

ECLI:NL:RBDHA:2017:4384

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	03-05-2017
Datum publicatie	03-05-2017
Zaaknummer	C/09/486237 / HA ZA 15-428
Rechtsgebieden	Intellectueel-eigendomsrecht
Bijzondere kenmerken	Bodemzaak Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	IE. Geen auteursrechtelijke bescherming voor de smaak van Heksenkaas. Die smaak voldoet niet aan de werktoets. Aan de inbreukvraag komt de rechtbank niet toe.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/486237 / HA ZA 15-428

Vonnis van 3 mei 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

LEVOLA HENGELO B.V.,

gevestigd te Hengelo,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,
advocaat mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

EUROPEAN FOOD COMPANY B.V.,

gevestigd te Monster,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. H. Maatjes te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Levola en EFC genoemd worden. Voor Levola is de zaak inhoudelijk behandeld door mrs. S.A. Klos, J.A.K. van den Berg en A. Ringnalda, allen advocaat te Amsterdam. Voor EFC is de zaak behandeld door mr. Maatjes voornoemd en mr. D.H.S. Donk, advocaat te Amsterdam.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 23 februari 2015 met producties 1-9;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens houdende voorwaardelijke eis in reconventie van 20 mei 2015 met producties 1-9;
- de conclusie van repliek in conventie, tevens antwoord in voorwaardelijke reconventie, van 5 augustus 2015 met producties 10-12c;
- de conclusie van dupliek in conventie, tevens repliek in voorwaardelijke reconventie, van 14 oktober 2015 met producties 10-13 (inclusief kostenopgave);
- de conclusie van dupliek in voorwaardelijke reconventie van 25 november 2015;
- het tussenvonnissen van 16 december 2015 waarbij een comparitie van partijen is gelast, waarvan de datum nadien nader is bepaald op 7 juni 2016;
- de op 5 februari 2016 van EFC ontvangen aanvullende producties 14-16 (inclusief kostenopgave);
- de op 19 februari 2016 ontvangen kostenspecificatie van EFC (productie 17);
- de op 8 februari 2016 ontvangen akte van Levola met aanvullende productie 13 en een kostenopgave;
- de op 6 juni 2016 ontvangen aanvullende kostenspecificaties van Levola en van EFC (productie18);
- het proces-verbaal van de op 7 juni 2016 gehouden comparitie van partijen, en de daarbij door partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. Ten slotte is vonnis nader bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. Levola is actief op het terrein van de productie en verhandeling van verse levensmiddelen.
- 2.2. De heer [A] (hierna: [A]) verkocht sinds 2007 in zijn groentewinkel een roomkaas-product onder de naam Heksenkaas (hierna: Heksenkaas).
- 2.3. Op 21 juni 2011 hebben Levola en [A] een overeenkomst gesloten. In artikel 2.1. van deze overeenkomst staat dat [A] het volledige en exclusieve auteursrecht met betrekking tot de receptuur, de bereidingswijze en de smaakzintuiglijke kenmerken van het product Heksenkaas overdraagt aan Levola.
- 2.4. Levola heeft de productie en verhandeling van Heksenkaas onder het gelijknamige merk ondergebracht bij de door haar opgerichte vennootschap Heksenkaas B.V. Het product wordt verhandeld onder de naam HEKS'NKAAS (hierna verder steeds: Heksenkaas) en voorzien van de productaanduiding "smeerdip met roomkaas en verse kruiden" en de typeaanduiding "origineel".
- 2.5. EFC is een onderneming die zich bezighoudt met de ontwikkeling en distributie van voedingsmiddelen, waaronder kaas. Sinds het najaar van 2009 brengt zij het roomkaas-product 'Magic Cheese' op de markt in verschillende varianten, waaronder in de smaakvariant "Peterselie, prei, knoflook" (hierna: Magic Cheese).
- 2.6. Op 31 december 2014 heeft Levola bij deze rechtbank een verzoek ingediend voor het verkrijgen van verlot tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag onder EFC. In dit verzoekschrift stelt Levola dat EFC met het product Magic Cheese inbreuk maakt op het aan Levola toekomende auteursrecht op de smaak van Heksenkaas. Bij beschikking van 13 januari 2015 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank Levola verlot verleend tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag op bij EFC in het bezit zijnde bescheiden die informatie bevatten over het tot stand komen van (de smaak van) Magic Cheese.
- 2.7. EFC heeft Levola op 10 april 2015 gesommeerd mededelingen aan Albert Heijn te staken met de strekking dat Magic Cheese inbreuk zou maken op Heksenkaas.
- 2.8. Levola heeft de heer P.R. Klosse (hierna: Klosse) van het gastronomisch onderwijs instituut Academie voor Gastronomie gevraagd door middel van waarneming een oordeel te vormen over de vraag *'of de smaak van Heksenkaas als zodanig het resultaat is van subjectieve, door de maker van de smaak gemaakte, keuzes, zodat gezegd kan worden dat de keuzes die zijn gemaakt door de maker van de smaak "creatief" zijn, waardoor de smaak kan worden aangemerkt als een "intellectuele schepping".'* In het rapport van Klosse van 31 december 2014 waarin voornoemde vraag is opgenomen, staat voor zover relevant het volgende.

"(...)

24. Het product HEKSENKAAS heeft een zeer karakteristieke, naar mijn oordeel originele, buitengewoon creatieve, smaak die het resultaat is van het op een oorspronkelijke wijze bijeen brengen van basissmaken die tezamen meer creëren dan de som van de delen. Het resultaat van de combinatie van specifieke keuzes voor basissmaken, viscositeit, homogeniteit, consistentie, bijtgevoel en hechting van de productmassa in de mondholte, heeft de maker van het HEKSENKAAS product een product gecreëerd dat duidelijk de sporen draagt van de creatieve, vrije, en daarom persoonlijke keuzes die de maker heeft gemaakt bij het tot stand brengen van de smaak.

25. Die keuzes lagen niet van te voren vast op basis objectieve vereisten zoals bijvoorbeeld vereisten van techniek, regelgeving of zelfs traditie. De smeerdip is een bijzonder innovatief en versatiel nieuw type product dat vóór de introductie van HEKSENKAAS niet bestond. Voor de smaak daarvan bestond dus ook geen enkel objectief vereiste. Het soort van product dat de smeerdip die onder de naam "HEKSENKAAS" wordt verkocht is, kan natuurlijk in een oneindig aantal verschillende smaken worden geproduceerd.

26. Mijn conclusie is dat de persoonlijke creatieve keuzes van de maker in de smaak tot uiting komen.

Naar mijn oordeel is de smaak het resultaat van culinaire creativiteit

(...)

30. (...) De smaken [van Heksenkaas en Magic Cheese, toevoeging rechtbank] stemmen niet slechts "naar totaalindruk" overeen, de smaken zijn nagenoeg identiek. De verschillen zijn totaal te verwaarlozen. In ieder geval stemmen de smaken dus "naar totaalindruk" overeen. (...)"

2.9. In een procedure tussen Levola en Smilde Foods B.V. - producent van Witte Wievenkaas - heeft de rechtbank Gelderland bij vonnis van 10 juni 2015¹ de vorderingen terzake de door Levola gestelde inbreuk op het auteursrecht op de smaak van Heksenkaas afgewezen. De rechtbank heeft overwogen in r.o. 4.6 van dat vonnis dat zij niet aan de beantwoording van de vraag toekomt 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, oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel.

3 Het geschil

in conventie

3.1. Levola vordert samengevat dat de rechtbank, voor zover mogelijk 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 smaakzintuigen, met inbegrip van het met de tastzin waargenomen mondgevoel) van Heksenkaas 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 van Magic Cheese een verveelvoudiging is van de smaak van Heksenkaas;
3. EFC beveelt te staken en gestaakt te houden ieder inbreuk op de auteursrechten van Levola met betrekking tot het werk als bedoeld in sub 1;
4. EFC beveelt te staken en gestaakt te houden de productie, inkoop, verkoop, aanbidding of verdere verhandeling van Magic Cheese;
5. EFC veroordeelt om aan Levola een dwangsom te betalen van € 10.000,- voor ieder(e) dag(deel), waarop EFC in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan de in sub 3 en/of sub 4 gevorderde bevelen te voldoen of – ter keuze van Levola – voor iedere handeling die een overtreding van de in sub 3 en/of 4 gevorderde bevelen oplevert;
6. EFC veroordeelt om 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 raadsman van Levola, vergezeld van alle documenten ter staving van die verklaring, betreffende:
 - a. de totale hoeveelheid Magic Cheese die EFC heeft geproduceerd;
 - b. de totale hoeveelheid Magic Cheese die EFC heeft verkocht;
 - c. de gerealiseerde verkoopprijs voor de totale hoeveelheid Magic Chees die EFC heeft geproduceerd;
 - d. de totale brutowinst en de totale nettowinst die EFC heeft behaald met de verhandeling van de totale hoeveelheid Magic Cheese;

welk onderzoek zich tevens dient uit te strekken tot de krachtens het door de voorzieningenrechter verleende verlot onder EFC in beslag genomen bescheiden die berusten

onder de aangewezen gerechtelijk bewaarder;

7. EFC veroordeelt om aan Levola een dwangsom te betalen van € 10.000,- voor ieder(e) dag(deel) waarop EFC in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan de in sub 6 gevorderde veroordeling te voldoen of – zulks ter keuze van Levola – voor iedere handeling die een overtreding van de in sub 6 gevorderde veroordeling oplevert;

8. EFC veroordeelt om binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis de door haar genoten nettowinst af te dragen aan Levola;

9. EFC veroordeelt om aan Levola te vergoeden het totale bedrag van de door Levola geleden schade als gevolg van het inbreukmakend handelen van EFC, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

10. bepaalt dat Levola recht heeft op inzage in, en afschrift van de krachtens het door de voorzieningenrechter verleende verlot onder EFC in beslag genomen bescheiden en EFC veroordeelt alle noodzakelijke medewerking te verlenen en al het nodige te doen teneinde EFC deze inzage in en afschrift van deze bescheiden te verschaffen;

11. EFC veroordeelt in de redelijke en evenredige gerechtskosten van Levola als bedoeld in artikel 1019 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv).

3.2. Levola legt aan haar vorderingen ten grondslag dat zij (het door [A] overgedragen) auteursrecht heeft op de smaak van Heksenkaas. Zij doet een beroep op rechtsoverweging 3.3.2. van het arrest in de zaak Lancôme/Kecofaz waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat een geur een werk kan zijn in de zin van artikel 10 Aw en heeft overwogen dat slechts beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen persoonlijk karakter heeft en het stempel van de maker draagt. De smaak van Heksenkaas voldoet volgens Levola aan deze criteria. Zij stelt daartoe dat smaak (zijnde een combinatie van de inwerking op het smaakzintuig van de combinatie van gekozen basismaken in een bepaalde verhouding en het mondgevoel³) eveneens een voortbrengsel is dat zintuigelijk waarneembaar is. De smaak van Heksenkaas is voorts niet ontleend aan een bestaande smaak en heeft zodoende een eigen oorspronkelijk karakter, terwijl [A] bij het scheppen van de smaak van Heksenkaas subjectieve keuzes heeft gemaakt die niet louter zijn terug te voeren op technische of functionele vereisten, zodat ook sprake is van een persoonlijk stempel van de maker (dan wel van - in de woorden van het Europees Hof van Justitie - een intellectuele schepping).

3.3. Levola stelt verder dat de smaak van Heksenkaas (inclusief het mondgevoel) niet in woorden te vatten is en dat zij ook niet gehouden is de auteursrechtelijk beschermde trekken te benoemen. Of de smaak voldoet aan de auteursrechtelijke werktoets (en of hierop inbreuk wordt gemaakt) kan slechts worden vastgesteld door waarneming (proeven) van het betreffende product.

3.4. De smaak van Magic Cheese van EFC is volgens Levola identiek aan die van Heksenkaas, althans stemt naar de totaalindruk daarmee overeen. Daarmee is sprake van inbreuk op het auteursrecht op de smaak van Heksenkaas en handelt EFC onrechtmatig jegens Levola waardoor Levola schade lijdt.

3.5. EFC voert verweer.

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

in voorwaardelijke reconventie

3.7. EFC vordert samengevat, onder voorwaarde dat in conventie wordt geoordeeld dat geen sprake is van auteursrechtinbreuk, dat de rechtbank, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Levola veroordeelt om onmiddellijk na betekening van dit vonnis iedere onrechtmatige handelwijze jegens EFC te (doen) staken en gestaakt te houden en meer in het bijzonder de verkoop van alle Magic Cheese producten door EFC en/of haar afnemers op geen enkele wijze te belemmeren;

2. Levola veroordeelt om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan alle (rechts)personen aan wie Levola de mededeling heeft gedaan om de verkoop van Magic Cheese producten te staken, een aangetekende brief te sturen met een inhoud als door EFC bepaald, zonder verder bijschrift of commentaar;
 3. Levola veroordeelt om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan EFC opgave te verstrekken van alle (rechts-)personen aan wie Levola voornoemde mededeling heeft gedaan, en aan EFC kopieën te sturen van alle verstuurd brieven als bedoeld sub 2;
 4. te bepalen dat Levola aan EFC een dwangsom verbeurt bij iedere afzonderlijke gehele of gedeeltelijke overtreding van de hiervoor onder sub 1 tot en met 3 genoemde verboden en/of geboden van € 10.000,- per overtreding en van € 5.000,- per dag dat een dergelijke overtreding voortduurt en
 5. Levola te veroordelen in de volledige kosten van het geding in reconventie.
- 3.8. EFC legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Levola afnemers van EFC, in ieder geval Albert Heijn, in februari 2015 een brief heeft gezonden waarin mededeling werd gedaan van onderhavige procedure tegen EFC. Dit heeft geleid tot annulering van orders.
- 3.9. Levola concludeert tot afwijzing van de vorderingen.
- 3.10. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

in conventie

Bevoegdheid

- 4.1. De rechtbank is bevoegd van de vorderingen kennis te nemen, aangezien EFC is gevestigd in het arrondissement Den Haag. Die bevoegdheid is ook niet bestreden.

Auteursrecht op de smaak van Heksenkaas?
- 4.2. Het geschil beperkt zich tot (de smaak van) Heksenkaas zoals hiervoor gedefinieerd, te weten in de variant "origineel" aangeduid als smeerdip met roomkaas en verse kruiden en tot (de smaak van) Magic Cheese in de variant "Peterselie, prei, knoflook".
- 4.3. Gelet op het navolgende behoeft de vraag of auteursrecht op smaak mogelijk is naar analogie van het arrest Lancôme/Kecofa, zoals Levola bepleit maar EFC (meer subsidiair) betwist, geen beantwoording. De rechtbank beantwoordt de vervolgvraag, of de smaak van Heksenkaas in dat geval een auteursrechtelijk beschermd werk is, namelijk ontkennend. De rechtbank licht dit hierna toe.
- 4.4. De rechtbank stelt voorop dat, om als auteursrechtelijk werk beschermd te kunnen zijn, is vereist dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (hierna ook: de werktoets). Dat het werk een eigen oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt kort gezegd in dat het werk niet ontleend mag zijn aan een ander werk. De eis dat het werk het persoonlijk stempel van de maker moet dragen, betekent dat sprake moet zijn van een werk dat het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en dat aldus een schepping is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen dat zo banaal of triviaal is dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen. De keuzes van de maker mogen niet louter een technisch effect dienen of te zeer het resultaat zijn van een

door technische uitgangspunten beperkte keuze. Voorts geldt dat ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen, een (oorspronkelijk) werk kan zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt.⁴Het Europees Hof van Justitie heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om 'een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk'.⁵ Of aan voornoemde maatstaf is voldaan, dient beoordeeld te worden naar de situatie op het moment waarop het werk tot stand is gebracht.

- 4.5. EFC voert in navolging van het vonnis in de procedure genoemd in 2.9 allereerst aan dat geen sprake is van een werk omdat bij gebreke van een vermelding van de auteursrechtelijk beschermde trekken Levola haar stelling dat de smaak van Heksenkaas auteursrechtelijk is beschermd, onvoldoende heeft onderbouwd. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt.
- 4.6. Op Levola rust de stelplicht ten aanzien van haar op auteursrecht gestoelde vorderingen. Dit betekent voor Levola dat zij dient te stellen dat en waarom de smaak van Heksenkaas een auteursrechtelijk beschermd werk is. Uit de Auteurswet vloeit in beginsel niet het vereiste voort dat de auteursrechtelijk beschermde trekken in alle gevallen gesteld moeten worden bij het inroepen van auteursrechtelijke bescherming van een werk. Dat neemt niet weg dat, afhankelijk van het gevoerde verweer, een toelichting op de auteursrechtelijke beschermde trekken als nadere onderbouwing wel vereist kan zijn om de vorderingen te kunnen doen slagen.
- 4.7. Anders dan Levola heeft aangevoerd, volgt niet uit het Vijfspellen-arrest van de Hoge Raad⁶ dat degene die zich beroept op auteursrecht op een werk niet gehouden kan zijn toe te lichten welke auteursrechtelijk beschermde trekken in het werk kunnen worden onderscheiden. In de betreffende kort geding procedure heeft de Hoge Raad overwogen dat het Hof niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat degene die het spel Jenga (waar het in die procedure om ging) waarneemt, kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Kennelijk was het in die zaak op het eerste gezicht door waarneming van het spel Jenga voldoende duidelijk welke auteursrechtelijk beschermde trekken daarin te onderscheiden waren en was gelet op het verweer geen nadere onderbouwing nodig.
- 4.8. Of Levola gezien het verweer van EFC alsnog auteursrechtelijk beschermde trekken had behoren te noemen, komt in het navolgende aan de orde.
- 4.9. EFC betwist dat de smaak van Heksenkaas voldoet aan de werktoets. Zij voert daartoe aan dat Heksenkaas niet oorspronkelijk is, omdat er al sinds jaar en dag allerlei soorten roomkazen op de markt zijn die op smaak zijn gebracht met verse kruiden. Ook is volgens EFC geen sprake van het persoonlijk stempel van de maker. Zij voert in dat verband aan dat de ingrediënten van Heksenkaas zelf niet auteursrechtelijk beschermd zijn. De ingrediënten zijn banaal en triviaal voor dit soort roomkazen en ook de combinatie van die banale en triviale ingrediënten leidt niet tot een selectie die het persoonlijk stempel van de maker draagt, zo stelt EFC.
- 4.10. Het verweer van EFC dat geen sprake is van het persoonlijk stempel van de maker slaagt. De rechtbank licht dit hierna toe.
- 4.11. Niet in geschil is dat Heksenkaas onder meer is samengesteld uit roomkaas, mayonaise, azijn, suiker, verse prei, verse peterselie en knoflook. EFC heeft onweersproken aangevoerd dat in ieder geval de roomkazen van de merken Paturain, Boursin en Philadelphia met knoflook en kruiden als bieslook en peterselie al vele jaren op de markt zijn, in ieder geval ruimschoots vóór het ontstaan van Heksenkaas en zodoende tot het vormgevingserfgoed behoren. De overige door EFC als vormgevingserfgoed aangeduide producten en recepten, laat de rechtbank buiten beschouwing. Levola heeft er terecht op gewezen dat van die producten niet is gebleken dat die dateren van vóór het ontstaan van (de smaak van) Heksenkaas.
- 4.12. Levola heeft onvoldoende gesteld tegenover het verweer van EFC dat de afzonderlijke

Ingrediënten van Heksenkaas niet auteursrechtelijk beschermd zijn en op het eerste gezicht banale dan wel triviale ingrediënten zijn om toe te voegen aan roomkaas. Naar het oordeel van de rechtbank is het een volstrekt voor de hand liggende keuze om aan roomkaas knoflook en kruiden toe te voegen. Dat was in ieder geval uit het vormgevingserfgoed bekend. Dat de creatieve keuze van [A] nu juist gelegen is in de toevoeging van (één of meer van de ingrediënten) prei, mayonaise, suiker en/of azijn is door Levola niet betoogd.

- 4.13. Levola heeft, gelet op de gemotiveerde betwisting door EFC, onvoldoende onderbouwd dat de combinatie van al deze op het eerste gezicht banale of triviale ingrediënten alsnog een smaak oplevert die van creatieve keuzes getuigt. Uitgaande van het door EFC aangevoerde vormgevingserfgoed, kan zonder deugdelijke toelichting door Levola, die evenwel ontbreekt, niet worden aangenomen dat de keuze voor de afzonderlijke ingrediënten van Heksenkaas, ook in combinatie, is terug te voeren op creatieve keuzes van de maker.
- 4.14. De rechtbank is overigens ook proefondervindelijk niet tot het oordeel gekomen dat de ingrediënten in dit geval meer vormen dan de som der (triviale) delen: de meervoudige kamer van de rechtbank heeft in de raadkamer direct na de comparitie van partijen Heksenkaas (uit de door Levola achtergelaten verpakking en zoals door haar ook nadrukkelijk gesuggereerd) geproefd en vastgesteld dat genoemde ingrediënten in meer of mindere mate terugkomen in de smaak. Dat de smaak van Heksenkaas, die door de rechtbank wordt omschreven als romig, eerder vetzig dan kazig, zoet, met een prominente look smaak, anders is dan op basis van de ingrediënten verwacht zou mogen worden, waaruit wellicht creativiteit van de keuzes van [A] zou kunnen voortvloeien, heeft de rechtbank niet kunnen vaststellen. Van enige verrassende smaak is geen sprake.
- 4.15. Levola heeft in het licht van het voorgaande haar stelling dat en vooral waarom de smaak van Heksenkaas desalniettemin origineel is onvoldoende nader onderbouwd, hetgeen - gezien het gemotiveerde verweer van EFC - wel van haar verwacht had mogen worden. Dit klemt te meer nu ook de rechtbank Gelderland al had overwogen dat het hieraan schortte (r.o. 2.9).
- 4.16. De verklaring van haar deskundige Klosse is daartoe in ieder geval niet toereikend. Klosse heeft verklaard dat Heksenkaas een zeer karakteristieke, originele, buitengewoon creatieve smaak heeft die het resultaat is van het op oorspronkelijke wijze bijeenbrengen van basisstoffen die tezamen meer creëren dan de som der delen. Hij voegt daaraan toe dat Heksenkaas duidelijk sporen draagt van de creatieve, vrije en daarom persoonlijke keuzes die de maker heeft gemaakt bij het tot stand brengen van de smaak. In zijn verklaring heeft Klosse evenwel niet opgenomen op welke gronden hij tot deze conclusie is gekomen noch heeft hij de smaak van Heksenkaas op enige inhoudelijke wijze omschreven. Hij verwijst naar zijn zelf ontwikkelde smaakclassificatiemodel maar merkt daarbij op dat het niet relevant is om die gegevens (lees: de daarmee te geven "wetenschappelijke" omschrijving) op te nemen in zijn verklaring. Bij gebreke van een toelichting/omschrijving, zal de rechtbank de conclusie die Klosse trekt verder buiten beschouwing laten. Tijdens de comparitie van partijen heeft Levola nog aangeboden de betreffende gegevens/omschrijving van Klosse alsnog over te leggen. Nu Levola heeft verzuimd genoemde schriftelijke informatie reeds voor de comparitie van partijen over te leggen en zij geen bewijs aanbiedt door getuigen, gaat de rechtbank hieraan voorbij. Van een partij die zich beroept op een stuk waarover zij beschikt, mag verlangd worden dat zij dat stuk uit zichzelf in het geding brengt (Hoge Raad 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204). Aangezien partijen in de gelegenheid zijn gesteld om tot twee weken voor de comparitie stukken in te dienen, ziet de rechtbank geen aanleiding om Levola alsnog in de gelegenheid te stellen dat te doen. Bovendien heeft EFC reeds vanaf het begin in deze procedure gewezen op het ontbreken van een omschrijving van de smaak, althans de auteursrechtelijk te beschermen trekken ervan.
- 4.17. De enkele omstandigheid dat het publiek en vakgenoten na de introductie van Heksenkaas direct heel enthousiast waren, zoals Levola nog heeft aangevoerd, doet aan het voorgaande onvoldoende af en betekent niet reeds daarom dat sprake is van creatieve keuzes van [A]. Levola heeft zulks niet inzichtelijk gemaakt.

- 4.18. Het betoog van Levola dat het geven van een omschrijving van een smaak aan de hand van ingrediënten ertoe zal leiden dat (de beoordeling van) de auteursrechtelijke bescherming ten onrechte zou worden beperkt tot de receptuur en de chemische samenstelling van Heksenkaas in plaats van de smaak daarvan, slaagt niet. Ook in de stellingen van Levola is terug te lezen dat de ingrediënten een indicatie geven van de smaak. Levola verwijst immers zelf naar de ingrediënten van de producten uit het door EFC genoemde vormgevingserfgoed om te betogen dat de smaak van die producten niet overeenkomt met die van Heksenkaas (zie conclusie van repliek in conventie par. 66). Niet valt dan ook in te zien dat de ingrediënten van Heksenkaas geen aanknopingspunt kunnen vormen voor de smaak van dat product. Levola heeft zelf geen (andere) aanknopingspunten aangedragen. Levola had bovendien de smaak van Heksenkaas, althans de door haar onderscheiden auteursrechtelijk beschermde trekken ervan, (mede) kunnen omschrijven in bewoordingen die geen directe relatie hebben met de (standaard)ingrediënten van het product. Dat heeft zij echter niet gedaan. Het betoog van Levola dat een (verplichte) omschrijving van de smaak ertoe zou leiden dat smaak feitelijk zou worden uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming, slaagt evenmin. Zoals hiervoor is gebleken is (enige vorm van) omschrijving wel degelijk mogelijk, maar heeft Levola deze om haar moverende redenen achterwege gelaten.
- 4.19. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de smaak van Heksenkaas niet aan de werktoets voldoet en derhalve niet auteursrechtelijk beschermd is. Aan een beoordeling van de door Levola gestelde inbreuk door Magic Cheese, komt de rechtbank zodoende niet toe.

Slotsom

- 4.20. De slotsom is dat de vorderingen van Levola zullen worden afgewezen.
- 4.21. Levola zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. EFC vordert een volledige proceskostenvergoeding ex artikel 1019h Rv. Zij heeft haar kosten gespecificeerd tot een bedrag van € 26.326,43 waarvan volgens EFC een bedrag van € 2.000,- dient te worden toegerekend aan de vordering in reconventie. Nu Levola de hoogte van de kosten niet heeft betwist zal in conventie een bedrag van € 24.326,43 worden toegewezen.

in reconventie

Bevoegdheid

- 4.22. De bevoegdheid in reconventie vloeit voort uit de bevoegdheid in conventie.

Eisvermindering

- 4.23. In de conclusie van repliek in reconventie heeft EFC gesteld dat haar vorderingen in reconventie geen behandeling behoeven. Dit heeft zij desgevraagd tijdens de comparitie van partijen bevestigd. De rechtbank begrijpt deze stelling aldus dat EFC haar vorderingen in reconventie tot nihil vermindert. Zodoende behoeven de vorderingen geen nadere beoordeling.
- 4.24. EFC zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Levola vordert vergoeding van volledige proceskosten op grond van artikel 1019h Rv. Nu de procedure betrekking heeft op de wijze waarop Levola haar intellectuele eigendomsrechten heeft gehandhaafd is dit artikel van toepassing. Levola heeft haar kosten begroot op € 2.000,-. Nu EFC dit niet heeft weersproken, zal genoemd bedrag worden toegewezen.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Levola in de proceskosten, aan de zijde van EFC tot op heden begroot op € 24.326,43;
- 5.3. verklaart dit vonnis in conventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

- 5.4. verstaat dat EFC haar eis heeft verminderd tot nihil;
- 5.5. veroordeelt EFC in de proceskosten, aan de zijde van Levola tot op heden begroot op € 2.000,-;
- 5.6. verklaart dit vonnis in reconventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P.M. Loos, mr. E.F. Brinkman en mr. C.T. Aalbers en in het openbaar uitgesproken op 3 mei 2017.

¹ Rechtbank Gelderland 10 juni 2015, gepubliceerd op IE-Forum.nl, IEF 15013 (Levola tegen Smilde Foods)

² Hoge Raad 16 juni 2006; ECLI:NL:HR:2006:AU8940

³ Met "mondgevoel" doelt Levola blijkens randnummer 68 van de dagvaarding op de waarneming van de consistentie van het voedingsmiddel met de zich in de mond bevindende tastzin. Daarbij moet volgens Levola worden gedacht aan factoren als viscositeit, homogeniteit, bijtgevoel, hechting van de productmassa in de mondholte en "alle overige factoren van de fysieke aanraking van het voedingsmiddel met de sensorische organen die betrokken zijn bij het consumptieproces"

⁴ O.m. HR 30 mei 2008 ECLI:NL:HR:BC2153 (Endstra), HR 22 februari 2013 ECLI:NL:HR:2013: BY1529 (Stokke/H3) en HR 19 september 2014 ECLI:NL:HR:2014: 2737 (Rubik's Cube)

⁵ HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Infopaq I

⁶ HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2391
