

Smaak, auteursrecht en objectafbakening: over perceptie en bepaalbaarheid

Stef van Gompel

Dr. S.J. van Gompel is universitair docent aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

Het hoge woord is eruit: op smaak rust geen auteursrecht. Dit volgt direct uit het *Levola/Smilde*-arrest, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) vaststelt dat de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29) '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'.¹ De reden om smaak van auteursrechtelijk bescherming uit te sluiten is dat smaak onvoldoende nauwkeurig en objectief bepaalbaar is om object van bescherming te zijn. Als verklaring wijst het HvJ EU op de subjectiviteit en variabiliteit van de smaak-perceptie en het ontbreken van technische middelen voor smaakbepaling. Zoals in deze bijdrage wordt uiteengezet, is deze argumentatie niet overtuigend en zelfs ondeugdelijk. Het bepaalbaarheidsvereiste is evenwel plausibel en navolgenswaardig, omdat het beoogt om meer rechtszekerheid te creëren over het object van auteursrechtelijke bescherming.

Nadat in 2006 de Hoge Raad de auteursrechtwereld verbaasde door in het *Lancôme/Kecofa*-arrest te oordelen dat de geur van een parfum auteursrechtelijk beschermd kan zijn,² haalt nu opnieuw een zaak van Nederlandse origine het wereldnieuws.³ Wederom gaat het daarin om de vraag naar auteursrechtelijke bescherming van een niet traditioneel werk: in dit geval de smaak van een voedingsmiddel, meer specifiek de smaak van Heksenkaas. Maar daar waar de Hoge Raad nog erkende dat op een geur auteursrecht kan rusten, wijst het HvJ EU in het *Levola/Smilde*-arrest auteursrecht op smaak categorisch af. In deze bijdrage wordt het *Levola/Smilde*-arrest besproken in het licht van de bestaande Nederlandse jurisprudentie over auteursrecht op geur. Daartoe wordt eerst kort de voorgeschiedenis van de *Heksenkaas*-zaken geschetst en gesitueerd in de bredere discussie over auteursrechtelijke bescherming van geur. Vervolgens wordt ingegaan op de prejudiciële vragen die aan het HvJ EU zijn

voorgelegd, waarna het arrest zelf kritisch wordt geanalyseerd. Ook wordt bekeken wat de betekenis van *Levola/Smilde* is voor andere werken, in het bijzonder geur. Het artikel sluit af met een korte conclusie.

Voorgeschiedenis

Het geschil tussen de levensmiddelenproducenten *Levola* en *Smilde*, waarin de vraag centraal staat of er auteursrecht kan bestaan op de smaak van Heksenkaas (een populaire smeerdip met roomkaas en verse kruiden), is duidelijk geïnspireerd op het *Lancôme/Kecofa*-arrest. Als er auteursrecht kan bestaan op een geurcombinatie, zo lijkt de gedachte, waarom dan niet ook op de smaak van een voedingsmiddel? Het feitencomplex van beide zaken is in ieder geval vergelijkbaar. Net als *Kecofa*, die een *smell-alike* op de markt bracht van het parfum *Trésor* van *Lancôme*, produceert *Smilde* een taste-

1 HvJ EU 13 november 2018, Zaak C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola/Smilde*), hierna opgenomen, onder Jurisprudentie, nr. 1, p. 17-22.

2 HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AJ8940, AMI 2006, nr. 14, m.nt. A.A. Quaedvlieg, *Ars Aequi* 2006, p. 821-824, m.nt. P.B. Hugenholtz,

IER 2006/88, m.nt. F.W. Grosheide, *NJ* 2006/585, m.nt. J.H. Spoor (*Kecofa/Lancôme*).

3 Het arrest werd zelfs besproken in *The New York Times*. Zie: 'E.U., Settling a Cheese Duel, Says Taste Can't Be Copyrighted', *The New York Times*, 14 November 2018, p. B3 (New York edition).

alike van het product Heksenkaas van Levola. In beide gevallen worden de imitatieproducten in een goedkoper segment verkocht en van een naam voorzien die enigszins aan de geïmiteerde producten doet denken ('Female Treasure' in het geval van Kecofa; 'Witte Wievenkaas' in het geval van Smilde). In beide gevallen is ook (tevergeefs) geprobeerd de producenten van de imitatieproducten op merkenrechtelijke gronden te stoppen.⁴ Tot slot wordt in beide gevallen teruggegrepen op auteursrechtelijke bescherming om de imitatieproducten van de markt te doen verwijderen.

Terwijl *Levola/Smilde* zich toespitst op de vraag naar de auteursrechtelijke bescherming van smaak, stond in *Lancôme/Kecofa* in eerste instantie niet meteen vast voor welk "werk" auteursrechtelijke bescherming werd ingeroepen: de receptuur, de geurcombinatie of de reukstof.⁵ Volgens de Hoge Raad komt auteursrechtelijke bescherming wel toe aan 'de geur, zoals die in de zich in de parfumsflesjes bevindende reukstof is vastgelegd' en niet aan de reukstof (het mengsel van stoffen waaruit het parfum is samengesteld) zelf, omdat deze slechts fungeert als drager van de geur: een 'belichaming van het werk dat de geur is'.⁶ Maar kan zomaar worden aangenomen dat de geestelijke creatie van een parfumeur bestaat in de geur die is belichaamd in een parfum? In zijn noot bij *Lancôme/Kecofa* beargumenteert Spoor dat, mocht al aan auteursrechtelijke bescherming voor parfum worden gedacht, het niet de geur(gewaarwording) is die een parfumeur creëert (dat is hetgeen hij wil bewerkstelligen), maar de 'geurcompositie, de samenstelling derhalve van het parfum, die is neergelegd in de receptuur en die als zodanig kan worden waargenomen'.⁷ De receptuur is in ieder geval beter bepaalbaar dan geur, want dat is slechts een 'sensorische gewaarwording' bij de waarnemer.⁸ Het probleem blijft evenwel dat een kleine variatie in de receptuur al tot grote veranderingen in geur(gewaarwording) kan leiden, terwijl dezelfde geur in theorie ook kan worden gecreëerd door een volledig andere samenstelling van reukstoffen.⁹ Op grond hiervan oordeelde de Hoge Raad dat dan toch de geur het werk moet zijn. Dit verklaart waarschijnlijk waarom Levola haar auteursrechtelijke vordering enkel baseert op de smaak van Heksenkaas en niet (mede) op het samenstel van ingrediënten, de receptuur en/of de bereidingswijze ervan.¹⁰

Los van de vraag of smaak auteursrechtelijk kan worden beschermd is het echter lastig om de smaak van een voedingsmiddel zodanig te objectiveren dat kan worden vastgesteld of deze in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming. De Haagse voorzieningenrechter nam in 2015, in een *ex parte* procedure tegen de producent van de kaasmeerdip 'Magic Cheese', weliswaar nog klakkeloos aan dat 'er auteursrecht op een smaak kan rusten en dat (de smaak van) [Heksenkaas] voldoet aan de vereisten voor auteursrechtelijke bescherming',¹¹ maar dit voorlopig oordeel werd in de bodemprocedure niet overgenomen. Rechtbank Den Haag vond dat Levola onvoldoende had onderbouwd 'dat de keuze voor de afzonderlijke ingrediënten van Heksenkaas, ook in combinatie, is terug te voeren op creatieve keuzes van de maker' en kwam 'ook proefondervindelijk niet tot het oordeel [...] dat de ingrediënten in dit geval meer vormen dan de som der (triviale) delen'.¹² In *Levola/Smilde* kwam Rechtbank Gelderland om soortgelijke redenen niet tot een oordeel of de smaak van Heksenkaas auteursrechtelijke bescherming verdient. Levola had nagelaten feitelijk te beschrijven of aanschouwelijk te maken 'welke elementen of combinatie van elementen van de smaak van het product leiden tot het vereiste eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel'. Levola gaf aan dat de textuur en het waarnemen van de smaak van het product Heksenkaas niet te beschrijven zijn en meende dat de rechtbank de smaak zelf dient te ervaren door het product Heksenkaas te proeven. De rechtbank vond dat dit niet een taak is voor de rechter en bepaalde dat Levola zelf aanschouwelijk moet maken waarom de smaak bescherming verdient.¹³

Prejudiciële vragen

Levola stelde hoger beroep in tegen het vonnis van Rechtbank Gelderland. Eerst gelastte Hof Arnhem-Leeuwarden een comparitie van partijen om te komen tot een minnelijke schikking, maar dat bleef zonder resultaat.¹⁴ Omdat bij het hof gerede twijfel rees of en in hoeverre het Unierecht ruimte laat voor auteursrechtelijke bescherming van smaak besloot het om vragen van uitleg aan het HvJ EU voor te leggen.¹⁵ Allereerst wil het hof weten of de smaak van een voedingsmiddel auteursrechtelijk kan worden beschermd. In het bijzonder wordt gevraagd of bescherming van smaak

4 Zie daarvoor HR 13 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2780, NJ 1999/133 (*Lancôme/Kecofa*); en HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1215, NJ 2018/333, m.nt. D.W.F.Verkaide (*FanoFineFood/Levola*).

5 Vgl. Rb. Maastricht 18 april 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AE1923, AMI 2002, afl. 5, p. 195, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Lancôme/Kecofa*), r.o. 5.7, waarin wordt onderzocht of een 'geurcombinatie' in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming; en Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AP2368, AMI 2004, afl. 5, p. 179, m.nt. J.H. Spoor, IER 2004/73, m.nt. M. de Cock Buning, NJ 2004/515 (*Lancôme/Kecofa*), r.o. 4.1.1.1, waarin de vraag naar auteursrechtelijke bescherming is gericht op 'de (zich in de parfumsflesjes bevindende) reukstof'.

6 HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2-3.3.3.

7 J.H. Spoor, annotatie bij HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), NJ 2006/585, par. 3.

8 J.E.R. Frijters & C.P.M. van Houte, 'De geur van parfum zit niet in de fles', NJB 2004, p. 1987-1993 (p. 1988).

9 *Id.*, p. 1990 en 1993.

10 M.R. de Zwaan, annotatie bij Rb. Gelderland 10 juni 2015 (*Levola/Smilde*), AMI 2015, afl. 5, nr. 8, p. 149.

11 Rb. Den Haag (vzr.) 13 januari 2015, IEF 14767 (*Levola/European Food Company*), r.o. 2.2.

12 Rb. Den Haag 3 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4384, JW 2017/44 (*Levola/European Food Company*), r.o. 4.13-4.14.

13 Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674, AMI 2015, afl. 5, nr. 8, m.nt. M.R. de Zwaan (*Levola/Smilde*), r.o. 4.4-4.6.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4229 (*Levola/Smilde*), r.o. 3.1.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6697 (*Levola/Smilde*), r.o. 7.8.

(i) wel past binnen het auteursrechtelijk domein, zoals bepaald door de niet-limitatieve lijst van werken van letterkunde en kunst in art. 2 lid 1 Berner Conventie, waarin enkel visueel en/of auditief waarneembare creaties zijn opgenomen; (ii) wel mogelijk is, gezien de (mogelijke) instabiliteit van een voedingsmiddel en/of het subjectieve karakter van de smaakervaring; en (iii) wel past in het systeem van het auteursrecht, in het bijzonder het stelsel van uitsluitende rechten en beperkingen in Richtlijn 2001/29/EG.

Daarnaast wil het hof weten hoe de auteursrechtelijke bescherming van smaak moet worden vastgesteld, als er auteursrecht op smaak kan bestaan. In het bijzonder vraagt het hof (a) wat de auteursrechtelijke vereisten zijn voor bescherming van de smaak van een voedingsmiddel; (b) of die bescherming enkel rust op de smaak als zodanig of (tevens) op de receptuur van het voedingsmiddel; (c) of de rechter proefondervindelijk moet vaststellen (door te proeven en te ruiken) of de smaak van het voedingsmiddel voldoet aan de eisen voor auteursrechtelijke bescherming of dat de eisende partij dit (al dan niet mede) door middel van een omschrijving moet onderbouwen; en (d) hoe in een inbreukprocedure moet worden vastgesteld dat er overeenstemming is tussen de smaken van verschillende voedingsmiddelen. Aan deze laatste set vragen komt het HvJ EU evenwel niet toe, omdat op de eerste vraag al wordt geantwoord dat op een smaak geen auteursrecht kan rusten.

HvJ EU: auteursrecht op smaak?

Om te beoordelen of een voortbrengsel auteursrechtelijk kan worden beschermd is door de rechtspraak de zogenaamde werktoets ontwikkeld. In Nederland is voor auteursrechtelijke bescherming vereist dat een voortbrengsel 'vatbaar is voor menselijke waarneming' en 'een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt'.¹⁶ In Europa geldt een overeenkomende toets, die inhoudt dat een voorwerp in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming als het kan worden aangemerkt als een "werk", dat wil zeggen als een voortbrengsel dat oorspronkelijk is in die zin dat het een 'eigen intellectuele schepping van de maker' ervan is.¹⁷ Omdat de Nederlandse en de Europese wetgeving het auteursrechtelijke domein (het terrein dat het auteursrecht traditioneel bestrijkt in verhouding tot andere intellectuele eigendoms-

rechten en de vrije mededinging) als zodanig niet extern afbakt, bestaat in de praktijk vaak de neiging om de werktoets als enige criterium te hanteren om te bepalen of een voortbrengsel kan worden aangemerkt als een werk in auteursrechtelijke zin.¹⁸ Het *Lancôme/Kecofa*-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelt dat het begrip 'werk' in artikel 10 Aw algemeen is en niet belet daaronder een geur te begrijpen mits deze voldoet aan de werktoets, illustreert dat.¹⁹ Maar ook het HvJ EU baseert zich vaak direct op de werktoets. In 2011 oordeelde het HvJ EU over de vraag of op voetbalwedstrijden uit de Premier League auteursrecht rust, dat die wedstrijden niet kunnen worden aangemerkt als werken, want '[o]m aldus te worden aangemerkt moet het betrokken materiaal oorspronkelijk zijn in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan'.²⁰

De prejudiciële vragen van Hof Arnhem-Leeuwarden zijn een welkome aanvulling op deze jurisprudentie, omdat ze het HvJ EU uitnodigen om binnen of buiten de bestaande werktoets op zoek te gaan naar een nadere afbakening van het werkbegrip. Het HvJ EU doet dit ook en wel in drie stappen. Eerst legt het HvJ EU uit dat naast een eigen intellectuele schepping van de maker, de werktoets vergt dat het "werk" bepaalbaar is. Dan oordeelt het HvJ EU dat het "werk" hiervoor een voldoende nauwkeurig en objectief te identificeren uitdrukkingvorm moet hebben. Tot slot concludeert het HvJ EU dat op smaak geen auteursrecht kan bestaan, omdat een smaak niet kan worden aangemerkt als een voorwerp waarvan de auteursrechtelijk relevante bestanddelen voldoende nauwkeurig en objectief zijn te identificeren.

Stap 1: Tweeledige werktoets: oorspronkelijkheid & bepaalbaarheid

Het HvJ EU benadrukt in *Levola/Smilde* dat een voorwerp slechts als een "werk" in de zin van de Auteursrechtlijn kan worden aangemerkt indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: 'Ten eerste dient het betrokken voorwerp oorspronkelijk te zijn, in die zin dat het een eigen intellectuele schepping van de maker ervan is [...]. Ten tweede kunnen alleen de bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke intellectuele schepping zijn, als een "werk" in de zin van richtlijn 2001/29 worden aangemerkt'.²¹ Impliciet wordt hiermee erkend, zoals A-G Wathelet dat eerder deed in zijn conclusie,²² dat het oorspronkelijkheidsvereiste op

16 HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2; HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, AMI 2008, afl. 5, nr. 12, m.nt. M.R.F. Senftleben, IER 2008/58, m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering (*Zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*), r.o. 4.5.1.

17 HvJ EU 16 juli 2009, Zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, [2009] ECR I-6569, AMI 2009, afl. 5, nr. 20, m.nt. K.J. Koelman, IER 2009/78, m.nt. F.W. Grosheide, NJ 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Infopaq I*), r.o. 37. Deze toets is daarna in diverse arresten herhaald. Zie daarover M.M.M. van Eechoud, 'Along the Road to Uniformity: Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work', *JIPITEC* 3(1), 2012, p. 60-80.

18 F.W. Grosheide, 'Heksentoer', IER 2015/28, par. 4. Zie ook de annotaties van Spoor (NJ 2006/585, par. 19) en Hugenholtz (*Ars Aequi* 2006, p. 822-823) bij HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*).

19 HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2.

20 HvJ EU 4 oktober 2011, Gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, [2011] ECR I-9083, IER 2012/26, m.nt. M. de Cock Buning en H. Speyart, NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Football Association Premier League*), r.o. 96-97. Maar zie Conclusie A-G Wathelet van 25 juli 2018, Zaak C-310/17, ECLI:EU:C:2018:618 (*Levola/Smilde*), vn. 19, die hierin leest dat sportwedstrijden *an sich* niet vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming: 'Sportwedstrijden zijn dus als zodanig niet oorspronkelijk. De vraag of sportwedstrijden (niet-oorspronkelijke) "werken" vormen, is door het Hof niet onderzocht.'

21 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), r.o. 35-37.

22 Conclusie A-G Wathelet in zaak C-310/17 (*Levola/Smilde*), par. 44-47.

zichzelf onmogelijk kan definiëren wat een “werk” is.²³ Maar waarin bestaat dan het “werk”, als abstract voorwerp van auteursrechtelijke bescherming? Het HvJ EU geeft in *Levola/Smilde* nergens een inhoudelijke definitie, maar zegt in de tweede voorwaarde wel iets over de vorm waarin het “werk”, als eigen intellectuele schepping van de maker, tot uitdrukking moet zijn gebracht: het “werk” is te kennen uit de bestanddelen waarin de oorspronkelijkheid ervan tot uitdrukking komt. Dit lijkt wellicht wat cryptisch en circulair, maar sluit naadloos aan bij de gedachte dat de auteursrechtelijke bescherming van een voorwerp (zoals een boek, schilderij, muziekstuk of film) zich slechts uitstrekt tot de auteursrechtelijk beschermde trekken ervan. Het HvJ EU houdt dus vast aan een abstract werkbegrip, maar het maakt wel duidelijk dat de werktoets, naast oorspronkelijkheid, ook bepaalbaarheid van het “werk” vereist.

Stap 2: Eisen aan de bepaalbaarheid van het “werk”

Het HvJ EU werkt de eis van bepaalbaarheid vervolgens uit. Onder verwijzing naar artikel 2 lid 1 van de Berner Conventie, artikel 2 van het WIPO Auteursrechtverdrag en artikel 9 lid 2 van de TRIPs-Overeenkomst merkt het HvJ EU op dat werken van letterkunde en kunst alle voortbrengselen omvatten op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking ervan zij en dat het auteursrecht alleen uitdrukkingsvormen beschermt en niet denkbeelden, procedures, werkwijzen of wiskundige concepten als zodanig. Hieruit leidt het HvJ EU vervolgens af dat het “werk” “noodzakelijkerwijs een uitdrukkingsvorm van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming [impliceert] waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd, ook al hoeft deze uitdrukkingsvorm niet per se permanent te zijn” (Overweging 40).

Dit is verrassend. Hoewel uit het internationale kader wel degelijk volgt dat het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming een concrete uitdrukkingsvorm moet hebben, omdat ideeën, concepten en stijl als zodanig niet zijn beschermd (de zogeheten dichotomie tussen expressie en idee), staat nergens dat die uitdrukkingsvorm zo uitgespro-

ken moet zijn dat daaruit het voorwerp van bescherming, het “werk” zoals dit tot uitdrukking komt in de auteursrechtelijk relevante bestanddelen, voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd.²⁴

Toch is er omwille van de rechtszekerheid, bijvoorbeeld om de beschermingsomvang van een werk te kunnen bepalen of om inbreuk erop vast te kunnen stellen, veel te zeggen voor de eis van een voldoende nauwkeurige en objectieve objectidentificatie.²⁵ Zo kent het merkenrecht de eis dat een merk ‘in het register [moet] 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’.²⁶ Dit vereiste, dat voortkomt uit het *Sieckmann*-arrest van het HvJ EU,²⁷ houdt verband met de aan de beschermingsomvang van merken te stellen eis van registerduidelijkheid. Merkenrechtelijke bescherming komt immers alleen toe aan het merk zoals het is ingeschreven in het register, en derden moeten uit het register dus kunnen opmaken wanneer zij inbreuk maken.²⁸ Maar ook in het auteursrecht, dat geen registratieplicht kent, bestaat behoefte aan zekerheid over het object van bescherming, zoals de *Heksenkaas*-zaken illustreren. Het arrest van 10 december 2013, waarin het Franse *Cour de Cassation* oordeelde dat de geur van een parfum niet auteursrechtelijk kan worden beschermd, omdat het auteursrecht alleen creaties in een zintuiglijk waarneembare vorm (*‘forme sensible’*) beschermt voor zover deze met voldoende nauwkeurigheid identificeerbaar is om communicatie ervan mogelijk te maken, bevestigt dit. Volgens het *Cour de Cassation* neemt de geur van een parfum niet een vorm aan die aan dit criterium voldoet.²⁹

Het verbaast dan ook niet dat het HvJ EU de rechtszekerheid centraal stelt in zijn motivering van de eis dat auteursrechtelijk relevante bestanddelen voldoende nauwkeurig en objectief moeten kunnen worden vastgesteld.³⁰ De bewoordingen van het HvJ EU zijn evenwel minder gelukkig gekozen. Volgens Overweging 41 moeten autoriteiten, particulieren en marktdeelnemers ‘duidelijk en nauwkeurig [...] kunnen vaststellen wat ten behoeve van derden, in het bijzonder concurrenten, auteursrechtelijk wordt beschermd’. Dit gaat

23 In die zin o.a. ook: Grosheide 2015, *op. cit.*, par. 6; European Copyright Society, Opinion on the pending reference before the CJEU in Case 310/17 (copyright protection of tastes), 19 February 2018, par. 5.

24 L. Dijkman, ‘CJEU rules that taste of a food product is not protectable by copyright’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2019, p. 85-87 (p. 86).

25 Zie de annotaties van Spoor (NJ 2006/585, par. 6-8 en 12-14) en Hugenholtz (*Ars Aequi* 2006, p. 823-824) bij HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*). Zie ook: European Copyright Society 2018, *op. cit.*, par. 20 e.v.

26 Art. 3 Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PbEU* L 336/1, 23 december 2015 [uiterlijke omzettingdatum: 14 januari 2019]; art. 4 Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk, *PbEU* L 154/1, 16 juni 2017 [van toepassing per 1 oktober 2017].

27 HvJ EU 12 december 2002, Zaak C-273/00, ECLI:EU:C:2002:748, [2002] ECR I-11737 (*Sieckmann*), r.o. 55. Zie ook HvJ EU 19 juni 2012, Zaak

C-307/10, ECLI:EU:C:2012:361 (*IP Translator*), r.o. 49, waarin het HvJ EU vereist ‘dat de waren of diensten waarvoor de merkbescherming wordt gevraagd, door de aanvrager voldoende duidelijk en nauwkeurig [moeten] worden omschreven’.

28 Zie overweging 13 uit de considerans van Richtlijn (EU) 2015/2436. Zie ook HvJ EU C-273/00 (*Sieckmann*), r.o. 50-52 gelezen in samenhang met r.o. 37 en 41.

29 *Cour de cassation* (civ.), 10 december 2013, zaak n° 11-19872, ECLI:FR:CCASS:2013:CO01205: ‘attendu que le droit d’auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu’autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication; que la fragrance d’un parfum, qui, hors son procédé d’élaboration, lequel n’est pas lui-même une oeuvre de l’esprit, ne revêt pas une forme présentant cette caractéristique, ne peut dès lors bénéficier de la protection par le droit d’auteur’.

30 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), r.o. 41.

mijns inziens te ver. Door het ontbreken van formaliteiten (zoals registers, verplichte ©-aanduidingen, etc.) en de vaagheid van het originaliteitscriterium,³¹ is het lang niet altijd mogelijk om vooraf duidelijk te kunnen bepalen of een voortbrengsel auteursrechtelijk is beschermd. Ik vermoed dat het HvJ EU hier alleen heeft willen zeggen dat voldoende nauwkeurig en objectief moet kunnen worden vastgesteld wat de *bestanddelen* zijn waarin de eigen intellectuele schepping van de maker tot uitdrukking komt, opdat autoriteiten, particulieren en marktdeelnemers op basis daarvan kunnen bepalen of een voorwerp voldoende oorspronkelijk is in auteursrechtelijke zin (hoe lastig dat ook moge zijn). Dit is ook wat A-G Wathelet suggereert.³²

Overigens impliceert Overweging 40, waarin het HvJ EU bepaalt dat uit de uitdrukking van het “werk” voldoende nauwkeurig en objectief moet kunnen worden vastgesteld wat de auteursrechtelijk relevante bestanddelen zijn, dat die bestanddelen ook direct uit het de uitdrukking van het “werk” zelf kenbaar moeten zijn. De Hoge Raad formuleerde eerder een soortgelijke verplichting in het *Endstra Tapes*-arrest.³³ Daarentegen is volgens het HvJ EU vastlegging geen vereiste.³⁴ In Overweging 40 staat immers expliciet dat de uitdrukking van het werk niet per se permanent hoeft te zijn. Ook improvisaties blijven dus beschermd, mits de auteursrechtelijk relevante bestanddelen ervan voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar en oorspronkelijk zijn.

Stap 3: Smaak voldoende bepaalbaar als “werk”?

Tot slot behandelt het HvJ EU de vraag of de smaak van een voedingsmiddel wel voldoende bepaalbaar is voor auteursrechtelijke bescherming. Het HvJ EU oordeelt van niet, en voert daarvoor twee redenen op, namelijk (a) dat de menselijke smaakperceptie te subjectief en variabel is en (b) dat thans de technische middelen voor smaakbepaling ontbreken. Beide argumenten roepen vragen op en verdienen daarom afzonderlijke bespreking.

(a) Subjectiviteit en variabiliteit van de smaakperceptie

Allereerst beargumenteert het HvJ EU dat de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van de smaak van een voe-

dingsmiddel onvoldoende bepaalbaar zijn, omdat de identificatie ervan ‘hoofdzakelijk [berust] 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.’³⁵ Het HvJ EU stelt daar tegenover werken die in zijn ogen wél een nauwkeurige en objectieve uitdrukking vormen, zoals letterkundige werken, schilderijen, muziekstukken of films. Het HvJ EU suggereert hiermee dat door waarneming van dergelijke werken – het lezen, bekijken of beluisteren ervan – wél voldoende nauwkeurig en objectief kan worden bepaald wat de auteursrechtelijk relevante bestanddelen zijn, terwijl dit door waarneming van de smaak van een voedingsmiddel – het proeven ervan – niet (goed) mogelijk zou zijn.

De strekking van dit argument is helder, maar de onderbouwing ervan ondeugdelijk. Het is weliswaar zo dat smaakbeleving en smaakervaring kunnen variëren naargelang de leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiegewoonten van degene die het betrokken product proeft, maar dat zegt op zichzelf niets over de identificatie van smaak in vergelijking met andere werken. Hetzelfde kan immers worden gezegd over de beleving en ervaring van bijvoorbeeld muziek, die ‘ook niet steeds gelijk is en afhangt van de luisteraar en zijn gevoeligheid’.³⁶ De subjectiviteit van de perceptie, en de daaraan inherente verscheidenheid aan beoordeling, is dus bij de waarneming van ieder type werk aan de orde.³⁷ Om dezelfde reden is ook het argument dat smaakbeleving en smaakervaring afhankelijk zijn van de omgeving en context waarin het product wordt geproefd niet overtuigend. De omgeving en context zijn immers evenzeer van belang voor de beleving en ervaring van bijvoorbeeld muziek, literatuur en films.³⁸

Waar het HvJ EU waarschijnlijk op doelt, maar wat het nalaat om te zeggen, is dat bij smaak de duidelijke ‘natuurlijke contouren’ ontbreken, die doorgaans wel bestaan bij een roman, schilderij of muziekstuk en die de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van dergelijke werken voldoende nauwkeurig bepaalbaar maken.³⁹ Zo kunnen bij een roman de in woorden en zinnen uitgedrukte vorm, presentatie van onderwerp

31 S. van Gompel & E. Lavik, ‘Quality, merit, aesthetics and purpose: An inquiry into EU copyright law’s eschewal of other criteria than originality’, *RIDA* no. 236 (april 2013), p. 100-295.

32 Conclusie A-G Wathelet in zaak C-310/17 (*Levola/Smilde*), vn. 31: ‘Indien de nauwkeurige en objectieve identificatie van een werk niet mogelijk is, is de beoordeling van de oorspronkelijkheid ervan evenwel evenmin mogelijk.’

33 HR 30 mei 2008 (*Zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*), r.o. 4.5.2: ‘Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen.’

34 Maar zie: E. Derclaye, ‘Copyright law does not protect the taste of cheese’, *CLA blog*, 3 December 2018; en M. De Vroey, ‘Kan het “Heksenkaas”-arrest worden gesmaakt?’, *IEF* 18106, 16 november 2018, die menen dat het HvJ EU wél een vastleggingsvereiste introduceert.

35 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), r.o. 42.

36 Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 6 november 2001, Zaak C-273/00, ECLI:EU:C:2001:594 (*Sieckmann*), par. 26, die daaraan toevoegt: ‘De persoon die de boodschap ontvangt, is per slot van rekening een individu met zijn eigen ervaringen en zijn unieke waarnemingsvermogen.’

37 Vgl. ‘Hoogleraar neurowetenschappen Iris Sommer: “De buitenwereld is geen objectieve werkelijkheid”’, *de Volkskrant* 18 november 2018, <<https://www.volkskrant.nl/wetenschap/hoogleraar-neurowetenschappen-iris-sommer-de-buitenwereld-is-geen-objectieve-werkelijkheid-~b207e0c1/>>.

38 Zie ook De Vroey, *op. cit.*, die benadrukt dat al deze elementen verband houden ‘met uitwendige factoren en de *persoonlijke beleving* van een voorwerp, eerder dan met hoe het voorwerp wordt *waargenomen*.’

39 P.B. Hugenholtz, annotatie bij HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), *Ars Aequi* 2006, p. 824.

en taalgebruik vrij nauwkeurig worden vastgesteld. Hetzelfde geldt voor de in kleuren, contrasten, lijnen en omtrekken uitgedrukte vorm, inscenering van onderwerp, schilderwijze en palet van een schilderij. En ook de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van een muziekstuk zijn vrij eenvoudig te kennen uit de partituur of de (eventueel door een deskundige toevoerder in de vorm van bladmuziek te noteren) muzikale uitvoering.⁴⁰ Over smaak kunnen we daarentegen alleen communiceren in algemene termen: we kunnen enigszins de “kleur” van smaak duiden door te verwijzen naar de emoties, beelden en herinneringen die de smaak bij ons oproept of door deze te vergelijken met herkenbare (kenmerken van) natuurlijke smaken.⁴¹ Ook kunnen we ons een oordeel vormen of de smaak van een voedingsmiddel ons bevalt. Maar niets van dit alles resulteert in een nauwkeurige en objectieve bepaling van smaak.

In *Sieckmann* verklaart A-G Ruiz-Jarabo Colomer deze verschillen door te wijzen op het onderscheid tussen de zintuigen. Hij merkte daarover op: ‘In de neurofysiologie maakt men gewoonlijk onderscheid tussen “mechanische” en “chemische” zintuigen. De eerste groep bestaat uit de tastzin, het gezichtsvermogen en het gehoor, die alle drie gemakkelijk te vatten zijn omdat zij aan het begrip vorm (“gestalthaft” – “lo propio de la forma”) beantwoorden en op relatief objectieve wijze kunnen worden beschreven. De karakterisering van de laatste groep, de smaak- en de reukzin, is daarentegen problematischer, omdat precieze richtsnoeren voor de omschrijving van hun inhoud ontbreken.’⁴² Dit betekent niet dat de “mechanische” zintuigen in staat zijn om een object feilloos waar te nemen. Ook het gezichtsvermogen, het gehoor en de tastzin hebben hun beperkingen.⁴³ Door de ontvanger in staat te stellen om vormen te onderscheiden maken deze zintuigen – anders dan de smaakzin en de reukzin, die deze karakteristiek ontberen – het evenwel mogelijk om een object min of meer, althans in voldoende mate, objectief en nauwkeurig te identificeren.⁴⁴ Dit is anders bij smaak, dat zich door onze zintuigen niet of nauwelijks objectief en nauwkeurig laat bepalen – althans, daar zijn we niet genoeg in getraind.⁴⁵ Omdat we onvoldoende kunnen duiden of verbeelden (laat staan verwoorden of anderszins communiceren) wat smaak is, is het ook niet mogelijk om eventuele auteursrechtelijk relevante bestanddelen ervan voldoende nauwkeurig en objec-

tief vast te stellen. Dit argument komt echter niet terug in het arrest van het HvJ EU.

(b) Ontbreken van technische middelen voor smaakbepaling

Een tweede argument waarom op een smaak geen auteursrecht kan bestaan, vindt het HvJ EU in de overweging dat ‘het bij de huidige stand van de ontwikkeling van de wetenschap niet mogelijk [is] om met technische middelen de smaak van een voedingsmiddel nauwkeurig en objectief te identificeren, waardoor die smaak kan worden onderscheiden van de smaak van andere producten van dezelfde aard.’⁴⁶ Enkele commentatoren van het arrest menen dat het HvJ EU hiermee de deur op een kier houdt voor auteursrechtelijke bescherming van smaken.⁴⁷ De technieken om smaken te identificeren kunnen immers evolueren, waardoor een nauwkeurige en objectieve smaakbepaling in de toekomst wellicht wel mogelijk wordt.⁴⁸

Het blijft natuurlijk speculeren aan welke technieken het HvJ EU denkt om smaakbepaling te faciliteren (een voor de hand liggende gedachte zijn coderingsystemen voor smaken) en of die technieken in staat zullen zijn om de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van smaak voldoende nauwkeurig en objectief te identificeren. Los hiervan blijft het twijfelachtig of een dergelijk op technische identificatie van smaak gebaseerd systeem kan worden gerealiseerd binnen het huidige juridisch kader. Omdat autoriteiten, particulieren en marktdeelnemers het object van auteursrechtelijke bescherming duidelijk en nauwkeurig moeten kunnen bepalen,⁴⁹ zal op een of andere manier een verband moeten worden gelegd tussen het object (de smaak van een voedingsmiddel) en de technische identificatie daarvan. Te denken valt bijvoorbeeld aan een coderingscode op de verpakking van het voedingsmiddel, een “smaakpaspoort” of een inschrijving in een smaakregister.⁵⁰ Maar dat zou betekenen dat het object van bescherming niet langer kenbaar is uit de uitdrukking van het “werk” zelf, wat *Levola/Smilde* wel lijkt te vereisen. Bovendien zou elke technische identificatieverplichting, ongeacht of die wordt geëffectueerd door een coderingscode, smaakpaspoort of smaakregistratie, op gespannen voet staan met het formaliteitenverbod uit de Berner Conventie,⁵¹ indien die feitelijk als voorwaarde wordt gesteld voor

40 J.H. Spoor, annotatie bij HR 16 juni 2006 (*Kecofal/Lancôme*), NJ 2006/585, par. 3.

41 Vgl. Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer in Zaak C-273/00 (*Sieckmann*), par. 28: ‘Het oog onderscheidt niet alleen kleur, maar ook vormen; met de reukzin kan men daarentegen alleen de “kleur van de geur” waarnemen, nimmer zijn “gedaante”.’

42 *Id.*, par. 25.

43 *Id.*, par. 26-27 (en de daar aangehaalde literatuur).

44 *Id.*, par. 26-28.

45 ‘Onze levensstijl bepaalt of we woorden hebben om geuren aan te duiden’, de *Volkscrant* 19 januari 2018, <<https://www.volkscrant.nl/wetenschap/onze-levensstijl-bepaalt-of-we-woorden-hebben-om-geuren-aan-te-duiden-b3161485/>>, waarin wordt gesteld dat de wijze waarop we

onze subjectieve perceptie onder woorden brengen mede is bepaald door cultuur en levensomstandigheden.

46 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), r.o. 43.

47 Zie o.a. Derclaye 2018, *op. cit.*; en E. Coche, “‘Hommage au fromage’ or how the CJEU said farewell to Heks’nkaas by excluding copyright protection for works of taste”, Kluwer Copyright Blog, 5 December 2018.

48 Conclusie A-G Wathelet in zaak C-310/17 (*Levola/Smilde*), par. 57.

49 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), r.o. 41.

50 Dit laatste wordt gesuggereerd door B. Spiegeler & E. van Knobelsdorff, ‘Heksenkaas: auteursrecht zonder smaak’, IEF 18131, 30 november 2018.

51 Art. 5 lid 2 BC, dat op basis van art. 9 lid 1 TRIPs-Overeenkomst en art. 1 lid 4 WIPO Auteursrechtverdrag ook rechtstreekse werking heeft in de context van deze verdragen.

auteursrechtelijke bescherming van smaak.⁵² Het idee dat het object van bescherming door technische middelen zou kunnen worden geïdentificeerd is dus niet goed doordacht en lijkt eerder een *slip of the tongue* van het HvJ EU dan een navolgbare suggestie.

Relevantie voor andere werken

In *Levola/Smilde* formuleert het HvJ EU voor het eerst een tweeledige werktoets, die naast oorspronkelijkheid ook een voldoende nauwkeurige en objectieve bepaalbaarheid van het “werk” vereist. Dit heeft tot gevolg dat enige nadere afbakening van het auteursrechtelijk domein mogelijk is op het niveau van het object.⁵³ Het HvJ EU illustreert dit door de smaak van voedingsmiddelen (vooralsnog) categorisch uit te zonderen van auteursrechtelijke bescherming.⁵⁴ De vraag is nu wat dit arrest betekent voor andere werksoorten.

Allereerst natuurlijk voor geurwerken. Houdt het *Lancôme/Kecofa*-arrest na *Levola/Smilde* stand? Het antwoord daarop is: waarschijnlijk niet. In elk geval volstaat het niet langer om te zeggen dat auteursrechtelijke bescherming toekomt aan elk oorspronkelijk voortbrengsel dat ‘vatbaar is voor menselijke waarneming’, zoals de Hoge Raad dat in *Lancôme/Kecofa* nog formuleerde.⁵⁵ Smaakwerken zijn immers voor menselijke waarneming vatbaar, maar niet beschermd. Dit criterium zou in het licht van *Levola/Smilde* opnieuw geformuleerd kunnen worden als ‘door menselijke waarneming bepaalbaar’ (of iets in deze trant).⁵⁶ Ook de overweging van de Hoge Raad dat een geur auteursrechtelijk kan worden beschermd, ongeacht de ‘omstandigheden dat de eigenschappen van het menselijk reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stellen en dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt’,⁵⁷ is niet langer houdbaar. Uit *Levola/Smilde* volgt nu eenmaal dat de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van een object voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar dienen te zijn. Als deze lijn wordt doorgetrokken zal

waarschijnlijk ook geen auteursrechtelijke bescherming meer kunnen bestaan op de geur van een parfum,⁵⁸ hoewel we dat pas zeker weten als het HvJ EU daarover heeft geoordeeld. Evenmin als smaak laat geur zich immers gemakkelijk beschrijven,⁵⁹ ook al bestaan er uiteraard verschillen tussen de smaakzin en de reukzin en tussen geuren en smaken als zodanig.⁶⁰ Is hiermee het hoofdstuk van auteursrecht op parfums en smaakwerken voorgoed gesloten? Dat is onduidelijk. Wellicht zullen producenten in de toekomst nog trachten om auteursrecht op de receptuur van parfums of voedingsmiddelen in te roepen. Zoals gezegd 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.⁶¹ 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.⁶²

Daarnaast is de vraag of de eis van een voldoende nauwkeurige en objectieve bepaalbaarheid van het object voldoende ruimte laat voor andere werken, zoals televisieformats, werken van hedendaagse kunst en werken van toegepaste kunst. Al deze werken zijn visualiseerbaar, en dus in zekere zin bepaalbaar, maar in het algemeen zal toch gelden dat, hoe onduidelijker de uitdrukkingvorm en hoe abstracter het werk is, hoe eerder er twijfel zal bestaan wat precies de bestanddelen zijn waarin de eigen intellectuele schepping van de maker tot uitdrukking komt. Dit geldt met name voor werken die, naast een minimale expressie, sterk rusten op onbeschermd ideeën, trends, stijl, techniek en functionaliteit. Daar komt bovenop dat ook een oorspronkelijke combinatie van op zichzelf onbeschermd elementen auteursrechtelijk beschermd is, zoals de Hoge Raad in de *Stokke*-arresten heeft bepaald.⁶³ Dit maakt het lastig om

52 S. van Gompel, *Formalities in Copyright Law: An Analysis of their History, Rationales and Possible Future*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, Ch. 5. Hier is duidelijk sprake van een situatie waarin, in strijd met art. 5 lid 2 BC, het genot en de uitoefening van auteursrechtelijke bescherming is onderworpen aan een externe modaliteit. Zonder technische identificatie blijft het object immers onbepaald en dus per definitie zonder bescherming; met technische identificatie wordt wel aan het vereiste van bepaalbaarheid voldaan en zou het object, mits voldoende oorspronkelijk, auteursrechtelijke bescherming genieten. Alleen als het object buiten de reikwijdte van het assimilatiebeginsel van art. 5 lid 1 BC zou vallen, wat twijfelachtig is, nu het duidelijk om auteursrechtelijke bescherming draait en het HvJ EU bovendien aanhaakt bij het kader van de Berner Conventie, de TRIPs-Overeenkomst en het WIPO Auteursrechtverdrag, zou het formaliteitsverbod niet van toepassing zijn (*id.* p. 168). Dit betekent niet dat een door de rechter gegeven bewijsopdracht aan de eiser om door middel van een omschrijving te onderbouwen of een object voldoet aan de eisen voor auteursrechtelijke bescherming, ook contra dat verbod is. Nationale procedurele vereisten vallen immers buiten het formaliteitsverbod (*id.* p. 183).

53 Er is dus niet langer sprake van een auteursrecht op ‘alles’ wat voldoende oorspronkelijk is. Vgl. P.B. Hugenholtz, ‘Auteursrecht op alles’, *NJB* 2008/333.

54 HvJ EU C-310/17 (*Levola/Smilde*), dictum.

55 HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2.

56 Het HvJ EU suggereert weliswaar dat een louter door de techniek bepaalbaar object de toets ook zou kunnen doorstaan, maar om eerdergenoemde redenen lijkt dat juridisch gezien niet mogelijk.

57 HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2.

58 Zie De Vroey 2018, *op. cit.*; Spiegeler & Knobelsdorff 2018, *op. cit.*; en Dijkman 2019, *op. cit.*, p. 86, die wel wat voorzichtiger is en de mogelijkheid om geuren auteursrechtelijk te beschermen niet volledig uitsluit.

59 Zie o.a. Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer in Zaak C-273/00 (*Sieckmann*), par. 25-28.

60 M. van Tiel, ‘Smaakbescherming in optima forma: over de juridische bescherming van smaak’, *IER* 2018/23, die evenwel concludeert dat, ongeacht enkele verschillen, de zintuigen intrinsiek gelijk zijn.

61 P.B. Hugenholtz, ‘Recept, gerecht en auteursrecht’, in: D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser (red.), *Intellectuele eigenaardigheden. Opstellen aangeboden aan Mr. Theo R. Bremer*, Deventer: Kluwer 1998, p. 175-179. Zie ook: European Copyright Society 2018, *op. cit.*, par. 15-16.

62 HvJ EU 22 december 2010, Zaak 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.

63 HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, *AMI* 2013, afl. 5, nr. 8, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2013/50, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *NJ* 2013/502 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2.

nauwkeurig en objectief te identificeren wat het object van bescherming is.⁶⁴

Maar zijn dit niet gewoonweg problemen die inherent zijn aan de genoemde werken? Mijns inziens verandert *Levola/Smilde* namelijk niets in de vaststelling of een object in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming. In de praktijk moest de rechter, voordat hij de oorspronkelijkheid van een werk kon toetsen, altijd al (voldoende nauwkeurig en objectief) vaststellen in welke bestanddelen de eigen intellectuele schepping van de maker tot uitdrukking kwamen. De bepaalbaarheidseis brengt hierin geen verandering, maar creëert hooguit een extra grond voor de rechter om werken waarvan de auteursrechtelijk relevante bestanddelen onvoldoende bepaalbaar zijn, in een vroeg stadium te weigeren.

Besluit

Het HvJ EU wijst auteursrecht op smaak af op een grond, die mijns inziens legitiem is. Smaak is naar zijn aard onvoldoende nauwkeurig en objectief bepaalbaar om object van bescherming te kunnen zijn. Het belangrijkste argument dat het HvJ EU hiervoor aanvoert, namelijk dat de smaakperceptie te subjectief en variabel is, is evenwel ongeschikt, omdat dit evengoed geldt voor andere werken. Beter had het HvJ EU kunnen vaststellen dat, gezien de verschillen die er bestaan tussen de zintuigen, er gradaties zijn in de waarneembaarheid van werken en in ons vermogen om deze waarnemingen eenduidig (zonder verschillen) te communiceren. Dit zou ook beter aansluiten bij de door het HvJ EU zelf geformuleerde bepaalbaarheidseis. Die vereist immers niet een totale en zuivere identificatie van een “werk”, maar bepaalt slechts dat de auteursrechtelijk relevante bestanddelen van

een voortbrengsel *voldoende* nauwkeurig en objectief moeten kunnen worden vastgesteld. Door het vermogen in abstracte zin om vormen te onderscheiden zijn het gezichtsvermogen en het gehoor daartoe beter in staat dan de smaak- en reukzin. Dit zou daarom een betere verklaring zijn voor het onderscheid dat het HvJ EU wil maken tussen de bepaalbaarheid van literatuur, kunst, muziek en films en die van smaak.

Sommige commentatoren hadden misschien liever gezien dat het HvJ EU een wat principiëler standpunt had ingenomen en auteursrecht op smaak had afgewezen op wetssystematische of domein-gerelateerde gronden,⁶⁵ waartoe de prejudiciële vragen van Hof Arnhem-Leeuwarden ook aanleiding gaven. Dit zou echter een uitvoeriger maatschappelijk debat verdienen dan in de rechtszaal kan worden gevoerd en is dan ook eerder de taak van de wetgever, in dit geval de Europese wetgever, dan het HvJ EU. In de tussentijd gaat het HvJ EU onverstoort verder met zijn uitleg van het werkbegrip en in *Levola/Smilde* resulteert dat, behoudens de incorrecte argumentatie over de subjectiviteit van de perceptie, in een alleszins begrijpelijke uitspraak. Door naast de oorspronkelijkheidseis een bepaalbaarheidseis te introduceren, houdt het HvJ EU weliswaar vast aan het bekende abstracte werkbegrip, maar beoogt het tevens meer rechtszekerheid te creëren over het object van auteursrechtelijke bescherming. De uitsluiting van smaak (en mogelijk ook geur) van auteursrechtelijke bescherming illustreert dit. Het werkbegrip krijgt hiermee net wat meer tanden om het auteursrechtelijk domein op het niveau van het object af te bakenen, zonder de bescherming van traditionele werken in gevaar te brengen en zonder de deur op slot te gooien voor de bescherming van nieuwe typen werken in de toekomst.

64 Dijkman 2019, *op. cit.*, p. 86. Vgl. A.A. Quaedvlieg, 'Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang', *AMI* 2015, afl. 2, p. 29-37 (p. 31), die al een voorzet geeft op het bepaalbaarheidsvereiste door te beargumenteren dat een oorspronkelijke combinatie van onbeschermd elementen 'alleen dan een auteursrechtelijk beschermde trek [moet] opleveren als die combinatie een voldoende

bepaalbaar, afzonderlijk element oplevert waarin men de persoonlijke stempel van de maker terugvindt'.

65 Dergelijke gronden worden vaak naar voren gebracht in de discussies over auteursrechtelijke bescherming van geuren en smaken. Zie o.a. de annotaties van Spoor (*NJ* 2006/585, par. 15) en Hugenholtz (*Ars Aequi* 2006, p. 822-823) bij HR 16 juni 2006 (*Kecofal/Lancôme*) en Grosheide 2015, *op. cit.*, par. 5 en 7.