

## De blinde vlek in het Heksenkaas vs Witte Wievenkaas arrest

### HvJEU is blind voor discriminatieonderzoek

Er is al veel geschreven over het “Heksenkaas”-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”) van 13 november 2018 (Levola Hengelo BV tegen Smilde Foods BV).

Behalve tot veel woordgrappen – zie bijvoorbeeld boek9 (Over smaak valt niet te twisten, maar over clichés wel, B915578) – leidde dit arrest van het HvJEU tot nogal wat meer serieuze beschouwingen vanuit juridisch oogpunt. Zoals bijvoorbeeld de commentaren die te lezen waren op IE-Forum van Michaël De Vroey (BakerMcKenzie, Antwerpen, IEF 18106), Brigitte Spiegeler en Ernst van Knobelsdorff (Heffels Spiegeler Advocaten, Den Haag, IEF 18131), en Léon Dijkman (European University Institute, IEF 18121).

Mijn bijdrage aan de discussie over dit arrest gaat over de vraag of de smaak van een voedingsmiddel op enige verantwoorde manier valt te onderscheiden van een ander soortgelijk voedingsmiddel. Deze ‘hamvraag’ wordt door het HvJEU ontkennend beantwoord. Maar is dat wel terecht?

De kern van het arrest is, zoals bekend mag worden verondersteld, de stelling dat de smaak van een product niet op basis van een copyright kan worden beschermd, *“omdat het niet mogelijk is 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.”*.

Is de consequentie van het arrest louter dat er geen bescherming op basis van een copyright kan ontstaan, of zou er wellicht toch sprake kunnen zijn van het ongeoorloofd kopiëren van een intellectuele schepping (een specifieke receptuur met een door het relevante publiek te herkennen en te onderscheiden smaakbeleving) van de samensteller van het voedingsmiddel?

In Mr., website voor juristen, en overgenomen op IE-forum.nl (IEF 15040, schreef Dirk Visser in 2015 een bijdrage naar aanleiding van de uitspraak van de Gelderse rechtbank in de zaak van Heksenkaas. Hij stelde dat de rechter zelf had moeten proeven, want *“De vraag of een product voldoende creatief is om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen is altijd tamelijk subjectief, maar moet uiteindelijk door de feitenrechter worden beantwoord, bij voorkeur op basis van eigen waarneming.”*.

Het feit dat smaakervaringen subjectief zijn, dus van persoon tot persoon kunnen verschillen, betekent mijns inziens juist dat het ongewenst is de smaakbeoordeling door een min of meer toevallige persoon – in casu de rechter van dienst – te doen beoordelen.

De opvatting van Visser lijkt overigens te zijn gebaseerd op een uitspraak van de Hoge Raad der Nederlanden dat rechters zelf mogen proeven, gedaan in een zaak over de smaak van een sterke drank in verband met de accijns-tariefindeling: *“Voorts is voor het beoordelen van de organoleptische eigenschappen het instellen van een smaakpanel (van deskundigen) niet vereist, aangezien de rechter ook zelf proefondervindelijk tot een oordeel kan komen over de smaak, de geur en het uiterlijk van dranken”*.

Dit is echter in flagrante strijd met de taak van de rechter zoals die staat verwoord op de website van “de Rechtspraak”, ik citeer:

### **Geen persoonlijke mening**

*Een rechter schakelt zijn persoonlijke meningen altijd uit tijdens een rechtszaak. Hij kijkt puur naar de feiten, de wet en omstandigheden. Wat hij als privépersoon denkt, doet niet ter zake.* (<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Rechtspraak-in-Nederland/Rechters>)

De taak van een rechter is het toepassen van de wet, en daarbij houdt hij rekening met jurisprudentie, die hij kan gebruiken als richtlijn, maar waar hij ook van af kan wijken.

Het door de rechter inschakelen van de eigen mening lijkt mij echter een wel erg vrije vorm van het scheppen van jurisprudentie, vooral als de rechter de mogelijkheid heeft om deskundigen in te schakelen om hem te helpen in zijn feitenonderzoek.

Al in 2011 betoogden Gellaerts en ondergetekende in 'Juridisch marktonderzoek – haal de onderste steen boven!' (berichten industriële eigendom, januari 2011) dat andere disciplines dan de juridische, bijvoorbeeld marktonderzoek uitgevoerd onder het relevante publiek, een nuttige bijdrage kunnen leveren aan de rechtspraak, waardoor een uitspraak niet afhankelijk is van het min of meer toevallige oordeel van één rechter en zijn 'dienstbode'. Ik verwijs hiervoor naar de aloude verzuchting van Bodenhausen anno 1962 *“een feit is dat een rechtelijk gissing naar de publieke opinie onbevredigend is, indien er middelen zijn deze opinie beter te peilen”*. Zie ook mijn reactie op de eerdergenoemde opvatting van Visser in 2015 in IE-forum (IEF 15047).

Het recente “Heksenkaas”-arrest van het HvJEU laat zien dat er nog heel weinig lijkt te zijn veranderd, want ook het hoogste Europese rechtscollege meent op eigen gezag, zonder verwijzing naar een raadpleging van deskundigen, dat het bij de huidige stand van de wetenschap niet mogelijk is met behulp van *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 [ARREST VAN HET HOF (Grote kamer), 13 november 2018, zaak C- 310/17, Par. 43].

Ik ga nader in op met name de volgende drie punten uit het arrest van het HvJEU:

- A. Er zijn geen technische middelen voorhanden (HvJEU Par. 43);
- B. De smaak van een voedingsmiddel kan niet nauwkeurig en objectief worden geïdentificeerd (HvJEU Par 41 en 42);
- C. Omdat de smaak niet kan worden geïdentificeerd, kan deze niet worden onderscheiden van de smaak van andere producten (HvJEU Par 43).

Ad A.

Er zijn, zo stelt het HvJEU vast, geen technische middelen voorhanden om de smaak eenduidig te identificeren. Wellicht is dat het geval.

De AG HvJEU stelde in dit kader in zijn conclusie van 25 juli 2018:

*57. Gelet op de huidige stand van de techniek lijkt de nauwkeurige en objectieve identificatie van een smaak of geur evenwel op dit moment niet mogelijk. In dit verband wijst de Italiaanse regering erop dat smaak „[o]ndanks de verwoede inspanningen die de wetenschap tot op heden heeft geleverd om op ondubbelzinnige wijze de organoleptische eigenschappen van voedingsmiddelen te bepalen, [...] thans in wezen een kwalitatief element [is], dat hoofdzakelijk verband houdt met het subjectieve karakter van de smaakervaring. De organoleptische eigenschappen van voedingsmiddelen kunnen namelijk worden waargenomen en beoordeeld door de zintuigen, voornamelijk de smaak- en reukzin, maar ook de tastzin, op basis van de subjectieve ervaring van de impressies die het voedingsmiddel daarop veroorzaakt. Het is nog niet gelukt deze ervaringen objectief weer te geven.”(30) Ik sluit niet uit dat de technieken voor de nauwkeurige en objectieve identificatie van een smaak of geur in de toekomst kunnen evolueren, hetgeen de wetgever ertoe zou kunnen brengen op te treden en deze te beschermen door het auteursrecht of door andere middelen.*

Ad B.

Er wordt vastgesteld dat de smaak van een voedingsmiddel niet nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd. De AG HvJEU stelde in zijn eerdergenoemde conclusie ten aanzien van deze zaak onder meer:

58. *De mogelijkheid om de identificatie van een smaak toe te vertrouwen aan een rechter of aan een door hem aangewezen deskundige, zoals Levola suggereert in haar schriftelijke opmerkingen, neemt mijns inziens niet weg dat die identificatie(31) door de aard ervan een subjectieve aanlegenschap blijft.*

Ik ga er van uit dat beide constatering ad A en ad B terecht zijn.

Maar zelfs als dat zo is, dan betekent dat nog niet dat 'dus' ook ad C (de smaak van het ene product kan niet worden onderscheiden van andere producten) ook juist is. Ad B is géén noodzakelijke voorwaarde voor ad C!

De AG brengt in zijn conclusie overigens nog een andere argument naar voren, dat nauwkeurige en objectieve identificatie van smaken zou bemoeilijken:

60. *Dat smaken zelf vergankelijk, vluchtig en instabiel zijn, pleit evenwel mijns inziens tegen de nauwkeurige en objectieve identificatie ervan, en derhalve tegen de kwalificatie ervan als werken in de zin van het auteursrecht.*

Hier valt tegenin te brengen dat een van de essentiële kenmerk van een merkartikel nu juist de constante kwaliteit is. Dus ook een constante smaak. Constante kwaliteit kan niet bij alle producten van agrarische herkomst worden gegarandeerd, en dus ook niet voor alle kazen en kaasachtige producten, maar een merkartikel zonder constante is per definitie geen merkartikel. Dus er van uitgaande dat Heksenkaas en Witte Wievenkaas merkartikelen pretenderen te zijn, dienen zij constante kwaliteit te leveren.

De hamvraag waar het in dit arrest om draait, en het punt waarop ik van mening verschil met het HvJEU, is de vraag of het mogelijk is om op een verantwoorde manier vast te stellen of twee voedingsmiddelen op basis van hun smaak door consumenten (het relevante publiek), en dus niet door een rechter of een aantal rechters, al dan niet van elkaar kunnen worden onderscheiden. Of anders gezegd: is het mogelijk dat de consument de smaken al dan niet met elkaar kan verwarren.

Zelfs als de smaak van een voedingsmiddel niet op de een of andere 'technische' manier kan worden omschreven, zoals bijvoorbeeld in een octrooi, dan wil dat niet bij voorbaat zeggen dat niet op een andere verantwoorde wijze kan worden gedaan of de smaken van elkaar kunnen worden onderscheiden, of dat zij verwarrend veel op elkaar lijken, in de perceptie van het relevante publiek.

Ook bij bijvoorbeeld merknamen, logo's en verpakkingen, wordt voor het bepalen of er sprake is van eventuele verwarring niet de eis gesteld dat zij met 'technische' middelen nauwkeurig en objectief zijn geïdentificeerd. Ook daar gaat het meestal om de totaalindruk, zonder dat die in technische zin volledig is beschreven, als ware het een octrooi.

En waarom zou dit dan bij de smaak van een voedingsmiddel wel moeten geschieden? Waar het toch in essentie om gaat, is de vraag of de smaak van het ene voedingsmiddel te veel lijkt op die van het andere.

En als gesteld en onderbouwd kan worden dat de smaak van het ene voedingsmiddel door onder andere langdurig gebruik en groot marktaandeel is ingeburgerd, dan is er toch sprake is van ongerechtvaardigd voordeel trekken, als de smaak van het andere voedingsmiddel daar te sterk tegen aanleunt?

En of twee voedingsmiddelen verwarrend veel op elkaar lijken, kan met behulp van marktonderzoek worden vastgesteld.

Het type marktonderzoek dat hiervoor kan worden gebruikt is het zogenoemde 'discriminatie-onderzoek': onderzoek naar de vraag of er verschillen bestaan tussen producten. Het is een van zogenoemde 'verschiltesten' die bij sensorisch onderzoek (onderzoek naar smaak, geur, uiterlijk, mondgevoel, enz.) kunnen worden uitgevoerd. Sensorisch onderzoek kan enerzijds worden uitgevoerd met als testpersonen experts, dus getrainde ervaren proevers, of onder eindgebruikers, dus consumenten.

Een goed voorbeeld van een discriminatietest die in het geval van Heksenkaas en Witte Wievenkaas zou kunnen worden uitgevoerd, is de *Triangeltest*.

Aangezien het bij Heksenkaas en Witte Wievenkaas kennelijk alleen om het eventuele smaakverschil gaat, zullen in een dergelijke test maatregelen moeten worden genomen om er voor te zorgen dat andere en vermoedelijk niet-relevante variabelen zoals uiterlijk en kleur bij de beoordeling geen rol gaan spelen. Maar dat is zeer wel mogelijk.

In een Triangeltest krijgen de respondenten drie geanonimiseerde producten aangeboden, waarvan er twee gelijk zijn en het derde verschillend is. Zij moeten aangeven welk van die drie producten het afwijkende product is. Er is sprake van een gedwongen keuze situatie. Het aantal correcte antwoorden wordt vergeleken met het overeenkomstige getal uit een statistische tabel, met behulp waarvan kan worden nagegaan of er sprake is van een significante uitkomst met een bepaald waarschijnlijkheids- (zekerheids-)niveau, bijvoorbeeld 90%, 95% of 99%. In het marktonderzoek wordt meestal met 95% waarschijnlijkheid gewerkt.

Het HvJEU stelt onder Par 25 ad 1)c dat smaakervaring een subjectief karakter heeft. Dat lijkt mij onbetwistbaar. Indien echter voor de smaakervaring niet af wordt gegaan op het subjectieve oordeel van de rechter en het oor te luisteren wordt gelegd bij het relevante publiek, zoals toch gebruikelijk is bij IE-zaken, vindt een objectivering plaats.

Het is niet aan mij om te beoordelen of de vereisten die HvJEU onder Par 25 ad 2)c) noemt, namelijk dat de eisende partij (al dan niet mede) een omschrijving dient te geven van de creatieve keuzes in de smaakcompositie en/of de receptuur op grond waarvan de smaak als eigen intellectuele schepping van de maker kan worden aangemerkt, een *conditio sine qua non* zijn.

Maar dat er mogelijkheden zijn om vast te stellen of de smaak van het ene voedingsmiddel te veel, of verwarrend c.q. niet te onderscheiden veel, op de smaak van een ander voedingsmiddel lijkt [HvJEU punt 25 ad 2)d)], staat mijns inziens buiten kijf.

*NB: ondergetekende was en is niet op enigerlei wijze betrokken bij dit geschil.*

**drs Terry (D.W.F.) HÄCKER**

marktonderzoekadvies, -begeleiding & expert opinion  
specialisatie: merkenrechtelijk (IE) marktonderzoek

**Oud Ade, 8 februari 2019**