

Hof van Justitie - Prejudiciële zaak **C-310 /17**

Schriftelijke opmerkingen van Levola Hengelo B.V.

Inzake:

LEVOLA HENGELO B.V., gevestigd te Hengelo,
Advocaten: Mrs. J.A.K. van den Berg, S.A. Klos en A. Ringnalda

tegen

Smilde Foods B.V., gevestigd te Heereveen
Advocaten: Prof.mr. T. Cohen Jehoram en mr. S.T.M. Terpstra

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING.....	3
DE VERONDERSTELLING VAN EEN UNIERECHTELIJKE WERKBEGRIP	7
DE UITLEG VAN HET WERKBEGRIP DOOR HET HOF VAN JUSTITIE.....	10
UITEENLOPENDE INTERPRETATIES VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER HET WERKBEGRIP	11
DE DOOR HET HOF GEHANTEERDE INTERPRETATIE VAN HET WERKBEGRIP ..	13
BEANTWOORDING VAN DE EERSTE VRAAG BIJ EEN EENVORMIG UNIERECHTELIJK WERKBEGRIP.....	17
DE BERNER CONVENTIE.....	20
INSTABILITEIT EN SUBJECTIEVE KARAKTER	24
STELSEL VAN UITSLUITENDE RECHTEN EN BEPERKINGEN	25
STELPLICHT EN BEWIJSLAST	26
CONCLUSIE.....	28
BEANTWOORDING VAN DE EERSTE VRAAG BIJ EEN PARTIEEL GEHARMONISEERD WERKBEGRIP.....	28
BEANTWOORDING VAN DE TWEEDE VRAAG BIJ EEN EENVORMIG WERKBEGRIP	29
BEANTWOORDING VAN DE TWEEDE VRAAG BIJ EEN PARTIEEL GEHARMONISEERD WERKBEGRIP	29
BEANTWOORDING VAN DE PREJUDICIËLE VRAGEN.....	30
AANGEHAALDE LITERATUUR EN RECHTSPRAAK.....	32
LITERATUUR.....	32
JURISPRUDENTIE	32

Inleiding

1. Is voor auteursrechtelijke bescherming van een voortbrengsel vereist dat het voortbrengsel (uitsluitend) visueel of auditief waargenomen kan worden?
2. Deze vraag – in essentie de aan het Hof van Justitie in deze zaak voorliggende vraag - is opgekomen in een procedure bij het Gerechtshof te Arnhem tussen eiseres Levola en gedaagde Smilde over de nabootsing van een smaak. In die procedure wordt door Levola ter bescherming van die smaak tegen nabootsing een beroep werd op de bescherming van het auteursrecht.
3. De smaak die onderwerp is van deze procedure is een in 2007 door de Nederlandse kok Dennis Voerman gecreëerde nieuwe en karakteristieke smaak van een voedingsproduct dat door Levola (die daartoe van Voerman het recht overgedragen heeft verkregen tegen betaling van een royalty per verkocht product) wordt geproduceerd en verhandeld onder de merknaam Heksenkaas.
4. Als gevolg van de bij de consument buitengewoon populaire nieuwe smaak is het Heksenkaas product zeer succesvol geworden. Smilde heeft vervolgens ten behoeve van supermarkt Aldi een nabootsing van het Heksenkaas product geproduceerd onder de naam Witte Wieven Kaas¹.
5. Levola heeft Smilde vervolgens gedagvaard ten overstaan van de bevoegde Rechter te Arnhem en heeft gevorderd dat het Smilde verboden zou worden het product Witte Wievenkaas product te verhandelen met een smaak dat een nabootsing is van de door Voerman gecreëerde Heksenkaas smaak.

¹ Het teken “Witte Wievenkaas” heeft eenzelfde begripsinhoud als “Heksenkaas”. Op die grond heeft het Gerechtshof Den Haag onlangs het teken en “Witte Wievenkaas” verwarringwekkend overeenstemmend geacht aan “Heksenkaas”, waarna de naam van het product van Smilde (na het verwijzingsarrest van het Hof Arnhem) door Smilde gewijzigd is in “Witte Wietze kaas”. Nu in de gedingstukken in het hoofdgeding de naam “Witte Wievenkaas” wordt gebruikt zal, ter vermijding van onnodige verwarring, dat hier ook worden gedaan.

6. Levola heeft daarbij gesteld dat de smaak van het Heksenkaas product een “eigen intellectuele schepping” is van de maker van die smaak en dat die smaak daarom auteursrechtelijk beschermd is.
7. Levola heeft zich ten overstaan van de Nederlands rechter beroepen op de bescherming van het auteursrecht voor de naar haar mening oorspronkelijke en creatieve smaak van Heksenkaas tegen de achtergrond van het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 16 Juni 2006 in de zaak Lancome / Kecofa² waarin de Hoge Raad – in overeenstemming met de in Nederland heersende mening in de literatuur³ – heeft beslist dat auteursrechtelijke bescherming niet is voorbehouden aan werken die visueel of auditief waarneembaar zijn, maar dat ook werken die met andere zintuigen worden waargenomen auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn indien zij voldoen aan de voor auteursrechtelijke bescherming geldende vereisten.
8. De Hoge Raad baseerde zijn beslissing op Artikel 10, lid 1 van de Nederlandse Auteurswet dat bepaalt dat als auteursrechtelijk te beschermen werk wordt beschouwd “ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze en in welke vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht” en overwoog: “ [...] dat een geur – waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie – in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Dat uitgangspunt is juist. De in artikel 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, 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. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is 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 Hoge Raad, 16 Juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940

³ Zie par. 5.4 Conclusie A-G Verkade bij Hoge Raad 16 juni 2006 Lancôme / Kecofa en Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, Deventer 2005, § 3.48, pp. 124-126, J.E.R. Frijters & C.P.M. van Houte, NJB 2004, p. 1987; J.H. Spoor, AMI 2004, pp. 183-184, sub 1; A.J. Clipper, Bb 2004, blz. 155. Ook M. de Cock Buning, IER 2004, p. 325 .” Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht, 9e druk, Deventer 2007, pag. 426 en Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht, 11e druk, Deventer 2014, pag. 462.

9. In het voor het Hof Arnhem aanhangige geding tussen Levola en Smilde is inzet de auteursrechtelijke bescherming van de smaak van Heksenkaas *als zodanig*. Het gaat om de zintuigelijke impressie waardoor die smaak wordt ervaren *als zodanig*, niet om de middelen waarmee die impressie tot stand wordt gebracht. Bescherming wordt dus niet gevraagd van een concrete substantie of een lijst ingrediënten. Het werk waarvoor bescherming wordt gevraagd is de smaak zelf, niet de drager daarvan.
10. Die waarneming van een smaak verloopt via de menselijke zintuigen. De zintuigen ontvangen fysieke prikkels die worden omgezet in pulsen waarvan het brein een sensatie, een beleving maakt. Die fysieke prikkels worden veroorzaakt door inwerking op de zintuigen van een combinatie van stoffen. Die combinatie van stoffen is de drager van de smaak.
11. Iedere vorm van waarneming (horen, tasten, ruiken, zien, proeven) verloopt volgens ditzelfde basis patroon. Wie kijkt naar een foto, schilderij of grafische voorstelling ervaart een door het brein geconstrueerde beleving die het gevolg is van de inwerking van licht (fotonen en golven) die via o.a. de lens, het netvlies en de oogzenuw van onze ogen worden omgezet in elektrische pulsen die het brein naar de beleving van beeld vertaalt. Wie luistert naar een muziekstuk ervaart een beleving die door de hersenen wordt geconstrueerd onder invloed van elektrische pulsen afkomstig van het gehoororgaan, die daar worden veroorzaakt door een mechanische beweging van hamer en aambeeld van het gehoororgaan, welke beweging wordt veroorzaakt door bewegende lucht moleculen.
12. De waarneming van smaken, geuren, textuur, beelden en geluiden verlopen allen volgens hetzelfde principe. Er is telkens sprake van fysieke interactie met de zintuigen van de waarnemer die resulteren in pulsen die worden verzonden aan ons brein, waarna de beleving van het voortbrengsel in ons brein wordt gevormd.
13. Bij het neurologische proces dat het vormen van een smaakbeleving in het brein als gevolg heeft speelt een breed scala aan verschillende soorten fysieke

impulsen een rol. Zo kan visuele waarneming (lichtgolven, fotonen die inwerken op het oog) een rol spelen en kan zelfs auditieve waarneming een rol spelen (het opvangen van trillingen die worden veroorzaakt door bijvoorbeeld de consumptie van het voortbrengsel). De specifiek voor smaak waarneming bestemde receptoren die zich op de tong bevinden (smaakpapillen), het reukorgaan en de tastorganen in de mond spelen bij smaakwaarneming de voornaamste rol. Zij zetten de fysieke aanraking met de drager van de smaak om in pulsen die naar het brein worden gestuurd en daar bijdragen aan de vorming van de beleving die wij “smaak” noemen.

14. Ondanks dat de waarneming van alle verschillende menselijk voortbrengselen fundamenteel volgens hetzelfde principe verloopt heeft de gedaagde in het hoofdgeding (Smilde) haar verweer gebaseerd op het loutere feit dat de smaak waarvoor bescherming wordt gevraagd (voornamelijk) wordt waargenomen met de smaakpapillen, het reukorgaan en de tastzin in de mond en dus (voornamelijk) niet visueel of auditief.
15. Smilde pleit in het hoofdgeding voor een principiële discriminatie van een belangrijk deel van de menselijke zintuigen in het auteursrecht. De tastzin, het reukvermogen en de smaakpapillen spelen volgens haar in het auteursrecht geen rol. Alleen en uitsluitend de werken die met de ogen of oren worden waargenomen kunnen de bescherming van het auteursrecht genieten.
16. Levola heeft daarentegen bepleit dat het argument dat alleen voortbrengselen beschermd zouden kunnen worden door het auteursrecht die met het oog of het oor kunnen worden waargenomen (het “twee zintuigen- argument”) geen logische basis heeft in de fysieke werkelijkheid en geen juridische basis heeft in het nationale Nederlandse Auteursrecht en het Unierecht.
17. Tegen deze achtergrond heeft het Hof Arnhem besloten het Hof van Justitie in wezen de vraag voor te leggen of het “twee zintuigen- argument” deugdelijk is.

De veronderstelling van een Unierechtelijke werkbegrip

18. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter aldus te vernemen of het Unierecht auteursrechtelijke bescherming voorbehoudt aan eigen, intellectuele scheppingen die ofwel met het oog, ofwel met het oor worden waargenomen. Meer in het bijzonder wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht lidstaten verbiedt een eigen intellectuele schepping van een maker auteursrechtelijk te beschermen om de enkele reden dat die schepping niet met het oog of het oor kan worden waargenomen, maar louter met de smaakzin.
19. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht discrimineert tussen de zintuigen waarmee een uitdrukking van menselijke, intellectuele creativiteit kan worden waargenomen. De verwijzende rechter vraagt of het Unierecht een “tweezintuigenregel” bevat volgens welke alleen creatieve arbeid die zijn uitdrukking vindt in materiaal dat gehoord of gezien kan worden met auteursrechtelijke bescherming wordt beloond, terwijl de maker van de smaak van een originele culinaire creatie of de geur van een buitengewoon en creatief parfum niet de bescherming van het auteursrecht kan invoeren, ongeacht hoezeer ook die smaak of geur zijn te kwalificeren als een eigen, intellectuele schepping van de auteur.
20. Aan de door het Hof Arnhem gestelde vragen ligt de veronderstelling ten grondslag dat het Unierecht een autonome, eenvormige definitie van het begrip “auteursrechtelijk beschermd werk” bevat.
21. Het Hof Arnhem volgt daarin de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden, die uit de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft afgeleid dat het begrip “auteursrechtelijk beschermd werk” – en daarmee de bepaling van welke creaties wel en niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen – volledig is geharmoniseerd.
22. Aldus neemt het Hof Arnhem aan dat ook de vraag of creaties die niet met het oog of het oor worden waargenomen als “werk” kunnen worden aangemerkt en dus

voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen door het Unierecht wordt beantwoord. Om die reden ziet het Hof Arnhem in de tegenstelling tussen de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden – waarin auteursrechtelijke bescherming voor een geur principieel mogelijk wordt geacht – en die van de Cour de Cassation van Frankrijk – waarin de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van een geur wordt ontkend – aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag.

23. De beantwoording van de door het Hof Arnhem gestelde vraag kan derhalve uitsluitend aan een oplossing van het onderhavige geschil bijdragen indien de veronderstelling waarop zij berust juist is.
24. Anders dan in het merken- en modellenrecht kent het Unierecht geen unitair auteursrecht, noch een uitputtende harmonisatie van het nationale recht. De vraag of en op welke wijze een creatie auteursrechtelijke bescherming geniet wordt in beginsel dus beheerst door de nationale rechtsstelsels van de lidstaten alwaar auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen.⁴
25. Het Unierecht kent in diverse richtlijnen specifieke regels voor de auteursrechtelijke bescherming van software,⁵ databanken⁶ en foto's.⁷ In de bedoelde richtlijnen is steeds bepaald dat dergelijk voortbrengselen auteursrechtelijk beschermd moeten worden indien zij een "eigen, intellectuele schepping" van de auteur zijn. De betreffende richtlijnen preciseren bovendien steeds dat op nationaal niveau geen aanvullende voorwaarden voor bescherming van dergelijke voortbrengselen mogen worden gesteld. Deze richtlijnen kennen dus eenvormige definities van auteursrechtelijk beschermde software, databanken en foto's.

⁴ Uit art. 8 lid 1 van Verordening 864/2007 (Rome II) volgt dat het bestaan van auteursrechtelijke bescherming wordt beheerst door het recht van het land waar die bescherming wordt ingeroepen.

⁵ Richtlijn 2009/24/EG.

⁶ Richtlijn 96/9/EG, art. 3.

⁷ Richtlijn 2006/116/EG, art. 6.

26. De Auteursrechtlijn bevat diverse voorschriften ten aanzien van de inhoud van het auteursrecht zonder enige beperking ten aanzien van het soort creatie waarop dat auteursrecht rust. Uit punt 7 van de considerans en art. 1 van die richtlijn blijkt evenwel dat de Europese wetgever met die richtlijn niet zonder meer heeft beoogd het nationale auteursrecht uitputtend te harmoniseren. In punt 7 van de considerans wordt vermeld dat “rechtsregels inzake de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten moeten [...] worden aangepast en aangevuld, voorzover dit voor de goede werking van de interne markt noodzakelijk is” terwijl “verschillen die de werking van de interne markt niet ongunstig beïnvloeden, niet opgeheven of voorkomen behoeven te worden.” Uit artikel 1, gelezen in samenhang met punt 6 van de considerans, blijkt bovendien dat de richtlijn met name ten doel heeft het auteursrecht te regelen voor zover het gebruik van materiaal in het kader van grensoverschrijdende diensten van de informatiemaatschappij betreft.
27. In de Auteursrechtlijn worden in het bijzonder het reproductierecht,⁸ het recht van mededeling aan het publiek⁹ en het distributierecht¹⁰ geharmoniseerd, alsmede de toegestane uitzonderingen op die exclusieve rechten.¹¹
28. De richtlijn bevat geen definitie van een ‘werk’ ten aanzien waarvan deze rechten kunnen bestaan, zodat de richtlijn ook geen regel bevat die voorschrijft wanneer op bepaald materiaal de in de richtlijn genoemde exclusieve rechten kunnen of moeten rusten.
29. De aanname van het Hof Arnhem dat het Unierecht een eenvormig auteursrechtelijk werkbegrip bevat, kan dus niet op de door de Europese wetgever gegeven auteursrechtelijke richtlijnen berusten.

⁸ Art. 2.

⁹ Art. 3.

¹⁰ Art. 4.

¹¹ Art. 5.

De uitleg van het werkbegrip door het Hof van Justitie

30. Het Hof van Justitie heeft in een reeks arresten evenwel geoordeeld dat Richtlijn 2001/29 een impliciete definitie van het begrip “werk” bevat ten aanzien waarvan de in de richtlijn geregelde exclusieve rechten kunnen bestaan.
31. In de zaak *Infopaq*¹² werd de vraag gestel of de reproductie van een klein deel van een tekst – een zinsnede van 11 woorden uit een journalistiek artikel – is voorbehouden aan de rechthebbende van het auteursrecht op de gehele tekst, daar in art. 2 van richtlijn 2001/29 is voorgeschreven dat het reproductierecht niet alleen het exclusieve recht omvat om een werk als geheel te reproduceren, maar ook het recht op reproductie van een gedeelte ervan.
32. Het Hof van Justitie heeft in die context in het arrest *Infopaq* geoordeeld dat dat het recht van gehele of gedeeltelijke reproductie volgens de tekst van de richtlijn een “werk” betreft, zodat de uitleg van het eenvormige en autonome begrip ‘reproductie’ een uitleg van het begrip “werk” vereist.
33. Uit de Berner Conventie en de meergenoemde Unierechtelijke bepalingen over de auteursrechtelijke bescherming van software, databanken en foto’s heeft het Hof vervolgens het beginsel afgeleid dat het auteursrechtelijke reproductierecht van art. 2 van richtlijn 2001/29 slechts kan bestaan ten aanzien van materiaal dat een “eigen intellectuele schepping van de auteur ervan” is.
34. In een reeks vervolgarresten heeft het Hof van Justitie bevestigd dat het exclusieve reproductierecht slechts betrekking kan hebben op materiaal dat kwalificeert als “eigen, intellectuele schepping”. Het Hof van Justitie heeft in een aantal van die arresten bovendien aanwijzingen gegeven over de wijze waarop de nationale rechter dient vast te stellen of bepaald materiaal kwalificeert als “eigen, intellectuele schepping” en dus als werk dat de in richtlijn 2001/29 geregelde aspecten van de auteursrechtelijke bescherming geniet.

¹² HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08.

35. In de rechtspraak van het Hof van Justitie ligt aldus besloten dat het Unierecht ten minste een gedeeltelijk geharmoniseerde definitie van het auteursrechtelijk werkbegrip kent.

Uiteenlopende interpretaties van de rechtspraak van het Hof van Justitie over het werkbegrip

36. Over de precieze betekenis van de hierboven besproken rechtspraak van het Hof van Justitie en daarmee over de interpretatie van het Unierechtelijk werkbegrip loopt de rechtspraak van de hoogste rechters van verschillende lidstaten sterk uiteen. Met name loopt de rechtspraak uiteen ten aanzien van de vraag of het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het Unierecht een eenvormige, autonome en uitputtend geharmoniseerde definitie van het auteursrechtelijk werkbegrip bevat dat de lidstaten geen ruimte laat om op het niveau van nationale wetgeving eigen, aanvullende regels en voorwaarden te stellen waaraan materiaal moet voldoen om auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten.
37. De Hoge Raad der Nederlanden heeft in zijn arrest *S&S/Esschert*¹³ geoordeeld dat het Hof van Justitie met zijn Infopaq-rechtspraak heeft geoordeeld dat het Unierecht een eenvormig, uitputtend geharmoniseerd werkbegrip bevat volgens welke materiaal auteursrechtelijke bescherming geniet als en alleen als het kwalificeert als een "eigen, intellectuele schepping" van de maker. Volgens de Hoge Raad biedt het Unierecht de lidstaten geen ruimte om eigen, aanvullende regels en voorwaarden te stellen voor het bieden van auteursrechtelijke bescherming, zodat het bestaan of ontbreken van auteursrechtelijke bescherming ten aanzien van een bepaalde creatie in alle lidstaten van de Unie is gelijkgeschakeld. In het betreffende arrest overweegt de Hoge Raad dat over de juistheid van deze interpretatie geen enkele twijfel bestaat, zodat hij daaromtrent geen vragen van uitleg aan het Hof van Justitie heeft gesteld.

¹³ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1036, NJ 2015/178 (S&S / Esschert).

38. De Duitse Bundesgerichtshof is in zijn arrest *Geburtstagszug* evenwel tot een diametraal tegengestelde interpretatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie gekomen.¹⁴
39. Volgens de Bundesgerichtshof heeft het Hof van Justitie in het arrest *Infopaq* en de daaropvolgende arresten slechts geoordeeld dat het Unierecht een kwalitatieve minimumdrempel voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming bevat. Volgens de Bundesgerichtshof volgt uit die arresten dat de in richtlijn 2001/29 voorgeschreven exclusieve rechten alleen mogen worden toegepast ten aanzien van materiaal dat ten minste voldoet aan de maatstaf van de “eigen, intellectuele schepping.” Volgens de Bundesgerichtshof laat die minimummaatstaf evenwel onverlet dat de lidstaten in hun nationale recht aanvullende regels en voorwaarden voor auteursrechtelijke bescherming stellen.¹⁵ In de opvatting van de Bundesgerichtshof kan het bestaan of ontbreken van auteursrechtelijke bescherming voor een bepaalde creatie dus per lidstaat verschillen. In het betreffende arrest overweegt de Bundesgerichtshof dat over de juistheid van deze interpretatie geen enkele twijfel bestaat, zodat hij daaromtrent geen vragen van uitleg aan het Hof van Justitie heeft gesteld.
40. Welke van beide conflicterende interpretaties van het Unierechtelijke begrip van een auteursrechtelijk beschermd werk de juiste is, is van belang voor de wijze van beantwoording van de door het Hof Arnhem gestelde vragen. De vragen kunnen niet volledig worden beantwoord zonder eerst te preciseren of het Unierecht een eenvormig, autonoom werkbegrip kent dat geen ruimte laat voor nadere invulling op nationaal niveau – zoals het Hof Arnhem in navolging van de Hoge Raad heeft aangenomen – of dat het Unierecht slechts een kwalitatieve minimumdrempel bevat dat de lidstaten vrij laat ieder hun eigen, nationaal bepaalde aanvullende voorwaarden te stellen en afgrenzingen te maken – zoals bijvoorbeeld de Bundesgerichtshof aanneemt.

¹⁴ Bundesgerichtshof 13 november 2013, I ZR 143/12 (*Geburtstagszug*).

¹⁵ Dat is volgens de Bundesgerichtshof alleen anders voor software, databanken en foto's, omdat de betreffende richtlijnen daarbij nadrukkelijk voorschrijven dat geen andere criteria dan dat van de “eigen, intellectuele schepping” mogen worden toegepast.

41. Als het Unierecht een eenvormig en autonoom werkbegrip kent dat lidstaten geen vrijheid laat om op nationaal niveau aanvullende voorwaarden te stellen voor het toekennen van auteursrechtelijke bescherming – zoals het Hof Arnhem in navolging van de Hoge Raad tot uitgangspunt heeft genomen – dan moet eveneens uit het Unierecht dwingend volgen of lidstaten auteursrechtelijke bescherming behoren toe te kennen aan oorspronkelijke creaties die anders dan met het oog of het oor worden waargenomen, zoals een smaak of een geur, of dat zij aan zulke smaak- of geurcreaties zelfs geen auteursrechtelijke bescherming *mogen* toekennen, hoezeer die smaak of geur ook het resultaat is van scheppende intellectuele arbeid waarmee de maker uitdrukking heeft gegeven aan zijn persoonlijke creativiteit.
42. Indien het Hof van Justitie echter bedoeld heeft enkel een kwalitatieve minimumdrempel voor auteursrechtelijke bescherming neer te leggen in de vorm van het vereiste van een “eigen, intellectuele schepping” – zoals bijvoorbeeld in de Duitse rechtspraak wordt aangenomen – dan ligt het voor de hand dat het lidstaten vrij staat aan een werk dat bestaat uit de smaak van een culinaire creatie al dan niet auteursrechtelijke bescherming te verlenen indien die smaak ten minste gekwalificeerd kan worden als de eigen, intellectuele schepping van de maker ervan. De als minimum geponeerde kwalitatieve drempel van de “eigen, intellectuele schepping” sluit immers geen van de menselijke zintuigen noodzakelijk uit, zodat de bepaling van de relevantie van de zintuigelijke wijze waarop een eigen, intellectuele schepping wordt waargenomen tot de vrijheid van de lidstaten zou behoren.

De door het Hof gehanteerde interpretatie van het werkbegrip

43. Voor beantwoording van de door het Hof Arnhem gestelde vragen is dus van belang welke van de hierboven uiteengezette interpretaties van de rechtspraak van het Hof van Justitie de juiste is.
44. Levola merkt in dit verband op dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie besloten lijkt te liggen dat het Hof het auteursrechtelijk werkbegrip als een

eenvormig, autonoom Unierechtelijk begrip heeft opgevat, dat geen ruimte laat voor nadere invulling en inperking door de lidstaten.

45. In het arrest *Infopaq* oordeelde het Hof van Justitie dat een kort tekstfragment als auteursrechtelijk beschermd werk onderwerp kan zijn van een exclusief reproductierecht indien dat materiaal een eigen, intellectuele schepping van de maker is. Die formulering laat vanwege het gebruik van het woord ‘kunnen’, letterlijk genomen, ruimte voor het stellen van aanvullende beschermingsvoorwaarden op nationaal niveau naast het criterium van de eigen, intellectuele schepping.
46. Een dergelijke interpretatie is evenwel direct in strijd met het doel van richtlijn 2001/29 en de in het genoemde arrest gegeven uitleg. De aan de maker van een ‘werk’ toekomende exclusieve rechten van ‘reproductie’, ‘mededeling aan het publiek’ en ‘distributie’ zijn in richtlijn 2001/29 volledig geharmoniseerd en moeten dus in alle lidstaten eenvormig worden uitgelegd en toegepast.¹⁶ In *Infopaq* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat voor de – autonome en eenvormige – uitleg van het begrip ‘reproductie’ een uitleg van het begrip ‘werk’ noodzakelijk is. Met de doelstelling van een eenvormige, autonome, in alle lidstaten gelijklopende definitie van het begrip ‘reproductie’ is daarom onverenigbaar dat het de lidstaten vrij zou staan (aanvullende) voorwaarden en regels te stellen voor de definitie van een ‘werk’ ten aanzien waarvan het uitsluitende recht op ‘reproductie’ bestaat. Indien het reproductierecht in alle lidstaten dezelfde inhoud moet hebben, dan moet het begrip van een auteursrechtelijk beschermd werk ook in alle lidstaten dezelfde definitie hebben. Dit is een rechtstreeks gevolg van het logisch verband tussen de twee begrippen die door het Hof van Justitie in *Infopaq* is gelegd. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de rechten van ‘mededeling aan het publiek’ en ‘distributie’, die eveneens bestaan ten aanzien van een ‘werk’.
47. De in *Infopaq* door het Hof van Justitie gehanteerde analyse wijst er op dat het Hof een eenvormig, in alle lidstaten gelijkgeschakeld werkbegrip veronderstelt. Aan de

¹⁶ Zie, voor wat betreft het reproductierecht van art. 2 van richtlijn 2001/29: punt 27 van het *Infopaq*-arrest.

door het Hof gebruikte formulering dat materiaal dat uitdrukking geeft aan een eigen, intellectuele schepping van de maker auteursrechtelijk beschermd 'kan' worden dient geen doorslaggevende betekenis te worden gehecht.

48. In het na *Infopaq* arrest Premier League¹⁷ hanteert de Grote Kamer van het Hof van Justitie in punt 159 dan ook een meer verplichtende formulering door te oordelen dat "het reproductierecht [van artikel 2 sub a van richtlijn 2001/29] ook geldt voor fragmenten van voorbijgaande aard van de werken in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm, op voorwaarde dat die fragmenten bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de betrokken auteurs." Uit deze formulering volgt dat materiaal auteursrechtelijke bescherming moet genieten indien het voldoet aan de maatstaf van de eigen, intellectuele schepping.
49. In het arrest *Flos* overweegt het Hof van Justitie dat "de auteursrechtelijke bescherming van de werken die niet-ingeschreven modellen kunnen vormen, kan voortvloeien uit andere richtlijnen op het gebied van het auteursrecht, met name richtlijn 2001/29, voor zover aan de toepassingsvoorwaarden hiervan is voldaan."¹⁸ Daarin ligt besloten dat het Hof van Justitie heeft aangenomen dat een werk van toegepaste kunst onder richtlijn 2001/29 auteursrechtelijke bescherming geniet zodra het als eigen, intellectuele schepping kwalificeert, zonder dat het lidstaten vrij staat nog aanvullende voorwaarden te stellen voor het bieden van dergelijke bescherming.
50. In het arrest *Softwarova* overweegt het Hof van Justitie, na te hebben vastgesteld dat een grafische gebruikersinterface niet als software op grond van richtlijn 91/250 auteursrechtelijk beschermd kan zijn, opgemerkt dat "moet worden nagegaan of de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma onder de bescherming van het gemeenrechtelijk auteursrecht valt op grond van richtlijn 2001/29."¹⁹ Hoewel de verwijzende rechter in die procedure geen vraag omtrent

¹⁷ HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-492/08.

¹⁸ HvJ EU 27 januari 2011, C-168/09, punt 34.

¹⁹ HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, punt 44.

de toepassing van richtlijn 2001/29 had gesteld, maakt het Hof die opmerking ambtshalve teneinde “alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het recht van de Unie te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de voor hem dienende zaak [...]”²⁰

51. De vervolgens door het Hof van Justitie gegeven uitleg kon voor de beslechting van de zaak *Softwarova* door de verwijzende rechter alleen nuttig zijn indien het Hof beoogde aan te geven dat een grafische gebruikersinterface als een “werk” in de zin van richtlijn 2001/29 daadwerkelijk auteursrechtelijke bescherming geniet indien is voldaan aan de voorwaarde van een “eigen, intellectuele schepping” zonder dat naar nationaal recht nog allerlei aanvullende, niet door het Unierecht beheerste voorwaarden voor auteursrechtelijke bescherming zouden kunnen bestaan.
52. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak over het auteursrechtelijke werkbegrip in de zin van richtlijn 2001/29 dus steeds verondersteld dat dat begrip een eenvormig, autonoom Unierechtelijk begrip is dat de lidstaten geen ruimte laat voor het stellen van nadere voorwaarden en afgrenzingen voor het bieden van auteursrechtelijke bescherming.
53. Levola merkt in dit verband tot slot op dat indien het Unierecht geen eenvormig en autonoom auteursrechtelijk werkbegrip zou bevatten, het de lidstaten vrijwel geheel vrij zou staan zelf te beslissen welke materie zij wel of niet auteursrechtelijk beschermen. Het Unierecht kent buiten richtlijn 2001/29 immers alleen een verplichting tot het beschermen van software, databanken en foto's. Daarbuiten zouden de lidstaten de vrijheid hebben om zelf het bereik van de onder hun nationaal recht geboden auteursrechtelijke bescherming te bepalen. Die vrijheid zou dan niet alleen betrekking hebben op de aan te leggen maatstaf (in de zin dat lidstaten meer zouden kunnen vereisen dan een “eigen, intellectuele schepping”) maar ook op de uitsluiting van complete categorieën werken (bijvoorbeeld de uitsluiting van gebruiksvoorwerpen) en de uitsluiting van werken die met bepaalde

²⁰ Ibid, punt 43.

zintuigen worden waargenomen (zoals geuren en smaken). Bij gebrek aan een unitair werkbegrip zou richtlijn 2001/29 de lidstaten immers niet daadwerkelijk verplichten tot het bieden van auteursrechtelijke bescherming aan enige bepaalde materie. Dergelijke discrepanties tussen het bestaan van auteursrechtelijke bescherming van een en hetzelfde werk in de lidstaten zouden een aanzienlijke belemmering van de interne markt vormen en zouden bovendien de harmoniserende doelstelling van richtlijn 2001/29 ten aanzien van de inhoud van het auteursrecht vrijwel geheel teniet doen.

Beantwoording van de eerste vraag bij een eenvormig Unierechtelijk werkbegrip

54. Indien het Unierecht inderdaad een eenvormig werkbegrip kent, dan bepaalt het Unierecht *ofwel* dat de lidstaten smaakcreaties die een eigen intellectuele schepping zijn (evenals geurcomposities en werken die met de tastzin worden waargenomen) als werk auteursrechtelijk beschermd behoren te worden, *ofwel* dat de lidstaten daaraan geen auteursrechtelijke bescherming *mogen* toekennen omdat zij niet met het oog of het oor kunnen worden waargenomen.
55. Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de zintuigen waarmee een werk wordt waargenomen van belang zijn voor de auteursrechtelijke beschermbaarheid van een werk. Het Unierecht bevat evenmin regels die bepalen of de wijze van zintuiglijke waarneming van een creatie relevant is voor de beschermbaarheid van die creatie als werk door middel van het auteursrecht.
56. Het Unierecht bevat in ieder geval geen regel bevat die noopt tot discriminatie van de visuele en auditieve zintuigen ten gunste van alle andere zintuigen. Integendeel: het Unierecht voorziet reeds in de bescherming door intellectuele eigendomsrechten van creaties die niet met het oog of het oor kunnen worden waargenomen.
57. In art. 3 sub a van Verordening 6/2002 betreffende het Gemeenschapsmodel en art. 1 sub a van richtlijn 98/71/EG inzake de rechtsbescherming van modellen is een model gedefinieerd als “de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een

deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan.” Een dergelijk model kan modelrechtelijke bescherming genieten indien het nieuw is en een eigen karakter heeft.

58. Het uitsluitende recht op een model omvat het recht dit model te gebruiken, waaronder onder andere wordt verstaan het vervaardigen, aanbieden en in de handel brengen van voortbrengsel waarin het model is verwerkt of waarop het model is toegepast.²¹ Een modelrecht geeft de houder ervan derhalve een exclusief recht met betrekking tot een model dat vrijwel overeenstemt met het exclusieve recht op reproductie, mededeling aan het publiek en distributie dat een auteursrechthebbende krachtens richtlijn 2001/29 geniet ten aanzien van een werk.
59. Uit de definitie van het begrip “model” volgt dat het uitsluitende modelrecht niet alleen ziet op eigenschappen van een voortbrengsel die zintuiglijk met het oog of het oor worden waargenomen, zoals de in de definitie genoemde lijnen, omtrek, kleuren en vormen. De definitie ziet immers nadrukkelijk ook op de “textuur” van een voortbrengsel of de versiering die op een voortbrengsel is aangebracht.
60. Ook het begrip “materiaal” in de definitie van een model ziet logischerwijs op eigenschappen van een voortbrengsel die met de tastzin en niet met het oog worden waargenomen. Indien het begrip “materiaal” enkel zou verwijzen naar de optische indruk die een uit een bepaald materiaal vervaardigd voortbrengsel bij visuele waarneming zou maken – bijvoorbeeld de visuele indruk van een voortbrengsel dat is vervaardigd uit staal of hout – dan zou de betekenis van het begrip “materiaal” samenvallen met de eveneens in de definitie van een model genoemde kleur en lijnen van een voortbrengsel, die mede door de materiaalkeuze wordt bepaald. De meest natuurlijke lezing van het begrip “materiaal” verwijst dus mede naar de tactiele indruk die een voortbrengsel bij interactie ermee oproept vanwege de keuze voor het materiaal waaruit dat

²¹ Art. 19 van verordening 6/2002; art. 12 van richtlijn 98/71/EG.

voortbrengsel is vervaardigd, zoals de hard- of zachtheid, het gewicht, de warmtegeleiding, de glad- of ruwheid en de eventuele viscositeit.

61. In de literatuur wordt dan ook bevestigd dat de beschermingsomvang van een modelrecht zich kan uitstrekken tot eigenschappen die louter met de tastzin kunnen worden waargenomen.²² Ook in het Groenboek dat aan de Gemeenschapsmodellenverordening en de Modellenrichtlijn ten grondslag ligt, bevestigt de Commissie dat de bescherming van een modelrecht zich dient uit te strekken tot tactiele eigenschappen van een voortbrengsel die het gevolg zijn van de toepassing van een bepaalde oppervlaktestructuur of de keuze voor een bepaald materiaal.²³
62. Het Unierecht kent dus reeds een nauw aan het auteursrecht verwant exclusief recht van intellectuele eigendom dat betrekking heeft op creaties die niet met het oog of het oor kunnen worden waargenomen.
63. Bovendien bepaalt art. 17 van richtlijn 98/71 nadrukkelijk dat een model tevens door het auteursrecht wordt beschermd. In het arrest Flos heeft het Hof van Justitie bovendien geoordeeld, zoals hierboven uiteengezet, dat een (ongeregistreerd) model onder richtlijn 2001/29 auteursrechtelijk beschermd dient te worden indien het model een “eigen, intellectuele schepping” is. Het Unierecht voorziet dus expliciet in de mogelijkheid van toepassing van het auteursrecht op een creatie die niet met het oog of het oor kan worden waargenomen, maar louter met de tastzin.
64. Bovendien lijkt ook de rechtspraak van het Hof van Justitie tot uitgangspunt te nemen dat de auteursrechtelijke bescherming onder richtlijn 2001/29 toekomt aan al het materiaal dat uitdrukking geeft aan de eigen, intellectuele schepping van de maker ervan, zonder dat daarbij betekenis toekomt aan de aard van het materiaal

²² Eichmann/von Falckenstein/Kühne, *Designgesetz*, Beck Verlag 2015, randnummer 34; A. Kur, ‘Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis’, *GRUR* 2002, p. 661, p. 663.

²³ *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs*, Brussel, juni 1991, III/F/5131/91, paragraaf 5.4.7.2.

in het algemeen en de zintuigen waarmee het wordt waargenomen in het bijzonder.

65. In het arrest *Infopaq* overweegt het Hof van Justitie dat het auteursrecht op grond van richtlijn 2001/29 geldt voor “materiaal” dat een eigen, intellectuele schepping van de auteur ervan is.²⁴
66. Voorts kan in geen van de door het Hof Arnhem in de eerste prejudiciële vraag, sub b tot en met d, genoemde aanknopingspunten een grond worden gevonden om een verplichting tot zintuigdiscriminatie aan te nemen.
67. [Aldus dient het Unierecht zo te worden uitgelegd dat lidstaten verplicht zijn smaakcreaties auteursrechtelijk te beschermen indien zij de uitdrukking zijn van de eigen, intellectuele schepping van de auteur ervan.]

De Berner Conventie

68. Het Hof Arnhem vraagt in de eerste plaats of de opsomming van onder de Berner Conventie beschermde werken in art. 2 lid 1 van de Berner Conventie betekent dat auteursrechtelijke bescherming onder het Unierecht slechts geboden mag worden aan creatieve voortbrengselen die met het oog of met het oor kunnen worden waargenomen. Het Hof merkt daarbij op dat de in het genoemde artikel opgesomde werken alle met het oog of het oor kunnen worden waargenomen, terwijl de opsomming geen werken bevat die met andere zintuigen zoals de smaak-, reuk- of tastzin kunnen worden waargenomen.
69. Levola merkt vooraf op dat de Berner Conventie op haar beroep op auteursrechtelijke bescherming voor de smaak van het product Heksenkaas in deze zaak niet van toepassing is.

²⁴ Punt 37 van het genoemde arrest.

70. De Berner Conventie is slechts van toepassing in grensoverschrijdende situaties waarin auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen in een ander land dan het land van oorsprong van het werk. In dergelijke grensoverschrijdende situaties biedt het nationale auteursrecht in de regel geen bescherming aan werken van buitenlandse oorsprong en/of van buitenlandse auteurs. Art. 47 van de Nederlandse Auteurswet beperkt de toepassing van de auteursrechtelijke bescherming ingevolge die wet bijvoorbeeld tot werken die “voor de eerste maal, of binnen dertig dagen na de eerste uitgave in een ander land, zijn uitgegeven in Nederland, alsmede op alle zodanige niet of niet aldus uitgegeven werken, welke makers zijn Nederlanders.”
71. De Berner Conventie regelt de toegang tot dergelijke nationaal beperkte auteursrechtelijke bescherming voor buitenlandse werken. Op grond van het in art. 5 lid van de Berner Conventie neergelegde discriminatieverbod moeten buitenlandse auteurs in de bij de Conventie aangesloten landen op gelijke voet worden behandeld met nationale auteurs.
72. Het Heksenkaas-product is voor het eerst in Nederland op de markt gebracht en gecreëerd door een Nederlandse onderdaan. Het werk geniet derhalve op grond van art. 47 van de Nederlandse Auteurswet direct de bescherming van het Nederlandse auteursrecht, zonder tussenkomst van de Berner Conventie. Levola heeft haar beroep op auteursrechtelijke bescherming voor de smaak van Heksenkaas dan ook niet op de Berner Conventie gebaseerd.
73. Het Hof van Justitie behoeft dus niet uit te leggen welke verplichtingen uit de Berner Conventie voor de lidstaten voortvloeien. Een dergelijke uitlegging zou niet kunnen bijdragen aan een oplossing voor de voorliggende zaak.
74. Zoals het Hof van Justitie in onder andere de arresten *Infopaq*²⁵ en *SGAE*²⁶ heeft geoordeeld, vormt de Berner Conventie echter ook de internationaalrechtelijke context waarmee bij de uitleg van unitaire auteursrechtelijke begrippen rekening

²⁵ HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, punt 32.

²⁶ HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, punt 34-35.

moet worden gehouden. In het arrest *Infopaq* is bevestigd dat dat ook geldt voor de uitleg van het unitaire auteursrechtelijke werkbegrip.

75. Uit art. 2 van de Berner Conventie kan echter niets worden afgeleid over de vraag of een creatie die met andere zintuigen dan het oog of het oor wordt waargenomen als “werk” in de zin van richtlijn 2001/29 auteursrechtelijke bescherming kan genieten.
76. In de eerste plaats heeft de Berner Conventie slechts ten doel een minimum aan bescherming voor auteurs in grensoverschrijdende situaties te bieden. De Berner Conventie strekt er derhalve juist niet toe grenzen te stellen aan de omvang van de auteursrechtelijke bescherming die bij de Conventie aangesloten landen bieden.
77. Dat het bij de Berner Conventie aangesloten landen steeds vrij staat een verdergaande bescherming te bieden dan in de Conventie is voorgeschreven, volgt bijvoorbeeld uit artikelen 19 en 20 van de Conventie. In art. 19 is bepaald: “De bepalingen van deze Conventie beletten niet dat een beroep wordt gedaan op een grotere mate van bescherming, die door de wetgeving van een der landen van de Unie mocht zijn voorgeschreven.” Uit artikel 20 volgt dat de Berner Conventie geen afbreuk doet aan internationale verdragen waaruit een verdergaande bescherming voortvloeit dan uit de Berner Conventie.
78. De opzet van de Berner Conventie is bovendien niet om het nationale auteursrecht van de bij de Conventie aangesloten landen te harmoniseren of zelfs maar materieel te beïnvloeden. De kernbepaling van de Berner Conventie is het non-discriminatiebeginsel, oftewel het beginsel van nationale behandeling, volgens welke buitenlandse auteurs op gelijke voet met nationale auteurs worden behandeld. De Berner Conventie geeft dus aanspraak op toepassing van de nationale wetgeving op het gebied van het auteursrecht, maar zwijgt over de inhoud van die nationale wetgeving.

79. Zelfs als het zo is dat het toepassingsbereik van de Berner Conventie ingevolge art. 2 lid 1 beperkt is tot werken die met het oog of het oor kunnen worden waargenomen, kan uit de Berner Conventie dus onmogelijk volgen dat de bij de Conventie aangesloten landen alleen zulke werken door middel van het auteursrecht zouden mogen beschermen, en dat het hun verboden zou zijn om creaties die met de smaak-, tast- of reukzin kunnen worden waargenomen als werk auteursrechtelijk te beschermen.
80. Het werkbegrip dat besloten ligt in artikel 2, lid 1 van de Berner Conventie is echter niet beperkt tot materiaal dat met het oog of het oor kan worden waargenomen.
81. In artikel 2, lid 1 is immers bepaald dat de vorm waarin een werk is gegoten van geen belang is voor de beschermbaarheid ervan. Artikel 2 bepaalt dat auteursrechtelijke bescherming kan bestaan “welke ook de wijze of uitdrukking zij”. De tekst van de Berner Conventie laat dus ruimte voor de bescherming van werken die zijn uitgedrukt op een wijze die niet met het oog of het oor waarneembaar is.
82. Bovendien is de opsomming van werken waarnaar het Hof Arnhem verwijst louter bedoeld als voorbeelden van materie die auteursrechtelijke bescherming kan genieten, en niet als limitatieve opsomming van het soort materiaal dat voor bescherming in aanmerking komt. Dat volgt al uit het gebruik van het woord “zoals” in de tekst van het artikellid (in de authentieke taalversies: “such as” en “telles que”).
83. Ook in de Guide to the Berne Convention van de WIPO – waaruit het Hof van Justitie in het arrest SGAE ter interpretatie heeft geput²⁷ – wordt benadrukt dat de opsomming slechts ter illustratie dient: “The use of the words “such as” shows that the list is purely one of examples and not limitative”.²⁸

²⁷ HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, punt 41.

²⁸ *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Geneve: WIPO 1978, p. 13.

84. Aan de in art. 2 lid 1 genoemde opsomming kan dus geen betekenis toekomen bij de beantwoording van de vraag of het Unitaire werkbegrip een beperking kent voor wat betreft de zintuigen waarmee een werk wordt waargenomen.
85. De door het Hof Arnhem aan de vraag ten grondslag gelegde veronderstelling dat de opsomming in art. 2 lid 1 van de Berner Conventie enkel ziet op werken die louter met het oog of het oor worden waargenomen, is bovendien onjuist. In het artikellid worden immers ook 'werken van toegepaste kunst' en 'plastische werken' genoemd. Voor dergelijke werken geldt dat zij weliswaar ten dele visueel, met het oog worden waargenomen, maar dat ten minste een deel van de oorspronkelijkheid kan bestaan in kenmerken die op andere wijze worden gepercipieerd. Een onderdeel van een plastische schepping kan immers bestaan uit haptische interactie en dus tactiele waarneming: de oorspronkelijkheid van een beeldhouwwerk is niet noodzakelijk beperkt tot de visuele impressie die een dergelijk werk oproept, maar kan tevens bestaan uit de zintuiglijke waarneming die wordt veroorzaakt bij het aanraken van het werk of het bewegen van de onderdelen ervan.

Instabiliteit en subjectieve karakter

86. In het hoofdgeding wordt auteursrechtelijke bescherming gevraagd voor een oorspronkelijke, creatieve smaak *als zodanig*. Het gaat om de smaak zoals die beleefd wordt al gevolg van interactie met de zintuigen van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde voedingsproduct Heksenkaas. Dat maakt echter niet dat dat fysieke voedingsproduct zelf voorwerp van bescherming door het auteursrecht is. Het fysieke voedingsproduct verhoudt zich in auteursrechtelijke zin tot de smaak die daardoor wordt opgeroepen zoals celluloid zich tot een filmbeeld, als een grammofoonplaat tot muziek of als olieverf op linnen tot het door een schilder gecreëerde beeld. Het voedingsproduct is slechts de drager van de smaak. Die drager is niet noodzakelijkerwijs exclusief. Niet uitgesloten is dat de smaak gereproduceerd kan worden door waarneming van een andere drager evenals als het door een kunstenaar in olieverf geschapen beeld op een andere drager kan

worden nagebootst en gereproduceerd. Een auteursrechtelijk beschermd werk bestaat immers uit een immateriële expressie en niet uit de fysieke drager waarin die expressie is neergelegd.

87. De veronderstelling van het Hof Arnhem dat de instabiliteit van het voedingsproduct waarin een smaak is neergelegd van belang zou kunnen zijn voor de auteursrechtelijke beschermbaarheid van die smaak berust op een verwarring van de fysieke drager van een werk en het werk zelf.

Stelsel van uitsluitende rechten en beperkingen

88. Ook het in richtlijn 2001/29 neergelegde stelsel van uitsluitende rechten en beperking daarop vormt geen grond om aan te nemen dat het Unierecht een tweezintuigenregel bevat volgens welke alleen materiaal dat met het oog of het oor is waar te nemen auteursrechtelijke bescherming kan genieten.
89. Het argument dat bepaalde aan de auteursrechthebbende krachtens richtlijn 2001/29 toekomende exclusieve rechten niet uitgeoefend zouden kunnen worden ten aanzien van met andere zintuigen dan oog of oor waarneembare werken en dat om die reden deze werken van bescherming moeten worden uitgesloten is niet logisch dwingend.
90. De verschillende aard van de krachtens richtlijn 2001/29 mogelijk auteursrechtelijke beschermde werken brengt onvermijdelijk met zich mee dat ook de feitelijke handelingen die krachtens het auteursrecht op die werken exclusief aan de rechthebbende zijn voorbehouden verschillen. Zo kunnen de auteurs van beeldhouwwerken, werk van toegepaste kunst of bouwwerken onder bepaalde omstandigheden verbieden dat afbeeldingen van hun werken aan het publiek worden medegedeeld. Die afbeeldingen zijn echter niet dezelfde werken als de beschermde werken van die auteurs *als zodanig*; het zijn slecht reproducties in gewijzigde vorm. Communicatie van hun eigenlijke werk, in de oorspronkelijke vorm, is praktisch onmogelijk. Men kan immers een plastisch werk, bouwwerk of werk van toegepast kunst *als zodanig* niet per draad of draadloos communiceren.

Dat doet echter aan de beschermbaarheid van deze werken niet af. In dit opzicht verschillen met tast, reuk of smaak waarneembare werken niet principieel van de grote groep traditioneel beschermde met oog waarneembare werken.

91. Hetzelfde geldt voor het mogelijk niet direct of letterlijk toepasselijk zijn van een aantal uitzonderingen van artikel 5 van richtlijn 2001/29. Zo laat zich parodiering van een smaak (artikel 5 lid 3 sub k van richtlijn 2001/29) –zoals door Smilde in het hoofdgeding aangevoerd – moeilijk denken. Dat betekent dan echter tevens meteen dat het niet toepasselijk zijn van die beperking geen systematisch probleem oplevert omdat aan de vrijheid een smaak te parodiëren wegens de feitelijke onmogelijkheid van een dergelijke parodie aan die vrijheid geen behoefte bestaat. Mocht de feitelijke mogelijkheid tot parodiering toch blijken te bestaan, dan kan de bestaande regeling worden toegepast. Hetzelfde geldt voor het “citeren” (artikel 5 lid 3 sub D van richtlijn 2001/29).

Stelplicht en bewijslast

92. De vragen van de verwijzende rechter die zien op de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot vaststelling dat het voortbrengsel waarvoor bescherming wordt ingeroepen voldoet aan het vereiste dat het een “eigen intellectuele schepping” is die eventueel rust op de eiser in een geding met betrekking tot de auteursrechtelijke bescherming van een smaak, gaan ten onrechte voorbij aan het in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde²⁹ beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten. De lidstaten zijn in beginsel vrij hun nationale in procedures in te richten en procedure regels voor te schrijven met dien verstande dat nationale procedurele bepalingen die worden gehanteerd ter effectuering van het Unierecht niet ongunstiger mogen zijn dan de bepalingen die van toepassing is op soortgelijke nationale verordeningen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat nationale procedurele bepalingen de uitoefening van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel).

²⁹ HvJ EU 16 december 1976, C-33-76 (REWE)

93. Auteursrechtelijke bescherming van werken die met andere zintuigen dan het gezichtsvermogen en het gehoor waarneembaar zijn (smaken, geuren, textuur) confronteert de rechter met de complicatie dat een voortbrengsel dat waarneembaar is met één bepaald zintuig (smaak, geur, tastzin) zich niet één-op-één laat vertalen naar een voortbrengsel dat met een ander zintuig waarneembaar is (geluid, beeld, tekst). De beoordeling van een geur, smaak of textuur, teneinde vast te stellen of er sprake is van een voortbrengsel dat een “eigen intellectuele schepping”, zal dus niet (uitsluitend) kunnen plaats vinden door het beoordelen van een tekst over het werk of een beeld van het werk dat in processtukken opgenomen kan worden. De beoordeling zal mede plaats moeten vinden (hetzij door de rechter, hetzij door een door de rechter aangewezen (deskundige) derde) door waarneming van het werk zelf met de daartoe geëigende zintuigen.
94. Dat de aspecten van het werk die het resultaat zijn van de door de maker gemaakte creatieve keuzes zich niet (of niet geheel) exact in woorden laten omschrijven of afbeelden, is niet een specifiek probleem voor zaken met betrekking tot smaken. Hetzelfde geldt voor muziek, filmwerken of voor werken die met de tastzin kunnen worden waargenomen zoals een specifieke textuur. Afbeeldingen van muzieknoden, een beschrijving van een film of foto's van objecten met een specifieke textuur zijn geen accurate weergaven van de betreffende werken, het zijn slechts verwijzingen. De werken zelf kunnen in wezen alleen door luisteren, een combinatie van luisteren en kijken of voelen waargenomen worden.
95. Een nationale procedurele regel die waarneming door de rechter, of een door de rechter aan te wijzen (deskundige) derde, van een niet (uitsluitend) met het oog of oor waarneembaar voortbrengsel, teneinde vast te stellen of dat voortbrengsel voldoet aan de eis dat het een “eigen intellectuele schepping” is, niet toe laat door in plaats daarvan een volledige beschrijving van het voortbrengsel in woorden te eisen, althans van hetgeen het voortbrengsel een “eigen intellectuele schepping” doet zijn, zou de uitoefening van het auteursrecht krachtens het Unierecht uiterst

moeilijk of praktisch onmogelijk mogen maken en zou zodoende niet voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel.

Conclusie

Beantwoording van de eerste vraag bij een eenvormig werkbegrip

96. Uitgaande van een eenvormig werkbegrip dient het antwoord op de eerste vraag volgens Levola te luiden dat het Unierecht ertoe verplicht een smaakcreatie auteursrechtelijk te beschermen indien die creatie de uitdrukking is van de eigen, intellectuele schepping van de maker ervan.

Beantwoording van de eerste vraag bij een partieel geharmoniseerd werkbegrip

97. Indien het Hof van Justitie van oordeel is dat het Unierechtelijk werkbegrip niet eenvormig geharmoniseerd is maar slechts een kwalitatieve minimumdrempel van de “eigen, intellectuele schepping” bevat, dan ligt het voor de hand dat het Unierecht de lidstaten de vrijheid laat om te beslissen of oorspronkelijk materiaal dat met de smaakzin kan worden waargenomen als werk auteursrechtelijk beschermd kan worden.
98. De minimumdrempel van de eigen, intellectuele schepping verzet zich niet tegen de bescherming van materiaal dat anders dan met het oog of het oor wordt waargenomen. De maatstaf bevat slechts een kwalitatieve norm waaraan materiaal moet voldoen om auteursrechtelijke bescherming te rechtvaardigen. Een dergelijke kwalitatieve norm staat geheel los van het soort werk of de zintuigen waarmee het werk wordt waargenomen.
99. Het partieel geharmoniseerde Unierechtelijke werkbegrip sluit aldus niet uit dat auteursrechtelijke bescherming wordt toegepast op smaakcreaties.
100. Levola merkt volledigheidshalve op dat, gelet op hetgeen hierboven over de Berner Conventie en het Unierecht uiteen is gezet, er ook geen aanleiding bestaat

om te oordelen dat het auteursrechtelijk werkbegrip, hoewel niet uitputtend geharmoniseerd, op Unierechtelijk niveau behalve het kwalitatieve minimum ook een afgrenzing kent in de zin dat al het materiaal dat anders dan met het oog of het oor wordt waargenomen niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan komen.

101. Uitgaande van een partieel geharmoniseerd werkbegrip dient het antwoord op de eerste vraag volgens Levola daarom te luiden dat het Unierecht zich niet verzet tegen de auteursrechtelijke bescherming van de smaak van een voedingsmiddel, mits die smaak uitdrukking geeft aan de eigen, intellectuele schepping van de maker ervan.

Beantwoording van de tweede vraag bij een eenvormig werkbegrip

102. Indien het werkbegrip uitputtend is geharmoniseerd en smaakcreaties in beginsel onder dat begrip kunnen vallen, dan wordt ook het criterium voor de auteursrechtelijke bescherming van een smaakcreatie volledig door het Unierecht beheerst.
103. Een smaakcreatie dient dan in alle lidstaten auteursrechtelijk beschermd te worden indien die smaakcreatie de uitdrukking is van de eigen, intellectuele schepping van de maker ervan.

Beantwoording van de tweede vraag bij een partieel geharmoniseerd werkbegrip

104. Indien het Unierecht geen eenvormig werkbegrip bevat, dan staat het de lidstaten van de Unie vrij om smaakcreaties al dan niet te beschermen.
105. In dat geval geldt ingevolge *Infopaq* slechts bescherming mag worden verleend aan materiaal dat ten minste uitdrukking geeft aan de eigen, intellectuele schepping van de maker. Het staat lidstaten dus niet vrij een smaak te beschermen die niet ten minste aan die maatstaf voldoet.

106. Het zou de lidstaten evenwel vrij staan om op nationaal niveau aanvullende voorwaarden en criteria voor de auteursrechtelijke bescherming van een smaak toe te passen.
107. Ook de overige door het Hof Arnhem in zijn tweede vraag genoemde onderwerpen zouden dan behoren tot de wetgevingsvrijheid van de lidstaten. Zij zouden niet worden beheerst door het Unierecht.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

108. Levola stelt voor de vragen als volgt te beantwoorden:

- (1) De in richtlijn 2001/29 opgenomen uitsluitende rechten kunnen ook bestaan ten aanzien van een werk dat bestaat uit de smaak van een voedingsmiddel indien die smaak de uitdrukking is van de eigen, intellectuele schepping van de auteur ervan, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.
- (2) (a) een smaak geniet de bescherming van het gemeenrechtelijke auteursrecht van richtlijn 2001/29 indien die smaak de uitdrukking is van de eigen, intellectuele schepping van de auteur ervan;
(b) de auteursrechtelijke bescherming van een smaak strekt zich slechts uit tot de zintuiglijke impressie die bij de waarneming van de smaak wordt opgewekt en niet tot de (mogelijke) methode(n) waarmee een drager van die smaak kan worden vervaardigd;
(c) het is aan de nationale rechter, met toepassing van het nationale procesrecht van de lidstaat, te beoordelen wat een partij die in een inbreukprocedure stelt een auteursrechtelijk beschermde smaak te hebben gecreëerd dient te stellen en in welke vorm dit stellen dient te geschieden, met dien verstande dat niet mag worden toegepast een nationale procedurele regel die waarneming door de rechter, of een door de rechter aan te wijzen (deskundige) derde, van een smaak, teneinde vast te stellen of die smaak voldoet aan de eis dat het een “eigen intellectuele schepping”

moet zijn, niet toe laat door in plaats daarvan uitsluitend een beschrijving van de smaak, althans van hetgeen de smaak een “eigen intellectuele schepping” doet zijn, in woorden te eisen.

(d) een smaak kan als ongeoorloofde reproductie van de originele smaak worden aangemerkt indien die gereproduceerde smaak zodanig overeenstemt met de originele smaak dat – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan –de gereproduceerde smaak de oorspronkelijkheid van de originele smaak in zich draagt en zodoende uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping auteur van de originele smaak.

Aangehaalde literatuur en rechtspraak

Literatuur

- Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, Deventer 2005, § 3.48, pp. 124-126;
- J.E.R. Frijters & C.P.M. van Houte, NJB 2004, p. 1987;
- J.H. Spoor, AMI 2004, pp. 183-184, sub 1;
- A.J. Clipper, Bb 2004, p. 155;
- M. de Cock Buning, IER 2004, p. 325;
- Ch. Gielen (red.), Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht, 9e druk, Deventer 2007, p. 426;
- Ch. Gielen (red.), Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht, 11e druk, Deventer 2014, p. 462;
- Eichmann/von Falckenstein/Kühne, *Designgesetz*, Beck Verlag 2015, randnummer 34;
- A. Kur, 'Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis', *GRUR* 2002, p. 661, p. 663;
- Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs, Brussel, juni 1991, III/F/5131/91, paragraaf 5.4.7.2.

Jurisprudentie

- HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe)
- HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 (SGAE);
- HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq I);
- HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 (Softwarova);
- HvJ EU 27 januari 2011, C-168/09, ECLI:EU:C:2011:29 (Flos);
- HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-492/08, ECLI:EU:C:2011:631 (Premier League);
- Hoge Raad 16 Juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940 (Lancôme / Kecofa);
- Conclusie A-G Verkade bij Hoge Raad 16 juni 2006, ECLI:NL:ECLI:NL:PHR:2006:AU8940 (Lancôme / Kecofa);
- Hoge Raad 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1036 (S&S / Esschert)
- Bundesgerichtshof 13 november 2013, I ZR 143/12, ECLI:DE:BGH:2016:160616UIZR222.14.0 (Geburtstagszug)