

Een eigen,
oorspronkelijk
karakter



Een eigen, oorspronkelijk karakter

OPSTELLEN AANGEBODEN AAN PROF. MR. JAAP H. SPOOR

UITGEVERIJ DELEX 2007

De bijdragen aan deze bundel werden afgesloten in februari/maart 2007.

Vormgeving: ZEDline, Amsterdam

Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan
prof. mr. Jaap H. Spoor / D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade, red.
Aanbevolen citeertitel: *Spoorbundel* (2007).

DeLex, Amsterdam 2007
ISBN 978-90-8692-008-2

Hartelijk dank aan mr. Gerard J.H.M. Mom voor het redigeren
(‘*mommificeren*’) van de bijdragen aan deze bundel.

Hartelijk dank ook aan de sponsors van deze bundel:
mr. M. Brainich von Brainich Felth
Buma/Stemra
Van Doorne
Lovells
Nederlands Uitgeversverbond

Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip

EGBERT DOMMERING*

“Er is geen zintuig dat, in de esthetische sfeer, angstiger voor banaliteit moet worden behoed dan het gehoor. Het gehoor is het eerste zintuig, dat de estheet in het algemeen aanleiding geeft om van kunst te spreken. Reuk, smaak en tastzin zijn te weinig gedifferentieerd om de esthetische onderscheidingen houvast te geven; men moet al een buitengewoon fijne neus hebben, om kunstzinnig te ruiken en de onkunstzinnige leek van de reukartiest te kunnen onderscheiden.

(...) Hoewel de ‘bedoelingen’ der parfums even onmiskenbaar zijn als de bedoelingen der melodieën, laat de esthetica de eerste ‘bedoelingen’ voor wat zij zijn (genuanceerde geur, verleiding, kapperswinkel, etc.). Alle geurcombinaties worden geredelijk aan de banaliteit overgelaten (...). De koks zullen dan volledig esthetisch burgerrecht bezitten, wanneer het notenschrift hunner zintuiglijke ervaringen eenmaal door een Bureau voor Auteursrechten wordt erkend.”

Menno ter Braak, Démasqué der schoonheid¹

INLEIDING

Wie het inleidende citaat uit het *Démasqué der schoonheid* tot zich heeft laten doordringen en enigszins is ingevoerd in het auteursrecht, zal denken: eindelijk gerechtigheid. De Hoge Raad heeft in het Trésor arrest van

* Hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam; advocaat bij Brinkhof Amsterdam; ik dank Jan Brinkhof, Sven Bostyn en Remy Chavannes, die eerdere versies van dit artikel lazen, voor hun opmerkingen.

¹ Menno ter Braak, *Verzameld Werk*, deel 2, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1950, p. 628-630.

16 juni 2006² de geur uit de banale kapperswereld omhoog getild en een plaats gegeven in het ‘Bureau voor Auteursrechten’. Nu het gerecht (smaak èn geur) nog en de gerechtigheid is compleet! Maar zo eenvoudig is het niet en dat zal er wel de reden van zijn dat het arrest niet met onverdeelde vreugde in de Nederlandse auteursrechtwereld is ontvangen.³ De Franse en Engelse rechters willen evenmin van bescherming weten. Hoewel ik Ter Braaks aanval op een hiërarchische esthetica waarin geen plaats is voor ‘lagere’ uitingen kan volgen, heb ik ook bezwaren die herleidbaar zijn tot mijn kritiek op de slordige dogmatiek van het auteursrecht. Dit arrest biedt een goede gelegenheid die nog eens op een rij te zetten.⁴ Het gaat dus niet over een esthetisch waardeoordeel of over de status van zintuiglijke ervaringen, maar over de inrichting van het Bureau voor Auteursrechten in samenhang met de andere Intellectuele Eigendombureaus. Ik zal daarvoor eerst stilstaan bij het arrest. De kritiek heb ik onderverdeeld in: het werkbegrip, het auteursrechtelijke domein en de exploitatiesystematiek van het auteursrecht.

HET TRÉSOR-ARREST VAN DE HOGE RAAD

De kernoverweging

In het arrest wordt auteursrecht op een geur toegekend met de volgende redenering:

“Beslissend is dat het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en het een eigen, persoonlijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. (...) Een geur kan, ook voor de toepassing van het auteursrecht niet worden vereenzelvigd met de stof of de stoffen die de geur teweeg brengen. Deze stof of stoffen fungeren als – niet noodzakelijkerwijs exclusieve – belichaming van het werk dat de geur is, en zij dragen tevens toe bij dat de geur niet, als te vluchtig of onstabiel, van auteursrechtelijke bescherming moet worden uitgesloten. Bij een parfum dient de geur dan ook te worden onderscheiden van het mengsel waaruit het parfum is samengesteld en waaruit, wanneer het mengsel is blootgesteld aan de open lucht, de gasvormige geurstoffen vrij komen die met het reukorgaan kunnen worden waargenomen.”

2 HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585, m. nt. J.H. Spoor.

3 Behalve Spoor in zijn NJ noot, A.A. Quaadvlieg, in: AMI 2006-5, p. 168-173, P.B. Hugenholtz, AA, 55 (2006), 11, p. 821-824, F.W. Grosheide, IER, afl. 6, p. 313-314, H. Cohen Jehoram, ‘De Nederlandse Hoge Raad erkent auteursrecht op een parfumgeur. De Vliegende Hollander – volle zeilen, geen anker’, in: NJB 2006, p. 1624 en *Auteurs & Media* 2006/4, p. 331 e.v. Van deze schrijvers zijn vooral Spoor, Hugenholtz en Cohen Jehoram kritisch.

4 Ik heb dat al gedaan in ‘Vormen handelingen een “werk”?’, *Informatierecht/AMI* (10) 1986/3, p. 72-76.

Wat is een geur?

Er bestaan, als ik goed ben geïnformeerd, twee theorieën over geur. De nog steeds heersende vormtheorie is dat geurreceptoren in de neus geurmoleculen opvangen die in de receptor passen ('lock and key'). Het probleem met deze theorie is dat er meer geuren zijn dan receptoren, zodat het heel moeilijk is om bij de gecompliceerde samenstelling van soms meer dan honderd ingrediënten te begrijpen waarom de neus daaruit een vereenvoudigde combinatie van geuren detecteert.⁵ Een ander probleem is dat moleculen met zeer verschillende vorm dezelfde geur kunnen produceren, kleine wijzigingen in de samenstelling van het mengsel soms grote veranderingen in geur geven, maar omgekeerd, grote veranderingen in de samenstelling soms geen opmerkelijke wijzigingen veroorzaken. Er is dus geen één-op-één relatie tussen molecuul en geur. Een andere, veel mooiere, maar nog steeds apocriefe theorie is de trillingstheorie van Luca Turin. Chandler Burr heeft over de ontdekking van deze theorie en de falende pogingen deze geaccepteerd te krijgen een fascinerend boek geschreven: *The emperor of scent*.⁶ De theorie komt er op neer dat moleculen bestaan uit elektronische bindingen die op de binding trillingen vertonen, en dat iedere golflengte van een trilling (in de reeks waarneembare geurmoleculen) correspondeert met een geur. De receptoren in de neus functioneren als een spectroscopie die elektronen door een moleculaire verbinding schiet waardoor de golflengten worden gevonden waarop een geur zich bevindt. Licht als golfgedeelte uit het spectrum in het oog, luchttrillingen van octaven in het oor, geurtrillingen in de neus: het lijkt een verrassende congruentie. Het is de wereld van Pythagoras die bestaat uit de 'muziek der sferen'. Turin kon met behulp van deze theorie verklaren waarom moleculen van uiteenlopende vorm dezelfde geur produceren omdat zij dezelfde elektronische bindingen hadden en hij meende ook een algoritme te hebben ontworpen waardoor hij geuren in nieuwe bindingen kon voorspellen. Een geur komt tot stand door een samenwerking van geurchemici en parfumeurs. De geurchemici zijn voortdurend op zoek naar nieuwe geurmoleculen die zij, naar de bovenste verdieping van het bedrijf, waar de parfumeurs huizen, sturen, die ze uitproberen in allerlei combinaties met bekende stoffen (natuurlijk of synthetisch) of andere nieuwe stoffen om dan nieuwe instructies aan de laboratoria te geven. Uitgangspunt voor de parfumeurs is de opdracht een geur te bedenken die aan bepaalde verwachtingen van de consument beantwoordt. Dit proces is inmiddels in verregaande mate geïndustrialiseerd, waardoor computerprogramma's waarin varianten van

5 J.E.R. Frijters en C.P.M. van Houte, 'De geur van de parfum zit niet in de fles', in: *NJB* 2004, afl. 38, p. 1988.

6 New York: Random House 2003; ik citeer uit de Nederlandse vertaling *Pionier in het Imperium van de Geur*, Amsterdam/Antwerpen: De Arbeiderspers 2004.

verbindingen worden uitgeprobeerd een belangrijk deel van het werk van de geurtovenaars hebben overgenomen. Het uiteindelijke parfum ligt het nauwkeurigst vast in de kennis die nodig is om een geurmolecuul te bouwen dat een ingrediënt van het parfum is, en het recept van de combinatie en concentratie van stoffen (soms honderden), omdat je alleen met die gegevens weet hoe je het moet maken en waarom deze combinatie van geurmoleculen in wisselwerking met elkaar, met de buitenlucht en met de menselijke huid deze geuren in deze sterkte zal produceren. Aan de moleculaire verbindingen alleen heb je niets ofwel, omdat je niet weet hoe je ze moet maken als ze nieuw zijn,⁷ ofwel, omdat je niet weet waarom deze combinatie deze geur produceert. Om te begrijpen waarom de stoffen in de fles een parfum produceren is dus bijna een onmogelijk proces van reverse engineering nodig.

Wat is de belichaming van een geurwerk?

Het valt op dat de Hoge Raad, weliswaar terecht de geur van de ingrediënten in de fles onderscheidt, maar niettemin toch de belichaming van het werk, de geur, ziet in de stoffen. Waarschijnlijk is dit het gevolg van het feit dat Lancôme, de eigenaar van Trésor, niet aan zijn vordering het recept van de parfumeur of de originaliteit van bepaalde stoffen ten grondslag had gelegd.⁸ De grondslag van de geconstateerde inbreuk (de overeenstemming tussen Trésor en de smell alike *Female Treasure* van Kecofa) lag in een door Lancôme overgelegd deskundigenrapport waar op basis van de waarneembare (olfactorische) kenmerken van de geur door deskundigen overeenstemming was geconstateerd. Dat is een niet eenduidige test, omdat deskundigen hetzelfde kunnen ruiken, maar het niet op dezelfde manier opschrijven of verschillende, verwante geuren onder een gelijke omschrijving opnemen, zoals ook muziekrecensies van hetzelfde muziekstuk meestal zeer uiteenlopen. Maar het is een kunst. De uitvinder van de trillingtheorie Luca Turin was beroemd geworden met zijn parfumgids. Een staaltje van zijn kunnen:

“Rive Gauche (Yves Saint Laurent): Deze weelderige herinterpretatie van de innovatieve metale noot in het minder fortuinlijke Calandre (Paco Rabanne) behoort tot de dunbevolkte categorie van sculptuurparfums en is een waar symbool van de jaren zeventig. De naadloze zilverige gestalte die aanvankelijk schuil

⁷ A.w. noot 6, p. 257.

⁸ Frijters & Van Houte a.w. noot 5: “De door een parfumeur ontworpen ‘formule, een ander woord voor ingrediëntenspecificatie, verschilt van de fysisch-chemische samenstelling en is er alleen maar om het product op industriële wijze te kunnen vervaardigen. In de casus was de ingrediëntenspecificatie geen voorwerp van de auteursrechtelijke claim van Lancôme.” Hetgeen het volgens de auteurs in hun noot 4 wel had kunnen zijn.

gaat achter witte poederige noten breekt al na korte tijd door de wolken en wint met het uur aan hoogte. Net als *Chamade* (Guerlain) onderhoudt *Rive Gauche* een merkwaardige relatie met het begrip intensiteit: hoe meer tijd er verstrijkt, hoe krachtiger de charmes ervan zich blootgeven, alsof het innerlijke licht pas de kans krijgt te stralen wanneer het parfum vervaagt.”

Deze beschrijvingen zijn zonder twijfel literaire werken die in de schaduw kunnen staan van bijvoorbeeld de beschrijving van Des Esseintes geurorgaan in het *fin de siècle* boek *À Rebours* van de Franse schrijver Huysmans. Geuren en parfums waarvan Des Esseintes, de hoofdpersoon uit het boek, een groot kenner is, roepen bij hem landschappen op:

“Nadat hij dit (geur)decor had opgezet in enkele grote lijnen, die zich achter zijn ogen tot in het oneindige uitstrekten, verstoof hij een lichte regen van half-menselijke, halfkat-achtige essences, die de geur hadden van rokken en de aanwezigheid van gepoederde en opgemaakte vrouwen deden vermoeden: stefanotis, ayapana, opopanax, chypre, champaka en sarcanthus; hij deed er nog een vleugje wilde jasmijn bij om het kunstmatige, geschminkte leven, dat zij opriepen, de natuurlijke tooi te geven van zweterig-heet gelach en dolle vreugde, onder een stralende hemel.”⁹

De vraag is dus of de uitwendige ervaring van de geur die geschoolde deskundigen omzetten in metaforische teksten waarin aan kruisbestuiving van de zintuigen (synesthesie) wordt gedaan (smaken worden met geluid beschreven, kleuren met gevoelens, geuren met kleuren en ruimtelijke constructies), een duidelijk aanknopingspunt voor een inbreuk kunnen vormen. Dit is een vraag die raakt aan de eisen van waarneembaarheid die men aan vluchtige of efemere werken stelt: welk *corpus mechanicum* is de waarneembare belichaming van het *corpus mysticum*, om de middeleeuwse terminologie nog maar eens van stal te halen?

HET WERKBEGRIP

Iets is een werk als het ‘een voortbrengsel is dat vatbaar is voor menselijke waarneming, een eigen en oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt’, zoals de Hoge Raad in overweging 3.3.2 de doctrine samenvat. Mijn probleem met deze generieke omschrijving is dat het onvoldoende specificeert naar soorten werkbegrippen en daardoor niet aanwijst wat nu de specifieke waarneembare omschrijving van de geestelijke

⁹ J.K. Huysmans, *Tegen de Keer*, vertaling Jan Siebelink, Amsterdam: Atheneum-Polak & Van Genneep 2003, hoofdstuk 10, p. 141.

schepping is. Er zijn werken die volledig tot expressie komen in hetzelfde medium als waarin zij worden gemaakt, zoals het geval is bij literatuur en schilderkunst. Dat wil niet zeggen dat het boek of het schilderij het werk zelf zijn (dat is immer immaterieel en wordt in de moderne opvattingen evenzeer door de lezer of de kijker ‘gemaakt’ als door de auteur), maar er is buiten de waarneming en geestelijke verwerking (lezen, kijken en begrijpen) geen uitvoeringshandeling door een ander dan de consument van het werk nodig om het waarneembaar te maken. Er is een groeiend aantal werken waarbij dat niet het geval is omdat zij uitgevoerd moeten worden in een ander medium dan waarin de auteur ze heeft vastgelegd (de klassieke voorbeelden: muziek, dans, bouwkunst). Bij de eerste categorie behoeven we niet naar de voorbereidende schetsen te kijken om het volledige werk te kennen: we behoeven het inwendige van het product niet te onderzoeken omdat we de oorspronkelijkheid van de buitenkant kunnen aflezen, hoewel wetenschappers uit de voorbereidingsgeschiedenis veel over het werk kunnen leren. Bij de tweede categorie hebben we een set nauwkeurige instructies nodig om het werk zichtbaar te maken. Goede lezers van die instructies zullen het hele werk al wel geestelijk waarnemen (de dirigent hoort bij lezing van de partituur het hele werk in zijn geest). In de architectuur hebben wij bijvoorbeeld in het gebouw met een blijvende driedimensionale openbaarmaking van de bouwtekening te maken, maar een auteursrechtelijke inbreukvraag wordt beslist op het niveau van de bouwtekening omdat daarin het werk het nauwkeurigst vastligt.¹⁰ Vooral werken die een patroon van menselijke uitvoeringshandelingen vereisen, verlangen een nauwkeurige beschrijving hoe dat moet gebeuren, zoals de tekst van een toneelstuk of het notenschrift bij een muziekstuk. De uitvoeringspraktijk kan aan het oorspronkelijke werk zelfs veel veranderen, en is als naburige prestatie vatbaar voor een zelfstandige bescherming.¹¹ Deze categorie werken overlapt ook gemakkelijk met het octrooi: het octrooi-schrift bevat de precieze weergave van het geoctrooieerde voortbrengsel of een nauwkeurige omschrijving van de geoctrooieerde werkwijze; maar ook: hoe je de uitvinding kunt maken. Deze auteursrechtelijke werken vinden hun weergave in hoe je ze moet uitvoeren. Maar *uitvoering* ligt dicht tegen *maken* aan.

¹⁰ Zie de zaak Timmans/Haarsma en Agricola, HR 8 september 2006, AMI 2006-6, nr. 19 m. nt. K. Koelman.

¹¹ Over het probleem van geïmproviseerde handelingen en sport- en spelprestaties zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 3.49; E.J. Dommering in het geciteerde artikel in noot 4 en in: W.F. Korthals Altes & G.A.I. Schuijt (red.), in: *Sport en informatiemonopolies*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1991, p. 9; S. Klos, *IER* 1997, p. 81.

Hoe werkt dat uit naar geuren en gerechten?¹² Zoals ik hiervoor aangaf is een zintuiglijk waargenomen geur in combinatie met de stoffen in het flesje een onvoldoende belichaming van het werk, maar ook de receptuur geeft zonder de bijbehorende know how over de gebruikte ingrediënten onvoldoende houvast.¹³ Dat wijst ook aan dat het werkelijke probleem ligt bij de domeinvraag: het zou mij niet verbazen als de informatie over de bereidingswijze niet in de procedure is ingebracht omdat zij bedrijfsgeheim is, zoals de receptuur van Coca Cola zorgvuldig geheim wordt gehouden. Misschien dat het mogelijk is een zo nauwkeurig notenschrift te ontwerpen dat de koks en de parfumeurs in het Bureau voor Auteursrechten worden toegelaten, het werkelijke probleem is dat de keukengeheimen belangrijker zijn dan de expressie in het gerecht of de geur. En het probleem van die keukengeheimen is, dat je ze alleen kunt beschermen door ze geheim te houden. De samenvoeging van (al of niet in de natuur voorkomende) stoffen in bepaalde verhoudingen zal immers in de meeste gevallen onvoldoende nieuw zijn om voor octrooierbaarheid in aanmerking te komen.¹⁴ Blijft over ‘het persoonlijk stempel van de maker’. Ik vrees dat dit criterium in het industriële tijdperk een tautologische toevoeging is. Des Esseintes kon nog zeggen :

“als hij maar even een geur opsnoof, kon hij dadelijk de dosering van de melange vertellen, het karakter van het mengsel verklaren, de naam van de kunstenaar noemen, die het parfum had gemaakt en gemerkt met het persoonlijk stempel van zijn stijl.”¹⁵

Maar dat was aan het eind van een nog overzichtelijke ambachtelijke parfumwereld in de 19e eeuw waarin de parfumeurs een naam hadden en er weinig parfums waren. Burr citeert Turin in een industriële wereld die door beroemde merken wordt beheerst:

“Aan ruiken zit een aspect dat bij andere zintuigen ontbreekt. Wanneer je een muziekstuk hoort, kun je zeggen wie de componist is (...) Bij schilderijen kun je

12 Hierover P.B. Hugenholtz, ‘Recept, gerecht en auteursrecht’, in: Verkade & Visser (red.), *Bremerbundel*, Deventer: Kluwer 1998 en mijn noot over het droprecept bij Rb. Breda 18 december 1990, *Informatierecht/AMI* 1992/1, p. 17.

13 Aldus ook P.B. Hugenholtz in zijn AA noot onder het arrest, geciteerd in noot 3.

14 Ik ben het bij nader inzien eens met Hugenholtz a.w. noot 13 dat een recept niet uitstijgt boven een set instructies voor een bereidingswijze. De ook in mijn noot bij de Dropbeslissing opgeworpen vraag of we ons niet in het domein van het octrooirecht en de know how bevinden, beantwoord ik daarmee definitief bevestigend, met dien verstande dat ik eerder aan het laatste dan het eerste denk.

15 A.w. noot 9, p. 139.

dat ook: dit is een Miró. Maar wanneer je een beroemde geur gewaarwordt kun je, hoewel een paar ervan wel degelijk zijn gecreëerd door dezelfde parfumeur, niet vaststellen wie ze heeft gemaakt. Parfums hebben geen 'handtekening'."¹⁶

Je ruikt merken, producten die industrieel zijn gemaakt door fictieve makers. Het is niet voor niets dat eerst geprobeerd is merkenrechtelijke bescherming te krijgen, maar dat die is afgewezen, omdat een geur niet in het merkenregister is in te schrijven.¹⁷ Hoewel: Huysmans of Turin was dat vast wel gelukt!

HET TECHNISCH EFFECT

'Etwas Unpraktisches kann nie schön sein.'
Otto Wagner¹⁸

In rechtsoverweging 3.3.2 overweegt de Hoge Raad:

"Het werkbegrip van de Auteurswet vindt zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijke karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar nu bij een parfum van een louter technisch effect geen sprake is (...)."

Spoor en Grosheide verwelkomen in hun noten deze overweging als een noodzakelijke beperking van het auteursrechtelijke domein tot dat van 'letterkunde, kunst of wetenschap', zoals het immers in de wet staat.

Ik ben bang dat de wereld niet zo in elkaar zit als de auteursrechtgeleerden dat zouden willen. Het begint er al mee dat het auteursrecht niet alleen het esthetisch effect, maar ook het technisch effect als criterium over boord heeft gezet en heeft vervangen door de subjectiviteitstest, die inhoudt dat door uitwendige inspectie van het waargenomen werk wordt vastgesteld of de verzameling waarneembare tekens die het werk draagt voldoende subjectieve keuzen bevat om het tot een werk te stempelen. Zo viel een in hoge mate door functionaliteit bepaald woordenboek binnen het werkbegrip.¹⁹ In het in dezelfde periode als Trésor gewezen arrest Technip/Goossens²⁰ werd een kinetisch schema waarmee in de petrochemische industrie het

¹⁶ A.w. noot 6, p. 24.

¹⁷ De zaak Sieckmann, HvJEG 12 december 2002, C-273/00, NJ 2003, 600 m. nt. J.H. Spoor.

¹⁸ Deze uitspraak van de bekende Weense architect staat op de muur in het aan hem gewijde museum in de Sparkasse in Wenen.

¹⁹ Van Dale/Romme, HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608, m. nt. D.W.F. Verkade.

²⁰ HR 24 februari 2006, AMI 2006-5, nr. 13 m. nt. A.A. Quaedvlieg.

productieproces van ethyleen en propyleen in een verzameling chemische reactievergelijkingen wordt weergegeven binnen het werkbegrip gebracht, omdat de toevoer van gegevens in de reactievergelijkingen op subjectieve selectie beruiste. Het is duidelijk dat de makers van deze producten geen esthetisch effect voor ogen stond, maar een technisch-functioneel effect. Dat verschil regaardeert de subjectiviteitstest echter niet.

Daarenboven zijn het technische en het esthetische effect niet te scheiden. Architecten van de Weense school, waarvan de geciteerde Otto Wagner de eerste is, streefden het summum van functionalisme na. En nog steeds beleven architecten een schoonheidservaring bij het zichtbaar maken van de techniek van het gebouw, zoals natuurkundigen en wiskundigen in de schoonheid van hun vergelijkingen een schoonheids- én een waarheidservaring ondergaan. De affecten die wij bij kunstwerken beleven, noemen wij esthetisch omdat we de technische effecten waarop ze beruisten onvoldoende kennen of kunnen omschrijven.²¹ Juist daardoor wordt in het octrooirecht het 'harde' techniekbegrip in toenemende mate geproblematiseerd zoals de discussie over octrooieerbaarheid van onder meer computerprogrammatuur en niet technisch uitvindingen in de sfeer van zakelijke methoden ('business patents') leert.

Met een omschrijving als 'louter technisch effect' kunnen we dus helemaal niets.²² Waar gaat het dan wel om? Er zijn producten waar het niet zozeer gaat om de vormgeving, maar om de know how die zit verstopt in het product. Die know how is er soms gemakkelijk uit te peuteren (reverse engineering), soms een goed bewaard bedrijfsgeheim en soms geotrooieerd. Maar er zijn steeds meer hybriden die daar tussen in zitten, omdat 'they bare the knowledge on their face', zoals Jerome Reichman het al in 1991 voor het eerst benoemde.²³ Computerprogramma's zijn daarvan ook een goed voorbeeld. Bij deze nieuwe know how producten worden soms sui generis oplossingen gevonden (chipbescherming), maar zolang die er niet zijn, is het interessant om rond de know how die in het product is verwerkt de sensorische verdedigingslinie van het auteursrecht op te trekken: de waarneembare subjectieve keuzen in de het geschreven programma, want tekst wordt door het auteursrecht altijd beschermd; met tekst is het

21 Wanneer wij dat wel weten, is de artistieke vinding ook octrooieerbaar, zie C.J.J.C. van Nispen, 'De octrooieerbaarheid van het esthetisch effect', *BIE* 1992/6, p. 175.

22 Ik kan om het hier geponeerde onmogelijkheid het technisch effect van een esthetisch effect te scheiden, slecht uit de voeten met het leerstuk van het subjectieve werk dat A.A. Quaadvlieg in *Auteursrecht op techniek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987 heeft ontwikkeld.

23 Jerome H. Reichman, 'Legal Hybrids between Patents and Copyright Paradigms', in: W.F. Korthals Altes e.a. (eds.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation 1991, p. 325-368.

auteursrecht begonnen. En dat is wat er, dunkt mij, met de parfumkwestie gebeurt: een sensorische beschermingslaag ter bescherming van technisch kennis hoe het parfum te maken.²⁴ Het gaat om het vinden en beschermen van nieuwe chemische verbindingen en de werkwijze om tot dat resultaat te komen. Als er niet een lekkere geur aan te pas zou komen zou niemand aarzelen om er de octrooirechtelijke criteria op los te laten. Of als octrooirechtelijke bescherming niet is geïndiceerd, zou men zonder aarzeling denken aan geheimhouding aangevuld met een actie uit onrechtmatige mededinging als er diefstal of bedrog wordt gepleegd om aan de kennis te komen.

HET SYSTEEM

Als het met de technisch/esthetische scheidslijn niet lukt om een duidelijk criterium te vinden, is een systeemredenering misschien een betere aanpak. De Hoge Raad en de Advocaat Generaal waren gestuit op het probleem dat een consument een ‘geurverspreider buiten eigen kring’ is en auteursrechtelijk openbaar maakt waar hij dat niet mag. De Hoge Raad overweegt dat:

“evenmin een belemmering voor auteursrechtelijke bescherming is dat niet alle bepalingen en beperkingen in de Auteurswet daarop onverminderd toepassing kunnen vinden, gelet bijvoorbeeld op het, aan de normale gebruiker niet te ontzeggen, gebruik van een parfum, dat naar zijn aard noodzakelijkerwijs verspreiding van de geur meebrengt.”

Dat staat er wat losjes. Normaliter moet een rechter bladzijden volschrijven om een wettelijke bepaling in een concreet geval opzij te zetten, maar het is hier een terloops sluitstuk van de redenering. Kan dat wel, vraag je je af, nu de beperkingen op het auteursrecht in de Auteursrichtlijn zijn geharmoniseerd en het openbaar gebruik van geuren daarin niet als facultatieve beperkingsmogelijkheid is genoemd? Nu is deze systeemvraag niet nieuw, maar is zij binnen het auteursrecht nauwelijks doordacht. Zij doet zich voor bij al die werken waarvan de belichaming vastligt in een stoffelijk exemplaar dat noodzakelijkerwijs in het openbaar wordt gebruikt. Dat is vrijwel het gehele gebied van de industriële vormgeving: autocarrosserieën, kleding, gebruiksvoorwerpen, sieraden, brillen, noem maar op. Bij werken die moeten worden uitgevoerd, is het voor architectuur en software als uit-

²⁴ Er gebeurt in feite hetzelfde als bij software, zie E.J. Dommering, ‘Reverse engineering: a Software puzzle’, in: H.K.W. Kaspersen & A. Oskamp (eds.), *Amongst Friends in Computer and Law, A Collection of Essays in Remembrance of Guy Vandenberghe*, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation 1990, p. 33-45, p. 37: “The expression is the shield used to hide knowledge.”

zondering geregeld in de artikelen 18 en 45j Aw.²⁵ Voor verveelvoudigingen en openbaarmakingen gelden de beperkingen van het privégebruik en de eigen kring. Maar een algemene benadering van het openbare gebruik van het naar zijn aard daartoe bestemde stoffelijk exemplaar van een werk of een naar zijn aard bij persoonlijk gebruik tot nieuwe openbaarmaking dwingend werk, ontbreekt.²⁶

Er is ook een andere systeemvraag. Keuze voor het werkbegrip impliceert een zeventigjarige bescherming van de sensorische beschermingslaag, vele malen langer en breder dan het octrooirecht of de op de omstandigheden van het geval toegespitste onrechtmatige daad. En binnen een systeemredenering past toch ook de andere vraag: Als wij naast de visuele en auditieve waarneming (die vooral bij de industriële vormgeving en de muziekindustrie, commercieel zeer belangrijke takken van sport van het auteursrecht, een rol spelen) de olfactorische waarneming (smaak en geur) gaan betrekken, opent dat een enorm areaal aan auteursrechtelijke claims in de voedsel-, dranken-, genotsmiddelen- en toiletartikelenindustrie, om een paar van de voornaamste te noemen. Koek, wijn, tabak, zeep: het zijn allemaal olfactorische producten die mede op de eigen geur worden verkocht. Maar waarom niet ook geurende meubelen of auto-interieurs? De omslag van de Nederlandse vertaling van *The Emperor of Scent* ruikt aangenaam.

Systeemvragen worden bij de vaststelling of iets een werk is echter niet gesteld, laat staan beantwoord. De vraag of iets een werk is wordt behandeld als een ontologische wezensvraag en niet als een rechtspolitieke keuze voor een bepaald instrument in het geheel van instrumenten dat kan worden ingezet om oneerlijke mededinging te bestrijden. In dit geval stelt de Hoge Raad de systeemvraag wel, maar wikkelt haar af als een ontologische, namelijk dat het auteursrecht op een geur niet alle kenmerken heeft van het 'normale' auteursrecht.

²⁵ Quaedvlieg wijst in zijn noot bij het Trésorarrest op de analogie met art. 45j Aw, a.w. noot 3.

²⁶ Spoor, Verkade & Visser bespreken in par. 5.6. deze vraag niet, als zij de vraag behandelen of er een gesloten systeem van beperkingen bestaat.

CONCLUSIE

Esthetisch gezien behoren de geur en het goed bereide gerecht op dezelfde hoogte te worden gewaardeerd als de audiovisuele kunsten. Okay Ter Braak. Praktisch zijn er teveel bezwaren om ze in het Bureau voor Auteursrechten op te nemen.

De test of er een oorspronkelijk werk is, wijst, mits juist uitgevoerd, in de richting van een gedetailleerde niet te octrooieren bereidingwijze van een combinatie van chemische verbindingen die samen, blootgesteld aan de buitenlucht en de huid, welriekende en verrassende geuren kunnen veroorzaken. De Hoge Raad heeft die test niet uitgevoerd door de belangrijkste drager van het werk, de receptuur, buiten beschouwing te laten. Ik heb in dit artikel de stelling verdedigd dat bij werken die bestaan in uitvoering, zoals muziek, men moet kijken naar de set instructies die de volledige weergave zijn hoe het werk uit te voeren. Bij de muziek is dat de partituur, bij smaak en geurwerken het recept.

Is het dan niet mogelijk, zo kan men zich afvragen, om over het resultaat van de geheime know how die in de werkwijze ligt opgesloten, de verdedigingslinie van het waarneembare subjectieve werk te leggen? Zolang het auteursrecht zich beperkt tot de loutere subjectiviteitstest, zou dat inderdaad kunnen. Bij werken van industriële vormgeving valt dat dilemma ook niet zo op, omdat, ofwel de techniek goed verborgen is, ofwel zo algemeen gangbaar is dat bescherming geen zin heeft. Als het vooral om de kennis gaat en niet om de vormgeving, zien we echter het probleem manifest worden. Chipbescherming, de discussie over het verbod op reverse engineering (een meer octrooirechtelijke dan auteursrechtelijke discussie) bij computerprogrammatuur zijn goede voorbeelden. En geuren dus ook. Men zal naar mijn mening dan ook rechtspolitieke keuzen moeten maken. Daarbij zal het domein en het systeem van het auteursrecht moeten worden betrokken. Helaas is de wereld niet zo binair als wij zouden wensen. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet zijn esthetiek en techniek niet te splitsen; ook het systeem van het auteursrecht geeft geen eenduidig antwoord. Het is dus een kwestie van gradatie. De keuze wordt bepaald door wat in het gegeven geval de juiste remedie is tegen oneerlijke mededinging en praktisch juridische uitvoerbaarheid. Tot het arsenaal behoren ook slaafse nabootsing, geschriftenbescherming (als het om geschreven informatie gaat) en diefstal van bedrijfsgeheimen. Wel merk ik op dat bij een rechtspolitieke afweging ook past de eis dat bij een auteursrechtelijke inbreukactie het volledige recept van de geur in een procedure moet worden overgelegd om een juist beeld

van het werk te krijgen. Dit stelt de fabrikant die zich op auteursrecht wil beroepen voor de, mijns inziens terechte, keuze of hij het bedrijfsgeheim wel wil openbaren. Die eis stelt men immers bij het octrooirecht ook.

Jaap, ik zou er een goede fles wijn op drinken, bijvoorbeeld van de appellation St Estèphe uit de Medoc in Bordeaux. Deze heeft een dermate rijke en per château gevarieerde afdronk dat deze afdronken het stempel van de maker dragen en in Nederland voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.

