

## Heksenkaas: auteursrecht zonder smaak

Brigitte Spiegelers en Ernst van Knobelsdorff<sup>1</sup>

Op 13 november 2018 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') arrest in de zaak van Levola Hengelo B.V. ('Levola') tegen Smilde Foods B.V. ('Smilde') inzake het al dan niet bestaan van auteursrecht op smaak. Allereerst de feiten.

### Feiten

Levola heeft de intellectuele eigendomsrechten op het product "Heksenkaas", een smeerdip bestaande uit roomkaas en verse kruiden. Het product is in 2007 ontwikkeld.

Vanaf 2014 produceert Smilde een vergelijkbaar product: "Witte Wievenkaas", dat door een Nederlandse supermarktketen wordt geëxploiteerd.

Levola was van mening dat Smilde door de productie en verkoop van het product Witte Wievenkaas inbreuk maakte op haar auteursrechten op de smaak van Heksenkaas. Volgens Levola moet de smaak van Heksenkaas worden gezien als een eigen intellectuele schepping van haar maker en is de smaak van het door Smilde ontwikkelde product Witte Wievenkaas een reproductie van het werk (de smaak) van Levola.

De rechtbank Gelderland oordeelde echter dat de vorderingen van Levola hoe dan ook moesten worden afgewezen, zonder dat het nodig was uitspraak te doen over de vraag of de smaak van Heksenkaas auteursrechtelijk beschermd kon worden, omdat Levola niet had gesteld welke elementen of combinatie van elementen van de smaak van Heksenkaas aan dit product een eigen oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de maker verlenen.<sup>2</sup>

In hoger beroep heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de zaak geschorst en het HvJ EU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- a) *Verzet het Unierecht zich ertegen dat de smaak van een voedingsmiddel – als eigen intellectuele schepping van de maker – auteursrechtelijk beschermd wordt? In het bijzonder:*
  - b) *Staat aan auteursrechtelijke bescherming in de weg dat het begrip ,werken van letterkunde en kunst' in artikel 2, lid 1, van de Berner Conventie, die voor alle lidstaten van de Unie verbindend is, weliswaar omvat ,alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij', maar dat de in deze bepaling genoemde voorbeelden enkel betrekking hebben op creaties die met het oog en/of het gehoor kunnen worden waargenomen?*
  - c) *Staan de (mogelijke) instabiliteit van een voedingsmiddel en/of het subjectieve karakter van de smaakervaring eraan in de weg om de smaak van een voedingsmiddel als auteursrechtelijk beschermd werk aan te merken?*
  - d) *Staat het stelsel van uitsluitende rechten en beperkingen, zoals geregeld in de artikelen 2 tot en met 5 van [richtlijn 2001/29], aan de auteursrechtelijke bescherming van de smaak van een voedingsmiddel in de weg?*
- 2) *Indien het antwoord op vraag 1), a), ontkennend luidt:*
- a) *Welke vereisten gelden voor auteursrechtelijke bescherming van de smaak van een voedingsmiddel?*
  - b) *Rust de auteursrechtelijke bescherming van een smaak enkel op de smaak als zodanig of (tevens) op de receptuur van het voedingsmiddel?*
  - c) *Wat dient een partij die in een (inbreuk)procedure stelt een auteursrechtelijk beschermde smaak van een voedingsmiddel te hebben gecreëerd, te stellen? Kan deze partij ermee volstaan het voedingsmiddel in de procedure aan de rechter voor te leggen opdat de rechter, door te proeven en te ruiken, zich een eigen*

<sup>1</sup> Beide auteurs zijn als advocaat werkzaam bij Heffels Spiegelers Advocaten in Den Haag.

<sup>2</sup> Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674.

*oordeel erover vormt of de smaak van het voedingsmiddel voldoet aan de eisen voor auteursrechtelijke bescherming? Of dient de eisende partij (al dan niet mede) een omschrijving te geven van de creatieve keuzes in de smaakcompositie en/of de receptuur op grond waarvan de smaak als eigen intellectuele schepping van de maker kan worden aangemerkt?*

*d) Hoe dient de rechter in een inbreukprocedure vast te stellen of de smaak van het voedingsmiddel van de gedaagde partij zodanig overeenstemt met de smaak van het voedingsmiddel van de eisende partij dat sprake is van auteursrechtinbreuk? Is hierbij (mede) bepalend dat de totaalindrukken van de beide smaken overeenstemmen?"*

### **Arrest HvJ EU<sup>3</sup>**

Het HvJ EU oordeelt dat een smaak van een voedingsmiddel enkel voor auteursrechtelijke bescherming vatbaar is indien de smaak kan worden aangemerkt als een "werk". Voorgaande volgt uit de Richtlijn 2001/29/EG ("de Richtlijn"), die betrekking heeft op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in het kader van de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij.

In de Richtlijn wordt geen definitie gegeven van het werkbegrip. Uit het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG volgt echter dat de verdragsluitende partijen dienen te voldoen aan de artikelen (1 t/m 21) van de Berner Conventie.

Uit de Berner Conventie volgt dat de bescherming van het auteursrecht zich uitstrekt tot uitdrukkingvormen en niet tot ideeën, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.

Gelet op de vereisten die verband houden met zowel de eenvormige toepassing van het Unierecht als het gelijkheidsbeginsel, moet het werkbegrip normaal gesproken in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd.<sup>4</sup>

Met inachtneming van bovenstaande oordeelt het HvJ EU dat de smaak van een voedingsmiddel alleen voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- 1) Het betrokken voorwerp dient oorspronkelijk te zijn, in de zin dat het een eigen intellectuele schepping van de maker ervan is<sup>5</sup>; en
- 2) Alleen de bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke intellectuele schepping zijn, kunnen als een "werk" worden aangemerkt.<sup>6</sup>

Het HvJ EU oordeelt dat het werkbegrip noodzakelijkerwijs een uitdrukkingvorm impliceert die voldoende nauwkeuring en objectief kan worden geïdentificeerd. De smaak van een voedingsmiddel kan volgens het HvJ EU – in tegenstelling tot bijvoorbeeld een letterkundig werk, een schilderij of een muziekstuk – niet voldoende nauwkeurig en objectief worden geïdentificeerd. Volgens het HvJ EU berust de identificatie van de smaak van een voedingsmiddel hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die per definitie subjectief en variabel zijn, aangezien zij met name afhankelijk zijn van de persoonlijke voorkeuren van de persoon die het betrokken product proeft. Gedacht kan worden aan de leeftijd, voedselvoorkeuren, consumptiegewoonten en ook aan de sfeer en de context waarin het product wordt geproefd.

### **Stand van techniek en wetenschap**

---

<sup>3</sup> HvJ EU 13 november 2018, C-310/17.

<sup>4</sup> HvJ EU 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:565, nr. 27 em 28).

<sup>5</sup> HvJ EU 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, nr. 97.

<sup>6</sup> HvJ EU 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:565, nr. 39 en HvJ EU 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, nr. 159.

Bovendien is het bij de huidige stand van de techniek en wetenschap niet mogelijk om met technische middelen de smaak van een voedingsmiddel nauwkeurig en objectief te identificeren, waardoor de smaak kan worden onderscheiden van de smaak van andere producten van dezelfde aard.

Het HvJ EU komt tot oordeel dat de smaak van een voedingsmiddel niet kan worden aangemerkt als “werk” en dus niet auteursrechtelijk kan worden beschermd.

### Het werkbegrip

Het HvJ EU overweegt dat een werk dat vatbaar is voor auteursrechtelijke bescherming noodzakelijkerwijs bestaat uit een uitdrukkingvorm van een voorwerp, waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd, ook al hoeft deze uitdrukkingvorm niet per se permanent te zijn. Eveneens overweegt het HvJ EU dat het betrokken voorwerp oorspronkelijk dient te zijn, in de zin dat het een eigen intellectuele schepping van de maker ervan is en dat enkel de bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke intellectuele schepping zijn, als werk kunnen worden aangemerkt.

Kort gezegd moet het dus gaan om een voldoende en nauwkeurig objectief geïdentificeerde uitdrukkingvorm van oorspronkelijkheid om als werk te worden aangemerkt. Auteursrechtelijke bescherming heeft dus geen betrekking op denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.

De eis dat het werk voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar moet zijn, lijkt het HvJ EU te hebben bepaald – in navolging van de conclusie van de AG – door aansluiting te zoeken bij haar eerdere beslissing in het Sieckmann-arrest.<sup>7</sup> In die zaak ging het echter om een merkenrechtelijke vraag: Kan een teken (meer specifiek: een geur) dat als zodanig niet visueel waarneembaar is een merk vormen? Het HvJ EU oordeelde dat dit mogelijk is op voorwaarde dat het teken vatbaar is voor grafische voorstelling, inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is. Overigens is in het merkenrecht de eis dat een teken ‘voor grafische voorstelling vatbaar moet zijn’ vervallen bij de inwerkingtreding van de Uniemerkenverordening en de gewijzigde merkenrechtlijn in 2016.

### Niet voldoende en objectief uit te drukken

Het HvJ EU oordeelt in het Heksenkaas-arrest dat de smaak van een voedingsmiddel – in tegenstelling tot bijvoorbeeld een letterkundig werk, schilderij, film of muziekstuk – niet voldoende en objectief kan worden uitgedrukt. De identificatie van de smaak van een voedingsmiddel berust immers hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die vanzelfsprekend subjectief en variabel zijn, aangezien zij met name afhankelijk zijn van factoren die eigen zijn aan de persoon die het betrokken product proeft. Factoren die daarbij een rol kunnen spelen zijn: diens leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiegewoonten, maar ook de omgeving en context waarin het product wordt geproefd.

Wij zijn van mening dat hetzelfde geldt voor de identificatie van de geur (van een parfum). In het arrest Kecofa/Lancôme heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de geur van parfum in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming.<sup>8</sup> In het licht van deze nieuwe uitspraak van het HvJ EU zou onzes inziens moeten worden geoordeeld dat ook de geur van parfum niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, omdat een geur niet voldoende en objectief kan worden uitgedrukt. De identificatie van de geur van een parfum berust ook hoofdzakelijk op de (geur)beleving en (geur)ervaring van de betrokken persoon, die vanzelfsprekend subjectief en variabel zijn. Overigens heeft ook het Franse Cour de Cassation geoordeeld dat een geur niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> HvJ EU 12 december 2002, Sieckmann / DPM (C-273/00, EU:C:2002:748, nr. 55).

<sup>8</sup> HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 LANCÔME/KECOFA

<sup>9</sup> 10 december 2013 FR:CCASS:2013:CO01205

Tot slot oordeelt het HvJ EU dat het bij de huidige stand van de ontwikkeling van de wetenschap niet mogelijk is om met technische middelen de smaak van een voedingsmiddel nauwkeurig en objectief te identificeren, waardoor de smaak kan worden onderscheiden van de smaak van andere producten van dezelfde aard.

Hiermee lijkt het HvJ EU wederom aansluiting te zoeken bij het merkenrecht. Het merkenrecht ziet immers op het onderscheiden van producten als afkomstig van een bepaalde onderneming. In het verleden is het al vaker voorgekomen dat voor een voorwerp dat inherent auteursrechtelijke bescherming geniet, tevens werd gezocht naar merkenrechtelijke bescherming. Zo is het merkenbureau Shieldmark gelukt merkenrechtelijke bescherming te krijgen voor de jingle 'Für Elise' van Beethoven. Het HvJ EU bepaalde dat een notenbalk onder omstandigheden voldoende kan zijn om als klankmerk te worden ingeschreven. Een poging om de bekende schreeuw van Tarzan – in de vorm van een sonogram met de beschrijving van de klank in woorden – als merk vast te leggen bleek ruim 10 jaar geleden tevergeefs.

### Conclusie

Wij zijn van mening dat het HvJ EU terecht heeft geoordeeld dat de smaak van Heksenkaas niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Hoewel de aard van het auteursrecht met zich brengt dat er altijd enigszins sprake is van 'the eye of the beholder' en daarmee enige mate van subjectiviteit, is tevens een bepaalde mate van objectiviteit nodig om te kunnen vaststellen wat de smaak precies behelst. Zelfs als het technisch mogelijk zou zijn om vast te stellen wat smaak omvat, dan nog kan men zich afvragen of het wel wenselijk is om auteursrecht aan smaak toe te kennen. Indien smaak helder en duidelijk valt te omschrijven, dan heeft dit tot gevolg dat deze omschrijving vervolgens in een register dient te worden vastgelegd. Een registratie is nu net voor het hebben van een auteursrecht niet is vereist. Een belangrijk verschil met het auteursrecht dat rust op bijvoorbeeld een boek of een schilderij is dat de enkele openbaarmaking voldoende is om kenbaar te maken waarop het recht ziet. Indien auteursrecht op de smaak van een voedingsmiddel mogelijk zou zijn, dan is de enkele openbaarmaking van – in dit geval een bakje Heksenkaas – niet voldoende om kenbaar te maken, waarop het auteursrecht specifiek rust. Indien auteursrechten net als merken, modellen en octrooien in een register vervat dienen te worden, dan is het gedaan met de 'vrijheid van het auteursrecht' en beweegt het auteursrecht aanzienlijk in de richting van het merkenrecht. Dat zou onzes inziens een onwenselijke ontwikkeling zijn. Gelukkig valt in dit opzicht over smaak nog niet te twisten en kunnen wij vooralsnog van auteursrechtenvrije Heksenkaas genieten.

Den Haag, 30 november 2018