato nel 2018 con *DOCERAM* ⁽¹⁴⁵⁾, che in materia di disegni e modelli aveva statuito come per accertare se talune caratteristiche dell'apparenza del prodotto fossero imposte unicamente dalla sua funzione tecnica, occorre dimostrare come tale funzione fosse stato il solo fattore determinante dette caratteristiche, non rilevando al riguardo l'esistenza di disegni o modelli alternativi.

Il cuore della questione esegetica in *Brompton* risiede, ancora una volta, nell'interpretazione del requisito dell'originalità, non essendovi dubbi sul fatto che la forma sia espressa in maniera sufficientemente precisa ed obiettiva. Anziché ribadire, tuttavia, la

(142) L. BENTLY, *The return of industrial copyright*, in *EIPR*, 10, 2012, 654 ss. Sulle criticità più evidenti sollevate dalle diverse opzioni interpretative, già prima della decisione della CGUE, v. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY (ECS), *Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference Before the CJEU in Cofemel v G-Star*, C-683/17, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3309665>.

(143) Come in C-406/10, 2 maggio 2012, *SAS Institute Inc. contro World Programming Ltd.*, EU:C:2012:259, §§ 33 e 40.

(144) In tal senso esplicitamente, in materia di software, BSA, cit. (nt. 72), §§ 48-49.

(145) C-395/16, 8 marzo 2018, *DOCERAM GmbH contro CeramTec GmbH*, EU:C:2018:172.

centralità della dicotomia idea-espressione e specificare, rafforzandola, la nozione di idea ed i suoi confini esterni, particolarmente al fine di valorizzare la distinzione tra oggetto del diritto d'autore ed oggetto del brevetto, la CGUE ritorna ad elevare il requisito dell'originalità a *discrimen* primigenio ed ultimo per la definizione dei confini della nozione di opera protetta, statuendo come a rilevare sia solo il fatto che nella scelta della forma del prodotto il suo autore non sia stato completamente vincolato dall'obiettivo del risultato tecnico, ma abbia potuto esprimere "la propria capacità creativa in maniera originale effettuando scelte libere e creative e abbia modellato il prodotto in modo da riflettere la propria personalità" (146). Spetta al giudice di merito la valutazione di tutti gli elementi fattuali pertinenti ed esistenti al momento dell'ideazione dell'oggetto, indipendentemente dai fattori esterni e successivi alla creazione (147), e non rilevando né l'esistenza di altre forme possibili che consentano di giungere allo stesso risultato tecnico, né la volontà del presunto contraffattore, né l'esistenza di un brevetto anteriore, se non quali indizi delle considerazioni effettuate nella scelta della forma del prodotto per verificarne l'originalità quale creazione intellettuale dell'autore (148). L'attacco alla cittadella del pubblico dominio ed ai confini tra brevetto e diritto d'autore, reso ancora una volta possibile dal ruolo centrale giocato dal criterio dell'originalità in assenza di una predeterminazione foss'anche lata dei confini esterni della nozione di opera, come quella operata dalla dicotomia idea-espressione, non potrebbe essere più diretto ed esplicito.

Il secondo punto lasciato irrisolto dalla Corte (149) è rappresentato dalla possibilità di utilizzare l'applicabilità dei diritti e delle eccezioni previste dalla Direttiva InfoSoc quale filtro atto a distin-

(146) *Brompton Bicycle*, cit. (nt. 7), § 34. Per analoghe ragioni, la Corte ha negato la qualifica di opera protetta ad eventi sportive come le partite di calcio, in ragione del fatto che la loro dipendenza dalle regole del gioco non lascia alcuno spazio per l'esercizio di libertà creativa (*FAPL*, § 98). In Italia il principio era stato enucleato da M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1963, 337 e ss. Si veda, più recentemente, P. SPADA, *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria* (dialogo tra Paolo Spada e Paolo Auteri commentato da Gustavo Ghidini), in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 267 ss.

(147) *Brompton Bicycle*, cit. (nt. 7), § 37.

(148) *Ivi*, §§ 35-36.

(149) La questione era stata sollevata, come si ricorderà, dalla corte remittente, ma la Corte ha ritenuto di poterla assorbire una volta fondata la propria risposta negativa rispetto all'ammissibilità del diritto d'autore sensoriale sul primo degli argomenti avanzati dal giudice olandese, ossia la sua incompatibilità con le indicazioni fornite dall'art. 2 CUB.

guere opere protette da creazioni non tutelabili⁽¹⁵⁰⁾. Il tema, la cui rilevanza dogmatica e sistematica sarebbe già più che sufficiente a renderne necessaria una trattazione giurisprudenziale attenta ed approfondita, si inserisce nel più ampio dibattito relativo all'opportunità ed ai rischi connessi ad un'estensione del diritto d'autore oltre i suoi confini naturali⁽¹⁵¹⁾. L'uso del criterio della compatibilità di diritti esclusivi ed eccezioni rispetto alle caratteristiche della creazione quale *conditio sine qua non* per la sua protezione potrebbe, in prima battuta, scongiurare il rischio di corto-circuiti interpretativi dovuti all'applicazione di disposizioni pensate per opere letterarie ed artistiche a prodotti creativi aventi specificità radicalmente differenti⁽¹⁵²⁾: non è arduo immaginare quali effetti distorsivi e finanche assurdi potrebbe causare, tra tutti, la protezione del diritto di comunicazione al pubblico di odori e sapori, e le difficoltà che si incontrerebbero nell'adattamento delle eccezioni previste dall'art. 5 InfoSoc, di cui la CGUE richiede una lettura restrittiva⁽¹⁵³⁾. Tale filtro aiuterebbe inoltre a garantire coerenza teleologica e sistematica nella costruzione del sistema di diritto d'autore europeo, poiché ammetterebbe alla protezione autorale solo quelle opere alla cui creazione e disseminazione il diritto d'autore è chiamato a (ed è stato pensato per) contribuire: il contenuto, la struttura e la durata dei diritti esclusivi, così come l'oggetto e l'estensione delle loro eccezioni sono infatti funzionalizzate alla

(150) La corte del rinvio in *Levola Hengelo* aveva infatti sollevato il punto quale argomento centrale avverso l'ammissibilità del diritto d'autore sensoriale. V. *Levola Hengelo*, cit. (nt. 88), § 8.

(151) Ben sintetizzato ed analizzato, nella dottrina italiana, da V. FALCE, *La modernizzazione*, cit. (nt. 10), 8 ss., V. inoltre ID., *La tutela sulle informazioni in quanto tali. Profili di novità e di continuità della disciplina sulle banche dati rispetto al diritto d'autore*, in A. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, 156 ss.; M. RICOLFI, *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, in *Dir. Aut.*, 2011, 359 ss.; P. FRASSI, cit., (nt. 10), 339 ss.; G. GHIDINI, cit. (nt. 26), 23 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Creazioni industriali, software e banche di dati*, in *Dir. aut.*, 1999, 59. Sul rapporto tra funzione estetica e utilitaria ed i limiti della distinzione classica v. R. FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Studi riuniti di diritto industriale*, II, Milano, 1972, 8 ss.; G. GHIDINI, *Prospettive "protezionistiche" nel diritto industriale*, in questa *Rivista*, 1995, I, 73 ss.; nonché V. FALCE, *Diritto d'autore e innovazione "derivata" nelle information technologies*, ivi, 2003, I, 73 ss.

(152) Così esplicitamente anche H. COHEN JEHOAM, cit. (nt. 28), 630.

(153) Il principio è stato esplicitamente cristallizzato in *Infopaq*, cit. (nt. 1), § 56, ma parzialmente attenuato in *FAPL*, cit. (nt. 76), § 163, che ha statuito come le eccezioni debbano essere interpretate in maniera tale da consentir loro di svolgere la funzione a cui sono preposte. La dottrina avanzata in *FAPL* rappresenta ad oggi giurisprudenza consolidata. V. tra tutti C. GEIGER, J. GRIFFITHS, M. SENFTLEBEN, L. BENTLY, R. XALABARDER, *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union - Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, in *IIC*, 2015, 93 ss.

protezione dello sfruttamento economico di opere artistiche e letterarie, alla predisposizione degli incentivi necessari alla loro produzione, ed al bilanciamento tra gli interessi autorali e gli interessi pubblici e privati connessi al godimento delle stesse ⁽¹⁵⁴⁾, e poco si adattano, per ragioni agevolmente comprensibili, a svolgere analoga funzione rispetto ad altri prodotti dell'ingegno creativo, come già ampiamente dimostrato dalle difficoltà e dai problemi di ordine sistematico generati dall'apertura del diritto d'autore a creazioni di carattere tecnico quali i programmi per elaboratore e le banche dati ⁽¹⁵⁵⁾. L'introduzione del criterio della compatibilità dell'opera con i diritti e le eccezioni armonizzati dalla Direttiva InfoSoc aiuterebbe ad evitare improprie estensioni dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, e le conseguenti ripercussioni negative sulla sua infrastruttura sistematica. In questo senso, il silenzio della CGUE rappresenta la perdita di un'ulteriore valida occasione di sistematizzazione e riordino del diritto d'autore europeo e della sua armonizzazione giurisprudenziale.

La natura concisa degli argomenti utilizzati dalla Corte rischia, inoltre, di ingenerare effetti collaterali impreveduti quali, tra tutti, la possibile implicita introduzione del requisito della fissazione dell'opera, rimessa dalla Convenzione di Berna agli Stati Membri ⁽¹⁵⁶⁾. Come si ricorderà, una tra le obiezioni più forti mosse contro il diritto d'autore sensoriale a livello nazionale è la natura temporanea di sapori e odori e la conseguente impossibilità di definire l'oggetto della protezione in maniera chiara, certa e prevedibile. A tale argomento si è controbattuto come la maggior parte degli Stati Membri dell'Unione non conosca il requisito della fissazione su supporto materiale, e come da tale elemento fattuale debba desumersi la volontà legislativa di proteggere anche creazioni instabili ed effi-

(154) Cfr. A. QUAEVLIIEG, cit. (nt. 27), 35.

(155) Oltre ai riferimenti di cui supra, nt. 16, si vedano anche, più in generale, L. LESSIG, *The future of ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, 2001, 104 ss.; L.L. WEINREB, *Copyright for Functional Expression*, 111(5) Harvard LR 1150, 1998, 1248 ss.; I. STAMATOUDI, *Copyright and Multimedia Products: a Comparative Analysis*, Cambridge, 2001, 50 ss.; P. GOLDSTEIN - P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford, 2013, 211 ss.; V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in questa *Rivista*, 2006, 1 ss.; ID., *The (over)protection of information in the knowledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, in *Riv. aut.*, 2009, 602 ss.; M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit. (nt. 20), 366, che attribuisce all'estensione della disciplina alle banche dati un livellamento verso il basso dei requisiti di protezione.

(156) Art. 2, secondo comma CUB. Cfr. S. RICKETSON - J. GINSBURG, cit. (nt. 48), § 8.03, 402.

mere⁽¹⁵⁷⁾. Nel seguire, pur senza esplicita menzione, la propria giurisprudenza in *Sieckmann* per dare significato alla nozione di espressione, la CGUE ha, presumibilmente in maniera involontaria, tracciato un collegamento tra tale ultimo concetto e quello di rappresentabilità grafica, senza tuttavia tenere in adeguata considerazione come tale equazione sistematica potrebbe suggerire la necessità che, per essere protetta, la creazione debba essere fissata e non transeunte.

Sieckmann definisce i confini del catalogo non esaustivo di segni tutelabili quale marchio *ex art. 2* Direttiva 89/104/CEE⁽¹⁵⁸⁾, decidendo di escludere i marchi olfattivi non perché esplicitamente vietati dalla disposizione⁽¹⁵⁹⁾, ma perché non rappresentabili graficamente ed in maniera chiara, precisa, comprensibile, facilmente accessibile, duratura ed oggettiva⁽¹⁶⁰⁾. La conclusione della Corte è basata da un lato sulla funzione del requisito della rappresentabilità grafica, che è quello di offrire una definizione accessibile, chiara e precisa dell'oggetto della protezione per le autorità, il pubblico ed i concorrenti⁽¹⁶¹⁾, e dall'altro sulla funzione del marchio, che è quella di identificare in maniera duratura ed oggettiva l'origine di un prodotto o servizio e di distinguerlo da quello di altri operatori di mercato⁽¹⁶²⁾. Il parallelo tra i ruoli dei due requisiti — rappresentazione grafica per i marchi ed espressione per il diritto d'autore — è ovvio ed inevitabile, e rende comprensibile l'analogia sistematica operata in *Levola*, ma il fatto che il riferimento a *Sieckmann* sia rimasto implicito non ha consentito alla Corte di condurre un'analogia riflessione sulle funzioni della dicotomia idea-espressione e sui suoi legami con il requisito della fissazione. Fatta eccezione per il tentativo di limitare i possibili effetti indiretti del nuovo requisito, escludendo che l'espressione debba essere realizzata "in forma permanente" per poter essere dotata di precisione ed oggettività⁽¹⁶³⁾, non è presente alcun chiarimento assiologico e sistematico ulteriore, con il rischio che le corti nazionali interpretino in maniera troppo rigida la nozione di precisione ed oggettività.

(157) Cfr. in tal senso A. LATREILLE, *From idea to fixation: a view of protected works*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook*, cit. (nt. 3), 2009, 141-142.

(158) Prima Direttiva 89/104/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, GUUE L-40/1 dell'11 Febbraio 1989.

(159) Così in *Sieckmann*, cit. (nt. 99), § 44.

(160) *Ivi*, § 55.

(161) *Ivi*, §§ 48-52.

(162) *Ivi*, § 53-54.

(163) *Levola Hengelo*, cit. (nt. 5), § 40.

vità⁽¹⁶⁴⁾, con conseguenze negative per le creazioni non fissate su supporto stabile e duraturo. I termini molto generali e vaghi che accompagnano l'ingresso in campo del requisito dell'espressione è stato introdotto aprono così al rischio di una introduzione indiretta ed implicita della fissazione quale requisito di protezione, in chiaro contrasto con la tradizione continentale di diritto d'autore e con alcune premesse fondanti il sistema di diritto d'autore europeo⁽¹⁶⁵⁾. Una specificazione dei criteri da utilizzare al fine di stabilire se l'opera sia stata espressa con sufficiente oggettività e precisione si rivela necessaria al fine di evitare tale distorsione, e scongiurare inoltre la possibilità di ulteriori pronunce giurisprudenziali contrastanti a livello nazionale.

* * *

Contrariamente a quanto asserito dal legislatore europeo per giustificare il proprio rifiuto di operare un intervento armonizzatore in materia, la comune adesione alla Convenzione di Berna ad opera di tutti gli Stati Membri dell'Unione non ha comportato la convergenza di legislazioni e giurisprudenze nazionali verso una nozione comune di opera protetta da diritto d'autore. A partire dal 2009 è stata così la Corte di Giustizia a costruire progressivamente, con *Infopaq* e la sua progenie, una definizione comune fondata su indicazioni legislative frammentate, definendo "opera" qualunque risultato della creazione intellettuale dell'autore, con una completa sovrapposizione concettuale tra la definizione preliminare delle tipologie di creazioni protette ed il successivo filtro dell'originalità quale requisito di protezione. La formula, quasi unanimemente letta quale clausola aperta ed idonea ad estendere la protezione di diritto d'autore ad ogni prodotto creativo, indipendentemente dalla sua origine e dalle sue caratteristiche, ha fatto celermente tornare in auge il dibattito sulla tutelabilità di opere non convenzionali, tra cui quelle di c.d. diritto d'autore sensoriale, caratterizzate dalla percepibilità per il tramite di gusto ed olfatto anziché di vista ed udito. Tra decisioni nazionali contrastanti ed incertezze relative alle reali implicazioni dell'innovazione apportata da *Infopaq*, la questione definitoria è ritornata dinanzi alla Corte di Giustizia con il caso *Levola Hengelo* che, escludendo che la privativa

(164) Particolarmente ove le corti ritengano opportuno fare riferimento alla rivisitazione del requisito della rappresentazione grafica operata dal nuovo c.d. Pacchetto Marchi (art. 3(b) Direttiva Marchi; art. 4(b) Regolamento Marchi), per cui oggi il segno deve essere rappresentato in modo tale da consentire al pubblico ed alle autorità di determinare l'oggetto della protezione in maniera chiara e precisa.

(165) Come fa notare A. LATREILLE, cit. (nt. 141), 142-143.

autorale possa coprire il gusto di un formaggio, ha tuttavia ribadito che la nozione di opera protetta è un concetto autonomo ed armonizzato di diritto europeo. Ai fini di una maggiore precisione definitoria, al requisito dell'originalità è stato affiancato quello dell'espressione conoscibile in maniera oggettiva e precisa, ma alcuni nodi interpretativi sono rimasti insoluti: la natura — aperta o variamente limitata — della nozione di opera ai sensi dell'art. 2 CUB; la distinzione tra concetto di opera e originalità quale successivo requisito-filtro di protezione; la rilevanza della compatibilità ed applicabilità dei diritti esclusivi e delle eccezioni introdotte dalla Direttiva InfoSoc quale condizione necessaria per ottenere la protezione autorale; le reali implicazioni della dicotomia idea-espressione, e l'eventuale requisito della fissazione dell'opera, per menzionare le problematiche più rilevanti. Con *Levola* la CGUE ha perso nuovamente l'occasione di gettare le basi per la costruzione di una dottrina giurisprudenziale solida ed in grado di offrire linee guida chiare per un coerente sviluppo sistematico e teleologico del diritto d'autore europeo. Spetterà ora a corti e dottrine nazionali controllare i più pericolosi rischi interpretativi insiti negli scivolosi precedenti comunitari, nella speranza che la massima corte europea si ritrovi nuovamente ad intervenire sulla questione, questa volta con maggiore coscienza e sensibilità sistematica, in meno tempo rispetto a quello che è dovuto trascorrere — ben una decade — tra *Infopaq* e *Levola Hengelo*.