

## Nr. 8 Heksenkaas

Rechtbank Gelderland 10 juni 2015  
Zaaknummer/rolnummer C/05/272772/HA ZA 14-603  
172/635/115/538

Vonnis van 10 juni 2015 in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
LEVOLA HENGLO B.V., gevestigd en kantoorhoudende te  
Hengelo, eiseres, advocaten mr. S.A. Klos en prof. mr. A.A.  
Quaedvlieg te Amsterdam, procesadvocaat mr. F.A.M. Knüppe te  
Arnhem,**

tegen

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
SMILDE FOODS B.V. gevestigd en kantoorhoudende te Heeren-  
veen, gedaagde, advocaten prof. mr. T. Cohen Jehoram en mr.  
drs. R.M. Sjoerdsma te Amsterdam.**

Partijen zullen hierna Levola en Smilde genoemd worden.

### 1. De procedure

[...]

### 2. De feiten

2.1. Levola is het moederbedrijf van een groep bedrijven die actief is op het terrein van productie en verhandeling van verse levensmiddelen.

2.2. Smilde is een producent van levensmiddelen, ie zij onder eigen merk en onder private labels op de markt brengt. Smilde levert haar producten aan supermarktketens als Albert Heijn, Jumbo, Lidl en Aldi.

2.3. In 2007 heeft Dennis Voerman, een groente- en versproducten detailhandelaar, een product (een smeerdip met roomkaas en verse kruiden) gecreëerd. Dit product heeft hij in zijn winkel met de door hem bedachte naam Heksenkaas te koop aangeboden tijdens Halloween.

2.4. Omdat het product Heksenkaas een groot succes was, is de productie en verkoop voortgezet en heeft Voerman medio 2010 het woordmerk Heksenkaas gedeponeerd.

2.5. Voerman heeft in 2011 een overeenkomst met Levola gesloten, waarin hij alle (intellectuele eigendoms-)rechten met betrekking tot het product Heksenkaas aan Levola heeft overgedragen. In ruil hiervoor ontvangt Voerman een royaltyvergoeding gerelateerd aan de te behalen omzet door de verkoop van het product Heksenkaas. In de overeenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

#### Artikel 2 Overdracht Auteursrecht

2.1 Voerman draagt hierbij het volledige en exclusieve auteursrecht met betrekking tot de receptuur, de bereidingswijze en de smaakzintuiglijke kenmerken van het Product over aan Levola voor de volledige duur van dit auteursrecht.

2.2 De in lid 1 bedoelde overdracht is onbeperkt en omvat daarom alle aan het auteursrecht verbonden bevoegdheden die voor overdracht vatbaar zijn, nu en in de toekomst, waaronder begrepen de bevoegdheid tot exploitatie in alle denkbare vormen en op alle denkbare wijzen.

(...)

2.6. Levola heeft het product aanvankelijk via een van haar al bestaande vennootschappen, Zuivelhoeve B.V., geïntroduceerd, maar vervolgens de vennootschap Heksenkaas B.V. opgericht, die de productie en verhandeling van het product Heksenkaas ter hand heeft genomen krachtens een daartoe van Levola verkregen auteursrechtelijke licentie. Levola heeft de naam Heksenkaas veranderd in Heksenkaas, in lijn met haar Boeren Yoghurt-lijn (hierna wordt steeds gesproken over Heksenkaas, waarmee dus (ook) wordt bedoeld Heksenkaas).

2.7. In 2012 werd het product Heksenkaas landelijk geïntroduceerd. In 2013 werden via supermarkten vier miljoen 200 gram-verpakkingen Heksenkaas verkocht en werd in totaal 1,1 miljoen kilogram Heksenkaas geproduceerd.

2.8. Op 10 juli 2012 is het octrooi voor de werkwijze voor het vervaardigen van het Heksenkaas product verleend.

2.9. Heksenkaas B.V. heeft in december 2012 onder meer aan Smilde (en andere producenten van levensmiddelen, die mogelijk het product zouden willen nabootsen) een memorandum gestuurd, waarin Heksenkaas B.V. haar voornemen aankondigt om het auteursrecht op de smaak van het product Heksenkaas te handhaven.

2.10. Sinds januari 2014 produceert Smilde het product Witte Wievenkaas voor supermarktketens Aldi, die in Nederland meer dan 500 filialen heeft.

### 3. Het geschil

3.1. Levola vordert dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Voor recht verklaart dat de smaak (waarbij "smaak" wordt verstaan als de totale door consumptie van een voedingsmiddel veroorzaakte impressie op de smaak zintuigen met inbegrip van het met de tastzin waargenomen mondgevoel) van het product – dat onder licentie van Levola door Heksenkaas B.V. wordt verhandeld voorzien van de productaanduiding "smeerdip met roomkaas en verse kruiden", het merk Heksenkaas en de typeaanduiding "origineel" – een eigen intellectuele schepping is van de maker van de smaak en mitsdien als "werk" in de zin van artikel 1 van de Auteurswet (hierna: Aw) de bescherming van het auteursrecht geniet,

2. Voor recht verklaart dat de smaak (waarbij "smaak" wordt verstaan als de totale door consumptie van een voedingsmiddel veroorzaakte impressie op de smaak zintuigen met inbegrip van het met de tastzin waargenomen mondgevoel) van het product dat Smilde produceert en verhandelt voorzien van de productaanduiding "kruidendipsaus met frisse roomkaas" en het teken "Witte Wievenkaas" een verveelvoudiging is van de smaak (waarbij "smaak" wordt verstaan in de hiervoor omschreven zin) van het product – dat onder licentie van Levola door Heksenkaas B.V. wordt verhandeld voorzien van de productaanduiding "smeerdip met roomkaas en verse kruiden" het merk Heksenkaas en de typeaanduiding "origineel".

3. Smilde beveelt op straffe van verbeurte van een dwangsom te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op de auteursrechten van Levola met betrekking tot het werk als bedoeld onder 1.,

4. Smilde beveelt op straffe van verbeurte van een dwangsom te staken en gestaakt te houden de productie, inkoop, verkoop, aanbidding of andere verhandeling van het product voorzien van de productaanduiding "kruidendipsaus met frisse roomkaas" en het teken "Witte Wievenkaas".

5. Smilde veroordeelt om op straffe van verbeurte van een dwangsom binnen 21 dagen na betekening van dit vonnis een door een onafhankelijke registeraccountant – op basis van een zelfstandig door die registeraccountant te verrichten onderzoek – gecertificeerde verklaring te verstrekken aan de raads-

man van Levola, vergezeld van alle relevante documenten ter staving van die verklaring, betreffende:

- a. De totale hoeveelheid van het inbreukmakende product dat Smilde heeft geproduceerd
  - b. De totale hoeveelheid van het inbreukmakende product dat Smilde heeft verkocht,
  - c. De gerealiseerde verkoopprijs voor de totale hoeveelheid van het inbreukmakende product dat Smilde heeft geproduceerd,
  - d. De totale brutowinst en de totale nettowinst die Smilde heeft behaald met de verhandeling van de totale hoeveelheid inbreukmakend product,
6. Smilde veroordeelt om binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis de door haar genoten nettowinst af te dragen aan Levola,
7. Smilde veroordeelt om aan Levola te vergoeden het totale bedrag van de door Levola geleden schade als gevolg van het inbreukmakend handelen van Smilde, op te maken bij staat en te vereffenen als volgens de wet, en
8. Smilde veroordeelt in de volledige door Levola gemaakte kosten van deze procedure inclusief advocaatkosten, dan wel een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten die Levola heeft gemaakt als bedoeld in artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

3.2. Levola legt – kort gezegd – aan haar vorderingen ten grondslag dat Smilde met het door haar op de markt gebrachte product Witte Wievenkaas op de smaak van het product Heksenkaas zodanig nabootst dat sprake is van een inbreuk op het aan Levola toegekende auteursrecht dat volgens Levola op die smaak van Heksenkaas rust. De vorderingen zijn hierop gebaseerd, althans vloeien daaruit voort.

3.3. Smilde voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. Levola stelt zich op het standpunt dat Smilde door de productie en verhandeling van het product Witte Wievenkaas, voorzien van de productaanduiding Kruidendipsaus met frisse roomkaas dat volgens Levola een smaak heeft die identiek is aan, althans naar de totaalindruk overeenstemt met de smaak van het product Heksenkaas, inbreuk maakt op het volgens Levola aan haar toegekende auteursrecht op de smaak van het product Heksenkaas. Levola doet daarbij een beroep op het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 2006, IER 2006, 54 (Lancôme/Kecofa), waarin is overwogen dat een geur in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming en dat daarvoor beslissend is of het gaat om een voortbrengel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Volgens Levola is dit arrest van toepassing op de onderhavige zaak en kan ook de maak als zodanig (en niet de stoffen die de smaak teweegbrengen) voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Het gaat daarbij om de concreet met de smaakzintuigen waarneembare impressies die door de combinatie van stoffen wordt opgeroepen, waarbij het werk de waarneembare smaak is en irrelevant is in welk mengsel van stoffen (de receptuur) de smaak (het werk) wordt belichaamd. Levola verwijst tevens naar het arrest van het Europese Hof van Justitie van 16 juli 2009, C-5/08 (Infopaq), waarin is geoordeeld dat werken voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen indien zij voldoen aan het vereiste dat zij een eigen intellectuele schepping zijn. Voerman heeft bij het scheppen van de smaak van het Heksenkaas product hoogst persoonlijke subjectieve keuzes gemaakt, zodat het resultaat daarom een persoonlijk stempel draagt. Het persoonlijke stempel kan worden vastgesteld door de waarneming van het werk zelf (het product proeven).

Levola verwijst tot slot naar een rapport van de heer dr. P.R. Klosse, deskundige op het gebied van smaak en smaakbeleving, van 14 november 2014, die de smaak van de producten Heksenkaas en Witte Wievenkaas heeft vergeleken en tot de conclusie is gekomen dat de subjectieve persoonlijke keuzes zoals die kenbaar zijn uit de smaak van het Heksenkaas product te herkennen zijn in de smaak van het Witte Wieven product van Smilde, waardoor de smaken nagenoeg identiek zijn, althans in ieder geval zodanig naar hun totaalindruk overeenstemmen.

4.2. Smilde heeft zich verweerd. Haar primaire standpunt luidt dat al zouden de smaken auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten het Heksenkaas product de beschermingsdrempel niet haalt, althans dat Levola niet heeft gesteld en bewezen dat de smaak van het product Heksenkaas zo origineel is dat deze voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Subsidiair voert Smilde aan dat ook als smaken auteursrechtelijk beschermd zouden kunnen worden en de smaak van Heksenkaas de beschermingsdrempel zou halen, de totaalindrukken van de smaak van Heksenkaas en die van Witte Wievenkaas dermate verschillen dat niet kan worden gesproken van een verveelvoudiging in de zin van artikel 13 Aw. Meer subsidiair stelt Smilde zich op het standpunt dat smaken geen auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten, omdat het Lancôme/Kecofa-arrest geen geldend recht meer is doordat het auteursrechtelijke werkbegrip sindsdien Europees is geharmoniseerd en evident is dat smaken niet (kunnen) vallen onder dat werkbegrip, alsook omdat – ervan uitgaande dat het Lancôme/Kecofa-arrest nog wel geldend recht zou zijn – de overwegingen van de Hoge Raad inzake de mogelijke auteursrechtelijke bescherming van geurcombinaties zich niet laat toepassen op smaken, althans niet op de smaak van het product Heksenkaas.

4.3. Vooropgesteld wordt dat een werk om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming de uitdrukking dient te vormen van de eigen intellectuele schepping van de maker daarvan, dat wil zeggen dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter dient te bezitten en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen. De eis dat het voortbrengsel het persoonlijke stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake dient te zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes en die aldus het voortbrengsel is van de menselijke geest.

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

4.5. Levola heeft nog aangevoerd dat de textuur en het waarnemen van de smaak van het product Heksenkaas niet te beschrijven zijn en dat de rechtbank de smaak zelf dient te ervaren door het product Heksenkaas te proeven. De rechtbank kan Levola hierin niet volgen. Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen (los van de vraag of smaak auteursrechtelijk kan worden beschermd), dient de partij die zich op de bescherming van het auteursrecht op een bepaald werk beroept te stellen waarom, althans wat maakt dat haar werk beschermd dient te worden. Alleen op deze manier kan bij een eventuele inbreukprocedure worden beoordeeld of de beweerdelijke inbreukmaker zijn werk aan een eerder bestaand werk heeft ontleend. Daarnaast scheidt een (voorafgaande) omschrijving of afbeelding van het werk (in dit geval de smaak van het product Heksenkaas) duidelijkheid voor derden (potentiële concurrenten), die daar rekening mee kunnen

houden bij het produceren van een/hun werk. Het is niet aan de rechtbank, zoals Levola heeft gesteld, om het product te proeven en de smaak ervan te beschrijven. Nog daargelaten dat – los van het voorgaande – het beoordelen of aan smaak (van een product als Heksenkaas) al dan niet auteursrechtelijke bescherming kan worden toegekend, alsook of smaken overeenkomen of aan elkaar ontleend zijn, ook praktische problemen oplevert. Smilde heeft daartoe aangevoerd dat de smaak van een product (als Heksenkaas en Witte Wievenkaas) varieert onder meer naar gelang hoe oud het product is, hoe lang het is blootgesteld aan de lucht, op welke temperatuur het product wordt genuttigd, wanneer het product tijdens het houdbaarheidsstraject wordt genuttigd en dat de smaakbeleving per persoon (bijvoorbeeld een deskundige of een gemiddelde consument) door wie het product wordt geproefd, verschilt.

4.6. Wat hier verder ook van zij, de rechtbank kom, zoals hiervoor reeds is overwogen, niet aan de beantwoording van de vraag toe of (de) smaak (van het product Heksenkaas) auteursrechtelijke bescherming verdient, nu Levola niet heeft gesteld welke elementen of combinatie van elementen van de smaak van het Heksenkaas product leiden tot het vereiste eigen oorspronkelijke karakter en het persoonlijke stempel. De overige stellingen van Levola behoeven dan ook geen nadere bespreking.

4.7. Het voorgaande leidt ertoe dat de vorderingen van Levola worden afgewezen.

4.8. Levola zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Smilde heeft in dat kader verzocht over te gaan tot veroordeling van Levola in de integrale gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten conform artikel 1019Rv.

(...)

## 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Levola in de proceskosten, aan de zijde van Smilde tot op heden begroot op € 20.608,- te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt Levola in de na dit vonnis ontstane kosten (...)

(...)

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.W. Huijgen, voorzitter, en mr. D.T. Boks en mr. G.J. Meijer, rechters en in het openbaar uitgesproken op 10 juni 2015.

## Noot

M.R. de Zwaan

Mr. M.R. de Zwaan is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.

**Heks'nkaas: onbeschrijflijke smaak verdient geen bescherming**  
Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen<sup>1</sup>

### Inleiding

De smaak 'Patatje Joppie' won in 2010 de 'Maak de smaak'-competitie van chipsfabrikant Lay's. Het originele recept van Annie's Snackbar uit Glanerbrug is gekocht door *Elite Salades & Snacks* B.V. uit Neede die ook houder is van het merk 'Joppiesaus'. Patatje Joppie is bezig aan een zegetocht door de vaderlandse snackbars. In 2012 werd het product Heksenkaas landelijk geïntroduceerd. Heksenkaas werd gecreëerd door groenteboer Dennis Voerman (nomen est omen), 'een gedreven persoonlijkheid uit Haaksbergen'.<sup>2</sup> In 2013 werden vier miljoen heksenkaasjes verkocht. *How little did he know* toen Bernt Hugenholz in *Recept, gerecht en auteursrecht* schreef: 'Aan auteursrechtelijke bescherming tegen 'nakoken' lijkt nauwelijks behoefte te bestaan'.<sup>3</sup> Toegegeven, hij dacht in zijn beschouwing aan Braakhekke en Bocuse en niet aan de nog niet ontdekte goudmijnen van Glanerbrug en Haaksbergen.

De huidige fabrikant en merkhouder van de Heks'nkaas, Levola, weet beter en zag hoe 'nakoker' Smilde Foods bijna € 90.000,- aan proceskosten besteedde om zich (voorlopig met succes) Levola van het lijf te houden. Of dit geld goed besteed is geweest, moet nog blijken nu de rechtbank om proceseconomische redenen de beantwoording van de – naar haar zeggen – kernvraag, te weten of smaak auteursrechtelijk kan worden beschermd, in het midden laat omdat Levola heeft nagelaten feitelijk te beschrijven of aanschouwelijk te maken wat de voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komende vereiste elementen van de smaak van het product Heksenkaas zijn (r.o. 4.4). Levola stelt dat een beschrijving niet mogelijk is en dat de rechtbank de Heksenkaas moet proeven. De rechtbank, ook zonder zichtbare verwijzing naar Hans en Grietje, Sneeuw witje of zelfs Eva's appel, weigert het heksenrecht te proeven, laat staan door te slikken (r.o. 4.5).

Hoe kon Levola in het enge bos vol praktische valstrikken en dogmatische valkuilen verdwalen? Waarom kwam de heks nooit aan op de kaasmarkt? Laten wij de weg teruglopen en kijken waar het misging; waarom probeerde zij een smaakmonopolie te vestigen, met alle monumentale moeilijkheden van dien, wanneer zij slechts een kaasje tegen namaak wilde behoeden?

*De totale door consumptie van een voedingsmiddel veroorzaakte impressie op de smaakzintuigen met inbegrip van het met de tastzin waargenomen mondgevoel*

Inzet van het geschil was om een stokje te steken voor de productie door Smilde Foods van het product Witte Wieven kaas dat via 500 filialen van supermarktketen Aldi aan de man wordt gebracht. Levola had zich in 2011 het auteursrecht laten overdragen met betrekking tot 'de receptuur, de bereidingswijze en de smaakzintuiglijke kenmerken' van de Heksenkaas. In de procedure vordert zij een verklaring voor recht dat de smaak van Heksenkaas een eigen intellectuele schepping is van de maker van de smaak en derhalve een werk en dat de smaak van Witte Wievenkaas een veelvoudiging is van de smaak van Heksenkaas. In de gevraagde verklaring voor recht wordt het begrip smaak verduidelijkt tot 'de totale door consumptie van een voedingsmiddel veroorzaakte impressie op de smaakzintuigen met inbegrip van het met de tastzin waargenomen mondgevoel' (r.o. 3.1). De argeloze lezer zal zich bij een dergelijke omschrijving afvragen wat hier aan de hand is; waarom zou je bij, laten we zeggen, een vergelijkbare vordering m.b.t. een muziekstuk een verklaring voor recht verlangen dat 'de totale door het luisteren naar een muziekstuk veroorzaakte

1 L. Wittgenstein, *Logisch-philosophische Abhandlung. Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2001 (zevende en laatste stelling).

2 'Dennis Voerman: groenteboer', Notaris Wiechers (<http://www.hetnotaris kantoor.nl/dennis-voerman-groenteboer>).

3 P.B. Hugenholz, '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.

impressie op het gehoor' een auteursrechtelijk beschermd werk is? Of bij een vervalsing van een schilderij (ik houd het heel klassiek) dat 'de totale door het aanschouwen van het schilderij veroorzaakte impressie op het gezichtsvermogen' een werk is? Zowel de insteek als de formulering van de vordering zijn, kortom, intrigerend.

De formulering van de overdracht van het auteursrecht en de formulering van de gevraagde verklaringen voor recht, wekken de indruk alsof er bij Levola onzekerheid bestond over de afbakening van het auteursrechtelijke domein (wat wordt beschermd door het auteursrecht en opzichte van andere rechten en belangen en wanneer wordt een werk, binnen dat domein, auteursrechtelijk beschermd?) en over de vraag wat het rechtsobject is; wat is de schepping die bescherming geniet? Is het de receptuur, de bereidingswijze, de smaak? Of is het een combinatie, of geen van drie, voeg ik er nog als onzekerheden aan toe.

#### *Het auteursrechtelijke domein*

Is die onzekerheid begrijpelijk en ook terecht? Wanneer bescherming wordt gevraagd van een geur of smaak prikkelt dat onmiddellijk de vraag naar de afbakening van het auteursrechtelijke domein; moet het auteursrecht wel een smaak of geur beschermen? Er is een indrukwekkende stroom aan publicaties waarin de zorg over het uitdijende intellectuele eigendomsrecht wordt geuit; van 'het voortstommelende treintje van de IE' van Koopmans en 'de gestage groei van merk, werk en uitvinding' van Spoor tot het 'auteursrecht op alles' van Hugenholtz.<sup>4</sup> Op het gebied van het auteursrecht heeft deze wetenschappelijke bezorgdheid de uitdijng echter niet kunnen vermijden. De rechtspraak trekt zich weinig aan van een 'externe afbakening van het auteursrecht' en laat zien dat droprecepten, parfums, kinetische stroomschema's en NEN normen auteursrechtelijk beschermd (kunnen) zijn.<sup>5</sup> Wanneer de voorgelegde schepping de werktoets doorstaat (de eigen intellectuele schepping, getuige de gemaakte creatieve keuzes), wordt een exclusief auteursrecht toegekend, zonder scrupules over de afbakening van het auteursrechtelijke domein tot andere intellectueel eigendomsrechtelijke domeinen en tot andere rechtsgebieden zoals het mededingingsrecht en de informatievrijheid.<sup>6</sup> Je mag aldus veilig concluderen dat de eventuele zorg van Levola dat een beroep op smaakbescherming zou sneuvelen omdat de rechter het beschermen van smaak buiten het auteursrechtelijke domein zou kunnen achten, niet heel groot hoefde te zijn.

#### *Het rechtsobject*

Relevanter dan de zorg over de grenzen van het auteursrechtelijke domein is de vraag naar het rechtsobject; wat is nu eigenlijk het werk? Is het werk de receptuur, de bereidingswijze of de smaak, of nog iets anders, bijvoorbeeld het kaasje zelf? In het vonnis wordt vermeld dat op 10 juli 2012 een octrooi werd verleend voor de werkwijze, zodat bij de aan Levola overgedragen rechten alleen nog het recept en de smaak als rechtsobjecten voor auteursrechtelijke bescherming lijken te restereren.

Over de bescherming van een recept als werk is de wetenschap verdeeld.<sup>7</sup> Ook de Hoge Raad wilde er in het Lancôme-arrest niet van weten; dezelfde geur zou met uiteenlopende geurstoffen kunnen worden gecreëerd zodat het recept niet het eigenlijke werk kon zijn.<sup>8</sup> Spoor beargumenteert in zijn noot bij het arrest echter overtuigend dat als je al voor auteursrechtelijke bescherming zou moeten opteren, de receptuur (vanwege zijn bepaalbaarheid) en niet de geur als het object van bescherming moet worden aangewezen. De geur is een 'sensorische gewaarwording' die ontstaat bij de waarnemer. Het is niet het werk (hetgeen hij heeft gemaakt), maar hetgeen hij heeft willen bewerkstelligen.<sup>9</sup> De Hoge Raad dacht er, zoals gezegd, anders over en oordeelde dat een geur een auteursrechtelijk beschermd werk kan zijn nu de opsomming van werken in artikel 10 Aw niet limitatief is, de geurcombinatie vatbaar is voor menselijke waarneming en deze een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (r.o. 3.3.2).

Hoewel de Hoge Raad bij zijn oordeel bedwelmd leek door het ontzag voor de onmiskenbare creatieve arbeid van de parfumeur, vormt deze erkenning door de Hoge Raad van de geur als werk de meest waarschijnlijke verklaring (vermoedelijk versterkt door de grootse commerciële vooruitzichten van een mogelijk monopolie op een zintuigelijk effect) voor de insteek van Levola om voor recht te doen verklaren dat de smaak het auteursrechtelijk beschermde werk is. Levola deed hetzelfde met succes bij het vragen van verlot aan de Haagse voorzieningenrechter voor het leggen van een bewijsrechtelijk beslag: 'Gelet op het arrest Lancôme/Kecofa is voorshands voldoende aannemelijk dat er auteursrecht op een smaak kan rusten', aldus de voorzieningenrechter.<sup>10</sup> Maar dit door de Hoge Raad ingegeven, door Levola ingefluisterde en door de voorzieningenrechter gehonoreerde verlangen om pardoes een smaak als zodanig auteursrechtelijk te monopoliseren, vond bij deze bodemrechter niet onmiddellijk gehoor.

#### *Stelplicht, proefplicht en de maatman*

De rechtbank kwam niet toe aan de beantwoording van de kernvraag naar de beschermbaarheid van de smaak als werk, maar leek daar weinig happig op, mede vanwege de door gedaagde aangevoerde praktische problemen die het beoordelen van de smaak zou oproepen (r.o. 4.5). Smilde Foods wees onder meer op de instabiliteit van de smaak die immers mede door de leeftijd, temperatuur en duur van blootstelling aan de buitenlucht van het product wordt bepaald en op het subjectieve karakter van de smaakbeleving die per persoon, door wie het product wordt geproefd, zal verschillen. Deze praktische bezwaren zijn begrijpelijk, maar belichamen ook dogmatische onvolkomenheden die in andere inbreukzaken met hetzelfde gemak als het appèl op het in acht nemen van het auteursrechtelijke domein door de rechter worden genegeerd. Definieert de rechter bijvoorbeeld ooit de auteursrechtelijke maatman bij het aanleggen van de werktoets? Om het belang van een maatman in te zien, hoef je niet het voorbeeld te kennen van de werkster die per ongeluk het kunstwerk 'onopgeruimde Studio' van Damien Hirst bij het grof vuil zette,

4 T. Koopmans, 'Minimonopolies', *RM Themis* 1983, 342; J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990; P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht op alles', *NJB* 2008, 333.  
5 Rb. Breda 18 december 1990, *BIE* 1992, 13, *Informatierecht/AMI* 1992, 1 m.nt. E.J. Dommering (*Droprecept*); HR 16 juni 2006, *IJN* AU8940, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *AA* 2006, 11 m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2006, 5 m.nt. A.A. Quaadvlieg (*Lancôme/Kecofa*); HR 24 februari 2006, *NJ* 2007, 37 (*Technip/Goossen*); HR 22 juni 2012, *AMI* 2013, 1, m.nt. M.H. Elferink, *AA* 2013, 10, m.nt. R.J.B. Schutgens (*NEN-Normen*).  
6 Rb. Leeuwarden 14 september 1991, *NJ* 1992, 332; Concl. A-G D.W.F. Verkade bij *Lancôme/Kecofa*, ov. 5.7-5.8; J.H. Spoor, annotatie bij *Lancôme/Kecofa* par. 18-19; A.A. Quaadvlieg, annotatie bij *Lancôme/Kecofa*; F.W. Grosheide, 'Heksentoer', *IER* 2015, 28, p. 208.  
7 E.A. Mout-Bouwman, 'De auteursrechtelijke bescherming van culinaire recepten', *Informatierecht/AMI* 1989, 3; E.J. Dommering, annotatie bij: Rb. Breda

18 december 1990, *AMI* 1992, 1 (*Droprecept*). Dommering en Mout-Bouman voelden wel voor de bescherming van het recept als werk en van het gerecht als gewijzigde openbaarmaking hiervan. Hugenholtz daarentegen wees in zijn bijdrage aan de Bremer-bundel de auteursrechtelijke bescherming van een culinair recept af, 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. In zijn noot bij het Lancôme arrest achtte hij ook de receptuur voor een geur iets voor het octrooi-rechtelijke domein; P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht op (de geur van een) parfum', *Ars Aequi* 2006, 11, p. 823.  
8 HR 16 juni 2006, *IJN* AU8940, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *AA* 2006, 11 m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2006, 5 m.nt. A.A. Quaadvlieg (*Lancôme/Kecofa*), r.o. 3.3.2.  
9 J.H. Spoor, annotatie bij: HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, par. 3.  
10 Vzr. Rb. Den Haag 13 januari 2015, *IEF* 14767, r.o. 2.2.



of de overijverige schoonmaker die de 'Fettecke' van de ook al wereldberoemde Joseph Beuys wegpoetste. Niet voor niets constateerde Hugenholtz in zijn dissertatie dat het ontbreken van een maatman de bepaling van het auteursrechtelijke domein verhindert.<sup>11</sup> Over dogmatiek gesproken. En lezen wij ooit iets over de lichtval of leeftijd of andere omstandigheden die bij variatie stellig van invloed zijn op de door de rechter waargenomen vorm van een werk waarvoor bescherming wordt ingeroepen? Moet de beschermde vorm onder alle omstandigheden dezelfde zijn? Ga er maar eens aanstaan bij een ijssculptuur. De praktische vragen die Smilde Foods opwierp, haken aan bij theoretische hiaten of op zijn minst kwetsbare plekken in het auteursrecht.

*Zonder beschrijving kom je nergens*

Terug nu naar het pad dat Levola door het sprookjesbos van de smaakbescherming moest leiden. De tak die de heks, onderweg naar de kaasmarkt, niet zag aankomen en die haar van haar bezem veegde, was het ontbreken van een *beschrijving* van de smaak. In de woorden van de rechtbank: 'welke elementen of combinatie van elementen van de smaak van het Heksenkaas product [die zouden] leiden tot het vereiste eigen, oorspronkelijke karakter en het persoonlijke stempel' (r.o. 4.4, 4.6). Levola had in de procedure volstaan met het uitspreken van de toverspreuk dat de smaak een werk was dat voldoet aan de vereisten van auteursrechtelijke bescherming en met de stelling dat de rechtbank het oorspronkelijke karakter en persoonlijke stempel maar moest ervaren door de kaas te proeven omdat de smaak onbeschrijfelijk zou zijn.

Met het achterwege laten van een beschrijving kon je zelfs bij de Hoge Raad niet aankomen. In de Lancôme-procedure werd de in het geding zijnde geur omschreven als 'een combinatie van onder meer de frisse bloemgeur van witte rozen en lelietjes-van-dalen, versterkt door de poederachtige geur van iris, abrikozenbloesem en heliotroop en met een achtergrond van amber, sandelhout en musk' (arrest hof r.o. 4.12.1). Bij een dergelijke beschrijving voel je de raadsheren in hogere sferen raken.

Het is niet eens meer de vraag of het wel verstandig was van Levola om zich niet te wagen aan een smaakbeschrijving. Levola had misschien wel aan haar stelplicht voldaan, maar stellig niet aan de basiswet van de communicatie, te weten dat je de beschermde

vorm onder woorden moet brengen om de ander, in dit geval de rechter, te informeren en te overtuigen. Ook hier zou je kunnen spreken van een praktisch bezwaar, maar ook hier kun je aan dat praktische bezwaar moeiteloos theoretisch-dogmatische klachten koppelen. De vereiste rechtszekerheid komt in het gedrang wanneer door middel van een beschrijving het werk niet eenduidig en ondubbelzinnig kenbaar is. Uiteraard zijn woorden niet de meest nauwkeurige instrumenten – daarvoor hebben we het inzicht van de oudere Wittgenstein, noch de in het Sieckmann-arrest opgedane wijsheid met betrekking tot de vereiste duidelijkheid en ondubbelzinnigheid van het te registreren merkrecht nodig. Een blik op de beschrijving van de Trésor geur is voldoende om te beseffen dat een gang naar de parfumerie met deze omschrijving u stellig niet met het beoogde flesje parfum naar huis zal doen gaan.<sup>12</sup>

*Kaasontwerp is het werk*

Tja, vrij naar de filosoof; *Muss man denn schweigen, wenn man davon nicht (klar) zu sprechen weiss?*<sup>13</sup> Dat lijkt mij de dood in de pot voor de advocatuur en misschien zelfs wel voor de rechtspraak. Ik denk dat ik als Levola gewoon de lat wat lager had gelegd en onbevangen was begonnen aan mijn wandeling naar de kaasmarkt, met het inroepen van de bescherming als werk van de vormgeving van de kaas, niet van een smaak. Past dat voedingsmiddel als 'verbruiksvoorwerp' immers niet moeiteloos tussen de werkcategorieën van artikel 10, tussen de werken van toegepaste kunst, om maar eens wat te noemen. Wanneer men bij het claimen van auteursrechtelijke bescherming niet de smaak, maar de vormgeving van de kaas vooropstelt, worden de bezwaren van de te globale omschrijving van de smaakkenmerken sterk gereduceerd. Men moet zich slechts realiseren dat de smaak onderdeel is van de totale vormgeving, van het ontwerp van de kaas en dat de combinatie van de smaakeigenschappen met de overige vormgevingselementen (zoals in beginsel de driedimensionale vorm, de kleur en de geur) de kaas zijn individuele en originele karakter verschaffen. Dat er, te midden van de functionele en/of banale elementen van een kaas, meer dan voldoende vormgevingsruimte bestaat om de eigen intellectuele schepping tot uitdrukking te kunnen brengen, veronderstel ik even vanzelfsprekend als de roem van de grote koks en parfumeurs die zij danken aan de creativiteit waarmee zij smaken en geuren hebben weten te ontwikkelen.

11 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Amsterdam University Press 1989, p. 66.

12 De in het Sieckmann-arrest geformuleerde criteria die vervuld moeten worden bij de weergave van een merk ['duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief'] spreken voor zichzelf en worden overgenomen in de considerans (13) bij het voorstel van 8 juni 2015

tot beschikking van de Merkenrichtlijn ['in a manner which is clear, precise, self-contained, easily accessible, intelligible, durable and objective'].

13 In zijn voorwoord bij *Tractatus Logico-Philosophicus* vat Wittgenstein zijn boek als volgt samen: 'Man könnte den ganzen Sinn des Buches etwa in die Worte fassen: Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen.' L. Wittgenstein, *Logisch-philosophische Abhandlung. Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2001.