

## KAN HET "HEKSENKAAS"-ARREST WORDEN GESMAAKT ?

Op 13 november 2018 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") het "Heksenkaas"-arrest gevelde dat moest antwoorden op de vraag of de smaak van een voedingsmiddel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

### Feiten en voorgaanden

"Heksenkaas" is een smeerdip met roomkaas en verse kruiden die in 2007 werd ontwikkeld door een Nederlandse detailhandelaar in groenten en versproducten. De rechten op dit product werden later overgenomen door de Nederlandse vennootschap Levola Hengelo BV.

Sinds 2014 produceert de Nederlandse vennootschap Smilde Foods BV een product met de benaming "Witte Wievenkaas" voor een supermarktketen in Nederland.

Levola was van mening dat de "Witte Wievenkaas" van Smilde inbreuk maakte op haar intellectuele eigendomsrechten op de "Heksenkaas". Volgens Levola is de smaak van de Heksenkaas een auteursrechtelijk beschermd werk en is de smaak van de Witte Wievenkaas een reproductie van dit werk.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dient zich in hoger beroep over de zaak uit te spreken en heeft de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU:

*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/EG1, aan de auteursrechtelijke bescherming van de smaak van een voedingsmiddel in de weg?*

*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 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 totaal indrukken van de beide smaken overeenstemmen?*

### Het arrest van het HvJEU

In haar arrest van 13 november 2018 in zaak C-310/17 oordeelt het HvJEU dat de smaak van een voedingsmiddel enkel op grond van de Richtlijn

2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij ("Richtlijn Informatiemaatschappij") auteursrechtelijk kan worden beschermd indien deze smaak kan worden aangemerkt als een "werk".

Aangezien de Richtlijn Informatiemaatschappij het begrip "werk" niet definieert, is het voortaan een autonoom Unierechtelijk begrip dat in de hele EU op een autonome en uniforme wijze moet worden geïnterpreteerd.

Specifiek voor de smaak van een voedingsmiddel geldt dat auteursrechtelijke bescherming enkel mogelijk is indien het kwalificeert als een "werk", wat twee cumulatieve voorwaarden impliceert:

1. het betrokken voorwerp moet *oorspronkelijk* zijn in die zin dat het een eigen intellectuele schepping is van de maker ervan zoals verduidelijkt in o.a. de arresten *Infopaq*, *FAPL* en *Painer*;
2. alleen de bestanddelen die de *uitdrukking* van een dergelijke intellectuele schepping zijn, kunnen als een "werk" worden aangemerkt. Krachtens de bewoordingen van TRIPS en het WIPO Auteursrechtverdrag kunnen immers alleen uitdrukkingsvormen en niet denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig auteursrechtelijk worden beschermd.

Bijgevolg impliceert het begrip "werk" als bedoeld in de Richtlijn Informatiemaatschappij noodzakelijkerwijs een uitdrukkingsvorm die "*voldoende nauwkeurig en objectief*" kan worden geïdentificeerd, wat volgens het HvJEU niet mogelijk is voor de smaak van een voedingsmiddel. Want in tegenstelling tot bijvoorbeeld een letterkundig werk, een schilderij, een film of een muziekstuk, berust de identificatie van de smaak van een voedingsmiddel hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die per definitie subjectief en variabel zijn. Zij zijn met name afhankelijk van persoonlijke factoren van de proever zoals leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiegewoonten, alsmede van de sfeer en de context waarin het product wordt geproefd. Bovendien laat de huidige stand van de wetenschap niet toe 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.

Het HvJEU besluit dat de smaak van een voedingsmiddel niet kan worden aangemerkt als een "werk" en dus niet auteursrechtelijk kan worden beschermd.

### Bespreking

Velen zullen zich in deze uitkomst kunnen vinden. Smaak kan niet worden gemonopoliseerd. Smaak is per definitie subjectief. Wat lekker is voor de een is vies voor de ander. Dit geldt uiteraard niet enkel voor de smaak van (smeer)kaas.

Toch heeft het HvJEU haar motivering onnodig ingewikkeld gemaakt, en zijn er enkele merkwaardigheden te bespeuren die weer vragen oproepen.

Het arrest stelt vooreerst dat alleen de bestanddelen die de uitdrukking zijn van een intellectuele schepping als een "werk" kunnen worden aangemerkt in de zin van de Richtlijn Informatiemaatschappij (arrest, randnr. 37). Het HvJEU zegt dus eigenlijk dat alleen de uitdrukking van originaliteit een "werk" kan zijn. Maar moet de definitie van een "werk" niet los worden gezien van de originaliteitsvoorwaarde waaraan dit "werk" moet voldoen?

Originaliteit is overigens niet voldoende. Met verwijzing naar artikel 2(1) van de Berner Conventie en de idee/expressie dichotomie vervat in artikel 2 WIPO Auteursrechtverdrag en artikel 9(2) TRIPS impliceert een "werk" volgens het HvJEU "*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*" (arrest, randnr. 40). Er moet dus ook een uitdrukkingsvorm zijn van het voorwerp van bescherming die ervoor zorgt dat dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd.

Het arrest maakt hier een onderscheid tussen het voorwerp van bescherming en de uitdrukkingsvorm, maar vallen beide veelal niet samen? Het HvJEU introduceert hiermee

bovendien een bijkomende voorwaarde die doet denken aan de Sieckmann-voorwaarden uit het merkenrecht waar de Advocaat-Generaal naar had verwezen in randnr. 56 van zijn conclusie: *"Bovendien moeten die oorspronkelijke uitdrukkingvormen voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar zijn. 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”.*"

Ofschoon het HvJEU in haar arrest niet uitdrukkelijk verwijst naar deze Sieckmann-voorwaarden uit het merkenrecht (die overigens niet langer actueel zijn), heeft ze zich hier duidelijk op geïnspireerd:

*"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."* (arrest, randnr. 41)

Op basis hiervan besluit het HvJEU dat de smaak van een voedingsmiddel niet *"voldoende nauwkeurig en objectief"* kan worden geïdentificeerd, wat het onderscheidt van bijvoorbeeld *"een letterkundig werk, een schilderij, een film of een muziekstuk, dat een nauwkeurige en objectieve uitdrukkingvorm is"* (arrest, randnr. 42). Volgens het HvJEU berust de identificatie van

de smaak van een voedingsmiddel immers hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die per definitie subjectief en variabel zijn. Maar geldt dat niet evenzeer voor andere vormen van werken die wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, zoals muziek, films, romans? De factoren die het arrest opsomt (zoals leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiegewoonten van de proever, alsmede de omgeving en de context waarin het product wordt geproefd) houden immers verband met uitwendige factoren en de *persoonlijke beleving* van een voorwerp, eerder dan met hoe het voorwerp wordt *waargenomen*.

Men kan zich ook de vraag stellen hoe deze uitdrukkingvoorwaarde zich verhoudt tot de voorwaarde onder Belgisch auteursrecht dat een creatie een *concrete vorm* moet hebben, op zodanige wijze dat ze met de zintuigen waarneembaar is. Kan met deze voorwaarde nog rekening worden gehouden, nu de smaak van kaas wel zintuiglijk waarneembaar is (maar volgens het HvJEU dus niet voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd)? Het betekent wellicht ook dat het arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 16 juni 2006 in de *Kecofa v Lancôme*-zaak, die besluit dat (de geur van) parfum principieel wél in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, niet langer stand houdt.

Het HvJEU stelt dat *"deze uitdrukkingvorm niet per se permanent [hoeft] te zijn"*, maar ook 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"* (arrest, randnr. 43). Hiermee lijkt het HvJEU een vastleggingsvereiste te introduceren. De vraag rijst immers of het mogelijk is om een voorwerp nauwkeurig en objectief te identificeren zonder dat het ook in een of andere materiële vorm wordt vastgelegd? Dit roept dan weer vragen op naar overeenstemming met de Berner Conventie, omdat lidstaten in principe vrij zijn om in hun auteursrechtwetgeving te bepalen of vastlegging al dan niet vereist is.

Het HvJEU schijnt tenslotte ook nog te suggereren dat deze vereiste nodig is om een smaak te kunnen *"onderscheiden van de smaak van andere*

*producten van dezelfde aard", wat sterk doet denken aan de merkenrechtelijke vereiste van "onderscheidend vermogen".*

De slotsom is in elk geval dat de smaak van een voedingsmiddel geen werk is dat door het auteursrecht kan worden beschermd.

### **Besluit**

Zoals we reeds herhaaldelijk hebben kunnen vaststellen, heeft het HvJEU opnieuw een arrest uitgesproken met een duidelijk doel voor ogen, maar zonder zich echt te bekommeren om de motivering. Hoewel velen de uitkomst zullen aanvaarden, is de motivering voor verbetering vatbaar.

Het HvJEU heeft met haar arrest de grenzen vastgelegd tot waar volgens haar het auteursrecht kan reiken. Nadat het HvJEU de afgelopen jaren de reikwijdte van het auteursrecht in de online wereld heeft uitgebreid, zegt ze nu aan de voedingsmiddelenindustrie dat ze beter grijpen naar merken en geografische aanduidingen om hun investering te beschermen, eerder dan het auteursrecht.

*Michaël De Vroey*

*Advocaat - Baker McKenzie Antwerpen*