

Geen auteursrecht op smaak

Prof.mr. D.J.G. Visser

HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola / Smilde*)

Inleiding

Het auteursrecht beschermt ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’. In artikel 10 van de Nederlandse Auteurswet is een *niet-limitatieve* opsomming opgenomen van wat hieronder moet worden verstaan. Naast (o.a.) geschriften, teken-, toneel-, muziek- en filmwerken, valt onder het werk-begrip ‘in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht’.

In zijn arrest *Lancôme / Kecofa*¹ besliste de Hoge Raad in 2006 dat het werk-begrip van artikel 10 Auteurswet er niet aan in de weg staat een *geur* (van een parfum) daaronder te begrijpen, waardoor ook een geur(combinatie) in aanmerking kon komen voor auteursrechtelijke bescherming. Volgens de Hoge Raad was voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend ‘of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt’.² Sindsdien leek het goed verdedigbaar dat ook een *smaak* naar Nederlands auteursrecht een auteursrechtelijk beschermd werk zou kunnen zijn.

In zijn *Infopaq*-arrest³ besliste het Hof van Justitie van de EU evenwel in 2009 dat het werk-begrip (sinds 2001) een *Europees geharmoniseerd* begrip is op grond van artikel 2 van de Auteursrechtlijn.⁴ En daarmee moest de vraag of een geur of een smaak auteursrechtelijk beschermd kan zijn vermoedelijk op Europees niveau en dus uiteindelijk door het Hof van Justitie worden beslist.

En dat is nu gebeurd in het arrest van het HvJ EU tussen Levola uit Hengelo en haar concurrent Smilde Foods uit Heerenveen.

Voorgeschiedenis Heksenkaas

In 2007 heeft groenteboer Dennis Voerman uit Haaksbergen een smeerdip met roomkaas en verse kruiden gecreëerd. Ter gelegenheid van Halloween gaf hij er de naam ‘Heksenkaas’ aan en verkocht hij de dip in zijn eigen winkel in Losser. Het product bleek zo’n succes, dat Levola in 2011 alle (intellectuele-eigendoms)rechten – waaronder het recept en de inmiddels geregistreerde merknaam – met betrekking tot het product Heksenkaas heeft overgenomen, waarna zij de smeerdip in 2012 landelijk heeft geïntroduceerd onder de naam ‘Heks’nkaas’.

Vlak na die landelijke uitrol, in december 2012, heeft Levola onder meer aan Smilde (en andere producenten van levensmiddelen, die mogelijk het product zouden willen nabootsen) een memorandum gestuurd, waarin Levola haar voornemen heeft aangekondigd om ‘het auteursrecht op de smaak van het product Heksenkaas te handhaven’.

De eerste feitelijke handhaving door Levola was een beslagrekest van 31 december 2014⁵ tegen concurrent European Food Company BV (EFC), die een op Heksenkaas gelijkend product onder de naam ‘Magic Cheese’ verhandelde. Volgens Levola was de smaak daarvan één-op-één nagebootst van de smaak van Heksenkaas, tegen welke nabootsing Levola zich verzette op basis van het aan haar toekomende auteursrecht op die smaak.

1 Hoge Raad 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940 (*Lancôme / Kecofa*), AA20060821, m.nt. P.B. Hugenholtz.

2 R.o. 3.3.2: ‘De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksorten, neergelegde omschrijving van wat als ‘werk’ in de zin van die

wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen.’

3 HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, punt 33.

4 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de

harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

5 Verzoek conservatoir bewijsbeslag 31 december 2014 (*Levola / EFC*), IEF 14767.

Omdat er tot dat moment nog geen uitspraak (van welke rechter dan ook) was geweest over de vraag of er op smaak auteursrecht kan rusten, viel de voorzieningenrechter die over het beslag moest oordelen terug op de eerdere uitspraak van de Hoge Raad over auteursrecht op geur:

‘Gelet op het arrest Lancôme/Kecofa (ECLI:NL:HR:2006:AU8940) is voorshands voldoende aannemelijk dat er auteursrecht op een smaak kan rusten en dat (de smaak van) het product van verzoekster voldoet aan de vereisten voor auteursrechtelijke bescherming.’⁶

En omdat de voorzieningenrechter van oordeel was dat Levola voldoende aannemelijk had gemaakt dat er inbreuk op dat auteursrecht was gemaakt, werd het gevraagde verlot tot het leggen van beslag verleend.⁷

Witte Wievenkaas

Sinds januari 2014 produceerde Smilde eveneens een met Heksenkaas vergelijkbaar product, genaamd ‘Witte Wievenkaas’.⁸ En omdat ook Smilde één van de geadresseerden was van het eerdere memorandum van Levola, was zij dus gewaarschuwd. Desalniettemin bleef Smilde toch Witte Wievenkaas verkopen, waarna Levola zich tot de rechter wendde.

Levola vorderde voor de Rechtbank Gelderland onder meer een verklaring voor recht dat de smaak van Heksenkaas ‘een eigen intellectuele schepping is van de maker van de smaak en mitsdien als “werk” in de zin van artikel 1 Auteurswet (hierna: Aw) de bescherming van het auteursrecht geniet’, en dat de smaak van Witte Wievenkaas ‘een verveelvoudiging is van de smaak van Heksenkaas’.⁹

Anders dan Levola en de voorzieningenrechter Den Haag, was de Rechtbank Gelderland echter niet overtuigd van de auteursrechtelijke beschermbaarheid van smaak als zodanig:

‘Kernvraag in deze zaak is dus of smaak auteursrechtelijk kan worden beschermd. De rechtbank zal om proceseconomische redenen (de beantwoording van) deze vraag in het midden laten. Zelfs als smaak in algemene zin beschouwd voor auteursrechtelijke bescherming vatbaar zou zijn – hetgeen thans geenszins zonder meer kan worden aangenomen – dan leidt dat er niet automatisch toe dat de smaak van het product Heksenkaas auteursrechtsrechtelijk beschermd wordt/kan worden, nu Levola [...] heeft nagelaten feitelijk te beschrijven of aanschouwelijk te maken wat de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende vereiste elementen van de smaak van het product Heksenkaas zijn.’¹⁰

De Gelderse rechtbank voegde daar nog aan toe dat het vergelijken van smaken ook praktische problemen oplevert:

‘Smilde heeft daartoe aangevoerd dat de smaak van een product (als Heksenkaas en Witte Wievenkaas) varieert onder meer naar gelang hoe oud het product is, hoe lang het is blootgesteld aan de lucht, op welke temperatuur het product wordt genuttigd, wanneer het product tijdens het houdbaarheidsstraject wordt genuttigd en dat de smaakbeleving per persoon (bijvoorbeeld een deskundige of een gemiddelde consument) door wie het product wordt geproefd, verschilt.’¹¹



Het voorgaande leidde er dan ook toe dat de vorderingen van Levola werden afgewezen.

Geen auteursrecht op Heksenkaas

Terug naar de Magic Cheese van Levola's concurrent EFC. In de bodemprocedure volgend op het beslag¹² liet ook de Rechtbank Den Haag de vraag of auteursrecht op smaak mogelijk is naar analogie van het arrest *Lancôme / Kecofa* in het midden: ‘De rechtbank beantwoordt de vervolgvraag, of de smaak van Heksenkaas in dat geval een auteursrechtelijk beschermd werk is, namelijk ontkennend.’¹³

Waarom de smaak van Heksenkaas volgens de Rechtbank Den Haag geen auteursrechtelijk beschermd werk is? Omdat ‘de afzonderlijke ingrediënten van Heksenkaas niet auteursrechtelijk beschermd zijn en op het eerste gezicht banale dan wel triviale ingrediënten zijn om toe te voegen aan roomkaas’ en ‘het een volstrekt voor de hand liggende keuze [is] om aan roomkaas knoflook en kruiden toe te voegen’. Voorts heeft Levola volgens de Haagse rechtbank ‘onvoldoende onderbouwd dat de combinatie van al deze op het eerste gezicht banale of triviale ingrediënten alsnog een smaak oplevert die van creatieve keuzes getuigt’.

Om haar argumenten (meer) kracht bij te zetten, is de rechtbank vervolgens overgegaan tot het proeven van de Heksenkaas. En dat smaakte – auteursrechtelijk – kennelijk niet naar méér:

‘De rechtbank is overigens ook proefondervindelijk niet tot het oordeel gekomen dat de ingrediënten in dit geval meer vormen dan de som der (triviale) delen: de meervoudige kamer van de rechtbank heeft in de raadkamer direct na de comparitie van partijen Heksenkaas (uit de door Levola achtergelaten verpakking en zoals door haar ook nadrukkelijk gesuggereerd) geproefd en vastgesteld dat genoemde ingrediënten in meer of mindere mate terugkomen in de smaak. Dat de smaak van Heksenkaas, die door de rechtbank wordt omschreven als romig, eerder vetzig dan kazig, zoet, met een prominente look smaak, anders is dan op basis van de ingrediënten verwacht zou mogen worden, waaruit wellicht creativiteit van de keuzes van [A] zou kunnen voortvloeien, heeft de rechtbank niet kunnen vaststellen. Van enige verrassende smaak is geen sprake.’¹⁴

Daarmee kwam de rechtbank tot het oordeel dat de smaak van Heksenkaas niet aan de werktuets voldoet en dus niet auteursrechtelijk beschermd is.

Hoewel de uitkomst begrijpelijk is, laat de weg ernaartoe een belangrijke vraag nog steeds open, namelijk: kan smaak überhaupt auteursrechtelijk beschermd zijn?

6 Beschikking Vza. Rechtbank Den Haag 13 januari 2015 KG RK 14-2549 (*Levola / EFC*), IEF 14767, r.o. 2.2.

7 Beschikking Vza. Rechtbank Den Haag 13 januari 2015 KG RK 14-2549 (*Levola / EFC*), IEF 14767, r.o. 3.1.

8 Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674 (*Levola / Smilde*), r.o. 2.3 t/m

2.10.

9 Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674 (*Levola / Smilde*), r.o. 3.1.

10 Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674 (*Levola / Smilde*), r.o. 4.4.

11 Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674 (*Levola / Smilde*), r.o. 4.5 (laatste zin).

12 Rechtbank Den Haag 3 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4384 (*Levola / EFC*).

13 Rechtbank Den Haag 3 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4384 (*Levola / EFC*), r.o. 4.3.

14 Rechtbank Den Haag 3 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4384 (*Levola / EFC*), r.o. 4.14.

Auteursrecht op smaak?

Gelukkig voor de rechtsontwikkeling heeft Levola zich niet uit het veld laten slaan door de vele juridische procedures¹⁵ en is zij in hoger beroep gegaan tegen het vonnis van de Rechtbank Gelderland in de zaak tegen de Witte Wievenkaas van Smilde.¹⁶

Naar het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bestaat er gerede twijfel of en in hoeverre het Unierecht ruimte laat voor auteursrechtelijke bescherming van de smaak van een voedingsmiddel:

‘Partijen verschillen over de vraag of de smaak van een voedingsmiddel zich leent voor auteursrechtelijke bescherming fundamenteel van mening. Levola heeft zich voor haar stelling dat de smaak van een voedingsmiddel als auteursrechtelijk beschermd werk van letterkunde, wetenschap of kunst kan worden aangemerkt, met name beroepen op het hiervoor onder 6.3 aangehaalde arrest van 16 juni 2006 van de Hoge Raad (Lancôme/Kecofa), waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van auteursrecht op de geur van een parfum ten principale heeft aanvaard. Volgens Smilde past bescherming van smaken echter niet in het systeem van het auteursrecht, dat mede gezien art. 10 lid 1 Auteurswet louter voor visuele en auditieve creaties is bedoeld. Voorts staan volgens Smilde de instabiliteit van het voedingsmiddel en het subjectieve karakter van de smaakervaring eraan in de weg om de smaak van een voedingsmiddel als auteursrechtelijk beschermd werk aan te merken. Bovendien zijn de in de Auteurswet geregelde uitsluitende rechten en wettelijke beperkingen op smaken niet of nauwelijks toe te passen. Voorts is volgens Smilde het oordeel van de Hoge Raad door de hierboven aangehaalde na 2006 gewezen arresten van het Hof van Justitie EU, waaruit kan worden afgeleid dat het werk een unierechtelijk begrip is, achterhaald.

Het Franse Cour de Cassation heeft in een tweetal arresten, laatstelijk in een op 10 december 2013 gewezen arrest (ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205), de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van een geur categorisch van de hand gewezen. De hoogste nationale rechtspraak in de Europese Unie loopt ten aanzien van een, naar het voorkomt vergelijkbare vraag of een geur zich voor auteursrechtelijke bescherming leent, derhalve uiteen.¹⁷

Volgens het hof is dan ook een beslissing van het HvJ EU noodzakelijk om uitspraak te kunnen doen. De eerste vraag die het Gerechtshof Arnhem-Gelderland aan het HvJ EU stelt, is meteen ook de belangrijkste: ‘Verzet het Unierecht zich ertegen dat de smaak van een voedingsmiddel – als eigen intellectuele schepping van de maker – auteursrechtelijk beschermd wordt?’¹⁸

Conclusie A-G

Zoals vaak gebeurt bij het HvJ EU, herformuleert de advocaat-generaal (in dit geval Wathet) de vraag: ‘Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de smaak van een voedingsmiddel een “werk” vormt en auteursrechtelijk kan worden beschermd krachtens richtlijn 2001/29.’¹⁹

Het begrip ‘werk’ is volgens de A-G een uniform en autonoom Unierechtelijk begrip, voor de uitleg waarvan hij allereerst rekening houdt met de bepalingen van de

Berner Conventie.²⁰ Die ziet enkel op ‘werken die visueel of auditief worden waargenomen, zoals boeken en muzikale composities, met uitsluiting van voortbrengselen die kunnen worden waargenomen door andere zintuigen, zoals de smaakzin, de reukzin of de tastzin’.²¹

Volgens de A-G heeft auteursrechtelijke bescherming betrekking op *oorspronkelijke uitdrukkingsvormen* die bovendien *voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar* moeten zijn.²²

‘Aldus heeft het Hof in het arrest van 12 december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748, punt 55), dat betrekking had op de vraag of een teken (in casu een geur) dat als zodanig niet visueel waarneembaar is een merk kan vormen, geoordeeld dat dit mogelijk was “op voorwaarde dat het 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”.²³

De A-G onderkent in een voetnoot bij bovenstaand citaat dat de voorwaarde dat een teken vatbaar is voor ‘grafische voorstelling’ niet langer bestaat in het Unierecht, maar wijst er evenwel op dat de Merkenrichtlijn en -verordening vereisen dat de tekens in het register kunnen worden weergegeven ‘op een wijze die de bevoegde autoriteiten en het publiek in staat stelt het voorwerp van de aan de houder ervan verleende bescherming duidelijk en nauwkeurig vast te stellen’.²⁴ En precies dáárin ligt de kern van het probleem, aldus de A-G:

‘Gelet op de huidige stand van de techniek lijkt de nauwkeurige en objectieve identificatie van een smaak of geur evenwel op dit moment niet mogelijk. In dit verband wijst de Italiaanse regering erop dat smaak “[o]ndanks de verwoede inspanningen die de wetenschap tot op heden heeft geleverd om op ondubbelzinnige wijze de organoleptische eigenschappen van voedingsmiddelen te bepalen, [...] thans in wezen een kwalitatief element [is], dat hoofdzakelijk verband houdt met het subjectieve karakter van de smaakervaring. De organoleptische eigenschappen van voedingsmiddelen kunnen namelijk worden waargenomen en beoordeeld door de zintuigen, voornamelijk de smaak- en reukzin, maar ook de tastzin, op basis van de subjectieve ervaring van de impressies die het voedingsmiddel daarop veroorzaakt. Het is nog niet gelukt deze ervaringen objectief weer te geven.” Ik sluit niet uit dat de technieken voor de nauwkeurige en objectieve identificatie van een smaak of geur in de toekomst kunnen evolueren, hetgeen de wetgever ertoe zou kunnen brengen op te treden en deze te beschermen door het auteursrecht of door andere middelen.²⁵

De A-G is dan ook van mening dat de smaak van een voedingsmiddel geen ‘werk’ in de zin van de auteursrecht-richtlijn is.²⁶

HvJ EU: smaak is geen ‘werk’

Het Hof van Justitie heeft de conclusie van de A-G gevolgd en geoordeeld dat de Auteursrecht-richtlijn zich inderdaad verzet tegen auteursrechtelijke bescherming van smaak.

15 Naast de vele auteursrechtelijke geschillen over de auteursrechtelijke aanspraak van Levola op de smaak van Heksenkaas, is er ook nog een lopende merkenrechtelijke oppositieprocedure van Levola tegen een Benelux-depot door Smilde van het woord-/beeldmerk WITTE WIEVENKAAS. Bij arrest van 13 juli 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1214) heeft de Hoge Raad een eerder oordeel van het Gerechtshof Den Haag van 28 februari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:2388) vernietigd. Het gerechtshof had – kort gezegd – geoordeeld dat sprake was van begripsmatige overeenstemming

(en dus verwarringsgevaar in merkenrechtelijke zin) tussen de begrippen ‘Heksen(kaas)’ en ‘Witte Wieven(kaas)’, ze beide verwijzen naar ‘fictieve vrouwelijke wezens’ die allebei een ‘negatieve connotatie’ hebben. De Hoge Raad heeft het geding teruggewezen naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

16 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6697 (*Levola / Smilde*).

17 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6697 (*Levola / Smilde*), r.o. 7.6-7.7.

18 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6697 (*Levola / Smilde*), dictum 1.a).

19 Conclusie A-G HvJ EU 25 juli 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:618 (*Levola / Smilde*), punt 32.

20 Conclusie A-G, punt 48.

21 Conclusie A-G, punt 51.

22 Conclusie A-G, punt 55 en 56.

23 Conclusie A-G, punt 56.

24 Conclusie A-G, voetnoot 29.

25 Conclusie A-G, punt 57.

26 Conclusie A-G, punt 61.

Daartoe overweegt het HvJ EU allereerst ‘dat de smaak van een voedingsmiddel enkel op grond van richtlijn 2001/29 auteursrechtelijk kan worden beschermd indien hij kan worden aangemerkt als een “werk” in de zin van die richtlijn’.²⁷

Om als werk te kunnen worden aangemerkt, dient het betrokken voorwerp *oorspronkelijk* te zijn, in die zin dat het een *eigen intellectuele schepping* van de maker ervan is, waarbij slechts die bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke intellectuele schepping zijn, als een ‘werk’ in de zin van de Auteursrechtlijn kunnen worden aangemerkt.²⁸

Onder verwijzing naar de Berner Conventie overweegt het HvJ EU vervolgens dat ‘werken van letterkunde en kunst’ alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst omvatten, ongeacht de wijze of de vorm van uitdrukking ervan.²⁹

Maar omdat alleen *uitdrukkingsvormen* en niet denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig auteursrechtelijk worden beschermd,³⁰ impliceert het begrip ‘werk’ als bedoeld in de Auteursrechtlijn:

‘noodzakelijkerwijs een uitdrukkingsvorm van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming waardoor dit voorwerp *voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd*, ook al hoeft deze uitdrukkingsvorm niet per se permanent te zijn’.³¹ (cursivering DV)

Hoewel het HvJ EU, anders dan de A-G, niet rechtstreeks verwijst naar zijn eerdere *Sieckmann*-arrest³², is het duidelijk dat het hof zijn argumenten – geformuleerd in een merkenrechtelijke geurenzaak – hier volgt in een auteursrechtelijke smaakzaak.

Of je nu een geur (of smaak) als merk wilt deponderen, dan wel een smaak (of geur) auteursrechtelijk wilt beschermen, in beide gevallen is dus een nauwkeurige en objectieve identificatie ervan vereist.

Nauwkeurige en objectieve identificatie en uitdrukking

De noodzaak om een voorwerp waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt gevraagd nauwkeurig en objectief te identificeren, is tweeledig:

‘Ten eerste moeten de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van de aan het auteursrecht inherente uitsluitende rechten, namelijk duidelijk en nauwkeurig kunnen onderkennen wat aldus wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor particulieren, met name marktdeelnemers, die duidelijk en nauwkeurig moeten kunnen vaststellen wat ten behoeve van derden, in het

bijzonder concurrenten, auteursrechtelijk wordt beschermd. Ten tweede vereist de noodzaak om elke – de rechtszekerheid aantastende – subjectiviteit bij de vaststelling van het voorwerp van de bescherming uit te sluiten, dat dit voorwerp nauwkeurig en objectief kan worden uitgedrukt’.³³

En daar zit ‘m het grootste struikelblok voor de bescherming van smaak als auteursrecht:

‘De smaak van een voedingsmiddel kan echter niet nauwkeurig en objectief worden uitgedrukt. In tegenstelling tot wat bijvoorbeeld geldt voor een letterkundig werk, een schilderij, een film of een muziekstuk, dat een nauwkeurige en objectieve uitdrukkingsvorm is, berust de identificatie van de smaak van een voedingsmiddel immers hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die subjectief en variabel zijn, aangezien zij met name afhankelijk zijn van factoren die eigen zijn aan de persoon die het betrokken product proeft, zoals diens leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiegewoonten, alsmede van de omgeving en de context waarin het product wordt geproefd.

Bovendien is het bij de huidige stand van de ontwikkeling van de wetenschap niet mogelijk om met technische middelen de smaak van een voedingsmiddel nauwkeurig en objectief te identificeren, waardoor die smaak kan worden onderscheiden van de smaak van andere producten van dezelfde aard’.³⁴

Het HvJ EU komt dan ook tot de slotsom dat de smaak van een voedingsmiddel niet kan worden aangemerkt als een ‘werk’ in de zin van de Auteursrechtlijn.³⁵

En omdat het begrip ‘werk’ binnen de Unie eenvormig moet worden uitgelegd,³⁶ heeft het HvJ EU met zoveel woorden in zijn dictum opgenomen dat de Auteursrechtlijn

‘aldus moet worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staat dat de smaak van een voedingsmiddel op grond van deze richtlijn auteursrechtelijk wordt beschermd en dat een nationale wettelijke regeling in die zin wordt uitgelegd dat zij auteursrechtelijke bescherming verleent aan een dergelijke smaak’.³⁷ (cursivering DV)

Met dit arrest staat het de Nederlandse rechter dus uitdrukkelijk niet (meer) vrij om artikel 10 van de Auteurswet aldus uit te leggen dat smaak onder een ‘werk’ valt. En wat geldt voor smaak, geldt, hoewel het HvJ EU dit niet zelf expliciet zegt (maar de A-G wel), ook voor geur. Met als gevolg dat de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Lancôme / Kecofa* óók van tafel is.

Nieuwe en resterende vragen

Het is intussen de vraag of het ‘nieuwe’ vereiste van ‘nauwkeurige en objectieve identificatie’ ook gevolgen heeft voor *andere objecten* dan smaken en geuren.

In de nieuwe druk van het handboek Auteursrecht³⁸ wordt erop gewezen dat deze nieuwe ‘afbakeningstoets’ een rol zou kunnen spelen bij de afbakening bij werken die bestaan uit delen van een groter geheel:

rige onderdelen van of selecties uit gegevensverzamelingen verheffen tot rechtsobjecten al naar gelang dat toevallig zo uitkomt’. Zie voorts Vvz. Rb. ‘s-Gravenhage 9 oktober 2013, *AMI* 2014, p. 38 (kort), m.nt. J.C.S. Pinckaers (*Blues Brothers-imitatie*) (nauwelijks verder onderbouwde elementen als ‘een vaste verdeling van de zang’, ‘een “coole”, gereserveerde houding’ en een in algemene bewoordingen omschreven choreografie/dansstijl bieden niet voldoende houvast om te bepalen wat die elementen concreet inhouden en of daaraan auteursrechtelijke bescherming toekomt).

27 Arrest, punt 34.

28 Punten 35-37.

29 Punt 39.

30 Punt 39.

31 Punt 40.

32 HvJ EG 12 december 2002, C 273/00, ECLI:EU:C:2002:748 (*Sieckmann*).

33 Arrest, punt 41.

34 Punten 42-43.

35 Punt 44.

36 Punt 45.

37 Dictum.

38 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteurs-*

recht (Recht en Praktijk 42) Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 72-73.

39 In de zaak *Van Dale / Romme* (zie par. 3.11) werd de trefwoordenverzameling van de Grote Van Dale, die een onderdeel vormt van het woordenboek als geheel, impliciet als een zelfstandig werk beschouwd. Zie ook J.H. Spoor, ‘Heertje/Hollebrand revisited’, in: S. Boekman e.a., *Noten bij noten : ter herinnering aan Mr. L. Wichers Hoeth*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 101 (106); J.H. Spoor, noot onder HR 22 maart 2002, *NJ* 2003/149 (*NVM / Telegraaf*), nr. 7: ‘Men kan niet zo maar naar believen min of meer willekeu-

‘Soms wordt bescherming ingeroepen voor een samenstel van elementen die deel uitmaken van een groter geheel. Daarbij kan de vraag rijzen of dat samenstel als een zelfstandig werk kan worden beschouwd.³⁹ Dat geldt in het bijzonder voor formats, bijv. voor een reeks televisieprogramma’s; het format omvat de constante, steeds wederkerende elementen op basis waarvan zo’n reeks wordt gemaakt. Hoewel het mogelijk moet worden geacht om die verzameling elementen objectief te beschrijven, komt het in de praktijk herhaaldelijk voor dat pas in het kader van een conflict gepostuleerd wordt welke elementen al dan niet geacht moeten worden deel uit te maken van het format. Niet zelden verschillen partijen daarover hartgrondig van mening.⁴⁰ Het is de vraag of in dat geval wel is voldaan aan de eis dat concurrenten duidelijk en nauwkeurig moeten kunnen vaststellen wat nu eigenlijk het – beweerdelijk auteursrechtelijk beschermde – format is.’

Combinatie-werken?

Een andere, gerelateerde vraag is of een geur of een smaak, of een gevoel – bijvoorbeeld een temperatuur – die of dat *slechts één kenmerk* is van een object met meer kenmerken (toch) aan auteursrechtelijke bescherming van het object als geheel zou kunnen bijdragen.

Wat te denken van een sierlijk gevormde geurkaars? Of van een trui die heel mooi en heel zacht is? Kan die door de *combinatie* van vorm en geur voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen? En hoe zit het met een creatief gevormde lolly of bonbon? Kan de smaak bijdragen aan auteursrechtelijke bescherming van het *Gesamtkunstwerk* vorm en smaak? Wat te denken van een zeer fraai uitgevoerde *signature dish* van een sterrenkok die niet alleen tongstrelend maar zeker ook oogstrelend is? Zou die *combinatie* niet beschermd zijn? Kan een foto van drie garnalen wél beschermd zijn⁴¹ en een fraai opgediend gerecht met drie garnalen (dat ook nog lekker smaakt) niet? Misschien moeten de geur-, smaak- en gevoelselementen helemaal buiten beschouwing blijven.

Recepten?

Wat intussen ook nog niet duidelijk is, is of er misschien wel auteursrechtelijke bescherming mogelijk is voor een *samenstelling* of *recept als zodanig*.

In de zaak *Lancôme/Kecofa* oordeelde het Gerechtshof Den Bosch in 2004⁴² dat de – van de geur te onderscheiden – *samenstelling* van het parfum de eigenlijke creatie vormde en mitsdien als werk kon worden beschermd.⁴³ Deze benadering werd door de Hoge Raad van de hand gewezen.

‘Het [Bossche] hof oordeelde dat de vraag of een enkele geur als werk in de zin van de Auteurswet kan gelden geen bespreking behoeft, nu Lancôme de auteursrechtelijke bescherming niet inroept voor de enkele geur van haar product

(rov. 4.11.2) en dat aldus datgene waarvoor Lancôme die bescherming inroept niet alleen zintuiglijk waarneembaar is, maar ook voldoende concreet, stabiel en objectief vaststelbaar om als werk in de zin van de Auteurswet te kunnen worden beschouwd (rov. 4.11.3-4.11.4).’

De Hoge Raad was van oordeel dat het hof daarmee ‘een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de grondslag van de vordering van Lancôme en haar stellingen’, maar dat voldoende duidelijk is dat Lancôme bescherming zoekt voor de geur van het parfum Trésor. Daarom kan de cassatieklacht niet tot cassatie leiden. Het hof heeft ‘zij het in minder gelukkige bewoordingen, tot uitdrukking gebracht dat de auteursrechtelijke bescherming toekomt aan de geur, zoals die in de zich in de parfumflesjes bevindende reukstof is vastgelegd’. Maar wat als het nu toch wel om de samenstelling/het recept gaat?

Als er een gedetailleerd en volledig uitgeschreven ‘recept’ bestaat voor een parfum of een gerecht, dan is goed verdedigbaar dat dit recept op zichzelf voldoende nauwkeurig en objectief kan worden vastgesteld. Kan het recept als zodanig dan wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen? Of toch niet, omdat de uiteindelijk smaak- of *geurwaarneming* ervan onvoldoende nauwkeurig en objectief is vast te stellen door mensen die geen ervaring hebben met het ‘lezen’ van dergelijke recepten?

Volgens Van Gompel⁴⁴

‘is de receptuur beter bepaalbaar dan de geur of de smaak, maar tegelijkertijd neigen recepten als zodanig eerder naar ideeën, waarvoor niet het auteursrecht maar het octrooirecht bescherming kan bieden.⁴⁵ Bovendien zullen aan de receptuur van parfums en voedingsmiddelen de nodige technische en/of functionele overwegingen ten grondslag liggen die niet auteursrechtelijk worden beschermd, zoals het Lancôme/Kecofa-arrest bevestigt en ook in de Europese jurisprudentie recht overeind staat’.⁴⁶

Een volledig uitgewerkt recept ‘neigt’ mijns inziens niet naar een idee (althans niet meer dan een volledig uitgewerkt tv-format of de synopsis van een film) en de vraag of ieder smaak- (of geur)effect een technisch effect is, lijkt mij ook nog open. De Nederlandse Hoge Raad vindt het geureffect van een parfum geen technisch effect. Als het effect van een parfum technisch bepaald is, is het overweldigende effect van een rood vlak van Mark Rothko dat misschien ook wel.

Over auteursrecht op smaak en geur *als zodanig* valt voorlopig niet meer te twisten, maar over auteursrecht op *combinaties* van smaak, geur of gevoel en vormgeving of een format én over *recepten* mijns inziens nog wel. ■

40 Zie bijv. Vzr. Rb. ‘s-Gravenhage 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14000, AMI 2014, p. 36 (kort), m.nt. M.M.M. van Eeouchoud (*Wasgij puzzel-format*) (het door Jumbo geformuleerde spelformat is te veel geabstraheerd van de concrete spellen om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming).

41 Ktr. Rechtbank Limburg 9 april 2014, IEF 13754, ECLI:NL:RBLIM:2014:3483 (*Goudzwaard/Syzygy Interactive*).

42 Hof ‘s-Hertogenbosch 8 juni 2004, ECLI:NL:

GHSHE:2004:AP2368 (en ECLI:NL:GHSHE:2004:BA7284), AMI 2004/5, m.nt. J.H. Spoor, IER 2004/73 m.nt. M. de Cock Buning.

43 Vgl. ook Pres. Rechtbank Breda 16 april 1992, BIE 1994/84 (*Burnstop*) over de receptuur van een brandwerend materiaal.

44 S.J. van Gompel, ‘Smaak, auteursrecht en object-afbakening: over perceptie en bepaalbaarheid’, AMI 2019, afl. 1, p. 9 (p. 15).

45 P.B. Hugenholtz, ‘Recept, gerecht en auteursrecht’, in: D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser (red.), *Intel-*

lectuele eigenaardigheden. Opstellen aangeboden aan Mr. Theo R. Bremer, Deventer: Kluwer 1998, p. 175-179. Zie ook: European Copyright Society 2018, Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes), par. 15-16.

46 HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, [2010] ECR I-13971, AMI 2011, afl. 3, nr. 6, m.nt. A. van Rooijen, NJ 2011/289, m.nt. P.B. Hugenholtz (BSA), r.o. 48-50.