



Auteursrecht op (de geur van een) parfum
Annotatie bij HR 16 juni 2006 (Kecofa / Lancôme)
Verschenen in *Ars Aequi* 2006-11, p. 821-824.

P.B. Hugenholtz

HR 16 juni 2006, JOL 2006, 375, RvdW2006, 609, LJN: AU8940 (mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, W.A.M. van Schendel en W.D.H. Asser; A-G mr. D.W.F. Verkade)

Nabootsing van een parfum; vraag of een geur(combinatie) auteursrechtelijke bescherming kan genieten; de omschrijving van 'werk' in art. 10 van de Auteurswet luidt algemeen en belet niet daaronder een geur(combinatie) te begrijpen; beslissend is of het gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft; dat het menselijke reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stelt, doet hieraan niet af, evenmin als de omstandigheid dat niet alle bepalingen en beperkingen in de Auteurswet op 'geurwerken' kunnen worden toegepast; de geur van een parfum mag niet worden vereenzelvigd met de reukstoffen die de geur teweegbrengen.

Samenvatting

Kecofa brengt onder de merknaam 'Female Treasure' flacons eau de parfum op de markt, waarvan de geur sterk doet denken aan het parfum 'Trésor' van Lancôme. Een poging van Lancôme om op grond van merkinbreuk de verkoop van 'Female Treasure' te verbieden is in 1997 bij het Hof Amsterdam mislukt. [1] Volgens het Hof bestond er tussen beide merken onvoldoende overeenstemming. Vervolgens heeft Lancôme Kecofa in 2000 opnieuw gedagvaard, ditmaal voor de rechtbank Maastricht. Lancôme baseert zich nu ook op auteursrechtelijke bescherming voor haar parfum. Deze grondslag staat in cassatie centraal.

Nadat de rechtbank in een tussenvonnis had geoordeeld dat een geurcombinatie in beginsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, kwam ook het Hof Den Bosch tot het oordeel dat het parfum Trésor kan worden aangemerkt als een oorspronkelijk werk in de zin van de Auteurswet. Anders dan de rechtbank ging het hof hierbij uit van de samenstelling van de reukstof. De oorspronkelijkheid van het parfum volgde volgens het hof onder meer uit het door Lancôme geschetste creatieve proces van parfum-ontwerpen, en uit het feit dat Trésor 'vanwege zijn geur bij zijn introductie al direct bijzonder populair was'. Het hof oordeelde verder dat de enkele omstandigheid dat een parfum wat betreft een aantal algemeen omschreven kenmerken zou passen binnen een bepaalde stijl of traditie, onvoldoende is om te besluiten dat het niet oorspronkelijk is. De stelling van Kecofa dat het parfum Trésor een bewerking is van het parfum Eternity van Calvin Klein achtte het hof onvoldoende onderbouwd. Mede op basis van een door Lancôme overgelegd Frans onderzoeksrapport, waaruit zou blijken dat 24 van de 26 bestanddelen van beide parfums identiek zijn, concludeerde het Hof vervolgens dat Female Treasure is aan te merken als een ongeoorloofde veelelvoudiging van Trésor, zodat Kecofa inbreuk maakt op het auteursrecht van Lancôme .

In cassatie bestrijdt Kecofa niet dat een geur(combinatie) in beginsel in aanmerking komt voor

auteursrechtelijke bescherming, maar wel dat de samenstelling van een reukstof een werk in auteursrechtelijke zin kan zijn. Volgens Kecofa kan eenzelfde geur door reukstoffen van zeer verschillende samenstelling worden voortgebracht, en een kleine variatie in de samenstelling tot een wezenlijk andere geur leiden. Het hof had zich derhalve niet op het Franse onderzoeksrapport, dat bovendien pas in een zeer laat stadium door Lancôme was overlegd, mogen baseren.

De Hoge Raad stelt voorop (ro. 3.3.2) dat een geur- of geurcombinatie in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming:

De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk 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, belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming aan de geur van een parfum. De omstandigheden dat de eigenschappen van het menselijk reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stellen en dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt, doen aan het vorenstaande niet af, evenmin als de omstandigheid dat de specifieke aard van geuren tot gevolg heeft 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.

Een geur kan, ook voor de toepassing van het auteursrecht, niet worden vereenzelvigd met de stof of stoffen die de geur teweegbrengen. Deze stof of stoffen fungeren als - niet noodzakelijkerwijs exclusieve - belichaming van het werk dat de geur is, en zij dragen er 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 van stoffen waaruit het parfum is samengesteld en waaruit, wanneer het mengsel is blootgesteld aan de open lucht, de gasvormige geurstoffen vrijkomen die met het reukorgaan kunnen worden waargenomen.

De klacht van Kecofa dat het hof ten onrechte is uitgegaan van de reukstof in plaats van de geur, wordt door de Hoge Raad terzijde geschoven (ro. 3.3.3):

Het hof heeft [...] zij het in minder gelukkige bewoordingen, tot uitdrukking gebracht dat de auteursrechtelijke bescherming toekomt aan de geur, zoals die in de zich in de parfumflesjes bevindende reukstof is vastgelegd. Bij de beoordeling van de inbreukvraag heeft het hof vervolgens terecht onderzocht of de geur Female Treasure als verveelvoudiging van het werk Trésor moet worden aangemerkt.

Omdat ook de andere cassatieklachten van Kecofa (onder meer over het in een laat stadium overleggen van het onderzoeksrapport, waardoor Kecofa in haar verdediging zou zijn geschaad) geen doel treffen, wordt het cassatieberoep verworpen.

Noot

Studentes die voor een prikje lekker willen ruiken kunnen al jaren terecht bij de Kerkraadse

Cosmetica Fabriek BV (Kecofa). Onder het motto *Alleen Uw Beurs Ruikt Het Verschil* produceert Kecofa 'smell-alikes' van allerlei bekende parfums, en verkoopt deze zeer goedkoop onder namen die aan de nageaapte merken doen denken. Het Lancôme-parfum 'Trésor' heet in de Kecofa-versie 'Female Treasure', en was tot voor kort te koop voor minder dan vijf Euro per fles van 100 ml. En dat is natuurlijk geen geld voor een geur die door Kecofa als volgt beschreven werd: '*Top Notes*: Peach, Apricot, Pineapple, Bergamot, Green Note. *Middle Notes*: Rose, Orris, Lily of the Valley, Jasmin, Heliotrope. *Base Notes*: Sandal, Cedar, Musk, Amber, Vanilla, Cinnamon.'

Bestaat er auteursrecht op de originele geur van een parfum? De Hoge Raad meent in navolging van de Maastrichtse rechtbank en het Bossche hof van wel, en schrijft daarmee wereldgeschiedenis. Voor het eerst laat een hoogste nationale rechter het parfum toe tot het auteursrechtelijke paradijs. Een mooie primeur voor het Nederlandse auteursrecht, maar ook een uitspraak die vragen oproept. [2]

Het auteursrecht beschermt 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst'. Art. 10 lid 1 van de Auteurswet geeft een groot aantal voorbeelden van werken, inclusief 'toneelwerken', 'pantomines' en 'muziekwerken', maar geuren of parfums komen in deze opsomming niet voor. Dat is echter niet beslissend; de werkenlijst van art. 10 Aw is niet-limitatief, zoals blijkt uit het slot van het eerste lid: 'en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht'.

De eerste vraag is dus of hier sprake is van een 'voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst'. Valt de geur van een parfum binnen het domein dat traditioneel door het auteursrecht wordt bestreken? Deze 'domeinvraag', die vooral tot doel heeft het auteursrecht systematisch van andere rechten van intellectuele eigendom (met name het octrooirecht) af te bakenen, wordt in de Nederlandse rechtstheorie en -praktijk meestal overgeslagen. Het begrip 'letterkunde, wetenschap of kunst' is zo ruim, dat de meeste menselijke scheppingen daar wel onder vallen. De Hoge Raad stapt, mijns inziens te gemakkelijk, over deze voorvraag heen, en volstaat met de opmerking dat 'het werkbegrip van de Auteurswet zijn begrenzing [vindt] waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect'. Inderdaad, het auteursrecht beschermt geen technische effecten, maar daarmee is de domeinvraag nog niet beantwoord. Behoort het ontwerpen van een parfum tot het domein van 'letterkunde, wetenschap of kunst' (kortweg cultuur), of bevinden we ons hier eerder op het terrein van industrie en nijverheid, waarvoor andere wettelijke vereisten en veel kortere beschermingstermijnen gelden? Het ontwikkelen van een nieuwe douche-gel, een diepvriesmaaltijd of het kleurengamma van een verf fabriek wordt evenmin door de techniek bepaald, en is ongetwijfeld creatief, maar wordt daardoor nog niet met auteursrechtelijke bescherming beloond. Auteursrechtelijke bescherming impliceert in casu dat de geur van Trésor tot 70 jaar na de dood van haar ontwerper(s) – dus wellicht tot het eind van deze eeuw – gemonopoliseerd blijft. Het is de vraag of dat uit een oogpunt van vrije mededinging wenselijk is.

De Hoge Raad concentreert zijn analyse op twee andere, in de rechtspraak en rechtsleer ontwikkelde criteria: waarneembaarheid (het werk moet zijn geuit) en oorspronkelijkheid (het werk moet een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker drager). Aan de eerste eis is eenvoudig voldaan; de geur van een parfum is door de mens waarneembaar, ook al verschilt de mate waarin een mens geuren kan onderscheiden van persoon tot persoon. Ook de eis van een eigen oorspronkelijk karakter is overkomenlijk. Het ontwerpen van een parfum is een creatief proces, waarin subjectieve (esthetische) keuzen worden gemaakt.

Blijft over het door sommigen [3] geopperde wetstechnische bezwaar dat een 'geurwerk' in het

auteursrechtelijke systeem niet goed valt in te passen. Als een parfum onder het auteursrecht valt, is het in het openbaar dragen ervan 'openbaar maken', een handeling waarvoor normaliter de toestemming van de rechthebbende vereist is. Mag de geparfumeerde consument straks zonder 'gebruikslicentie' niet meer de straat op? Zo'n vaart zal het wel niet lopen, [4] maar de voorbeelden van op winst gerichte parfum-openbaarmaking (onder meer door stewardesses en coiffeusses) die AG Verkade in zijn conclusie fantaseert, doen vermoeden dat er over auteursrecht op parfums nog heel wat meer te procederen valt.

Stof tot overpeinzing biedt ook het onderscheid tussen geur en reukstof, dat als een rode draad door het Parfumarrest loopt. Nadat de rechtbank in eerste instantie auteursrechtelijke bescherming van de geur van een parfum in beginsel had aanvaard, spitst het hof zijn analyse toe op de fysieke samenstelling van het parfum: de reukstof. Uiteindelijk strijkt de Hoge Raad deze plooi weer glad door in het arrest van het hof, heel welwillend, te lezen 'dat de auteursrechtelijke bescherming toekomt aan de geur, zoals die in de zich in de parfumflesjes bevindende reukstof is vastgelegd'. Inderdaad kan aan de reukstof als zodanig uit de aard der zaak geen auteursrechtelijke bescherming toekomen. Het auteursrecht beschermt nu eenmaal immateriële creaties, geen tastbare goederen. Maar welke immateriële creatie? Gaat het om de combinatie van ingrediënten (de receptuur) die de specifieke geur veroorzaken? Of is het de 'geurcompositie' zelf, die los staat van de chemische samenstelling van het parfum? Het onderscheid is belangrijk, omdat receptuur en geur zich niet 1:1 tot elkaar verhouden. [5] Een kleine verandering in het recept kan een grote verandering in de geur tot gevolg hebben. Omgekeerd kunnen reukstoffen van geheel verschillende samenstelling een zelfde geur teweegbrengen. [6] Receptuur – de samenstelling van een stof – is in wezen octrooirechtelijke materie, en hoort dus niet thuis in het auteursrecht. Maar een auteursrecht op de geurcompositie ('geurwerk'), waarvoor de Hoge Raad zich sterk maakt, schept ook de nodige problemen. Het omvat in wezen alle mogelijk manieren om dezelfde of een gelijkende geur te realiseren, tenzij er van ontlening (nabootsing) geen sprake is. Een auteursrecht op geurwerken is dus bijzonder krachtig.

Hier komt bij dat een geurwerk zonder deskundig 'psychosensorisch' onderzoek moeilijk valt te objectiveren. Het menselijke reukzintuig is onderontwikkeld, waardoor geuren (net als smaken) sterk verschillen. Het verbaast niet dat het hof een eigen reukoordeel niet heeft aangedurfd, en grotendeels is afgegaan op het (au fond partijdige) oordeel van het Franse onderzoeksbureau. Dit alles betekent dat de beschermingsomvang van een geurwerk niet precies is vast te stellen, waardoor de rechtszekerheid gevaar loopt. Hierbij speelt een rol dat het auteursrecht, anders dan andere rechten van intellectuele eigendom, geen registratievereiste stelt. In het merken- en modellenrecht is de beschermingsomvang onmiddellijk te kennen uit een openbaar register. In het auteursrecht is aan zo'n register meestal geen behoefte, omdat het werk in kwestie doorgaans duidelijke contouren heeft: een concrete film, roman of computerprogramma. Die natuurlijke contouren ontbreken bij een geurwerk. Hier had de werkenlijst van art. 10 Aw, die enkel scheppingen noemt die zijn gericht tot oog en oor en daardoor vrij nauwkeurig zijn af te bakenen, de Hoge Raad tot leidraad kunnen zijn.

Juist omdat een geur zich zo lastig laat duiden, heeft het Europese Hof van Justitie de mogelijkheid van *merkenrechtelijke* bescherming van olfactorisch tekens ('geurtekens') enkele jaren geleden afgewezen. [7] Voor de registratie als merk geldt de eis van grafische voorstelling. Het teken moet nauwkeurig beschreven kunnen worden, anders biedt het merkenregister onvoldoende rechtszekerheid aan derden. In het geval van een geurteken voldoet volgens het Hof 'noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden, noch het depot van een geurmonster noch een combinatie daarvan' aan deze eis.

Drie dagen voor het het arrest van de Hoge Raad, op 13 juni 2006, wees het Franse Cour de

Cassation auteursrechtelijke bescherming van de geur van een parfum radicaal af. De geur is het resultaat van toegepaste know-how en komt daardoor niet in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming, aldus vrij vertaald de hoogste Franse rechter. [8] Een mooi geval van omgekeerde wereld. Kecofa zal binnenkort naar Parijs verhuizen, en Zuid-Limburg verheugt zich op de komst van de Franse parfumhuizen.

Noten

[1] Hof Amsterdam 17 april 1997, te kennen uit HR 13 november 1998, NJ 1999, 133.

[2] Zie voor een uitvoerige analyse van de belangrijkste rechtsvragen de mooie conclusie van AG Verkade.

[3] P.B. Hugenholtz, *AMI* 2002-5, p. 195.

[4] Aldus ook A.A. Quaedvlieg, *AMI* 2006, 14.

[5] J.E.R. Frijtters en C.P.M. van Houte, 'De geur van parfum zit niet in de fles', *NJB* 2004, p. 1988 e.v.

[6] Vergelijkbare auteursrechtelijke problemen doen zich voor in de kookkunst. Zie P.B. Hugenholtz '*Recept, Gerecht en Auteursrecht*', in: D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Intellectuele eigenaardigheden*, Deventer: Kluwer 1998, p. 175-179, alsmede E.J. Dommering, *AMI* 1992/1, p. 17.

[7] HvJ EG 12 december 2002, C-273/00, NJ 2003, 600 m.nt. JHS (Sieckmann).

[8] H. Cohen Jehoram, *NJB* 2006, p. 1627.
