

Hof van Justitie
Prejudiciële zaak C-310/17

Prejudiciële procedure ex artikel 267 VWEU

SPREEKAANTEKENINGEN PLEITZITTING

Zijdens Smilde

i n z a k e:

SMILDE FOODS B.V.,

gevestigd te Heerenveen,
geïntimeerde in het hoger beroep in de hoofdzaak,

Advocaten: prof.mr. T. Cohen Jehoram en
mr. S.T.M. Terpstra

t e g e n:

LEVOLA HENGELO B.V.,

gevestigd te Hengelo,
appelante in het hoger beroep in de hoofdzaak,

Advocaten: mr. S.A. Klos, mr. J.A.K. van den Berg en
mr. A. Ringnalda

Edelhoogachtbaar college, mijnheer de President, mijnheer de Advocaat-Generaal,

1 Inleiding

1. “Over smaak valt niet te twisten”, luidt een oud Nederlands gezegde (dat zijn evenknie kent in vele verschillende talen).
2. Daarmee wordt niet bedoeld dat over smaak niet van mening te verschillen is. Er worden juist verhitte debatten over gevoerd. Wat wél wordt bedoeld, is dat dergelijke meningsverschillen niet op een objectieve manier te beslechten zijn. Het Engelse '*there is no accounting for taste*', of het Franse '*les goûts n'ont pas de valeur*' zijn dus zuiverder uitdrukkingen. En dat raakt de kern van de vragen die nu ter beantwoording voorliggen.
3. Ik wil me vandaag niet richten op de juridische fijnzinnigheden van de zaak – die zijn in de schriftelijke stukken al uitgebreid aan bod gekomen – maar op het grotere plaatje. Daaruit komen de antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen namelijk al op een natuurlijke en vanzelfsprekende wijze naar voren.
4. Als de antwoorden op de vragen in de praktijk absurd en onwenselijk blijken te zijn, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat de juridische redenering die daaraan ten grondslag ligt (hier: een *per analogiam*-

redenering), niet de juiste is. Dat geldt te meer als een alternatieve wijze van uitleg (hier: een teleologische en *a contrario* uitleg) wél tot gewenste en werkbare antwoorden leidt.

2 Het auteursrechtelijke werkbegrip is geharmoniseerd

5. We leefden aanvankelijk – tot 2009, toen het *Infopaq*-arrest¹ werd gewezen – in de overtuiging dat er in de onderhandelingen tussen de lid-staten destijds geen overeenstemming bereikt kon worden over de in de auteursrechtlijn op te nemen originaliteitsdrempel. Deze blijkt toch geharmoniseerd, via de band van het databankenrecht. Die moest ook wel Europees geharmoniseerd zijn, want een verschillende monopoliedrempel zou de interne markt verstoren en dat voorkómen, daar is de hele harmonisatie-exercitie nu juist om begonnen.
6. Diezelfde marktverstoring dreigt als er geen harmonisatie zou bestaan voor wat er onder de het auteursrecht beschermd kan zijn. Het verbaasde dan ook niet dat uw Hof zich (in de gevoegde zaken Premier League en Murphy) vrij achtte te oordelen dat om het even welke sportwedstrijd (inclusief voetbalwedstrijd) van auteursrechtelijke bescherming is uitgesloten.

¹ HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq I*).

7. Een verschillend werkbegrip in verschillende lid-staten kan ertoe leiden dat bepaalde voedings- of drankproducten wél vrij verhandeld kunnen worden in bijvoorbeeld Duitsland en Spanje (als die landen ervoor kiezen smaak buiten de bescherming van het auteursrecht te houden), maar dat diezelfde producten tegengehouden zouden kunnen worden aan bijvoorbeeld de Nederlandse grens (als daar wél auteursrecht op smaak aanvaard zou worden). Dat doet vanzelfsprekend afbreuk aan de grondgedachte van de harmonisatie op het gebied van het auteursrecht.

3 Auteursrechtelijke bescherming van smaken moet worden afgewezen, want (i) het past niet in het systeem, (ii) de drager ervan is te instabiel en (iii) smaak is te subjectief

8. Smaak past niet in het wettelijk auteursrecht-systeem. Hoe kan men alleen al een smaak 'mededelen aan het publiek'? En dat terwijl dit een kernbegrip is in het auteursrecht. Als een potje smeerdip in de koeling staat of door iemand gekocht wordt, wordt daarmee de smaak nog niet meegedeeld. De uitleg van zo'n geharmoniseerd kernbegrip uit het auteursrecht is niet mogelijk zonder ook een oordeel te vellen over wat een te communiceren werk kan zijn (zo ook uw Hof in Infopaq). Denk hier bijvoorbeeld ook aan het verhuren of uitlenen van smaken, of uitzonderingen als de citaatexceptie. Bij smaken zijn deze eenvoudig niet

toe te passen. Het wettelijk systeem laat dus geen smaken toe.

9. Als dat zo is, dan moeten we ook niet proberen smaak in dat systeem te *persen* -aansluitend op de beeldspraak van Mr Klos- als een ongeduldig klein kind met zijn houten speelgoed, die een vierkant blokje met veel geweld door een rond gaatje probeert te duwen.
10. Het betoog van Levola komt er kort gezegd op neer dat – hoewel de wetgever auteursrecht op smaak niet heeft voorzien – het tóch in het systeem gedrukt moet worden, omdat het tot stand brengen van een smaak creatief kan zijn. Daarmee miskent men echter dat een smaak alleen al te instabiel en subjectief is om voor een dergelijke bescherming in aanmerking te komen. Het tegenargument luidt dan dat ook auditief en/of visueel waarneembare werken subjectief gewaardeerd worden. Dit is een drogredenering, en wel om verschillende redenen.

Smaak kent geen stabiele drager

11. Er zijn om te beginnen geen stabiele dragers van smaak, die een objectieve weergave kunnen garanderen, dit in tegenstelling tot de werken die de wetgever voor ogen gestaan hebben bij het schrijven van de wetteksten.
12. Smaak hangt bijvoorbeeld af van ouderdom; het Heks'nkaas-product wordt zuur voordat het bederft.

Koken is scheikunde zei mijn moeder altijd al. En de chemische reacties eindigen niet wanneer een gerecht uit de pan komt, zo kan elke kok u uitleggen. Werken van Rodin zien er na 125 jaar echter nog precies hetzelfde uit, net als de gedichten van Baudelaire. En wie weet met zekerheid wat een rechter, die oordeelt in een smaakzaak, bij het schrijven van zijn vonnis geproefd heeft?

13. De smaak van voedsel hangt vervolgens ook af van de omgevingstemperatuur. Gekookte spruitjes smaken warm heel anders dan koud. Mozart klinkt bij 40 graden echter nog steeds hetzelfde als bij min 10.
14. Smaakbeleving hangt af van luchtvochtigheid en klimaat. Hetzelfde glas wijn smaakt heel anders hoog in de bergen, aan zee, of in de heuvels van Toscane. De werken van Kafka hebben echter op elke hoogte exact dezelfde inhoud.
15. En zo kan ik nog even doorgaan, over wijze van verpakking, wijze van opdiening, het tijdstip van de dag waarop iets geconsumeerd wordt, invloed van de seizoenen, klimaat, breedtegraad waarop men zich bevindt, enz. enz.

Waarneming van smaak is te subjectief

16. Maar niet alleen het werk zelf is te instabiel en niet objectief vast te leggen. Dat geldt ook voor de manier waarop het werk wordt *waargenomen*.

17. Smaken zijn – zo is wetenschappelijk bewezen – verschillend voor elke proever, afhankelijk van factoren als: leeftijd (een kind proeft wat anders dan zijn ouders), lichamelijke gezondheid (iets smaakt anders als je een koudje onder de leden heb), of je rookt of niet, of je ongesteld of zwanger bent (de afwijkende eetpatronen daarbij zijn welhaast spreekwoordelijk), en hoe iets smaakt hangt zelfs af van of je een man of een vrouw bent.
18. Voor de goede orde: het waarderen van een werk is iets wezenlijk anders dan het waarnemen van een werk. Dat verschillende meningen mogelijk zijn over of iets mooi of lelijk is, of lekker of niet lekker, dat is duidelijk. Dat betreft het *waarderen*. Maar dat is iets anders dan dat het *waarnemen*, dat bij smaken telkens verschillend is van persoon tot persoon.
19. De waarneming kent bij smaken een verschillend startpunt bij verschillende personen, die geconfronteerd worden met een identieke smaak. De AD haringtest, friettest en oliebollentesten -welhaast cultureel erfgoed in Nederland, en die een objectieve smaakvergelijking pretendeerden- zijn net afgeschaft omdat er te veel verschil van mening mogelijk is. Het is daarmee dus ook niet mogelijk voor een rechter, om een objectief oordeel te vellen over de originaliteit van een smaak, of over de vraag of er te veel overeenstemming bestaat met een gelijke, maar niet identieke smaak. Dat is nogal wat, want het auteursrechtelijk monopolie dat gegeven zou worden,

en waar dus iedereen – ook degenen met een andere smaakbeleving – aan gebonden zou zijn, moet wel door zo'n rechter bepaald worden. Dat is niet alleen een hoogst onwenselijke, maar zelfs een onmogelijke situatie.

20. Daar komt dan vervolgens nog eens bij dat smaken zo moeilijk te definiëren zijn – Levola's vorderingen werden al eens afgewezen omdat zij de in het geding zijnde smaak niet kon definiëren – dat een rechter ook de grenzen van dat monopolie niet goed in een vonnis kan weergeven.
21. Overigens is het ook niet zo gek dat smaken zo subjectief beleefd worden. Wij zijn als mens nu eenmaal niet uitgerust of ingericht om met elkaar te communiceren door middel van smaak. Wij communiceren met beelden en/of geluiden. Zicht en gehoor worden niet voor niets onze *primaire* zintuigen genoemd: daarmee kunnen wij heel nauwkeurig de kleinste nuances waarnemen en interpreteren, en daar zijn we mee geboren. Voor *secundaire* zintuigen als smaak geldt dat niet; het is grof en volledig aangeleerd (in Thailand eet men dingen die zo scherp zijn dat wij ze onmiddellijk zouden uitspugen om brandwonden te voorkomen). En het auteursrecht ziet natuurlijk ook op intermenselijke communicatie, die nu eenmaal visueel en auditief plaatsvindt, en niet met smaak. Is dat dan 'zintuigdiscriminatie' zoals Levola verontwaardigd roept? Neen. Het maken van een niet

relevant onderscheid levert discriminatie op, maar het onderscheid is hier nu juist bij uitstek wèl relevant.

22. Dit is ook een reden dat "smaakwerken" niet genoemd zijn in de Berner Conventie of de Auteursrechtlijn, en dat de bepalingen daaruit niet aansluiten op situaties waarin smaak auteursrechtelijk beschermd zou zijn.
23. Smaken vallen daar zo evident buiten dat ze deze niet in de teksten zijn opgenomen. En denkt u dat kookkunst eind 19e eeuw niet gewaardeerd werd? Of dat de opstellers van de Auteursrechtlijn de goede restaurants van Brussel niet hebben kunnen waarderen? Natuurlijk wel. Maar dat was voor hen tóch geen aanleiding te voorzien in een auteursrechtelijke bescherming van smaken, juist om de zojuist genoemde redenen.
24. En het is natuurlijk ook geen toeval dat geen enkele rechter, in al die 28 lid-staten, of érgens ter wereld, ooit auteursrechtelijke bescherming van smaken heeft aangenomen. En dat sommige wettelijke systemen, zoals het Engelse, dat zelfs compleet uitsluiten. Dat is juridisch ook relevant. Art 31 lid 3 sub b van het Weens Verdragenverdrag -waarmee volkenrechtelijk gewoonterecht is gecodificeerd- leert dat de toepassing van een bepaling in de praktijk, een bron is voor uitleg van die bepaling.

25. Daar komt bij dat de Auteursrechtlijn rechtszekerheid beoogt. Dat andere richtlijnen met betrekking tot specifieke auteursrechtelijk beschermde werken geen andere eisen stellen dan originaliteit, is niet relevant. Die richtlijnen bepalen immers zelf al wat beschermd kan zijn. Bovendien gaat het daar ook steeds om visueel waarneembare en duidelijk definieerbare werken (zoals software/databanken/geschriften/muziek- of filmwerken).

4 Auteursrechtelijke bescherming van smaken is ook onwenselijk

26. De genoemde praktische bezwaren vertalen zich ook in juridische en maatschappelijke bezwaren. Het leidt in de praktijk tot het in de markt zwaaien met een vaag auteursrechtelijk monopolie. En dat is ook precies wat in deze zaak gebeurd is.
27. Het is dankzij dappere partijen als Smilde Foods, die staat voor haar principes, dat we zo ver gekomen zijn in deze procedure. Maar Levola heeft intussen wel alle marktpartijen die in Nederland met een prei-knoflooksmoordip-product op de markt kwamen, aangeblaft met een sommatiebrief [TONEN]. Op twee na namen deze het zekere voor het onzekere en lieten zich zo van de markt jagen. En dat terwijl de IE-kamer van de rechtbank Den Haag inmiddels in een parallelle procedure (tegen die ene andere partij die weerstand durft te bieden) geoordeeld heeft dat het

Heks'nkaas-product van Levola een volstrekt banale smaak heeft, en dus hoe dan ook niet de originaliteitsdrempel haalt los nog van de vraag of auteursrecht op smaak kan bestaan.

28. Het laat uitstekend zien hoe een vaag monopolie tot misbruik leidt. Wapperen met een auteursrecht waarvan niemand weet wat de omvang of grenzen zijn, zodat kleine bedrijven zich maar veiligheidshalve laten beperken. Dat wordt nog versterkt door de hoge proceskostenvergoedingen die in IE-zaken worden toegekend (ter illustratie: Levola claimde inmiddels in beide instanties vele tienduizenden euros aan proceskosten). Een paradijs voor grote bedrijven met diepe zakken, die zich zo eerlijke concurrentie van het lijf kunnen houden. Een paradijs ook voor IE-advocaten die weer een loot aan de stam van de exclusieve rechten zouden zien groeien. Maar een nachtmerrie voor de gezonde mededinging. Auteursrecht op smaak zou mensen onnodig bang maken en zo innovatie remmen in plaats van stimuleren.

5 Parallel met het merkenrecht

29. Hetzelfde probleem hebben we natuurlijk zien opdoemen in het merkenrecht. Dat heeft geleid tot de criteria uit de *Sieckmann*²- en *Für Elise*³-arresten: een

² HvJEG 12 december 2002, ECLI:EU:C:2002:748 (*Sieckmann*).

³ HvJEG 27 november 2003, ECLI:EU:C:2003:641 (*Für Elise*).

merkinschrijving moet duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief zijn. En diezelfde eisen gelden natuurlijk voor modellen. De enige reden voor het hanteren van deze criteria is dat derden, die op hun hoede moeten zijn voor de merkenmonopolies van anderen, moeten kunnen vaststellen wat de grenzen van dat monopolie zijn. Alleen zó kunnen zij aansprakelijkheden voorkomen. Precies hetzelfde geldt natuurlijk voor auteursrechtelijke monopolies: het moet voor derden voldoende duidelijk zijn wat de grenzen van de exclusieve rechten zijn. Dat kan goed bij werken die auditief en/of visueel waarneembaar zijn, omdat daar a) het beginpunt (het werk) stabiel is en uniform gecommuniceerd kan worden (onafhankelijk van plaats, tijd of externe factoren), en b) daar de waarneming niet zo sterk verschilt van persoon tot persoon en niet van moment tot moment.

30. Dit geeft ook het antwoord op de laatste vraag: nu Levola in deze zaak door de hoge mate van subjectiviteit en variabiliteit van smaak zelf al niet heeft kunnen aangeven of omschrijven waar haar monopolie nu precies zou beginnen of eindigen, kun je van een rechter ook niet verwachten dat hij of zij dat dan wél doet. Laat staan dat het voor partijen in de markt voldoende duidelijk is wat er voor hen vrij is en waarvan men zou moeten wegblijven.

CONCLUSIE

31. Kortom: (i) de opstellers van de Berner Conventie en van de Auteursrechtlijn hebben nooit in auteursrechtelijke bescherming van smaken voorzien, (iii) die wordt in de praktijk dan ook niet geboden, en dat terwijl dit ook niet tot problemen of wantoestanden leidt; eventuele verwarring wekken kan onder het ongeoorloofde mededingingsrecht opgelost worden, (iii) de wettelijke bepalingen zijn er ook niet passend voor, (iv) de vaagheid, subjectiviteit en variabiliteit van smaken zou leiden tot een ondefinieerbaar monopolie en (v) bij auteursrechtelijke bescherming zou de eerlijke mededinging beperkt worden. Auteursrechtelijke bescherming is hier onnodig en onwenselijk en het oordeel daarover is voor de interne markt en het geharmoniseerd auteursrecht ook een te belangrijke vraag om op nationaal niveau (mogelijk verschillend) te laten beantwoorden.
32. Over smaak valt niet te twisten, en laten we dat dan vooral ook niet in de rechtszaal gaan doen.

Ik dank u voor uw aandacht.

Deze zaak wordt behandeld door prof.mr. T. Cohen Jehoram en mr. S.T.M. Terpstra, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +31 20 577 1787, F +31 20 577 1775, E tobias.cohenjehoram@debrauw.com, syb.terpstra@debrauw.com