

The logo of KU Leuven, consisting of the text "KU LEUVEN" in white, bold, uppercase letters on a dark blue rectangular background with a light blue border on the top and left sides.

KU LEUVEN

Faculteit: Rechtsgeleerdheid

Studiegebied:
Rechten, notariaat en criminologisch wetenschappen

Opleiding: Master in de Intellectuele rechten

De bescherming van geuren via het intellectueel eigendomsrecht

Masterproef aangeboden door

Kaat SCHEERLINCK

Studentennr.: r0598676

tot het behalen van de graad van
Master in de Intellectuele Rechten

Promotor: Prof. dr. Frank GOTZEN

Academiejaar **2014 - 2015**

Inhoudsopgave

INLEIDING	4
DEEL I. AUTEURSRECHT	7
Inleiding	8
Stand van de rechtspraak	10
Nederland	10
Frankrijk	12
België	17
Verenigd Koninkrijk	17
Verenigde Staten	17
HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp	18
1. Identificatie van het voorwerp	18
2. Onderzoek van het beschermingsvoorwerp	23
3. Besluit	49
HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden	51
HOOFDSTUK 3. Gevolgen van bescherming	55
Besluit auteursrecht	57
DEEL II. OCTROOIRECHT	59
Inleiding	60
HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp	61
1. Het octrooirecht beschermt 'uitvindingen'	62
2. Geur als uitvinding: identificatie van het voorwerp	65
HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden	75
1. Algemeen	75
2. Toepassing op geuruitvindingen	78

HOOFDSTUK 3. Gevolgen van bescherming 83

1. De formule 83
2. De synthetische geurbestanddelen 84
3. Geurtoepassingen 85

Besluit octrooirecht 91

DEEL III. MERKENRECHT 93

Inleiding 94

Stand van de rechtspraak 97

Nationale merkaanvragen 98

Gemeenschapsmerkaanvragen 99

Stand van zaken 102

HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp 106

1. De wettelijke bepaling van het merk 106
2. Als merk beschermbare tekens 108
 - 2.1 Een teken 108
 - 2.2 Vereiste van grafische voorstelling

HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden 132

1. Onderscheidend vermogen 132
2. Toelaatbaarheid 137

HOOFDSTUK 3. Gevolgen van bescherming 142

1. Rechten verbonden aan het Gemeenschapsmerk 142
2. Bijzondere situatie in de Benelux 148

Besluit merkenrecht 150

ALGEMENE CONCLUSIE 153

BIBLIOGRAFIE 157

Inleiding

De afgelopen jaren is er heel wat literatuur verschenen over de bescherming van geuren via het intellectueel eigendomsrecht. Daarbij gaat de aandacht vooral uit naar de bescherming van parfums via het auteursrecht en de bescherming van geurmerken via het merkenrecht. De mogelijkheid om parfums en andere geurcreaties te beschermen via het octrooirecht wordt eveneens vermeld, maar blijft sterk onderbelicht.

Dat zoveel aandacht besteed wordt aan parfums, is eenvoudig te verklaren: ten eerste doordat parfumproducenten zich pas de afgelopen 15 jaar tot het intellectueel eigendomsrecht wendden voor om bescherming te zoeken; ten tweede doordat de bescherming van parfums via het intellectueel eigendomsrecht problematisch blijkt te zijn.

De parfumindustrie bestaat al honderden jaren, waardoor het op het eerste zicht vreemd kan lijken dat pas zo recent nood ontstaan is aan de bescherming van de formules. Dit valt echter te verklaren door de technologische vooruitgang van de afgelopen 25 jaar, die het mogelijk gemaakt heeft binnen een zeer korte tijdsspanne de formules van parfums te achterhalen. Een beroep op de geheimhouding van de formules voldoet daardoor niet meer. Parfumproducenten worden vandaag de dag geconfronteerd met concurrenten die nagenoeg identieke kopieën van hun parfums op de markt brengen. Deze concurrenten zijn verstandig genoeg om daarvoor niet de merknaam van het oorspronkelijke parfum te gebruiken, maar een die ernaar verwijst zonder echter een inbreuk op het merkenrecht te vormen. We zullen daarom onderzoeken welke mogelijkheden het intellectueel eigendomsrecht biedt voor de bescherming van parfums.

We hebben echter met opzet het onderwerp van ons onderzoek ruimer geformuleerd dan enkel parfums. Aan de bescherming van andere soorten geurcreaties is tot nu veel minder aandacht besteed, maar we verwachten dat we door de technologische vooruitgang – in het bijzonder van geurtechnologie – in de toekomst geconfronteerd zullen worden met allerlei nieuwe soorten van geurcreaties. Gezien de hoge investeringen die gedaan worden voor het onderzoek naar nieuwe geurtechnologieën

en -producten, mogen we verwachten dat de ontwikkelaars hiervan juridische bescherming van hun creaties zullen zoeken, in de eerste plaats via het intellectueel eigendomsrecht.

Hoewel er al veel geschreven is over de bescherming van geuren via het auteursrecht en het merkenrecht, vonden we toch dat nog niet alles gezegd is.

Ten eerste gaat in een groot deel van de literatuur de aandacht uitsluitend uit naar de bescherming van parfums – en dan enkel via het auteursrecht. Andere vormen van geurcreaties en geurtoepassingen verdienen echter evenzeer aandacht.

Ten tweede blijft het octrooirecht onderbelicht. Voor parfums lijkt dit al vreemd, aangezien de producenten bescherming zoeken voor hun formules en het octrooirecht daar het aangewezen beschermingssysteem voor lijkt. Daarenboven wordt weinig aandacht besteed aan andere, indirecte, manieren om geurcreaties te beschermen, zoals het octrooieren van synthetische geurbestanddelen. Ook voor nieuwe geurtechnologieën biedt het octrooirecht daarenboven perspectieven.

Ten derde – en vooral – bestaat er een groot hiaat in zowel de rechtspraak als de rechtsleer: er bestaat een schrijnend gebrek aan interdisciplinariteit. Al te veel auteurs en zelfs de hoogste rechtscolleges doen uitspraken over de eigenschappen van onze geurwaarneming, zonder naslagwerk te doen in exact-wetenschappelijke en dan voornamelijk medische bronnen. Het is echter onmogelijk de bescherming van geuren op een zinvolle manier te onderzoeken met een gebrekkige basiskennis van de materie. Zéker voor het intellectueel eigendomsrecht is dit problematisch: wij werken nu eenmaal met materie die niet tot onze eigen expertise behoort. Zoals we ons eerst moeten inlezen voor we de auteursrechtelijke problemen met *cloud computing of open source software* kunnen onderzoeken, moeten we eerst een beter begrip krijgen van de werking van onze geurwaarneming. We zullen trouwens zien dat deze lacune geleid heeft tot tegenstellingen in de rechtspraak – en dat standpunten die op het eerste licht onrechtvaardig lijken, bij nader inzien dichter bij de waarheid blijken te liggen.

We zullen beginnen met de bescherming van geuren via het auteursrecht. In dit deel zullen we ons concentreren op parfums, aangezien enkel de meer verfijnde, complexe geuren in aanmerking kunnen komen voor auteursrecht en aangezien ook enkel voor deze creaties bescherming gezocht wordt.

In het deel octrooirecht zal de klemtoon enigszins anders verschuiven: we zullen dan immers de meer technische, industriële kant van geurbescherming bekijken.

De bescherming van geuren via het merkenrecht zullen we in het laatste deel behandelen. Interessant is dat de reden voor het beschermen van geuren in dit deel zal verschillen: het zal immers niet gaan om de bescherming van de geur als zodanig, maar om de bescherming van de geur als merk, dus als onderscheidingsteken.

We zullen zien dat de bescherming van geuren via het intellectueel eigendomsrecht niet alleen vele mogelijkheden biedt, maar ons ook voor zeer interessante vraagstukken stelt.

DEEL I. AUTEURSRECHT

Inleiding

In dit deel zullen we onze aandacht richten op parfums. Onder deze term begrijpen we geurcreaties die niet met een functioneel doel ontworpen zijn, maar zuiver esthetisch zijn. Andere soorten geurcreaties zullen we in de andere delen onderzoeken.

De problematiek van auteursrecht op parfums heeft de laatste jaren veel inkt doen vloeien. Er was vroeger al eens sporadisch kort iets over geschreven door sommige auteurs, maar het zijn vooral de rechtszaken die parfumproducent Lancôme is begonnen, die het debat in volle hevigheid hebben doen losbarsten. Lancôme probeerde al vroeg in de jaren 1990 op te treden tegen producenten van zogenaamde *smell-alikes*, nagenoeg identieke kopieën van Lancômes populairste parfums. Nadat vorderingen wegens merkinbreuken en oneerlijke mededinging gesneuveld waren, heeft Lancôme haar strategie gewijzigd en rechtstreeks bescherming voor haar parfums *zelf* gevraagd. Het bedrijf is zowel in Nederland als in Frankrijk procedures gestart, soms samen met andere producenten. De keuze voor auteursrecht hoeft niet te verbazen. Niet alleen omdat het bedrijf geen octrooien meer had kunnen aanvragen voor haar formules (die immers niet nieuw meer waren), maar omdat het auteursrecht ook veel interessanter is voor parfumproducenten: de beschermingsduur is veel ruimer, er zijn geen registratieformaliteiten vereist en er moet bovendien niets openbaar gemaakt worden. Daarnaast staat het natuurlijk ook mooier naar het publiek toe om luxeproducten als parfums te beschouwen als kunstzinnige creaties in plaats van als industriële producten.

De rechtsprocedures van Lancôme en andere parfumproducenten hebben echter tot zeer verschillende uitkomsten geleid in Nederland en Frankrijk. Onduidelijkheid bestaat niet alleen over het precieze voorwerp van de bescherming (de formule, dan wel de geur zelf), maar ook over de vraag of industrieel geproduceerde producten als parfums eigenlijk wel behoren tot het domein van het auteursrecht. De wetgeving biedt weinig houvast. Daar komt nog bij dat geuren van een heel andere aard zijn dan alle andere soorten werken die reeds beschermd worden via het auteursrecht. Het vluchtige, variabele, ongrijpbare karakter van geuren maakt dat heel wat auteurs reserves hebben

om deze creaties toe te laten tot het auteursrecht. In de literatuur is de vrees uitgesproken hiermee de doos van Pandora te openen en de vaagheid waarmee het auteursrecht reeds te kampen heeft, nog te vergroten. Anderzijds voelen we wel aan dat het onrechtvaardig zou zijn geen enkele bescherming toe te kennen aan parfums. Sommige auteurs vinden daarom principieel dat het auteursrecht ook voor dergelijke vergankelijke creaties moet openstaan. Over één kwestie is wel ongeveer iedereen het eens: dat er dringend meer duidelijkheid zou moeten komen in deze kwestie. De zeer verschillende oplossingen waartoe de Nederlandse en de Franse rechtspraak gekomen zijn, passen niet binnen de verwezenlijking van de interne markt die de Europese Unie nastreeft, zodat een wetgevend optreden van de Europese Commissie noodzakelijk lijkt.¹

In de literatuur zijn reeds zeer veel – goede en minder goede – argumenten naar voren geschoven, zowel voor als tegen de bescherming van parfums. Langzaamaan zijn het echter wel steeds vaker dezelfde argumenten die naar voren geschoven worden.² Toch is nog niet alles gezegd. De onduidelijkheid komt namelijk deels voort uit het feit dat te weinig rekening gehouden wordt met argumenten van exact-wetenschappelijke aard. Daardoor worden soms ronduit absurde argumenten aangedragen. Hieraan willen we graag verhelpen.

We zullen ons in dit deel voornamelijk toespitsen op de vraag of geuren eigenlijk wel het voorwerp kunnen uitmaken van auteursrechtelijke bescherming, aangezien daarmee de voornaamste problemen bestaan. We zullen ook kort ingaan op de beschermingsvoorwaarden en de gevolgen van bescherming. We zullen nu echter beginnen met een overzicht van de rechtspraak; daarna zullen we overgaan tot onze eigen analyse.

¹ H. COHEN JEHORAM, "Shall the perfume scent decision of the Dutch Supreme Court conquer the EU and then the world or will it perish", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2006-2007, 574; E. DERCLAYE, ² A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 5.

Stand van de rechtspraak

Nederland

In Nederland is de bescherming van parfums vóór de procedure van Lancôme slechts een enkele keer aan bod gekomen in de rechtspraak. In 1962 had namelijk het Gerechtshof te Amsterdam beslist dat de nabootsing van parfums niet ongeoorloofd is.³ Nadien is de bescherming van parfums eigenlijk uit de aandacht verdwenen, tot de zaak van Lancôme tegen Kecofa, waar tot op het hoogste echelon voor gevochten is en die sindsdien al veel inkt heeft doen vloeien.⁴

Lancôme t. Kecofa

Het debat is pas geopend in 2000, toen het Franse cosmeticabedrijf Lancôme de Nederlandse vennootschap Kecofa voor de rechtbank daagde. Kecofa verkocht reeds jarenlang bijna identieke kopieën van parfums van bekende merken. In 1993 was Kecofa begonnen met de distributie van een parfum onder de naam '*Female Treasure*', dat zeer sterk leek op Lancômes populaire parfum '*Trésor*'.⁵ Lancôme eiste voor de rechtbank van Maastricht de stopzetting van de productie van *Female Treasure*, dat een inbreuk zou zijn op haar auteursrecht op *Trésor*.

- Eerste aanleg

De rechtbank van Maastricht oordeelde dat een geurcombinatie in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming indien ze voldoet aan de

³ Gerechtshof Amsterdam 14 juni 1962, te kennen uit HR 22 maart 1963, *BBIE* 1963, 78; geciteerd uit T. VAN ENGELEN, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 271.

⁴ A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 3.

⁵ In 1995 had Lancôme reeds een vordering ingesteld tegen Kecofa wegens ongeoorloofd gebruik van haar merknaam, maar deze eis werd door de rechtbank van Amsterdam afgewezen. Deze beslissing is bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Amsterdam van 17 april 1997. Geciteerd uit M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 309.

beschermingsvoorwaarden, met name indien ze een eigen karakter heeft dat het persoonlijk stempel van de maker draagt. Vooraleer de rechtbank zich over de grond van de zaak kon uitspreken, moest Lancôme echter aantonen dat a) haar parfum *Trésor* voldeed aan de beschermingsvoorwaarden, b) dat Lancôme de auteur van het parfum was en c) dat *Female Treasure* een kopie van *Trésor* was.⁶

- Hoger beroep

In plaats van deze bewijzen inderdaad te overhandigen aan de rechtbank, ging Lancôme meteen in beroep tegen deze beslissing.

Het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch ging in haar arrest eerst dieper in op de aard van het werk. Een onderscheid werd gemaakt tussen enerzijds de reukstof - zijnde de stof die door zijn samenstelling een bepaalde geur verspreidt en die gereproduceerd en gebruikt kan worden - en anderzijds de geur zelf, zoals waarneembaar via de reukzin. Het Hof stelde dat Lancôme in feite bescherming vroeg voor de samenstelling van de reukstof. Deze reukstof werd voldoende concreet, stabiel en objectief waarneembaar geacht om als 'werk' in de zin van het auteursrecht te kunnen gelden.

In tweede instantie werd het oorspronkelijk karakter beoordeeld. Dat het parfum zich situeerde in een reeds lang bestaande traditie van geurenfamilies (zoals aangevoerd was door Kecofa) nam niet weg dat vastgesteld kon worden dat de specifieke samenstelling van het parfum origineel was. Het Hof baseerde zich daarvoor op zowel een fysisch-chemische analyse van beide parfums als op de resultaten van een consumentenbevraging. Op basis hiervan werd besloten dat *Female Treasure* inderdaad een ongeoorloofde reproductie van *Trésor* was.⁷

- Cassatie

Het cassatieberoep dat Kecofa tegen deze uitspraak instelde, werd verworpen door de Hoge Raad. De Hoge Raad herkwalficeerde wel het beschermingsvoorwerp: het werk

⁶ Rb. Maastricht 18 april 2002, zaaknr. 58623/HA ZA 00-776.

⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, *IRDI* 2004, 391, met noot S. STORMS, "Parfums beschermd via het auteursrecht?", *IRDI* 2004, 397-400.

bestaat uit de geur zelf, niet uit de samenstelling van de reukstof. Om te oordelen of een geur beschermd kan worden, moet volgens de Hoge Raad in aanmerking genomen worden 1) of het werk zintuiglijk waarneembaar is; 2) of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en 3) of het een persoonlijk stempel van de maker draagt. Zijn niet van belang: 1) het feit dat de menselijke waarneming via de reukzin grenzen kent; 2) dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt; 3) dat niet alle bepalingen en beperkingen van de Auteurswet daarop onverminderd toepassing kunnen vinden.⁸

Met betrekking tot de originaliteit oordeelde de Hoge Raad dat het bestaan van een geurentraditie geen belemmering vormt voor de bescherming van parfums via het auteursrecht. De Hoge Raad bracht eveneens in herinnering dat er geen nieuwheid vereist is, maar een subjectieve originaliteit, en dat het aan degene die de originaliteit betwist is om te bewijzen dat het werk ontleend is aan een bestaand werk.

Wat de beoordeling van de inbreuk betreft, heeft de Hoge Raad bovendien aanvaard dat het Gerechtshof zich daarvoor had beroepen op het rapport van het gespecialiseerde kantoor *Breese & Majerowicz*.

Frankrijk

Voorals in Frankrijk heeft zich een bloeiende rechtspraak en doctrine ontwikkeld over auteursrecht op geuren. Dit hoeft ook niet te verbazen, aangezien Frankrijk een van de parfuml landen bij uitstek is.⁹

Rochas v. De Laire (1975)

De eerste Franse parfumzaak was *Rochas v. De Laire* uit 1975. De bescherming werd in dit concrete geval afgewezen, maar er werd wel erkend dat er theoretisch niets in de weg staat aan de auteursrechtelijke bescherming van geuren: de woorden 'met name' uit

⁸ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.2.

⁹ M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 311.

de toenmalige auteurswetgeving duiden er immers op dat werken die met de andere zintuigen dan zicht en gehoor waarneembaar zijn, niet principieel uitgesloten waren.¹⁰ De Laire had deze zaak echter onhandig aangepakt, door niet alleen auteursrechtelijke bescherming te vragen voor de formule in plaats van voor de geur, maar er ook bij te zeggen dat deze formule een uitvinding was die ook octrooieerbaar was - en dat zonder naar het kunstzinnige karakter van de creatie te verwijzen.¹¹

Clarins v. HLL Batignolles (1997)

In deze zaak oordeelde de arrondissementsrechtbank van Parijs dat een parfum geen geestelijke schepping is die beschermd kan worden via het auteursrecht.¹²

Het Hof van Beroep wees het beroep af, maar onderlijnde dat Clarins geen enkele poging had ondernomen om aan te tonen hoeveel werk er in de creatie van haar werk was gestopt en dat ze evenmin gezorgd had voor een chromatografische analyse, zodat geen uitspraak gedaan kon worden over het creatieve werk en het originele karakter van het parfum.¹³ Daarmee leek het Hof impliciet de mogelijkheid van auteursrecht op parfums te aanvaarden.¹⁴

Mugler v. Molinard (1999)

Molinard was in 1992 'Nirmala' beginnen verkopen, gepromoot als een *smell-alike* van Muglers immens populaire 'Angel'.¹⁵ De Parijse rechtbank van koophandel oordeelde dat het inderdaad om namaak ging en stelde uitdrukkelijk dat 'de creatie van nieuwe parfums het resultaat is van een waar artistiek onderzoek door gespecialiseerde

¹⁰ P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, 1; C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 435.

¹¹ R.J. PRINS, "De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk", *BIE* 2006, 468.

¹² TGI Parijs 5 november 1997, *s.a. Clarins c. s.a. HLL Batignolles et Pierre Cattier*, *PIBD* 1998, III-142.

¹³ CA Parijs (4e ch.) 28 juni 2000, *s.a. HLL Paris Rive Droite c. s.a. Clarins et Pierre Cattier*, III-549; geciteerd uit M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 311.

¹⁴ M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 311.

¹⁵ Geciteerd uit C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 436.

ontwerpers; dat het dus ontegensprekelijk om een geestelijke schepping gaat; (...) dat parfums beschermd zijn indien ze voldoen aan het originaliteitsvereiste'.¹⁶

Beauté Prestige International c. Bellure n.v. et al. (2002)

In deze zaak hebben zowel de arrondissementsrechtbank¹⁷ als het Hof van Beroep¹⁸ van Parijs bescherming via het auteursrecht toegestaan voor de geur van het parfum 'L'Eau d'Issey'. Het Hof vond dat de rechters in eerste aanleg terecht hadden erkend dat een geur het resultaat is van een intellectueel proces; dat een geurontwerper beroep doet op zijn verbeelding en zijn kunde om een origineel bouquet van geurstoffen te creëren met een esthetisch doel; dat dit een waarneembaar en geïndividualiseerd werk is.¹⁹

L'Oréal v. Bellure

In eerste aanleg werd geoordeeld dat art. L.112-2 van de Franse Code de la Propriété Intellectuelle niet toelaat *a priori* de bescherming van geuren via het auteursrecht uit te sluiten. Een parfum werd gezien als een geestelijke schepping, die beschermd kan worden als ze voldoet aan het originaliteitsvereiste.²⁰ Deze uitspraak is bevestigd in beroep.²¹

Beauté Prestige International c. Eva France et al.

¹⁶ Comm. Parijs 24 september 1999, *s.a. Thierry Mugler Parfums v. s.a. GLB Molinard*, *Comm. Comm. électr.* 2000, 20.

¹⁷ TGI Parijs 28 mei 2002, *s.a. Beauté Prestige International c. Euro Media Diffusion s.a.r.l., Pier Import Europe s.a. et société Bellure n.v.*, *D.* 2004, 2642.

¹⁸ CA Parijs (4e k.), 17 september 2004, *s.a. Beauté Prestige International c. Euro Media Diffusion s.a.r.l., Pier Import Europe s.a. et société Bellure n.v.*, *PIBD* 2004, III-653.

¹⁹ Geciteerd uit M. FOSCHI, "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 311.

²⁰ TGI Parijs (3e k.), 26 mei 2004, *s.a. L'Oréal Lancôme Parfums et Beauté et Cie s.n.c., Prestige et collections international s.n.c. et autres c. société Bellure n.v., Au Franc Bénéfice et al.*, *D.* 2004, 2641.

²¹ CA Parijs (4e k.), 25 januari 2006, *société Bellure c. L'Oréal*, *Juris-Data* 2006, 292501.

Eveneens in 2004, heeft de arrondissementsrechtbank van Parijs een uitspraak gedaan die inging tegen de eerder genoemde rechtspraak.²² De vordering van Beauté Prestige International betreffende een inbreuk op haar auteursrecht op het parfum '*Jean Paul Gaultier Le Mâle*' werd afgewezen door de rechtbank omdat 'de moeilijkheid in de effectiviteit van hun bescherming ligt in de moeilijkheid om ze te identificeren en dus ze te beschrijven met een precisie die vrij is van enige subjectiviteit, wat nodig is om hun originaliteit afdoende te omschrijven'. De eiser had bovendien de originaliteit niet aangetoond.

Deze beslissing is hervormd in hoger beroep.²³ Het Hof van Beroep aanvaardde dat een geur een zintuiglijk waarneembare uitdrukingsvorm is, die dus de bescherming van het auteursrecht kan genieten. Het Hof stelde vervolgens vast dat de geur '*Catsuit for Men*' inderdaad sterk gelijk op die van '*Jean Paul Gaultier Le Mâle*'.

Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer

In 2002 stelde Nejla Bsiri-Barbir een vordering in tegen *Haarmann & Reimer*, haar voormalige werknemer, wegens miskenning van haar auteursrecht op het parfum '*Dune*'.

Deze zaak is tot voor het Franse Hof van Cassatie geraakt. Het arrest van het Hof ging echter lijnrecht in tegen de tot dan bestaande jurisprudentie. De bescherming werd afgewezen onder de motivering dat 'de geur van een parfum, die het resultaat is van de eenvoudige toepassing van *knowhow*, geen creatie van een uitdrukingsvorm is die auteursrechtelijke bescherming kan genieten'.²⁴

Beauté Prestige International v. Senteur Mazal

²² TGI Parijs (3^e k.), 4 juni 2004, *s.a. Beauté Prestige International c. Eva France, Manufacture Parisienne de Cosmétique s.à.r.l. et Sté Bellure n.v.*, PIBD 2004, III-524.

²³ CA Parijs (4^e k.), 15 februari 2006, *Sté Bellure n.v. et Manufacture Parisienne de Cosmétique s.à.r.l. c. s.a. Beauté Prestige International et Eva France SAS*, PIBD 2006, III-378.

²⁴ Cass. fr. 13 juni 2006, *Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer*, RIDA oktober 2006, 349; RTDC 2006, 587.

Het Parijse Hof van Beroep bevestigde in 2007 het vonnis van een lagere rechtbank volgens hetwelk verschillende parfums verkocht door Beauté Prestige International, verkocht onder de naam van ontwerper Jean-Paul Gaultier, auteursrechtelijk beschermd waren.²⁵ Het Hof ging daarmee lijnrecht in tegen het bovenstaande cassatiearrest. Zoals te verwachten was, is dit arrest verbroken door het Hof van Cassatie. Het Hof herhaalde haar standpunt uit haar eerdere arrest.²⁶

Argéville v. Lancôme Parfums et Beauté

Ondanks aanhoudende weerstand in de lagere rechtspraak, bevestigde het Hof van Cassatie haar rechtspraak in een arrest van 2009.²⁷

Sommige lagere rechtbanken bleven zich echter verzetten tegen deze cassatierechtspraak.²⁸

L'Oréal, Modéfine & Prestige et collection internationale

De feiten waren opnieuw gelijkaardig: Lancôme had parfums in beslag laten nemen die tijdens een braderie verkocht werden. Het flesje verschilde van dat van Lancôme, maar de geur leek zeer sterk op 'Trésor'.

De bescherming werd afgewezen door het Hof van Beroep te Nancy.²⁹ Het Hof van Cassatie bevestigde dit arrest op 10 december 2013 en herhaalde dat 'een vorm die zintuiglijk waarneembaar is enkel beschermd kan worden als ze afgebakend kan worden met voldoende precisie om de communicatie mogelijk te maken' en dat 'geur, waarvan het creatieproces geen intellectuele schepping is, maar eerder een van

²⁵ CA Parijs (4^e k.), 14 februari 2007, D. 2007, 735, met noot van J. DALEAU. Eerste aanleg: TGI Bobigny, 28 november 2006, JCP G 2007, 101.

²⁶ Cass. fr. 1 juli 2008, *Beauté Prestige International v. Senteur Mazal*, zaak 07-13.952.

²⁷ Cass. fr. (1^{ste} Civ.), 22 januari 2009, *Argéville co. v. Lancôme Parfums*, RIDA 2009, 370, met noot van P. SIRINELLI.

²⁸ CA Parijs 22 september 2010, RIDA 2010, 501-505; TGI Lille 22 oktober 2009, *L'Oréal v. Jacan*, RIDA 2010, 510-518.

²⁹ CA Nancy 21 april 2011, te kennen uit Cass. fr. 10 december 2013.

technische *knowhow*, geen vorm heeft met deze karakteristieken (identificeerbaar, precies, communiceerbaar) en dus geen auteursrechtelijke bescherming kan genieten'.³⁰

België

In België bestaat er nog geen gepubliceerde rechtspraak betreffende auteursrecht op parfums. De enige twee zaken die we tegengekomen zijn, worden vermeld door STORMS.³¹ In beide gevallen werd de bescherming afgewezen.

Verenigd Koninkrijk

Vermeldenswaardig is de bijzondere situatie in het Verenigd Koninkrijk: daar kunnen werken enkel auteursrechtelijk beschermd worden indien ze binnen een van de acht wettelijk beschermde categorieën vallen. Geuren staan niet in deze lijst; ze kunnen ook niet indirect beschermd worden via een van deze categorieën werken. In het Verenigd Koninkrijk krijgen parfumproducenten daardoor nauwelijks enige intellectuele rechtsbescherming op hun geurwerken.³²

Verenigde Staten

Er zijn vooralsnog geen zaken bekend uit de VS waarin auteursrecht werd ingeroepen voor de bescherming van geuren of parfums, noch voor de federale rechtscolleges, noch voor het U.S. Copyright Office.

³⁰ Cass. fr. 10 december 2013, zaaknr. 11-19.872, r.o. 1205.

³¹ Voorz. Rb. Antwerpen 23 juni 2002, onuitg., vermeld door S. STORMS, "Parfums beschermd via het auteursrecht?", *IRDI* 2004, 400; Rb. Antwerpen 10 juni 2005, onuitg., vermeld in *NjW* 2007, 532.

³² E. DERCLAYE, "One on the nose for Bellure: French appellate court confirms that perfumes are copyright protected", *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2006, 3.

HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp

1. Identificatie van het voorwerp

In de rechtspraak en de rechtsleer bestaat om te beginnen discussie over het eigenlijke beschermingsvoorwerp: de formule voor de reukstof van een parfum, dan wel de geur zelf.

In de Nederlandse zaak *Lancôme t. Kecofa* oordeelde het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch dat auteursrechtelijke bescherming rust op de samenstelling van de reukstof, mits deze origineel is.³³ Het Hof wees erop dat het

“van belang is hier onderscheid te maken tussen enerzijds de reukstof (de stof die als gevolg van haar samenstelling een bepaalde geur verspreidt en daartoe vervaardigd en gebruikt wordt) en anderzijds de geur (datgene wat de mens met zijn reukzintuig kan waarnemen). Het Hof verstaat de stellingen van Lancôme aldus, dat de bescherming wordt ingeroepen voor de reukstof, dat wil zeggen de stof die zich bevindt in de flesjes die door haar onder het merk *Trésor* op de markt worden gebracht.”³⁴

Hierop is scherpe kritiek geleverd door COHEN JEHORAM: het auteursrecht beschermt de immateriële schepping, in dit geval de geur, maar nooit de materiële drager, in dit geval de vloeistof.³⁵

Het arrest werd om deze reden dan ook gecasseerd door de Hoge Raad, die stelde dat

“de auteursrechtelijke bescherming komt toe aan de geur, zoals die in de zich in de parfumflesjes bevindende reukstof is vastgelegd.”³⁶

³³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch (5de kamer) 8 juni 2004, *AMI* 2004, 179, met noot van SPOOR; *IRDI* 2004, 391-397, met noot van STORMS.

³⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch (5de kamer) 8 juni 2004, *AMI* 2004, 179., r.o. 4.11.1.

³⁵ H. COHEN JEHORAM, “Shall the perfume scent decision of the Dutch Supreme Court conquer the EU and then the world or will it perish”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2006-2007, 571-572.

“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 stoffen vrijkomen die met het reukorgaan kunnen worden waargenomen.”³⁷

Hiermee volgde de Hoge Raad het standpunt van advocaat-generaal VERKADE, die al jarenlang samen met zijn medeauteur SPOOR pleit voor de toepassing van auteursrecht op louter via geur- of smaakzin waarneembare werken.³⁸

In de Franse rechtspraak wordt dit onderscheid echter niet altijd gemaakt. In de zaak *L'Oréal v. Bellure* stelde het Parijse Hof van Beroep dat ‘geuren worden beschermd door het auteursrecht als ze de vrucht zijn van een originele combinatie van oliën in zodanige verhoudingen dat hun geuren de creatieve bijdrage van de auteur onthullen.’³⁹ Dit is geen zuivere redenering: de geur wordt gezien als het werk; originaliteit moet blijken uit de samenstelling van de reukstof, waardoor de geur dan weer de creatieve bijdrage van de auteur kan onthullen. Beide aspecten worden hier als één geheel beschouwd. Dezelfde redenering werd door het Franse Hof van Cassatie gevolgd: ‘de geur is niet alleen het resultaat van de reukstof, maar is er zodanig mee vermengd dat beide niet te onderscheiden zijn’.^{40 41} Op deze manier wordt de discussie over het onderscheid tussen de formule van het parfum en de geur gewoon ontweken.⁴²

³⁶ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.3.

³⁷ *Id.*, r.o. 3.3.2.

³⁸ H. COHEN JEHORAM, “Shall the perfume scent decision of the Dutch Supreme Court conquer the EU and then the world or will it perish”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2006-2007, 572; zie ook J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 128-129.

³⁹ CA Parijs 25 januari 2006, *Société Bellure v. SA L'Oréal et al.*, eigen vertaling.

⁴⁰ J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 16.

⁴¹ STORMS is eveneens van mening dat de reukstof en de geur samen een parfum uitmaken, en niet los van elkaar beoordeeld kunnen worden. Ze wijst erop dat de rechtspraak hier zelf niet steeds even consequent in is, door de geur als werk te beschouwen maar voor de originaliteit wel te kijken naar de samenstelling van de reukstof. Zie S. STORMS, “Parfums beschermd via het auteursrecht?”, *IRDI* 2004, 397-400.

⁴² J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 16.

Dit onderscheid moet echter wel degelijk gemaakt worden: het is niet alleen noodzakelijk, maar ook bepalend om vast te stellen waaruit de creatie precies bestaat en of deze gekwalificeerd kan worden als een 'werk' in de zin van het auteursrecht.

Om te bepalen welk van deze creaties het eigenlijke beschermingsvoorwerp is, moeten we ons afvragen waaruit precies de intellectuele schepping van de auteur (in dit geval de parfumeur) bestaat. Is dit de originele combinatie van ingrediënten, of de originele geur die de parfumeur wil creëren?

Volgens de Nederlandse auteur SPOOR is de geur het doel dat de parfumeur wilde bereiken, maar is dat niet wat hij daadwerkelijk gecreëerd heeft: hij heeft de samenstelling gecreëerd.⁴³ Daar zit op het eerste zicht iets in. De redenering die hem tot dit besluit gebracht heeft, is echter twijfelachtig: hij stelt dat het essentieel is in het auteursrecht dat het voorwerp van het exclusieve recht duidelijk geïdentificeerd kan worden; aangezien enkel de samenstelling aan dit vereiste voldoet, is dat het voorwerp dat bescherming verdient.⁴⁴ Dit is een omgekeerde redenering: we moeten eerst het voorwerp bepalen, en dan pas kunnen we nagaan of dit voldoet aan de vereisten.

Om te bepalen waaruit de geestelijke, creatieve arbeid van de parfumeur bestaat, besteden heel wat auteurs aandacht aan de wijze waarop parfums gecreëerd worden.⁴⁵ De meeste auteurs benadrukken daarbij dat een parfumeur zich allereerst in gedachten een beeld vormt van de geur die hij wil creëren, en dat hij dan pas nagaat via welke geurstoffen deze geur het beste benaderd kan worden.⁴⁶ De geestelijke schepping bestaat dus uit de geur, en de compositie van de reukstof is slechts een manier om deze schepping in een uiterlijk waarneembare vorm te gieten. Dit is eveneens de visie van de Hoge Raad in *Lancôme t. Kecofa*.⁴⁷

⁴³ J.H. SPOOR, noot onder HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585.

⁴⁴ J.H. SPOOR, noot onder HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585.

⁴⁵ H. COHEN JEHORAM, "The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor", *EIPR* 2006, 629-631; C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 452-456; A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 2-3. Zie ook het werk van P. PAMOUDJIAN, *Le droit du parfum*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 303 p.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.3.

Dit is inderdaad het juiste standpunt. Zelfs wanneer de parfumeur vooraf geen specifieke geur in gedachten heeft, maar vertrekt van bepaalde ingrediënten die hij wil gebruiken, beoordeelt hij deze combinatie aan de hand van de geur die ze voortbrengt. Het combineren van ingrediënten is geen doel op zich: het gaat om de geur die er het resultaat van is. De geur ontstaat pas wanneer de ingrediënten beginnen te interageren.

Los daarvan *kan* de formule van de reukstof ook gewoon niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming. De formule is de woordelijke beschrijving van de werkwijze om de reukstof samen te stellen. De geschreven versie van een recept zou enkel in aanmerking kunnen komen voor bescherming wanneer ze origineel is qua vorm, wat in het geval van een opsomming van ingrediënten en verhoudingen niet het geval zal zijn. De formule zelf, de inhoud van het recept, is een werkwijze, die door TRIPs uitdrukkelijk uitgesloten wordt van bescherming.^{48 49}

Een gelijkaardige rechtspraak bestaat trouwens reeds voor kookrecepten.

In de Amerikaanse *Meredith case* ging het *Court of Appeals* van de lijst ingrediënten en de bereidingswijze afzonderlijk na of het om beschermbare werken ging.⁵⁰ De lijst ingrediënten werd onbeschermbaar geacht omdat deze slechts zou bestaan uit een opsomming feiten. Het Hof verwees hiervoor naar de *Harper & Row case*, waarin het *Supreme Court* stelde:

“No author may copyright facts or ideas. The copyright is limited to those aspects of the work – termed “expression” – that display the stamp of the author’s originality.”⁵¹

Een lijst ingrediënten werd niet als een origineel werk beschouwd. Het beschermen van ideeën en werkwijzen behoort tot het domein van het octrooirecht, zo luidde het besluit. Deze redenering werd door het *Sixth Circuit Court of Appeal* gevolgd in de zaak *Lambing v. Godiva Chocolatier*.⁵²

⁴⁸ Art. 9.2 TRIPs.

⁴⁹ In de Verenigde Staten sluit 37 §202.1 CFR ‘*mere listings of ingredients or contents*’ uitdrukkelijk uit van *copyright*-bescherming.

⁵⁰ *Publications International Ltd. v. Meredith Corporation*, 88 F.3d 473 (1996), overweging 40-47.

⁵¹ *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

⁵² *Lambing v. Godiva Chocolatier*, No. 97-5697, 1998 U.S. App. LEXIS 1983 (6th Cir. 1998).

In België heeft in 2011 het Luikse Hof van Beroep zich uitgesproken over de bescherming van recepten uit een kookboek in haar zogenaamde Bierreceptenarrest.⁵³ Het Hof kwam daarbij tot een gelijkaardig besluit als in de *Meredith case*, waar trouwens ook naar verwezen wordt. Het recept, zo stelde het Hof, is de gedetailleerde beschrijving van de bereiding van een gerecht. Het is in de eerste plaats een idee, in dit geval het combineren van bepaalde bieren met bepaalde ingrediënten. Het idee is echter op zichzelf niet vatbaar voor auteursrechtelijke bescherming. De materialisatie van het idee beschermt het idee zelf niet; enkel de concrete vorm zal beschermd zijn op voorwaarde dat ze origineel is.⁵⁴ In het geval van een recept zal de concretisatie van het idee in een waarneembare vorm niet de redactie van het recept zijn maar de bereiding van het gerecht.⁵⁵

Deze rechtspraak loopt parallel aan deze voor de formules van geurcreaties. De selectie en combinatie van ingrediënten kan zeker een creatieve bezigheid zijn, maar het beschermen van creatieve ideeën in de vorm van een werkwijze, behoort tot het domein van het octrooirecht.

Nu we besloten hebben dat de geur als zodanig weerhouden moet worden als beschermingsvoorwerp, kunnen we onderzoeken of een geur inderdaad auteursrechtelijk beschermd kan worden.

⁵³ Luik 10 juni 2011, *Auteurs en Media* 2012, 57-61, met noot van JANSSENS.

⁵⁴ Het Hof verwijst hierbij naar Cass. 19 maart 1998, *AMI* 1999, 229.

⁵⁵ Luik 10 juni 2011, *Auteurs en Media* 2012, 60.

2. Onderzoek van het beschermingsvoorwerp

2.1 Uitsluiting van technische creaties

Heel wat auteurs beschouwen de bescherming van geuren als een zaak voor het octrooirecht en niet voor het auteursrecht.⁵⁶ DOMMERING heeft de aanvaarding van auteursbescherming voor parfums in Nederland sterk bekritiseerd: het auteursrecht zou gebruikt worden om ‘een laagje van sensorische bescherming’ te leggen over de technische *knowhow* die nodig is om een parfum te maken.⁵⁷

De discussie ontstaat doordat de creatie van geuren in belangrijke mate een technische aangelegenheid is en doordat parfums industrieel geproduceerd worden.⁵⁸

FRIJTERS en VAN HOUTE bijvoorbeeld stellen dat de parfumindustrie uiteraard graag het beeld wil creëren dat het componeren van parfums een kunstzinnige bezigheid is, maar dat het samenstellen van parfums tegenwoordig een technische bezigheid is, waarbij de rol van de parfumeur sterk teruggedrongen is. Ze zien geen reden waarom deze vorm van productontwikkeling anders behandeld zou moeten worden dan deze van ‘normale’ technische producten.⁵⁹ Ook COHEN JEHORAM en CRONIN merken op dat de meeste parfumeurs in teams werken voor grote bedrijven en dat velen onder hen chemici of moleculair biologen zijn, die ook geuren voor huishoudelijke en industriële producten creëren.⁶⁰

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld P. B. HUGENHOLTZ, noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002; J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, “De geur van parfum zit niet in de fles”, *Nederlands Juristenblad* 2004; H. COHEN JEHORAM, “The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor”, *EIPR* 2006; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 27.

⁵⁷ E.J. DOMMERING, “Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip”, in D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (eds.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, 77.

⁵⁸ Dit laatste is bijvoorbeeld een tegenargument voor HUGENHOLTZ; zie P.B. HUGENHOLTZ, “Auteursrecht op de geur van een parfum”, noot onder HR 16 juni 2006, *Ars Aequi* 2006, 824.

⁵⁹ J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, “De geur van parfum zit niet in de fles”, *Nederlands Juristenblad* 2004, 7.

⁶⁰ H. COHEN JEHORAM, “The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor”, *EIPR* 2006; C. CRONIN, “Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 452-453.

Dezelfde bekommernis heeft het Franse Hof van Cassatie ertoe gebracht de bescherming voor parfums resoluut af te wijzen: de creatie van parfums wordt gezien als een zuivere toepassing van *knowhow*.⁶¹

Het is echter belangrijk een aantal zaken goed uiteen te houden. Een parfum valt namelijk uiteen in verschillende aspecten: de fysisch-chemische samenstelling, de reukstof, die het resultaat is van het samenvoegen van ingrediënten in bepaalde verhoudingen, en de gepercipieerde geur.^{62 63} Dat voor de creatie van de *reukstof knowhow* vereist is, betekent niet dat de creatie van het *parfum* een louter technische aangelegenheid is. Van de fysisch-chemische samenstelling en de formule is duidelijk dat ze niet vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming.⁶⁴ De geur moet echter afzonderlijk beoordeeld worden.

De geur van een parfum is immers van esthetische aard. De geur is niet uitsluitend afhankelijk van functionele overwegingen, maar minstens ook van de persoonlijke voorkeuren van de parfumeur en natuurlijk van commerciële overwegingen – een parfum moet verkopen en dus bij een zo breed mogelijk publiek in de smaak vallen.⁶⁵

Het onderscheidingscriterium tussen technische en esthetische creaties zit in het feit of de parfumeur bij zijn creatie hoofdzakelijk geleid wordt door technische, functionele overwegingen, dan wel door vrije, creatieve keuzen.

Opdat sprake kan zijn van een creatieve activiteit, is dus vereist dat de auteur vrij is in het maken van creatieve keuzen. Dit betekent dat de auteur niet volledig gebonden mag zijn door technische of functionele beperkingen.⁶⁶ In de Franse auteurswetgeving is

⁶¹ Cass. fr. 13 juni 2006, *Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer*, RIDA oktober 2006, 349; RTDC 2006, 587.

⁶² P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 3; J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 6.

⁶³ Verschillende auteurs spreken in navolging van BREESE liever over de 'olfactorische boodschap' dan over de geur.

⁶⁴ Zie ook J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 6.

⁶⁵ J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 6.

⁶⁶ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 339; zie ook C. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Parijs, Litec, 2009, 55.

expliciet opgenomen dat geen bescherming toegekend kan worden voor exclusief functionele vormen.⁶⁷ Deze bepaling moet zorgen voor de afbakening met het octrooirecht.⁶⁸

In lijn hiermee heeft het Franse Hof van Cassatie het voorwerp van het auteursrecht afgebakend door te stellen dat het mag niet gaan om een zuivere toepassing van *knowhow*, waardoor parfums uit de boot vallen.⁶⁹

Deze redenering kan duidelijk niet gevolgd worden. Het is nogal stigmatiserend de creatie van een parfum te herleiden tot de toepassing van *knowhow*. Er is zeker vakkennis vereist voor de creatie van een parfum, maar dat is niet anders voor bijvoorbeeld de creatie van een beeldhouwwerk of een schilderij.⁷⁰ Bij deze werken is de auteur eveneens gebonden door technische overwegingen en beperkingen, zoals onder meer zijn eigen technische vaardigheden. Zolang de keuze van de geur en dus de vorm vrij is, is de geur niet-functioneel.⁷¹ Dat neemt niet weg dat parfums, net als beeldhouwwerken of schilderijen, een esthetische functie hebben. Het is trouwens zeldzaam dat de parfumeur en de technicus die de reukstof op punt stelt, dezelfde persoon zijn.⁷²

Dat parfums gecreëerd en geproduceerd worden in een industriële context, hoeft als zodanig geen bezwaar te zijn. QUAEDVLIÉG wijst erop dat bijvoorbeeld films en werken van toegepaste kunst eveneens industrieel geproduceerd worden, maar dat dit hen het karakter van auteursrechtelijk beschermd werk niet ontnemt.⁷³ Dit lijkt ons een terechte opmerking: dat een auteur het werk tot stand brengt voor een werkgever die het werk commercieel wilt exploiteren, neemt niet weg dat het om een eigen, intellectuele schepping van de auteur kan gaan.

⁶⁷ Art. L. 511-8 1° CPI.

⁶⁸ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 338.

⁶⁹ J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 15.

⁷⁰ A. QUAEDVLIÉG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 3; zie ook A. Lucas, *Propriétés Intellectuelles* 2006, 443; M. VIVANT, "Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond", *D.* 2007, 955; Y. GAUBIAC, "Fragrances et oeuvres de l'esprit", in: X, *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, Lexis Nexis, 2010, 222 en 225; P. SIRINELLI, *RIDA* 2006, 214; C. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Parijs, Litec, 2009, 148.

⁷¹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 340.

⁷² J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 15.

⁷³ A. QUAEDVLIÉG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 1.

Dat er grote creatieve en intellectuele inspanningen geleverd moeten worden om een parfum te creëren staat eigenlijk buiten kijf.⁷⁴ In de literatuur wordt veel verwezen naar de werken van ROUDNITSKA en PAMOUDJIAN, die zelf beroemde parfums hebben gecreëerd, om aan te tonen dat parfumeurs wel degelijk artiesten zijn die iets scheppen.⁷⁵ Sommige auteurs staan uitgebreid stil bij de wijze waarop parfums gecreëerd worden om aan te tonen dat het om artistieke scheppingen gaat.⁷⁶

2.2 Wettelijke omschrijving van het beschermingsvoorwerp

Er staat niets in de wetgeving dat zich op het eerste zicht verzet tegen het beschouwen van geuren als beschermbare werken.⁷⁷ Welke creaties het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming kunnen uitmaken, is vastgelegd in art. 2 van de Conventie van Bern⁷⁸, dat zegt:

“De term “werken van letterkunde en kunst” omvat alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij, zoals (...)”

waarna een niet-limitatieve⁷⁹ opsomming volgt van werken die hieronder vallen.

Deze lijst bevat enkel visueel en/of auditief waarneembare creaties. Dit is als zodang geen probleem: de opstellers van de Conventie hebben in 1908 met opzet de uitdrukking ‘alle voortbrengselen (...) welke ook de wijze of vorm van uitdrukking zij’ vóór de opsomming geplaatst, net om aan te geven dat de opsomming in geen geval een beperking kan vormen op de categorieën van werken die in aanmerking komen voor bescherming. Men wilde met deze ruime omschrijving de deur open laten voor

⁷⁴ R.J. PRINS, “De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk”, *BIE* 2006, 470.

⁷⁵ R.J. PRINS, “De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk”, *BIE* 2006, 470.

⁷⁶ A. QUAEDVLIEG, “Copyright and perfume: nose, intellect and industry”, *RIDA*, 2; zie ook C. CARON, *Droits d’auteur et droits voisins*, Parijs, Litec, 2009, 147-149.

⁷⁷ A. QUAEDVLIEG, noot onder HR 16 juni 2006, *AMI* 2006, 170.

⁷⁸ Conventie van Bern van 24 juli 1971 voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken, *BS* 10 november 1999.

⁷⁹ F. GOTZEN, “Artikel 1”, in: F. BRISON, H. VANHEES (eds.), *Hommage à Jan Corbet*, Larcier, 2009, 6; J. KEUSTERMANS, *Auteursrecht – Recente evoluties in capita selecta*, Cahiers Antwerpen Brussel Gent, Larcier, 2011, 27.

eventuele nieuwe categorieën van creaties die in de toekomst zouden kunnen ontstaan.⁸⁰ Hoewel men destijds zeker niet dacht aan creaties die (enkel) via de zogenaamde chemische zintuigen (reuk- en smaakzin) waargenomen kunnen worden,⁸¹ lijkt de definitie van art. 2.1 zich daar ook niet tegen te verzetten.⁸² In de literatuur wordt er bovendien op gewezen dat het auteursrecht zich net altijd zeer soepel getoond heeft ten opzichte van het beschermen van nieuwe soorten creaties.⁸³

Kan art. 2.2 van de Berner Conventie mogelijk een obstakel vormen voor de bescherming van geuren? Dit artikel verleent de mogelijkheid aan de lidstaten om een extra beschermingsvoorwaarde op te leggen voor werken, of bepaalde categorieën daarvan, door te eisen dat de werken in een tastbare vorm zijn vastgelegd. In het geval van een parfum hebben we wel een tastbaar voorwerp, namelijk de vloeistof die in het flesje zit, maar of deze te beschouwen is als een tastbare vorm van de intellectuele schepping, is een moeilijker vraag. We zullen daar later op terugkomen.⁸⁴

2.3 De inhoud van het begrip ‘werken van letterkunde en kunst’

In haar recente rechtspraak⁸⁵ verwijst het Hof van Cassatie naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit Hof heeft het voorwerp van het auteursrecht geharmoniseerd, zodat deze invulling geldt in de hele EU. In een arrest van 2011 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat

⁸⁰ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 402.

⁸¹ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 128; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 22; H. COHEN JEHORAM, “The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor”, *EIPR* 2006, 1624.

⁸² J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 128; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 21.

⁸³ R.J. PRINS, “De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk”, *BIE* 2006, 475; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 22.

⁸⁴ Zie infra.

⁸⁵ Cass. 31 oktober 2013, C.12.0263.N, punten 1-2.

“het auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele inspanning van de auteur ervan. Een intellectuele schepping is een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.”^{86 87}

Er is dus sprake van een werk wanneer 1) er een intellectuele schepping is, die 2) uitgedrukt is. Op het ‘eigen’ karakter van deze schepping zullen we terugkomen bij de beschermingsvoorwaarden.⁸⁸

Aangezien een wettelijke omschrijving ontbreekt, moeten we deze richtsnoeren volgen om na te gaan of geuren gekwalificeerd kunnen worden als werken in de zin van het auteursrecht.

2.3.1 Een intellectuele schepping⁸⁹

Waar de Nederlandse en de meeste lagere Franse rechtscolleges geen moeite hebben met het toekennen van auteursrechtelijke bescherming aan geuren, ontkent het Franse Hof van Cassatie zelfs dat er überhaupt sprake is van een geestelijke schepping: ‘de geur van een parfum, die het resultaat is van de eenvoudige⁹⁰ toepassing van *knowhow*, vormt geen creatie van een uitdrukkingvorm die kan genieten van auteursrechtelijke

⁸⁶ HvJ C-145/10, *Painer*, 2011.

⁸⁷ Deze omschrijving komt goed overeen met de vroegere Cassatierechtspraak, waarin het Hof oordeelde dat het ‘nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker, wat onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat’. Zie Cass. 11 maart 2005, *AM* 2005, 396, noot F. DE VISSCHER, *IRDI* 2005, 238, *Ing.-Cons.* 2005, 154.

⁸⁸ GALAN heeft eveneens opgemerkt dat zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer het bestaan van een geestelijke schepping afgeleid wordt uit de originaliteit, terwijl de vraag naar het voorwerp daar los van moet staan, zie D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 320.

⁸⁹ Dit betekent volgens GALAN dat het moet gaan om een bewust, creatief menselijk werk, zie D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 320.

⁹⁰ AITTOUARES heeft opgemerkt dat het Hof – al was het maar uit beleefdheid naar de parfumeurs toe – ook had kunnen spreken over de ‘uitsluitende’ in plaats van de ‘eenvoudige’ toepassing van *knowhow*. Zie J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 15.

bescherming’.⁹¹ Indien deze formulering nog enige ruimte voor discussie liet, heeft het Hof deze weggenomen door in een arrest van 2013 letterlijk te stellen dat de geur van een parfum ‘het resultaat is van een activiteit *die geen intellectuele inspanning is*, maar eerder een van technische knowhow’.⁹²

Het is het moeilijk te aanvaarden dat het werk van parfumeurs gelijk te stellen is aan de enkele toepassing van *knowhow*. Gezien de honderden geurstoffen waarover parfumeurs beschikken, kan moeilijk betwijfeld worden dat de selectie en combinatie van ingrediënten – waarvan het geen twijfel lijdt dat ze een esthetisch effect nastreven⁹³ – een creatieve bijdrage van de parfumeur vereist. Dit standpunt van het Franse Hof van Cassatie lijkt ronduit absurd, waardoor het niet hoeft te verbazen dat het op zoveel tegenstand stuit.

2.3.2 Een concrete uitdrukingsvorm

Uit de omschrijving van het Hof van Justitie blijkt dat de schepping ‘uitgedrukt’ moet zijn. TRIPs stelt trouwens eveneens dat ‘de bescherming van het auteursrecht zich uitstrekt tot uitdrukingsvormen’.⁹⁴ Dit vereiste is logisch: aan een geestelijke schepping kan moeilijk bescherming toekomen zolang ze zich in de geest van de auteur bevindt. Het is een essentieel beginsel van het auteursrecht dat het auteursrecht geen ideeën of concepten beschermt, maar enkel de originele vorm waarin ze uitgedrukt zijn.⁹⁵ Dit veronderstelt dat de schepping in een voor derden zintuiglijk waarneembare vorm gegoten is.⁹⁶ De vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie sprak eveneens over een ‘concrete’ vorm.⁹⁷

⁹¹ Cass. fr. 13 juni 2006, *Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer*, RIDA 2006, 349; RTDC 2006, 587 (eigen vertaling).

⁹² Cass. 13 december 2013, nr. 11-19.872, overweging 1205 (eigen vertaling; eigen cursivering).

⁹³ J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, RLDA 2008, 15.

⁹⁴ Zie art. 9.2 TRIPs.

⁹⁵ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 333.

⁹⁶ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 319-321 en 334.

⁹⁷ J. KEUSTERMANS, *Auteursrecht – Recente evoluties in capita selecta*, Cahiers Antwerpen Brussel Gent, Larcier, 2011, 27, met verwijzingen naar de Cassatierechtspraak.

Om te oordelen of geuren hieronder kunnen vallen, moeten we dus nagaan of een geur een zintuiglijk waarneembare uitdrukingsvorm is. Er komen meteen nieuwe vragen op: mag het ook om een zuivere waarneming via de reukzin gaan? Is er een reden om een onderscheid te maken tussen de zintuigen? Waaruit bestaat de vorm precies in het geval van een geur? Deze vragen vormen in feite de kern van het probleem met auteursrechtelijke bescherming op geuren. We zullen ze een voor een overlopen.

De mechanische versus de chemische zintuigen

In de neurofysiologie wordt een onderscheid gemaakt tussen drie mechanische zintuigen (tast, zicht, en gehoor) en twee chemische zintuigen (reukzin en smaakzin).⁹⁸ Hoewel er tussen deze zintuigen inderdaad belangrijke verschillen bestaan, blijkt het voor juristen moeilijk te duiden waaruit deze precies bestaan. Men voelt intuïtief aan dat er wel verschillen zijn, maar om een solide argumentatie op te bouwen is het noodzakelijk te begrijpen waaruit de verschillen precies bestaan. We zullen dus even stilstaan bij deze niet-juridische kwestie om nadien een correcte juridische redenering te kunnen opbouwen.

De mechanische zintuigen (zicht en gehoor) maken gebruik van mechanoreceptoren, gespecialiseerde neuronen die reageren op mechanische prikkels. Visuele waarneming gebeurt via fotoreceptoren, die invallend licht registreren.⁹⁹

De reukzin behoort tot de chemische zintuigen. In het reukorgaan bevinden zich chemoreceptoren die geactiveerd worden wanneer ze in contact komen met gasvormige chemische stoffen.¹⁰⁰

Alle zintuigen maken gebruik van receptoren die prikkels registreren. Deze prikkels worden doorgegeven aan de zenuwen, verwerkt en ten slotte geïnterpreteerd door de hersenen. Waarneming gebeurt pas in deze laatste fase.¹⁰¹

⁹⁸ P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 1.

⁹⁹ <http://blogimages.bloggen.be/tplessius/attach/113806.pdf>

¹⁰⁰ <http://blogimages.bloggen.be/tplessius/attach/113806.pdf>

¹⁰¹ <http://blogimages.bloggen.be/tplessius/attach/113806.pdf>

In een psychologische studie heeft KÖSTER de verschillen in *perceptie* tussen deze zintuigen zeer duidelijk uiteengezet, via een vergelijking van het zicht met de reukzin.¹⁰² Technische data laten we even achterwege; we filteren uit deze studie de informatie die verder van belang zou kunnen zijn voor ons juridisch vraagstuk.

Ten eerste is de reukzin een ‘nominatief’ zintuig. Bij zicht en gehoor spelen onbewuste metingen van relatieve intensiteit, afmetingen, richting en toon een belangrijke rol om ons te informeren over de wereld om ons heen, terwijl de reukzin enkel nominale data verschaft over de aanwezigheid van verschillende geurstoffen in onze omgeving. We kunnen een zeer groot aantal geuren onderscheiden, maar het is moeilijk ze bij naam te noemen. Het is bovendien veel gemakkelijker opeenvolgende geuren te onderscheiden dan vast te stellen dat ze identiek zijn, wat aantoont dat onderscheiden belangrijker is dan identificeren. Bovendien is het moeilijker om verschillen in intensiteit te detecteren bij geurstoffen dan bij visuele prikkels: de drempel bedraagt 20% tegenover 2%. Opsporen en onderscheiden van geur is dus belangrijker dan beoordelen van de intensiteit of identificeren.¹⁰³

Ten tweede is de reukzin een ‘dicht’ zintuig. Bij zicht en gehoor wordt informatie over verder verwijderde objecten verzameld via licht- en geluidsstralen die uitgezonden worden door deze objecten. Bij geur en smaak wordt alle informatie verzameld via de moleculen die direct contact maken met de receptoren in ons lichaam. Het lichaam gaat trouwens veel actiever op zoek naar visuele prikkels, terwijl we pas op een geur letten wanneer we deze detecteren, waarna we (visueel) op zoek gaan naar zijn bron. De geur kan daarbij niet aanduiden uit welke richting de geur komt; daarvoor moeten we beroep doen op ons zicht.

Het feit dat de ‘verre’ zintuigen een zodanig prominente rol spelen in onze waarneming van structurele aspecten van onze omgeving, zoals ruimte, afstand en vorm, is evolutionair te verklaren: intersubjectiviteit binnen een groep heeft grote waarde voor de overleving, zodat we anderen moeten kunnen waarnemen en kunnen horen om onszelf door de ruimte te kunnen bewegen. Dit maakt dat we dezelfde dingen zien en

¹⁰² Er waren volgens deze auteur op dat moment veel te weinig onderzoeken die de *verschillen* tussen de zintuigen proberen te duiden. Zie E.P. KÖSTER, “The specific characteristics of the sense of smell”, in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 27.

¹⁰³ E.P. KÖSTER, “The specific characteristics of the sense of smell”, in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 28.

horen, ook al kan onze interpretatie verschillen. Geurwaarneming speelt geen rol in ruimtelijke oriëntatie, zodat er geen dergelijke noodzaak bestaat voor een strikte en aangeboren intersubjectiviteit. De afwezigheid van aangeboren geurmechanismen kan zelfs een groot voordeel zijn voor omnivoren. Dit maakt echter dat de variabiliteit tussen mensen bij geen enkel ander zintuig zo groot is als bij de reukzin. De drempels voor het waarnemen van bepaalde stoffen kunnen tussen verschillende personen variëren met een factor 1000. Specifieke anosmie, 'blindheid' voor bepaalde geurstoffen, is zelfs eerder regel dan uitzondering. Bij kleurwaarneming is het aantal types receptoren veel beperkter, en daardoor ook het aantal vormen van kleurenblindheid. Door deze grote individuele verschillen in de geurstoffen die waargenomen worden, bestaat er natuurlijk ook een groot verschil in de perceptie van complexe geurmixen. De zeer grote inter-individuele verschillen in geurwaarneming vinden niet enkel, zoals bij zicht, hun oorzaak in verschillen in interpretatie, maar ook in de sensorische basis van de waarneming zelf. Deze verschillen zijn echter niet schadelijk, aangezien we geurinformatie niet gebruiken in onze ruimtelijke oriëntatie en we in de loop van ons leven leren om betekenis toe te kennen aan geuren (bijvoorbeeld de associatie van de geur van rozen met liefde), ook al nemen we deze allen verschillend waar.¹⁰⁴

Ten derde is de reukzin een 'verborgen' zintuig. In tegenstelling tot zicht, staat onze geurwaarneming zelden in het centrum van de aandacht. Bij zicht wordt natuurlijk ook veel informatie verwerkt zonder dat we ons daar bewust van zijn, maar bij geurwaarneming is dit de regel. Uit onderzoek blijkt zelfs dat de aanwezigheid van onopgemerkte en ongeïdentificeerde geuren een sterkere invloed uitoefent op ons gedrag dan duidelijk waarneembare of identificeerbare geuren. Deze 'onbewustheid' voor de aanwezigheid van geuren is een van de redenen waarom we het zo moeilijk vinden over geuren te spreken en ze te beschrijven. We hebben daar slechts enkele abstracte woorden voor, die bovendien niet voor iedereen dezelfde betekenis hebben. Bijna altijd worden geuren daarom beschreven via de naam van hun bron (bijvoorbeeld aardbei, koffie). Uit zintuiglijke analyses en uit de parfumeriepraktijk blijkt duidelijk dat het een uitgebreide training vraagt vooraleer mensen op betrouwbare wijze geuren

¹⁰⁴ E.P. KÖSTER, "The specific characteristics of the sense of smell", in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 29-30.

kunnen beschrijven. In het dagelijks leven dienen geuren niet om via conversatie gedeeld te worden, enkel om ervaren te worden.¹⁰⁵

Geen genoeg kunnen we nemen met de argumenten van sommige juridische auteurs: CRONIN bijvoorbeeld bepleit dat enkel visueel en auditief waarneembare creaties beschermd moeten kunnen worden, maar de redenen die hij daarvoor aanhaalt zijn niet allemaal relevant. Hij stelt bijvoorbeeld dat we door de instinctieve aard van geur weinig kunnen doen om onze perceptie van en reactie op geur te controleren zonder de compositie van de materiaalbron te wijzigen, terwijl de 'verre' zintuigen toelaten een grotere controle uit te oefenen op de perceptie.¹⁰⁶ Verder stelt hij dat visuele en auditieve werken in staat zijn precieze informatie over te dragen en zorgen voor de groei van kennis en vooruitgang van de maatschappij, terwijl geuren niet zorgen voor een betekenisvolle uitbreiding van onze kennis en ons begrip van de wereld.¹⁰⁷ Is dit onderscheid relevant voor het auteursrecht? We zien niet direct in hoe. Er zijn inderdaad verschillen tussen de mechanische en de chemische zintuigen, maar als we ze anders willen behandelen, moeten we goed beargumenteren waarom.

Appelleren 'werken van letterkunde en kunst' enkel aan de mechanische zintuigen?

We zagen reeds dat de Conventie van Bern enkel voorbeelden van werken opsomt die visueel en/of auditief waarneembaar zijn, maar dat het vaststaat dat dit geen limitatieve opsomming is.¹⁰⁸

Of dit betekent dat ook werken die zuiver via de chemische zintuigen waarneembaar zijn beschermd kunnen worden, is het voorwerp van aanhoudend debat in de doctrine.

- Argumenten van de voorstanders

¹⁰⁵ E.P. KÖSTER, "The specific characteristics of the sense of smell", in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 30-31.

¹⁰⁶ C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 444-445.

¹⁰⁷ C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 447.

¹⁰⁸ Zie supra.

Door verschillende auteurs wordt erop gewezen dat de wetgeving geuren niet uit haar domein sluit.¹⁰⁹ Het is voldoende dat een werk zintuiglijk waarneembaar is; via welk zintuig de waarneming geschiedt, is daarbij om het even.¹¹⁰ GALAN verdedigt deze zintuiglijke neutraliteit aan de hand van het voorbeeld van een blinde die een schilderij probeert te 'zien' door het aan te raken. Indien de vervanging van een zintuig de communicatie van het werk toelaat, dan zorgt deze vervanging er niet voor dat een beschermd werk ineens niet langer beschermd is.¹¹¹

Enkele auteurs wijzen er bovendien op dat een aantal zaken geen rol spelen voor de kwalificatie als werk, namelijk genre, verdienste, bestemming en expressievorm.¹¹² Uit het feit dat de expressievorm geen rol speelt, leiden ze een soort zintuiglijke neutraliteit af. Sommige Franse auteurs hebben dan ook kritiek geuit op de Franse cassatierechtspraak, die een onterechte hiërarchie zou invoeren tussen de zintuigen door de reukzin te herleiden tot een dierlijk, vulgair zintuig.¹¹³

BUCCAFUSCO heeft in 2012 uitgebreid deze zintuiglijke neutraliteit bepleit. Hij stelt dat het traditionele onderscheid tussen de 'hoge' en de 'lage' zintuigen (zicht en gehoor, respectievelijk tast-, smaak- en geurzinn) afkomstig is uit de traditionele Westerse esthetica, maar dat dit onderscheid intussen achterhaald is. Tegenwoordig wordt erkend dat geuren en smaken evenzeer gericht kunnen zijn op het creëren van esthetische ervaringen, terwijl zicht en gehoor evenzeer onderhevig kunnen zijn aan lichamelijke

¹⁰⁹ P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 2; J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 128; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 21.

¹¹⁰ O. LALIGANT, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 620-621; C. CARON, noot onder CA Paris 25 januari 2006, *JCP* 2006, 456-457; J.-C. GALLOUX, "Profumo di diritto, le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur", noot onder TGI Parijs 26 mei 2004, *D.* 2004, 2643-2644; M. VIVANT, "Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond", *D.* 2007, 954; D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 335.

¹¹¹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 336.

¹¹² D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 340-351.

¹¹³ M. RASLE, "Le miasme et la jonquille: le banissement de l'odorat? Variations sur des jurisprudences récentes", *Comm. com. électr.* 2006, étude 16; geciteerd uit J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 16.

beperkingen. Werken die ideeën, emoties, of plezier uitdrukken of communiceren door te appelleren aan een van de 5 zintuigen moeten op uniforme wijze beschermd kunnen worden via het auteursrecht.¹¹⁴

- Argumenten van de tegenstanders

De Franse auteur POLLAUD-DULLIAN stelt dat 'het systeem geuren uitsluit': omdat de Conventie van Bern en de nationale wetten enkel werken noemen die beroep doen op de zintuigen van zicht of gehoor, zijn creaties die de andere zintuigen aanroepen impliciet uitgesloten.¹¹⁵ Deze auteur vindt dat de toepassing van het auteursrecht zuiver moet blijven en niet gebruikt moet worden voor de bescherming van industriële producten. De Nederlandse hoogleraar COHEN JEHORAM is dezelfde mening toegedaan, en wijst er bovendien op dat de bepalingen van de Auteurswet vaak niet eens toegepast kunnen worden op 'werken' bestaande uit geur, smaak of tast. De Hoge Raad heeft volgens hem een grens overschreden die zo evident leek dat het niet nodig was ze uit te spreken, en heeft daarmee de doos van Pandora geopend.¹¹⁶

Deze kritiek is door de Nederlandse auteur PRINS afgedaan als conservatief, en een staaltje 'leuk dat het in de praktijk werkt, maar werkt het wel in de theorie?'.¹¹⁷ QUAEDVLIEG heeft gereageerd dat de wet niet alleen uitdrukkelijk de irrelevantie de vorm vermeldt en dat de lijst van werken open is, maar dat ook de literaire werken nauwelijks beroep doen op het oog of het oor: een Chinese vertaling van een Frans werk bevat evengoed het werk, zonder dat er enige visuele of auditieve gelijkenis bestaat.¹¹⁸

Het beste tegenargument – overigens afkomstig van een auteur die gekant is tegen de bescherming van geuren – is dat het logisch is dat door de enorme technologische en economische vooruitgang die de wereld gezien heeft sinds het opstellen van de Conventie van Bern, tegenwoordig ook werken onder het auteursrecht gebracht worden

¹¹⁴ C. BUCCAFUSCO, "Making sense of intellectual property law", *Cornell Law Review* 2011-2012, 502 en 548.

¹¹⁵ F. POLLAUD-DULLIAN, *JCP* 2006, 1599; H. COHEN JEHORAM, *Propriétés intellectuelles* 2007, 8.

¹¹⁶ H. COHEN JEHORAM, "Shall the perfume scent decision of the Dutch Supreme Court conquer the EU and then the world or will it perish", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2006-2007, 573.

¹¹⁷ R.J. PRINS, "De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk", *BIE* 2006, 475.

¹¹⁸ A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 4.

waarvan de auteurs van de Conventie zelf niet konden dromen.¹¹⁹ Wat zoveel jaar geleden beschouwd werd als auteursrechtelijk beschermbare materie, is geen argument om vandaag de dag te bepalen wat eronder kan vallen. Daarvoor verandert de wereld te snel. Ook voor andere auteurs echter zijn creaties die enkel via de reuk- of smaakzin waarneembaar zijn geen artistieke (en uiteraard geen literaire) werken, die dus buiten het domein van het auteursrecht zoals afgebakend door de Berner Conventie vallen.¹²⁰ Deze auteurs erkennen echter wel dat er geen voorafgaande uitsluiting van deze werken uit het auteursrechtelijke domein bestaat. Het gaat voor hen niet zozeer om juridische, maar wel om praktische bezwaren.¹²¹

Een ander argument, dat in lijn is met het onderscheid dat we beschreven hebben tussen de zintuigen, komt van AITTOUARES, die zegt dat het niet zozeer gaat over een hiërarchie tussen de zintuigen, maar wel over een eenvoudig onderscheid: dat de zintuigen nu eenmaal niet evenwaardig, noch onderling inwisselbaar zijn en dat de finaliteit van het werk helemaal niet hoeft te zijn de zintuigen te beroeren.¹²² Dit laatste verwijst naar een argument uit de esthetica volgens hetwelk een object esthetisch is zodra het gericht is op het veroorzaken van een esthetische ervaring, bestaande uit het beroeren van de zintuigen; een argument dat door onder andere BUCCAFUSCO gebruikt wordt om aan te tonen dat ook een smaak of een geur de zintuigen kan beroeren en dus een werk kan vormen.¹²³

Volgens AITTOUARES is daarom vereist dat een werk toch iets van een inhoudelijke boodschap kan overdragen, of minstens het intellect of de gevoelens aanspreekt, in plaats van louter gericht te zijn op het teweegbrengen van een (meer instinctieve) sensatie. Het volstaat daarom niet dat een creatie zintuiglijk waarneembaar is: ze moet

¹¹⁹ C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 449.

¹²⁰ H. COHEN JEHOAM, "The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor", *EIPR* 2006, 1624; P.B. HUGENHOLTZ, "Auteursrecht op de geur van een parfum", noot onder HR 16 juni 2006, *Ars Aequi* 2006, 821; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 27.

¹²¹ Zo ook A. QUAEDVLIET, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 4.

¹²² J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 16.

¹²³ C. BUCCAFUSCO, "Making sense of intellectual property law", *Cornell Law Review* 2011-2012, 548; L. CALLEJA, "Why copyright law lacks taste and scents", *Journal of Intellectual Property Law* 2013, 21-30.

ook begrijpelijk zijn.¹²⁴ Een gelijkaardige redenering vinden we terug bij CRONIN en CALLEJA.¹²⁵

Er is inderdaad niets dat zich *a priori* verzet tegen de kwalificatie als ‘werk van letterkunde en kunst’ voor creaties die enkel via de chemische zintuigen waarneembaar zijn. We zullen daarom bekijken of er misschien andere redenen zijn die zich daartegen verzetten. Dat er sprake moet zijn van een intellectuele schepping vormt geen probleem, daar kan de creatie van de geur zeker aan voldoen. Een intellectuele schepping wordt echter pas beschermd zodra en in de vorm waarin ze uitgedrukt is.

De concrete uitdrukkingvorm van een geur

De auteurs die gekant zijn tegen de bescherming van geuren, hebben vooral problemen met het gebrek aan een concrete vorm waardoor parfums gekenmerkt worden. In feite kunnen verschillende argumenten hieronder gebracht worden, waaronder de vergankelijkheid en variabiliteit van geuren.¹²⁶

- Vluchtigheid en variabiliteit van een geur

Voor verschillende auteurs is het voornaamste punt dat parfums onderscheidt van andere werken, dat de geur van een parfum naar zijn aard vluchtig en variabel is. De Franse auteurs CALVO en MORELLE vinden zelfs dat een geur om deze reden geen werk kan vormen.¹²⁷ Vluchtigheid, vergankelijkheid en variabiliteit zijn nochtans als zodanig geen reden om auteursrechtelijke bescherming uit te sluiten.¹²⁸

Het vergankelijke karakter van geuren

¹²⁴ J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 16.

¹²⁵ C. CRONIN, “Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 427-483; L. CALLEJA, “Why copyright law lacks taste and scents”, *Journal of Intellectual Property Law* 2013, 21-30.

¹²⁶ A. QUAEDVLIEG, “Copyright and perfume: nose, intellect and industry”, *RIDA* 2011, 4.

¹²⁷ J. CALVO en G. MORELLE, noot onder CA Paris 3 juli 1975, *Gaz. pal.* 1976, 46.

¹²⁸ Zo ook D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 352.

Een parfum is inderdaad vluchtig. Meer nog: een parfum is *bedoeld* om vluchtig te zijn: zonder de verdamping van de bestanddelen zouden we de geur zelfs niet waarnemen. Geurstoffen worden opgelost in vloeistoffen die snel verdampen, zoals alcohol of olie. Deze laatste verdampen zeer snel na het aanbrengen van het parfum, waardoor de geurbestanddelen achterblijven op de huid.¹²⁹ Deze geurbestanddelen verdampen vervolgens eveneens een voor een, maar aan een verschillende snelheid. Op basis van deze snelheid worden geurstoffen ingedeeld. De ‘hoofdnoten’ zijn de geuren die de eerste 10 tot 15 minuten vrijkomen. Vervolgens komen de ‘hartnoten’ naar boven, tot deze enkele uren later verdampt zijn. De ‘basisnoten’ vormen de basis van het parfum: deze geuren blijven achter tot het volledige parfum verdampt is.¹³⁰ Parfumeurs creëren dus een werk dat zich onplooit in de tijd, verschillende impressies veroorzaakt op verschillende momenten, tot het verdwenen is.¹³¹

De Nederlandse Hoge Raad zag hier alvast geen probleem in: “de vorm is weliswaar vluchtig, maar toch autonoom genoeg om als werk te dienen”.¹³² Dit was een antwoord op de overweging van het Hof van ‘s-Hertogenbosch dat bescherming toekomt aan de reukstof, omdat de geur te vluchtig en variabel is om als werk te dienen.

In de literatuur wordt er eveneens op gewezen dat het vergankelijke karakter van een werk op zich geen probleem vormt: er zijn genoeg andere voorbeelden van vergankelijke werken waarvan niemand zal ontkennen dat het om werken gaat. Als voorbeelden worden ijssculpturen, zandkastelen, bloemstukken en vuurwerk genoemd.¹³³ Duurzaamheid is geen vereiste voor auteursrechtelijke bescherming.¹³⁴

Er wordt ook gewezen op de gelijkenis met muziek: net zoals klanken geproduceerd worden en meteen weer vervliegen, verdwijnen geuren direct na hun ‘uitvoering’. Zoals een muziekstuk vastgelegd is in een partituur en daardoor telkens opnieuw uitgevoerd

¹²⁹ <http://weekend.knack.be/lifestyle/beauty/waarom-het-juiste-parfum-kiezen-belangrijk-is/article-normal-464493.html>

¹³⁰ Id.

¹³¹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 352.

¹³² HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.2.

¹³³ P. SIRINELLI, noot onder Cass. civ. 1ère, 13 juni 2006, *D.* 2006, 2993-2994; D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 353; C. SAPPA, “Non-conventional copyright subject matter: fragrances and gastronomy”, Theme 5 WIPO International Convention on Intellectual Property and Competitiveness of micro, small and medium-sized enterprises, 2010, www.wipo.int; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 26.

¹³⁴ A. LUCAS en H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, nr. 59.

kan worden, is de geur vastgelegd in een reukstof die door zijn chemische formule telkens opnieuw geconstrueerd kan worden. Deze formule is stabiel en invariabel; het werk zelf is vluchtig en vergankelijk, net als muziek.¹³⁵

Dat een werk maar even bestaat en door anderen waargenomen kan worden, is inderdaad geen bezwaar om het als werk te beschouwen. Parfums hebben echter nog een andere eigenaardigheid: in tegenstelling tot bovenstaande voorbeelden van vergankelijke werken, evolueert bij een parfum het werk zelf doorheen de tijd.

Het variabele karakter van geuren

Ook dit argument vormde voor de Hoge Raad geen bezwaar:

“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 noodzakelijkerwijze 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.”¹³⁶

De Hoge Raad lijkt hier echter enkele zaken door elkaar te halen. Doordat de reukstof, het *corpus mechanicum*, voldoende stabiel is, is het *corpus mysticum* dat nog niet. In de eerder genoemde voorbeelden van vergankelijke werken waren de tastbare dragers van de werken vergankelijk, maar waren de werken zelf (de geestelijke scheppingen die veruiterlijkt werden via de dragers) wel stabiel. De auteurs die opwerpen dat een geur te variabel is, verwijzen daarbij niet naar de stabiliteit van de reukstof, maar naar het werk zelf, namelijk de geur. En ze hebben een goed argument waar ze stellen dat een geur geen concrete vorm heeft door het feit dat deze verandert doorheen de tijd.¹³⁷ De Hoge Raad redeneert zeer theoretisch door te stellen dat ‘de geur’ het werk vormt. Echter: *welke* geur? Als de geur van een parfum de hele tijd verandert, welke geur is dan het voorwerp van bescherming?

¹³⁵ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 352.

¹³⁶ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.3 (eigen cursivering).

¹³⁷ A. QUAEDEVLIËG, “Copyright and perfume: nose, intellect and industry”, *RIDA* 2011, 4.

Voor GALAN kan het feit dat de geur van een parfum verandert, geen belemmering vormen voor de bescherming van het werk. Integendeel: hieruit blijkt net de creatieve activiteit van de parfumeur, aangezien die de olfactorische ontwikkeling van de geur ontwerpt.¹³⁸ GALAN redeneert in haar hele werk echter zeer theoretisch. Ze concentreert zich uitsluitend op de wettelijke vereisten; de praktische bezwaren die in de rechtsleer opgeworpen worden zijn, spelen voor haar geen rol bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een werk. Ze erkent enkel dat deze praktische moeilijkheden wel voor problemen zullen zorgen in het kader van een inbreukprocedure. Deze redenering gaat te kort door de bocht: de rechter die in een inbreukprocedure geconfronteerd wordt met een eis, moet wel eerst het *voorwerp* van bescherming kunnen bepalen. Dat wordt moeilijk indien het werk door zijn aard voortdurend verandert vooraleer het verdwenen is. Zowel GALAN als ook de Hoge Raad ontwijken dit probleem door te verwijzen naar de stabiliteit van de reukstof – hetgeen niet helemaal correct is, aangezien het ten eerste de reukstof is die verdampt en deze ten tweede niet het werk vormt. De *geur* vormt immers het werk.

FIELD heeft deze bezwaren proberen weerleggen, maar daarbij nogal naast de kwestie geredeneerd. Hij meent bijvoorbeeld dat muziek ten minste evenveel, misschien zelfs meer, varieert wanneer ze met andere instrumenten uitgevoerd wordt.¹³⁹ De klankkleur van een uitvoering verandert echter helemaal niets aan de stabiele aard van het werk zelf.

Bij geuren is het probleem van een andere aard: de geurboodschap die door een reukstof uitgezonden wordt, is niet altijd dezelfde. Een eerste verschil is de oorsprong van de geur: de geur van de reukstof die in de lucht verstoven wordt, is niet dezelfde als de geur van de reukstof die op de huid aangebracht is. Eens verstoven in de lucht, verdampt het oplosmiddel (bijvoorbeeld alcohol) zeer snel, terwijl de geurbestanddelen zullen neerdalen en aan een verschillende snelheid zullen verdampen. De geurbestanddelen die achterblijven op de huid, beginnen echter te reageren met de moleculen van onze huid. De kenmerken van de huid verschillen van persoon tot

¹³⁸ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 354.

¹³⁹ T. G. FIELD, "Copyright protection for perfumes", *Idea* 2004, 27.

persoon, zodat een parfum op elke persoon anders ruikt.¹⁴⁰ Dit is geen irrelevant detail, aangezien parfums bedoeld zijn om op de huid aangebracht te worden, en ook op die manier waargenomen worden door andere consumenten. In tegenstelling tot licht- en geluidsgolven, is de verdamping van de geurbestanddelen, dus de verspreiding van de geurboodschap door de lucht, sterk onderhevig aan omgevingsfactoren zoals temperatuur en vochtigheidsgraad.¹⁴¹ De vorm die zintuiglijk waargenomen wordt bij het ruiken van de geur, is niet alleen afhankelijk van de waarnemer, maar ook van de omstandigheden en van de drager waarop de reukstof verstoven wordt. Anders dan bij zintuiglijk contact met visueel en auditief waarneembare werken, bestaan er dus al verschillen in het signaal dat onze zintuigen bereikt.

We gaan dus niet akkoord met BREESE, die de geurbron vergelijkt met een grafisch werk: zoals een schilderij een visuele boodschap uitzendt die opgevangen en gekarakteriseerd kan worden, geldt dit ook voor een geurbron en een geurboodschap. De karakterisatie van de geurboodschap kan volgens hem gebeuren aan de hand van een analyse van de geurbron, wat ten onrechte een rechtstreekse relatie tussen de geurbron en de geurboodschap veronderstelt.¹⁴² Anders dan bij een schilderij, wordt de uitgezonden boodschap door allerlei factoren beïnvloed voor ze de zintuigen bereikt.

In tegenstelling tot de vergankelijkheid van de geur, vormt de voortdurende verandering van de geur volgens ons wél een reëel probleem, dat een belemmering vormt voor de bescherming van geuren. Echter niet *omdat* een geur variabel is; dat een werk opeenvolgende veranderingen ondergaat, vormt geen bezwaar indien het werk in al deze vormen waargenomen kan worden. Het is echter in dit laatste aspect dat het werkelijke probleem schuilt.

- De uitdrukking van de geur

Om een correcte redenering op te bouwen is het noodzakelijk dat we een onderscheid maken tussen het *corpus mysticum* en het *corpus mechanicum* van een werk. Waar dit

¹⁴⁰ "How to buy a fragrance", Consumer Reports 58, 768 (december 1993).

¹⁴¹ Id.

¹⁴² P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 3.

onderscheid voor de traditionele categorieën van werken eenvoudig te bepalen is, is dat voor geurwerken namelijk minder evident.

Het *corpus mechanicum* is het stoffelijke voorwerp waarin de geestelijke schepping een tastbare verschijningsvorm heeft gekregen, bijvoorbeeld het linnen van het schilderij, het papier van een boek, het gips van een beeld.¹⁴³ Het auteursrecht beschermt de geestelijke schepping echter ook zonder dat deze in een stoffelijk voorwerp is vastgelegd, bijvoorbeeld bij een muzikale improvisatie.¹⁴⁴ De geestelijke schepping zelf wordt het *corpus mysticum* genoemd.¹⁴⁵

Een werk hoeft niet vastgelegd te zijn om het voorwerp van auteursrecht te kunnen zijn: voldoende is dat het op een of andere manier ooit waarneembaar is gemaakt.¹⁴⁶ Dit is belangrijk: het werk moet niet vastgelegd zijn, maar de auteur moet het wel op de een of andere manier geuit hebben. Het werk bestaat pas zodra en voor zover het tot uitdrukking is gebracht.¹⁴⁷ Het is niet nodig dat het op dat moment reeds door anderen waargenomen kan worden.¹⁴⁸ Dit is trouwens anders in de Verenigde Staten, waar een fixatie van het werk in een tastbare vorm vereist is.¹⁴⁹

Het werk moet ook afgebakend kunnen worden: een werk is een *bepaald* voortbrengsel. Meestal is wel duidelijk wat als werk te beschouwen is, maar de afbakening kan problemen opleveren.¹⁵⁰

Wat betekenen deze principes nu toegepast op geuren? De Hoge Raad heeft terecht een onderscheid gemaakt tussen de geur als *corpus mysticum* en de reukstof als *corpus mechanicum*: “deze stof of stoffen fungeren als – niet noodzakelijkerwijze exclusieve –

¹⁴³ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 60.

¹⁴⁴ H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Maklu, 1993, 15; J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 60.

¹⁴⁵ H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Maklu, 1993, 15.

¹⁴⁶ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 61.

¹⁴⁷ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 61.

¹⁴⁸ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 61.

¹⁴⁹ 17 USC §102.

¹⁵⁰ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 61.

belichaming van het werk dat de geur is".¹⁵¹ Geuren kunnen niet bestaan zonder dat gasvormige chemische stoffen contact maken met het reukorgaan. In het geval van parfums gebeurt dit door de verdamping van het parfum. De creatie van de reukstof laat de parfumeur dus toe zijn geestelijke schepping – de geur – te uiten en zintuiglijk waarneembaar te maken. De vergelijking met een beeldhouwer die zijn geestelijke schepping in een waarneembare vorm giet komt spontaan op.

De toepassing van deze theorie levert echter problemen op. Deze problemen situeren zich zowel op het niveau van de geurboodschap als van de geurwaarneming.

Een werk bestaat zodra het uitgedrukt is, dus wanneer het zintuiglijk waarneembaar gemaakt is. De bescherming komt niet toe aan wat de auteur op voorhand in gedachten gecreëerd heeft, maar aan de concrete vorm die hij uitgedrukt heeft. In het geval van een beeldhouwwerk is dit de vorm van het beeldhouwwerk. In het geval van een geur is dit de geur die vrijkomt door de verdamping van de reukstof en die zintuiglijk waarneembaar wordt door contact met de geurreceptoren in het reukorgaan.

Tot zover echter het zuiver theoretische redeneren, zoals de Hoge Raad gedaan heeft. Het bepalen van de concrete vorm zoals die zintuiglijk waarneembaar gemaakt is, levert in de praktijk namelijk heel wat meer moeilijkheden op voor geuren dan voor visueel en auditief waarneembare werken. We zullen proberen aantonen waarom.

Het probleem zit niet zozeer in de geurbron zelf, zijnde de reukstof, maar wel in het mechanisme van geurverspreiding en -registratie. We brengen hier het onderscheid ter herinnering dat door BREESE gemaakt is tussen 1) het fysisch-chemische materiaal waaruit een reukstof bestaat; 2) de geurbron, die ontstaat door de combinatie van ingrediënten; 3) de geurboodschap, die vrijkomt uit de geurbron en de oorzaak is van de bewustwording van de geur¹⁵² en 4) de sensatie die de subjectieve reactie is op de

¹⁵¹ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.3.

¹⁵² Verschillende auteurs spreken in navolging van BREESE over de 'geurboodschap' in plaats van over 'de geur'; GALAN omdat ze vindt dat de term 'geur' te simplistisch is voor de rijkdom aan geuren waaruit de geur van een parfum bestaat. Zie D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 22.

sensorische stimulatie, en die vooral afhangt van de persoonlijke interpretatie.¹⁵³ Bij bovenstaand onderscheid zijn echter wel wat kanttekeningen te maken. De 'geurboodschap' is volgens BREESE 'dat wat vrijkomt uit de geurbron en de oorzaak is van de bewustwording van de geur'. Daarmee moet hij dus de geurmoleculen bedoelen, die zich door de lucht verplaatsen door verdamping van de geurbron en bij contact met het reukorgaan zorgen voor de registratie van de geur door de geurreceptoren. Deze 'geurboodschap' onderscheidt hij van de sensatie die ontstaat bij het contact van de moleculen met het reukorgaan. De geurboodschap kan daardoor volgens hem objectief gekarakteriseerd worden, namelijk door de samenstelling van de reukstof in aanmerking te nemen, aangezien het deze is die de geurmoleculen verspreidt. We hebben hoger echter gezien dat de samenstelling van de reukstof niet in aanmerking kan komen als werk. De meeste auteurs zien de geur als werk, maar de geur ontstaat pas zodra en in de vorm waarin de prikkels geïnterpreteerd worden door de hersenen. Pas dan immers wordt de geur ook bewust *waargenomen*. Het werk ontstaat dus eigenlijk pas na de waarneming van de geur, die resulteert uit de interpretatie van de sensatie. BREESE beschouwt de sensatie onterecht als de laatste stap, en deze is ook nog niet afhankelijk van persoonlijke interpretatie. Dit onderscheid is belangrijk in het kader van de discussie die ontstaan is in de rechtsleer. Het is trouwens ook belangrijk de fysieke interpretatie van de prikkels door de hersenen te onderscheiden van de intellectuele interpretatie, zoals we zullen zien.

Het voornaamste probleem met de bescherming van geuren is het gebrek aan een concrete uitdrukkingvorm van het geurwerk, die het resultaat is van de subjectieve geurwaarneming. Dit is een argument dat dus terecht door sommige auteurs naar voren geschoven is en ook door Kecofa aangevoerd werd als verweer in de Nederlandse zaak. Het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch aanvaardde dit argument echter niet:

“de door Kecofa aangevoerde omstandigheid dat de waarneming van een geur van een parfum subjectief is kan aan dit oordeel niet afdoen, nu enerzijds waarneming door de mens altijd in zekere mate subjectief is en anderzijds het werk niet wordt gevormd door

¹⁵³ P. BREESE, “Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs”, 1995, (weblink: zie bibliografie),3.

de enkele geur maar door de reukstof van een bepaalde samenstelling welke wel degelijk objectief vaststelbaar is.”¹⁵⁴

We hebben reeds gezien dat de objectieve vaststelbaarheid van de reukstof geen argument is – het gaat om de vorm van de geur zelf. Een beter argument van het Hof is dat de waarneming door de mens *altijd* in zekere mate subjectief is.

Voor we ingaan op het probleem van de subjectieve waarneming van geuren, willen we er echter op wijzen dat deze niet gelijk is aan de subjectieve *interpretatie* van het werk. Het probleem van de subjectiviteit van geurwaarneming wordt door sommige auteurs namelijk weerlegd met het argument dat objectiviteit helemaal geen vereiste is voor het auteursrecht.¹⁵⁵ Er lijkt echter verwarring te bestaan over de term ‘interpretatie’. De intellectuele interpretatie van het werk mag inderdaad verschillen van persoon tot persoon, zonder dat dit afbreuk doet aan het feit dat het om een werk gaat. Maar deze intellectuele interpretatie kan pas ontstaan *na de waarneming van het werk*. Het probleem bij geuren is dat de geurwaarneming zelf sterk verschilt van persoon tot persoon. Daarom is het belangrijk een goed onderscheid te maken tussen de stappen

prikkel → registratie → sensatie → interpretatie van de sensatie → waarneming → interpretatie van de waarneming

Terug naar het probleem met de subjectieve geurwaarneming: we menen dat deze het voornaamste probleem vormt voor de bescherming van geuren. Het klopt dat de waarneming via andere zintuigen ook in zekere mate subjectief is, maar we willen nu aantonen waarom de verschillen bij geurwaarneming zodanig zijn dat er geen sprake kan zijn van een werk.

Ons netvlies bevat ongeveer 126 miljoen fotoreceptoren, waarvan ongeveer 120 miljoen staafjes en 6 miljoen kegeltjes. De staafjes zijn gevoelig voor weinig intensieve stimulatie en worden dus vooral ‘s nachts gebruikt, terwijl de kegeltjes vooral overdag ingezet worden. Wanneer licht invalt op het netvlies, vangen de fotoreceptoren dit op en sturen

¹⁵⁴ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, r.o. 4.11.4.

¹⁵⁵ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 353.

ze een signaal door naar de achtergelegen Ganglioncellen, die het signaal op hun beurt doorsturen naar de hersenen.¹⁵⁶

Wanneer we lucht opsnuiven, worden de geurmoleculen uit de luchtstroom opgelost in het mucus, een dun vochtig laagje waarmee het neuro-epitheel (het 'dak' van de neus) bedekt is. In het mucus bevinden zich ongeveer 400 actieve geurreceptorneuronen: dit zijn eiwitten die de geurmoleculen aan zich binden en vervolgens een signaal doorsturen.¹⁵⁷ Bijzonder aan deze receptorproteïnen, is dat ze alle een verschillende vorm hebben en daardoor slechts bepaalde moleculen aan zich zullen binden. Er bestaan echter duizenden geurmoleculen. We hebben echter ook ongeveer 1000 verschillende receptorgenen, die elk coderen voor één receptoreiwit. Dat we toch duizenden verschillende geuren kunnen ruiken, komt doordat de receptoren onderling samenwerken om de geurmoleculen aan zich te binden.

Men wist al lang dat er tussen verschillende personen grote verschillen bestaan in de geurwaarneming.¹⁵⁸ Deze zijn onder andere afhankelijk van leeftijd en geslacht. De verschillen in geslacht zijn van die aard dat vrouwen zelfs 43% meer cellen hebben in de geurkolf en 50% meer neuronnen hebben die verantwoordelijk zijn voor de geurperceptie in vergelijking met mannen.¹⁵⁹

De laatste jaren hebben verschillende onderzoeken echter aangetoond dat de verschillen in geurwaarneming in de eerste plaats het gevolg zijn van genetische variatie.¹⁶⁰ Het polymorfisme in onze genen die coderen voor onze geurreceptoren zorgt er waarschijnlijk voor dat we allemaal een verschillend geurfenotype hebben.¹⁶¹

¹⁵⁶ Deze informatie is afkomstig uit C. BENJAMINS, "Anatomie van het oog", <http://www.brainmatters.nl/terms/anatomie-van-het-oog/>

¹⁵⁷ R. NEWCOMB, M. XIA, D. REED, "Heritable differences in chemosensory ability among humans", *Flavour* 2012, 7; J. MAINLAND, A. KELLER, Y.R. LI, T. ZHOU, C. TRIMMER, L. SNYDER, A. MOBERLY, K. ADIPIETRO, W.L. LIU, H. ZHUANG, S. ZHAN, S. LEE, A. LIN en H. MATSUNAMI, "The missense of smell: functional variability in the human odorant receptor repertoire", *Nature Neuroscience* 2014, 114.

¹⁵⁸ BLAKESLEE heeft dit in 1935 al gedemonstreerd op de International Flower Show in New York, zie A.F. BLAKESLEE, "Demonstration of differences between people in the sense of smell", *Sci. Monthly* 1935, 72-84.

¹⁵⁹ "Wetenschap verklaart eindelijk waarom vrouwen beter ruiken dan mannen", 2014, <http://nl.metrotime.be/2014/11/06/must-read/wetenschap-verklaart-eindelijk-waarom-vrouwen-beter-ruiken-dan-mannen/>

¹⁶⁰ R. NEWCOMB, M. XIA, D. REED, "Heritable differences in chemosensory ability among humans", *Flavour* 2012, 7.

¹⁶¹ S. WOODING, "Olfaction: it makes a world of scents", *Current Biology* 2013, R677; S. JAEGER, J. MCRAE, M. BAVA, M. BERESFORD, D. HUNTER, Y. JIA, S.L. CHHEANG, D. JIN, M. PENG, J. GAMBLE, K. ATKINSON, L. AXTEN, A. PAISLEY, L. TOOMAN, B. PINEAU, S. ROUSE, R. NEWCOMB, "A mendelian trait for olfactory sensitivity affects odor experience and food selection", *Current Biology* 2013, 1601 (hierna: JAEGER *et al.* 2013).

Een recent onderzoek naar smaakperceptie heeft zelfs aangetoond dat één enkele nucleotide in één enkel gen een significante invloed kan hebben op de individuele voorkeuren voor voedingsproducten, doordat de geurwaarneming zo'n belangrijke rol speelt in onze smaakwaarneming.¹⁶² Het onderzoek biedt tot nu toe het meest expliciete bewijs dat we elk in onze eigen 'geurwereld' leven.¹⁶³ De individuele verschillen zijn groot, onder meer in de intensiteit en de waardering van bepaalde geuren.¹⁶⁴

Door aangeboren intersubjectiviteit zien we en horen we allemaal hetzelfde, ook al kan onze interpretatie verschillen.¹⁶⁵ Bij geur verschilt niet enkel de interpretatie sterk, maar ook de sensorische basis van de waarneming.¹⁶⁶ Dit is een probleem wanneer een werk slechts beschermd wordt in de vorm waarin het zintuiglijk waarneembaar gemaakt is. CRONIN heeft de vraag gesteld *hoe* waarneembaar een geur precies moet zijn: kunnen variaties in de scherpheid van onze zintuigen bepalen of een creatie al dan niet auteursrechtelijk beschermd kan worden?¹⁶⁷ Het antwoord moet volgens ons zijn: ja, zeker. Wanneer iedereen de vorm van een werk anders waarneemt en deze verschillen ook nog eens een zodanig grote impact hebben op de interpretatie, dan kan er geen sprake zijn van een *bepaald* werk. Om het voorbeeld van een parfum te nemen: bepaalde geurstoffen die door veel mensen als 'bloemig' worden omschreven, worden door zo'n 20% van de mensen ervaren als een zurige, onaangename geur. Sommige van deze geurstoffen maken belangrijke bestanddelen van parfums uit. Dit verklaart waarom wij soms een parfum zeer lekker vinden ruiken, terwijl de persoon naast ons vindt dat het een onaangename geur heeft.¹⁶⁸ De parfumeur kan tijdens het creatieve proces wel een bepaalde geur in gedachten ontwerpen, maar het is onmogelijk deze te uiten in een vorm die voor iedereen zintuiglijk waarneembaar is.

¹⁶² JAEGER et al. 2013, 1601.

¹⁶³ S. WOODING, "Olfaction: it makes a world of scents", *Current Biology* 2013, R678.

¹⁶⁴ A. KELLER, H. ZHUANG, Q. CHI, L.B. VOSSHALL, H. MATSUNAMI, "Genetic variation in a human odorant receptor alters odour perception", *Nature* 2007, 468.

¹⁶⁵ E.P. KÖSTER, "The specific characteristics of the sense of smell", in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 28.

¹⁶⁶ A. KELLER, H. ZHUANG, Q. CHI, L.B. VOSSHALL, H. MATSUNAMI, "Genetic variation in a human odorant receptor alters odour perception", *Nature* 2007, 468.

¹⁶⁷ C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 442.

¹⁶⁸ S. WOODING, "Olfaction: it makes a world of scents", *Current Biology* 2013, R678; JAEGER et al. 2013, 1601.

Als de Hoge Raad de mening van biologen gevraagd had in plaats van zuiver op het theoretische vlak te redeneren, had ze waarschijnlijk niet overwogen dat

“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, (...)”¹⁶⁹

En de afwijzing van het Franse Hof van Cassatie houdt plots veel meer steek:

“aangezien de geur van een parfum, die het resultaat is van de eenvoudige toepassing van knowhow, geen creatie is van een uitdrukkingsvorm die de bescherming van het auteursrecht kan genieten (...)”.

We zijn niet akkoord met het Hof dat er geen sprake is van een intellectuele schepping, maar wel dat er geen sprake is van een uitdrukkingsvorm die vatbaar is voor bescherming. Het Hof heeft hiervoor trouwens veel kritiek gekregen van Franse auteurs, die stelden dat deze motivering de wet schendt. De Franse auteurswetgeving bepaalt namelijk dat de uitdrukkingsvorm geen rol speelt voor de bescherming¹⁷⁰, waaruit deze auteurs afleiden dat het zintuig waaraan een werk appelleert geen rol mag spelen. AITTOUARES heeft er echter op gewezen dat een aandachtige lezing van de overweging van het Hof duidelijk maakt dat er gewoon geen uitdrukkingsvorm *is*, terwijl het *bestaan* van een uitdrukkingsvorm natuurlijk wel vereist is door de wet.¹⁷¹

3. Besluit

Over één ding is ongeveer iedereen het wel eens: dat niets in de wetgeving of de internationale verdragen op zich in de weg staat aan de bescherming van geuren als werken. De literatuur is echter, net zoals de hoogste rechtspraak in Nederland en

¹⁶⁹ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.2.

¹⁷⁰ Zie art. L.112-1 CPI.

¹⁷¹ J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 16.

Frankrijk, sterk verdeeld over de vraag of geuren het voorwerp van auteursrecht kunnen vormen.

Heel wat auteurs staan welwillend tegenover de bescherming van parfums, omdat deze het resultaat zijn van een creatief scheppingsproces en het onrechtvaardig lijkt dat deze gewoon gekopieerd mogen worden, zoals in Frankrijk momenteel het geval is. Met deze artikels hebben we echter twee problemen: dat de redenering veel te theoretisch gevoerd wordt, los van de praktische consequenties, en dat er te weinig interdisciplinair onderzoek gedaan wordt, waardoor we soms argumenten lezen die bij nader onderzoek niet blijken te kloppen.

De afwijzing van de bescherming van geuren via het auteursrecht lijkt ons terecht. Hoewel we zeker menen dat het om intellectuele creaties gaat, is het probleem dat geuren – anders dan visueel of auditief waarneembare werken – niet uitgedrukt kunnen worden door de auteur: ze kunnen niet geuit worden in een zintuiglijk waarneembare vorm. We hebben enkel ons reukorgaan om de geur mee te karakteriseren; doordat de geurperceptie echter verschilt van persoon tot persoon, veel sterker dan bij de mechanische zintuigen, bestaat er geen uitdrukkingvorm die door iedereen waargenomen kan worden.

We sluiten ons dus aan bij de auteurs die stellen dat een geur ‘contouren mist’, wat het onmogelijk maakt het voorwerp van de bescherming af te bakenen.¹⁷² We hopen aangetoond te hebben dat dit zowel het resultaat is van de instabiliteit van de geurboodschap, als van de hoogst individuele waarneming van geuren. Geuren kunnen daardoor niet beschouwd worden als beschermbare expressie.¹⁷³

We moeten echter ook akkoord gaan met AITTOUARES dat deze conclusie ‘een lichte smaak van imprecisie en een geur van onrechtvaardigheid’ achterlaat. Hij heeft er namelijk op gewezen dat het paradoxaal is om het bestaan van een uitdrukkingvorm enkel te beoordelen aan de hand van de waarneming door het publiek: wat de auteur wil

¹⁷² P.B. HUGENHOLTZ, “Auteursrecht op de geur van een parfum”, noot onder HR 16 juni 2006, *Ars Aequi* 2006, 824; J.H. SPOOR, noot onder HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585; H. COHEN JEHORAM, “The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor”, *EIPR* 2006, 1624; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 27.

¹⁷³ J. AITTOUARES, “Droit d’auteur: les parfums refoulés”, *RLDA* 2008, 16; M.-C. JANSSENS, *Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines*, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116, 27.

uitdrukken, is niet per se dat wat het publiek waarneemt, en dat wat het publiek wel waarneemt, is niet per se dat wat de auteur wou uitdrukken. Onrechtvaardig, volgens AITTOUARES, omdat dit de bescherming van alle olfactorische en gustatieve werken uitsluit, terwijl deze volgens hem toch onder bepaalde voorwaarden beschermd zouden moeten kunnen worden.¹⁷⁴ Hoewel we menen dat het auteursrecht niet de geschikte weg is om geuren te beschermen, lijkt het ons onaanvaardbaar dat deze intellectuele scheppingen, die het resultaat zijn van creatief werk dat ook nog eens veel geld en moeite kost, gewoon gekopieerd zouden kunnen worden. Het is een goede zaak om met de vooruitgang van de technologie (die het ook mogelijk maakt parfums te kopiëren) meer zaken toe te laten tot het auteursrecht, alleen zijn de bezwaren in het geval van geuren te groot. We moeten echter nog de mogelijkheid van octrooi- en merkenbescherming onderzoeken.

Voor de volledigheid zullen we echter eerst nog kort stilstaan bij de beschermingsvoorwaarde en de gevolgen van het toekennen van auteursrechtelijke bescherming op parfums. We zullen namelijk zien dat de problemen die eigen zijn aan geuren, ook voor problemen zullen zorgen in deze fasen van het onderzoek.

¹⁷⁴ J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 16.

HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden

We hebben hoger gezien dat het Hof van Justitie het voorwerp van het auteursrecht als volgt beschreven heeft:

“het auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele inspanning van de auteur ervan. Een intellectuele schepping is een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.”¹⁷⁵

Deze invulling stemt overeen met de criteria die het Hof van Cassatie voordien hanteerde.¹⁷⁶

KEUSTERMANS stelt dat het originaliteitscriterium vaak verschillend geïnterpreteerd wordt naargelang de aard van het werk: zo zal bij een creatief en artistiek werk vooral nagegaan worden of het werk de stempel van de persoonlijkheid van de auteur draagt, terwijl dit criterium voor een meer technisch werk veeleer betrekking zal hebben op de aanwezigheid van keuzevrijheid voor de auteur, en hoe deze daarmee is omgesprongen.¹⁷⁷ Beide aspecten kunnen echter nagegaan worden in het geval van parfums.

Zelfs de auteurs die voorstander zijn van de mogelijkheid tot auteursrechtelijke bescherming op parfums, geven toe dat het beoordelen van de originaliteit van een

¹⁷⁵ HvJ C-145/10, *Painer*, 2011.

¹⁷⁶ Volgens het Hof van Cassatie was het, om bescherming van de Auteurswet te kunnen genieten, ‘nodig maar voldoende dat bewezen wordt dat het werk de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker, wat onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat’. Zie Cass. 11 maart 2005, *AM* 2005, 396, noot F. DE VISSCHER, *IRDI* 2005, 238, *Ing.-Cons.* 2005, 154. Vgl. onder het vroegere recht Cass. 27 april 1989, *RW* 1989-1990, 362; Cass. 25 oktober 1989, *RW* 1989-1990, 1061; Cass. 2 maart 1993, *Ing.-Cons.* 1993, 145; Cass. 24 februari 1995, *RW* 1995, 433; Cass. 10 december 1998, *RW* 1999-2000, 325, *AM* 1999, 355, noot IDE-STROWEL. Geciteerd uit F. GOTZEN, “Artikel 1”, in: F. BRISON, H. VANHEES (eds.), *Hommage à Jan Corbet*, Larcier, 2009, 6-7.

¹⁷⁷ J. KEUSTERMANS, *Auteursrecht – Recente evoluties in capita selecta*, Cahiers Antwerpen Brussel Gent, Larcier, 2011, 27.

parfum zeer moeilijk is.¹⁷⁸ De voorstanders stellen echter dat dit obstakel niet onoverkomelijk is en dat het de bescherming niet *a priori* kan uitsluiten.¹⁷⁹

In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het Franse Cassatiearrest van 13 juni 2006, was de eis van L'Oréal verworpen bij gebreke van een voldoende bewijs van originaliteit. Daardoor kon niet beoordeeld worden of er sprake was van een inbreuk op het auteursrecht op deze geur. L'Oréal had de originaliteit van haar parfum proberen aantonen via een persdossier en onvolledige gaschromatografische analyses van haar eigen parfum en dat van de tegenpartij. LABORDE heeft terecht opgemerkt dat een gaschromatografische analyse de samenstelling van de reukstoffen kan weergeven, maar niets zegt over de originaliteit van de creatie.¹⁸⁰ Originaliteit van een creatie kan bovendien geen kwestie zijn van commercieel succes of erkenning door de pers.¹⁸¹

Dat rechters grote moeite hebben met het beoordelen van de originaliteit, blijkt onder meer uit het feit dat begrippen uit de industriële eigendom binnensluipen in de uitspraken: originaliteit werd bijvoorbeeld aangenomen omdat er geen anterioriteit aangetoond kon worden¹⁸², of omdat de geur zich sterk onderscheidde van andere geuren, wat een criterium uit het merkenrecht is.¹⁸³

De originaliteit mag in geen geval beoordeeld worden door te verwijzen naar de formule van het parfum. Het is namelijk helemaal niet vereist dat deze op een of andere manier 'nieuw' zou zijn: dat is een criterium uit het octrooirecht. Daar komt nog bij dat dezelfde geur gecreëerd kan worden via verschillende formules.¹⁸⁴

¹⁷⁸ A.-S. LABORDE, "Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum: la fin de l'impunité", *RLDI* 2006, 28; A. QUAEDVLIET, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 4.

¹⁷⁹ A. QUAEDVLIET, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 5.

¹⁸⁰ A.-S. LABORDE, "Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum: la fin de l'impunité", *RLDI* 2006, 28.

¹⁸¹ A.-S. LABORDE, "Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum: la fin de l'impunité", *RLDI* 2006, 28.

¹⁸² A.-S. LABORDE, "Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum: la fin de l'impunité", *RLDI* 2006, 28.

¹⁸³ CA Parijs, 17 september 2004, *PI* 2005, 47. Dit criterium wordt ook gehanteerd door A. QUAEDVLIET, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 5.

¹⁸⁴ P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 4.

Een parfum zal origineel zijn wanneer het de uitdrukking vormt van de persoonlijkheid van de auteur, wat het geval zal zijn wanneer de parfumeur bij de keuze van de bestanddelen en de verhoudingen vrije en creatieve keuzen heeft kunnen maken. Dat daarbij eveneens technische overwegingen zullen meespelen, is niet eigen aan de creatie van parfums.

Dat iedereen geuren anders waarneemt en dat niet iedereen evenveel geuren waarneemt, maakt de beoordeling van de originaliteit er echter niet gemakkelijker op. Er is wel originaliteit wanneer de parfumeur 'vrije en creatieve keuzes' kon maken bij de creatie van de geur, maar indien we enkel dit criterium hanteren, zal er misschien wel zeer snel sprake zijn van een 'originele' geur. Een lage originaliteitsdrempel is voor parfums problematischer dan voor bijvoorbeeld literaire of muzikale werken, omdat de meeste parfums onder te verdelen zijn in een 15-tal 'families', wier vertegenwoordigers onvermijdelijk een zekere gelijkenis vertonen.¹⁸⁵ Het argument van Kecofa dat er verwantschap bestond van *Trésor* met een bestaande geurentraditie, werd door de Hoge Raad niet aanvaard, omdat 'de omstandigheid dat een schepping past binnen een bestaande traditie van soortgelijke werken niet in de weg staat aan de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming daarvan'.¹⁸⁶

Een nuttige vuistregel voor het beoordelen van de originaliteit wordt aangereikt door SPOOR, VERKADE en VISSER: zij stellen dat een werk een eigen karakter vertoont wanneer het logischerwijze uitgesloten is dat twee auteurs onafhankelijk van elkaar tot hetzelfde werk zullen komen.¹⁸⁷ Het lijkt ons echter onmogelijk dit zuiver op basis van de geur te beoordelen, zonder de samenstelling van de reukstof in aanmerking te nemen. Hoe kunnen we immers vaststellen of iemand anders dezelfde geur zou kunnen creëren, eventueel via een andere formule? We gaan akkoord met QUAEDVLIEG dat een parfumeur in feite geen geur creëert, maar een formule.¹⁸⁸ Formules kunnen echter niet beschermd worden via het auteursrecht. We stellen trouwens vast dat in de rechtspraak voortdurend teruggerepen wordt naar de formule. Dat is logisch, aangezien deze wel objectief vast te stellen is en de geur zelf niet. Telkens opnieuw moeten we vaststellen

¹⁸⁵ A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 4.

¹⁸⁶ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.4.2.

¹⁸⁷ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 68.

¹⁸⁸ A. QUAEDVLIEG, "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *RIDA* 2011, 3.

dat de bescherming in feite draait om de formule, en niet om de geur zelf. De moeilijkheden ontstaan telkens opnieuw doordat het auteursrecht niet geschikt is om geuren te beschermen.

HOOFDSTUK 3. Gevolgen van bescherming

Indien een geur een auteursrechtelijk beschermd werk is, heeft enkel de auteur (in dit geval de parfumeur) het recht om het werk op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproduceren of te laten reproduceren.¹⁸⁹ Dit recht omvat onder meer het exclusieve recht om toestemming te geven tot het bewerken van het werk.¹⁹⁰

Alleen de auteur heeft daarnaast een publiek mededelingsrecht.¹⁹¹

Het toepassen van deze principes op geuren, is opnieuw allesbehalve evident.

1. Het openbaar mededelingsrecht

We gaan ervan uit dat parfumproducenten niet de noodzaak zullen voelen op te treden tegen de ongeoorloofde openbare mededeling van hun geur. Parfums worden immers verkocht om gedragen te worden, wat noodzakelijk een openbare mededeling veronderstelt.¹⁹² De Hoge Raad was zich bewust van de enigszins vreemde gevolgen die de bescherming met zich kan meebrengen: '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 op het, aan de normale verbruiker niet te ontzeggen, gebruik van een parfum, dat naar zijn aard noodzakelijkerwijs verspreiding van de geur meebrengt, doen daaraan niet af'.¹⁹³

¹⁸⁹ Art. XI.165, §1, eerste lid WER.

¹⁹⁰ Art. XI.165, §1, tweede lid WER.

¹⁹¹ Art. XI.165, §1, vierde lid WER.

¹⁹² P. B. HUGENHOLTZ, noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002, 197.

¹⁹³ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.2.

2. Het reproductierecht

Dit vormt de hoofdzaak voor de parfumproducenten: hun creaties te beschermen tegen ongeoorloofde reproductie.

Wanneer een andere parfumeur zelfstandig tot een zeer gelijkaardige creatie komt, zal er echter geen sprake zijn van reproductie: het inbreukmakende parfum moet ontleend zijn aan het beschermde parfum.¹⁹⁴ Hoe kan degene die bescherming inroept voor zijn creatie echter aantonen dat zijn parfum origineel is, en dat het parfum van de tegenpartij eraan ontleend is? Dit lijkt ons opnieuw enkel mogelijk door naar de formules te gaan kijken. We zien dat dit inderdaad de strategie is die in de rechtspraak gevolgd wordt.¹⁹⁵ Indien de geur zelf echter beschermd is, en de reukstof slechts de – niet noodzakelijkerwijs exclusieve – belichaming van het werk vormt¹⁹⁶, moet er echter ook inbreuk zijn wanneer de geur via een andere formule gereproduceerd wordt. Anderzijds kunnen twee formules in 19 van hun 20 bestanddelen overeenstemmen en toch een totaal andere geur voortbrengen.¹⁹⁷ Dit toont nogmaals aan dat niet de formules vergeleken mogen worden, maar enkel de geuren zelf.¹⁹⁸ Hoe kan een rechter echter nagaan of de ene uitdrukkingsvorm ontleend is aan de andere, wanneer hij niet eens in staat is de concrete uitdrukkingsvormen af te bakenen? We moeten telkens tot hetzelfde besluit komen: het hele systeem van het auteursrecht verzet zich tegen de bescherming van geuren.

¹⁹⁴ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 70.

¹⁹⁵ Deze werkwijze wordt ook voorgesteld door de voorstanders van bescherming, zie bijvoorbeeld P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 3-9, die uitgebreid 'objectieve' methoden om geuren te vergelijken uiteenzet.

¹⁹⁶ HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.3.2.

¹⁹⁷ J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 1987.

¹⁹⁸ Zo ook P. BREESE, "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995, (weblink: zie bibliografie), 3 (!); R.J. PRINS, "De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk", *BIE* 2006, 470.

Besluit

Sinds nieuwe technologieën het mogelijk maken om de formules van parfums zeer nauwkeurig te achterhalen en er bedrijven zijn die nagenoeg identieke kopieën van bekende parfums op de markt brengen, is het logisch dat de oorspronkelijke producenten van deze parfums – die de rechten verkregen moeten hebben van de parfumeurs – hun creaties proberen te beschermen via het auteursrecht. Het auteursrecht is de meest aantrekkelijke en ook de meest logische optie, gezien de lange beschermingstermijn en gezien het feit dat parfums in de eerste plaats esthetische creaties zijn. Er zijn echter onoverkomelijke barrières om parfums te beschermen via het auteursrecht.

Wat parfumproducenten in feite in de eerste plaats willen, is het beschermen van hun formules. Het zijn immers deze formules die gekopieerd worden in de vorm van *smell-alikes*. In de eerste procedures die de producenten begonnen zijn, vroegen ze dan ook auteursrechtelijke bescherming voor hun formules. Dit is echter niet mogelijk: het auteursrecht beschermt geen formules. De bescherming van formules is een zaak voor het octrooirecht.

Net omdat parfums esthetische creaties zijn en omdat het bijzonder onrechtvaardig lijkt er geen enkele bescherming aan te verlenen, staan veel rechters – en ook auteurs – welwillend tegenover het beschermen van parfums via het auteursrecht. Omdat ze echter geen auteursrechtelijke bescherming kunnen toekennen aan de formules, weerhouden ze de geur zelf van het parfum als beschermingsvoorwerp.

De bescherming van geuren via het auteursrecht levert echter onoverkomelijke problemen op. Deze problemen liggen niet aan de wetgeving, die zeer ruim geformuleerd is. De problemen zijn te wijten aan de aard van geuren zelf en dan vooral aan het feit dat onze geurwaarneming essentieel individueel verschillend is.

In de literatuur wordt onderzocht of de subjectieve waarneming van geuren werkelijk problematisch is. Al te vaak echter doen auteurs beweringen over onze

geurwaarneming, zonder daarvoor eerst medische en psychologische bronnen te raadplegen. Onderzoek in dergelijke bronnen heeft ons echter geleerd dat de verschillen tussen individuen zo groot zijn wat de geurwaarneming betreft, dat we – in auteursrechtelijke termen – geuren niet kunnen beschouwen als concrete, afgebakende uitdrukkingsvormen, ook al kunnen ze wel het resultaat zijn van een intellectuele schepping. Werken worden immers enkel beschermd in de vorm waarin ze uitgedrukt zijn, dus zintuiglijk waarneembaar gemaakt zijn. Door onze zeer individuele geurwaarneming en het zeer private karakter ervan, zijn we echter niet in staat geuren af te bakenen en nemen we allemaal een andere vorm waar.

Deze problemen zien we weerspiegeld in de rechtspraak. Rechters die bereid zijn geuren auteursrechtelijk te beschermen, grijpen telkens terug naar de formules om de originaliteit en het bestaan van ongeoorloofde reproductie te beoordelen. Dit is ook logisch, aangezien ze niet weten hoe ze de geuren anders kunnen afbakenen, wat wel nodig is om ze te vergelijken.

Het Franse Hof van Cassatie oordeelt daarom terecht door te stellen dat parfums geen uitdrukkingsvormen zijn. Dat het Hof deze creaties niet als geestelijke scheppingen wilt beschouwen, is onterecht, maar de uiteindelijke uitkomst blijft dezelfde. De uitspraak van de Hoge Raad daarentegen is zeer theoretisch van aard; enkel daardoor kon de Raad tot de aanvaarding van de bescherming komen. In de rechterlijke beslissingen die uitspraak doen over de grond van de zaak, zien we telkens dat de bescherming in feite verleend wordt aan de formules.

We hebben dus geconcludeerd dat de bescherming van parfums via het auteursrecht niet mogelijk is. We zullen nu de andere optie onderzoeken: of parfumproducenten hun formules misschien wel kunnen laten beschermen via het octrooirecht.

DEEL II. OCTROOIRECHT

Inleiding

In het vorige deel onderzochten we de mogelijkheid om de geur van een parfum te beschermen via het auteursrecht. Hierbij bleken echter onoverkomelijke problemen te ontstaan.

Een andere interessante optie is het octrooirecht. Vreemd genoeg krijgt deze optie nauwelijks aandacht in de literatuur. Enkele auteurs maken terloops melding van deze mogelijkheid zonder tot een grondig onderzoek over te gaan¹⁹⁹; slechts enkelen zijn er dieper op ingegaan.²⁰⁰ Nochtans vroegen de parfumproducenten in de eerste plaats een bescherming voor hun formule, maar dan via een beroep op het auteursrecht. Zowel de originaliteit van hun creaties als de namaak ervan probeerden ze te bewijzen door analyses van de parfums voor te leggen. In enkele gevallen werd de opvallende gelijkenis tussen twee samenstellingen voldoende geacht om een inbreuk vast te stellen. Om een formule te beschermen, denken we echter eerder aan het octrooirecht dan aan het auteursrecht. In de praktijk zien we echter dat er inderdaad nauwelijks octrooien aangevraagd worden voor geurproducten, laat staan voor verfijnde parfums.²⁰¹ In dit deel willen we onderzoeken hoe dat komt.

Het onderwerp van ons onderzoek zal echter verschillen. Waar auteursrechtelijke bescherming enkel denkbaar lijkt voor verfijnde parfumerie – zodat het niet vreemd is dat de rechtspraak en rechtsleer zich uitsluitend daarop toespitste – kan het octrooirecht misschien een veel ruimere bescherming bieden. We denken dan met name aan eenvoudige, praktisch inzetbare parfums, zoals de parfums van huishoudelijke

¹⁹⁹ O. LALIGANT, "Problematique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 587-636; P. B. HUGENHOLTZ, noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002; J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004; H. COHEN JEHORAM, "The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor", *EIPR* 2006; P.B. HUGENHOLTZ, "Auteursrecht op de geur van een parfum", noot onder HR 16 juni 2006, *Ars Aequi* 2006, 824.

²⁰⁰ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007; D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 41-116.

²⁰¹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 43.

producten. Wanneer we hieronder over 'parfums' spreken, zullen we dit begrip dus in zijn meest brede zin opvatten. Bovendien spitst ons onderzoek zich niet meer toe op de geur als zodanig, maar op de meer technische kanten van een geurproduct: de samenstelling, de bereidingswijze, de ingrediënten, mogelijk ook hun bijzondere toepassing.

Net zoals in het vorige deel zullen we ons onderzoek opbouwen in verschillende stappen: eerst moeten we nagaan of - en in welke vormen - een geurcreatie het voorwerp kan vormen van octrooibeschermtng (hoofdstuk 1); daarna zullen we dit toetsen aan de beschermingsvoorwaarden (hoofdstuk 2). Tot slot willen we evalueren of het octrooirecht perspectieven biedt en trachten mogelijke problemen te signaleren.

HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp

De voorwaarden voor octrooieerbaarheid zijn eengemaakt door het Verdrag van Straatsburg²⁰². Deze werden overgenomen in het Europees Octrooiverdrag²⁰³ en omgezet in de Belgische wetgeving²⁰⁴. Ze zijn geformuleerd als volgt:

“onder de naam ‘uitvindingsoctrooi’, hierna ‘octrooi’ genoemd, wordt een uitsluitend en tijdelijk recht toegekend om aan derden de exploitatie te verbieden van iedere uitvinding, op alle gebieden van de technologie, die nieuw is, op uitvinderswerkzaamheid berust en vatbaar is voor toepassing op het gebied van de nijverheid.”²⁰⁵

Een geurcreatie kan dus beschermd worden wanneer ze gekwalificeerd kan worden als een uitvinding en bovendien voldoet aan de beschermingsvoorwaarden, meer bepaald wanneer ze nieuw is, op uitvinderswerkzaamheid berust en vatbaar is voor toepassing op het gebied van de nijverheid. We moeten dus eerst onderzoeken of geurcreaties als ‘uitvindingen’ beschouwd kunnen worden.

1. Het octrooirecht beschermt ‘uitvindingen’

1.1 Omschrijving van het begrip ‘uitvinding’

De richtlijnen van het Europees Octrooibureau (hierna ook: EOB) wijzen erop dat het Europees Octrooiverdrag niet definieert wat begrepen wordt onder het begrip ‘uitvinding’, maar dat art. 52.2 wel een aantal uitsluitingen opsomt, die alle van ofwel abstracte dan wel niet-technische aard zijn, bijvoorbeeld ontdekkingen of wetenschappelijke theorieën respectievelijk esthetische creaties of de presentatie van

²⁰² Verdrag van Straatsburg betreffende de eenmaking van bepaalde onderdelen van het octrooirecht van 27 november 1963, geratificeerd bij wet van 8 juli 1977, *BS* 30 september 1977, 11971.

²⁰³ Verdrag van München inzake de verlening van Europese octrooien van 5 oktober 1973, geratificeerd bij wet van 8 juli 1977, *BS* 30 september 1977, 11971.

²⁰⁴ Huidig art. XI.3 WER.

²⁰⁵ Zie art. 52, §1 Conventie van München; art. 1 Conventie van Straatsburg; art. 27 TRIPs, art. XI.3 WER.

gegevens. Een uitvinding moet daarom voor het Europees Octrooibureau een technisch karakter hebben.²⁰⁶ Hetzelfde criterium wordt gebruikt in de rechtspraak van de Kamers van Beroep van het EOB.²⁰⁷ Let wel: een uitvinding heeft geen technisch karakter zodra aangetoond wordt dat ze niet onder een van de uitsluitingen valt. Indien de conclusies zowel technische als niet-technische aspecten bevatten, moet van elk aspect afzonderlijk nagegaan worden of het bijdraagt aan het technische karakter van de uitvinding.²⁰⁸

Onder een 'technisch karakter' verstaat het Europees Octrooibureau dat de uitvinding moet slaan op een technisch domein, een technisch probleem moet oplossen en dat het voorwerp waarvoor bescherming wordt gezocht omschreven moet kunnen worden in de conclusies in technische termen.²⁰⁹

De definities die voorgesteld worden in de rechtsleer, concentreren zich eveneens op het technische karakter van de uitvinding. REMICHE en CASSIERS omschrijven een uitvinding als 'een technische creatie die het resultaat is van een intellectuele en niet evidente inspanning', met twee essentiële eigenschappen: een intellectuele prestatie en een technisch karakter.²¹⁰ Deze definitie sluit aan bij die van CLERIX *et al.*: een uitvinding is 'elk voorwerp of proces dat bedacht is, op alle gebieden van de techniek'.²¹¹ De meest geciteerde definitie is deze van MOUSSERON: 'een uitvinding is een technische oplossing voor een technisch probleem, dankzij technische middelen vatbaar voor herhaling'.²¹² De verdienste of inspanning van de uitvinder spelen daarbij geen rol. Er kan ook een octrooi afgeleverd worden voor een uitvinding die zeer mager is of die per toeval gevonden is, zonder dat er een aanzienlijke intellectuele inspanning vereist is.²¹³

²⁰⁶ Richtlijnen voor het onderzoek door het EOB (versie november 2014), G-II-1.

²⁰⁷ A. CLERIX, V. PEDE, N. D'HALLEWYN, H. KRAFT, P. CALLENS, M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2014, 55.

²⁰⁸ Richtlijnen voor het onderzoek door het EOB (versie november 2014), G-II-2.

²⁰⁹ Richtlijnen voor het onderzoek door het EOB (versie november 2014), G-I-2.ii.

²¹⁰ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 82.

²¹¹ A. CLERIX, V. PEDE, N. D'HALLEWYN, H. KRAFT, P. CALLENS, M. BECK, *Octrooien in België: een praktische leidraad*, die Keure, 2014, 55.

²¹² J.-M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Parijs, Litec, 1984, 175; B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 83.

²¹³ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 86.

Het domein van het octrooirecht wordt ook negatief afgebakend doordat enkele zaken uitdrukkelijk uitgesloten worden. Het gaat om 1° ontdekkingen, natuurwetenschappelijke theorieën en wiskundige methoden; 2° esthetische vormgevingen; 3° stelsels, regels en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's; 4° presentatie van gegevens.²¹⁴ Belangrijk is wel dat deze uitsluitingen enkel van toepassing zijn wanneer de octrooiaanvraag betrekking heeft op een van deze onderwerpen of werkzaamheden *als zodanig*.²¹⁵

1.2 Soorten uitvindingen

Een uitvinding kan bestaan uit een nieuw product, een nieuwe werkwijze, een nieuwe toepassing van gekende werkwijzen of een nieuwe combinatie van gekende werkwijzen.²¹⁶

Een nieuw *product* is een materieel object, met kenmerken die men niet terugvindt in gelijkaardige voorafgaande producten. Het onderscheidt zich van andere producten door zijn samenstelling en/of structuur.²¹⁷

Via *middelen* kan men een bepaald effect bekomen, zijnde een product (materieel effect) of een bepaald resultaat (immaterieel effect). Deze effecten kan men bekomen via twee soorten middelen: lichamelijke middelen (bijvoorbeeld een mechanisch werktuig om een bepaald effect te bekomen) of onlichamelijke middelen, namelijk werkwijzen - zoals doseringen, formules, recepten, series van handelingen - die toelaten een bepaald product of resultaat te bekomen.²¹⁸

²¹⁴ Zie art. XI.4, §1 WER.

²¹⁵ Art. XI.4, §2 WER.

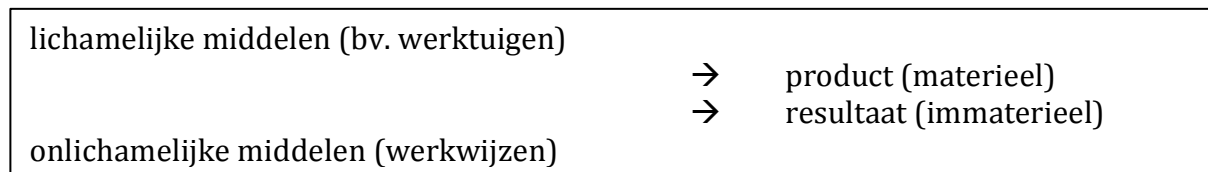
²¹⁶ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 57; B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 87-88.

²¹⁷ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 88.

²¹⁸ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 88.

Opdat een middel octrooieerbaar zou zijn, is het niet vereist dat het tot een nieuw product of nieuw resultaat leidt: het volstaat dat de manier om dit product of resultaat te bereiken nieuw is.²¹⁹

Schematisch voorgesteld:



Van deze zaken is enkel het immateriële resultaat niet octrooieerbaar. Anderen mogen dus methodes laten beschermen om hetzelfde resultaat te bereiken, zij het via andere technische oplossingen.²²⁰

Aangezien er verschillende soorten uitvindingen zijn, zijn er ook verschillende soorten octrooien. Een *productoctrooi* geeft een monopolie op de fabricatie van het product zelf, zodat men het recht heeft aan anderen de fabricatie van dit product te verbieden, zelfs via andere middelen. Een *werkwijze- of procédé-octrooi* geeft enkel een monopolie op de werkwijze zelf, niet op het product dat er het resultaat van is. Dat product mag ook door anderen gefabriceerd worden, zolang het maar via een andere werkwijze is.²²¹

2. Geur als uitvinding: identificatie van het voorwerp

Verschiedende aspecten van geurcreaties kunnen onder een van de bovenvermelde categorieën gebracht worden.

We zagen reeds dat een geurcreatie in feite steunt op twee aparte creaties: die van de geur die men wil bekomen, en die van de reukstof waarmee men deze geur wil bekomen.

²¹⁹ Id., 90.

²²⁰ Id., 89.

²²¹ Id., 90.

Vooral deze materiële reukstof is interessant voor het octrooirecht. We denken dan in de eerste plaats aan de formule voor het creëren van de reukstof: dit is in feite een bereidingswijze, dus een werkwijze. De werkwijze bestaat in de eerste plaats uit de combinatie van ingrediënten en hun specifieke verhoudingen. De ingrediënten zelf kunnen echter ook interessant zijn: indien deze nieuw ontwikkeld zijn, kunnen ze misschien als nieuwe producten beschermd worden. Deze opties vinden we eveneens terug in de rechtsleer. Iets wat we nergens gelezen hebben, maar wat ook perspectieven kan bieden, is de bescherming van het *gebruik* van geuren. We zullen deze ‘geurtoepassingen’ noemen.

We onderscheiden dus als mogelijke beschermingsvoorwerpen: 1) de olfactorische boodschap; 2) de formule om de reukstof te bereiden; 3) geurbestanddelen; 4) geurtoepassingen. Van al deze mogelijkheden zullen we afzonderlijk nagaan of ze gekwalificeerd kunnen worden als een uitvinding. Of ze ook in staat zijn te voldoen aan de beschermingsvoorwaarden, zullen we nagaan in het volgende hoofdstuk.

2.1 De geur als zodanig

Deze optie vermelden we eigenlijk meer voor de volledigheid: het is immers snel duidelijk dat een geur niet beschermd kan worden via het octrooirecht. Indien een product of werkwijze gecreëerd wordt om een bepaalde geur te produceren, is deze geur zelf in feite een immaterieel resultaat. Voor een resultaat kan men echter geen octrooi bekomen: het staat iedereen vrij hetzelfde resultaat te bereiken via andere producten of werkwijzen.

Indien de geur bovendien ontworpen wordt als doel op zich en niet om een bepaald technisch resultaat te verkrijgen, is ze te kwalificeren als een esthetische vormgeving en valt ze dus onder een van de wettelijke uitsluitingen.²²²

²²² Art. XI.4, §1, 2° WER; zie ook O. LALIGANT, “Problematique de la protection du parfum par le droit d’auteur”, *RRJ* 1989; R.J. PRINS, “De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk”, *BIE* 2006, 469; zie ook GALLOUX, J.-C., “Profumo di diritto, le principe de la protection des fragrances par le droit d’auteur”, noot onder TGI Parijs 26 mei 2004, *D.* 2004, 2650.

We merken nog op dat het zelfs niet mogelijk zou zijn dit immateriële resultaat te beschrijven in de conclusies. In het deel auteursrecht zagen we immers hoeveel moeilijkheden er bestaan met het beschrijven van geuren. Opdat een octrooi toegekend kan worden, is echter vereist dat het voorwerp waarvoor bescherming wordt aangevraagd, beschreven kan worden in de conclusies. Deze dienen 'duidelijk en beknopt' te zijn²²³; wat zeer belangrijk, aangezien de beschermingsomvang van het octrooi rechtstreeks wordt bepaald door de conclusies.²²⁴ Geuren zouden niet aan dit vereiste kunnen voldoen.²²⁵

2.2 De formule

Op het eerste zicht lijkt niets in de weg te staan aan het beschouwen van een formule of recept voor een geurcreatie als een uitvinding. Voor sommige auteurs is dit een zeer eenvoudige kwestie: het beschermen van een geurcreatie komt neer op het beschermen van een receptuur, en daarvoor is het octrooirecht de aangewezen beschermingsvorm.²²⁶

Deze zienswijze gaat echter te kort door de bocht. We beschreven de uitvinding hoger als een technische oplossing voor een technisch probleem, leidend tot een technisch resultaat. Geurcreaties die op een zuiver esthetisch effect gericht zijn, lossen echter geen technisch probleem op. Het feit dat er *knowhow* aangewend wordt voor de creatie (zoals LALIGANT suggereert²²⁷) is dus niet voldoende - voor de creatie van een beeldhouwwerk is trouwens ook *knowhow* vereist. Voor het EOB is het noodzakelijk dat een uitvinding een technisch probleem oplost.²²⁸ Voor de formules van parfums levert dit bezwaren op.

²²³ Zie art. XI.18, §2 WER.

²²⁴ Zie art. XI.28 WER.

²²⁵ De uitvinding moet zodanig duidelijk en volledig beschreven zijn dat zij op basis van de octrooiaanvraag kan worden toegepast door een deskundige (art. XI.18, §1 WER), maar een geur ruikt voor iedereen verschillend.

²²⁶ P. B. HUGENHOLTZ, noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002,196; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 38 en 50.

²²⁷ O. LALIGANT, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 593.

²²⁸ De parfumeur is inderdaad gebonden aan technische beperkingen: het parfum moet niet alleen aangenaam ruiken, maar ook duurzaam en stabiel zijn, tegen verschillende omgevingsomstandigheden bestand zijn, conform zijn aan ecologische vereisten en geen gevaren inhouden voor de volksgezondheid (V. BARBET, P. BREESE, N. GUICHARD, *Le marketing olfactif: une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Les Presses du management, 1999, 258). Dit verleent de uitvinding daarom nog geen

We willen wel eerst opmerken dat de formule voor de creatie van een esthetisch product niet onder de uitsluiting voor esthetische vormgevingen valt. Omdat de uitsluiting van toepassing zou zijn, moet het voorwerp van de octrooiaanvraag immers op een esthetische vormgeving *als zodanig* slaan.²²⁹ De parfumformule is geen esthetische vormgeving. Ze is een technische werkwijze gericht op het verkrijgen van een technische creatie met een esthetisch in plaats van technisch effect.²³⁰

Het Europees Octrooibureau geeft in haar richtlijnen aan hoe met dergelijke creaties omgegaan dient te worden. Allereerst wordt erop gewezen dat het esthetische aspect zelf niet octrooieerbaar is, noch als product, noch als werkwijze. Maar: wanneer een esthetisch effect bekomen wordt door een technische structuur of andere middelen, is het esthetisch effect niet van technische aard, maar de middelen om het te bekomen wel. Als voorbeeld wordt een stof aangehaald die een speciale, gelaagde structuur heeft die niet eerder voor dit doel aangewend is en daardoor een aantrekkelijk uitzicht verkrijgt, of een bijzondere slijptechniek om diamanten te slijpen. Een technisch proces is octrooieerbaar, zelfs wanneer het gebruikt wordt om een esthetisch effect te produceren.²³¹

Het creëren van opeenliggende lagen stof waardoor een nieuw type textiel met een bijzonder uitzicht ontstaat, heeft inderdaad een technisch karakter. De werkwijze om dit nieuw type textiel te creëren kan beschermd worden, en zodoende ook de stof die er het rechtstreekse product van is. De manier om de stof te creëren is een technische werkwijze, en de bijzondere structuur van de stof is een technisch resultaat. Dat deze stof bovendien een esthetische aantrekkelijkheid heeft, doet niet af aan het technische karakter.

Een nieuwe slijptechniek voor diamanten is een technische werkwijze die twee soorten effecten kan hebben: ofwel leidt ze tot een bepaald product (een diamant met een

technisch karakter: de technische aspecten vormen beperkingen, geen doelstellingen (D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 59).

²²⁹ Art. XI.4, § 2 WER.

²³⁰ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 59.

²³¹ Richtlijnen Europees Octrooibureau, G-II-3.4 (versie november 2014).

bijzondere structuur) ofwel tot een bepaald resultaat (bijvoorbeeld het verlenen van een sterkere schittering aan diamanten).

In beide gevallen heeft de technische werkwijze een technisch effect: een stof met een nieuwe structuur, een diamant met een nieuwe structuur, een hogere schitteringsgraad. De formule voor de creatie van een parfum leidt niet tot enig technisch effect. De stof die ermee bekomen wordt heeft geen speciale structuur of eigenschappen, ze ruikt gewoon lekker. De richtlijnen zouden het dus beter anders formuleren: een technisch proces is octrooieerbaar, zelfs wanneer het leidt tot een technische creatie met een technisch effect dat bovendien esthetisch is.

Er zijn natuurlijk ook gevallen denkbaar van geuren die wél gericht zijn op het bereiken van een technisch effect. De formules voor de creatie van dergelijke geurproducten zullen dus wel geoctrooieerd kunnen worden. We denken bijvoorbeeld aan een product dat aangebracht kan worden op planten en een geur verspreidt die ongedierte afschrikt. De geur is in dat geval niet van esthetische, maar van technische, functionele aard. De enige bestaande octrooien voor geurproducten hebben alle een technisch effect.²³²

De formule voor een geurcompositie zal dus enkel beschermd kunnen worden als uitvinding wanneer ze gericht is op het bereiken van een technisch effect, meer bepaald wanneer ze een product voortbrengt met een geur die een bepaald voordeel oplevert.²³³

2.3 De bestanddelen

Waar het voor geurproducenten niet steeds wenselijk of zelfs niet mogelijk is om hun formules te beschermen, kan wel nog gedacht worden aan het beschermen van individuele geurbestanddelen.

²³² D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 62, met verwijzing naar een aantal Europese octrooien voor geurcomposities; zie ook S. BALAÑA, "Review: Fehlbaum, Pascal: Les créations de la parfumerie: quelle protection?", *GRUR Int.* 2009, 271, die eveneens enkele voorbeelden van (Amerikaanse) octrooien voor geurproducten opnoemt, maar alle met een technisch doel.

²³³ In die zin ook: J.-C. GALLOUX, "Profumo di diritto, le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur", noot onder TGI Parijs 26 mei 2004, *D.* 2004, 2650; S. BALAÑA, "Review: Fehlbaum, Pascal: Les créations de la parfumerie: quelle protection?", *GRUR Int.* 2009, 271.

Het merendeel van de geurproducenten besteedt een groot aandeel van de bedrijfsopbrengsten aan onderzoek naar nieuwe aromatische moleculen.²³⁴ Deze kunnen een onrechtstreekse bescherming voor geuren opleveren.²³⁵ Indien ze namelijk een bepaalde noot toevoegen aan de geur, die niet via andere bestanddelen gecreëerd kan worden, hebben de parfumeurs een geheime troef in handen. Ze moeten dan immers geen bescherming aanvragen voor de volledige formule, wat het voordeel oplevert dat ze deze niet openbaar moeten maken.

Een bestanddeel hoeft trouwens niet bij te dragen aan de geurcreatie, maar kan ook een andere functie hebben, bijvoorbeeld om als drager te dienen, het effect van andere geurstoffen te versterken of de duurzaamheid of stabiliteit van de geur te verhogen.

Om na te gaan of geurbestanddelen mogelijk als uitvindingen gekwalificeerd kunnen worden, moeten we allereerst een onderscheid maken tussen natuurlijke en synthetische geurbestanddelen.²³⁶

2.3.1 Natuurlijke bestanddelen

Parfums werden aanvankelijk enkel gecreëerd met natuurlijke materialen, en ook vandaag worden deze nog gebruikt in de parfumindustrie. Het gaat dan voornamelijk om plantenextracten²³⁷, naast oplosmiddelen zoals oliën en alcohol.

Deze materialen zullen in elk geval niet beschermd kunnen worden via het octrooirecht. De Belgische wetgeving (in navolging van de internationale verdragen) sluit 'ontdekkingen' uitdrukkelijk uit van octrooibeschermt.²³⁸ Met de term 'ontdekking' doelt men op het waarnemen van iets dat reeds bestond in de natuur zonder enige menselijke ingreep, maar nog niet gekend was, terwijl een 'uitvinding' veronderstelt dat

²³⁴ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 87.

²³⁵ Id., 81.

²³⁶ Dit onderscheid wordt ook gemaakt door D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 81; T. G. FIELD, "Copyright protection for perfumes", *Idea* 2004, 25.

²³⁷ Grondstoffen afkomstig van dieren zoals ambergris, civet en castoreum worden tegenwoordig niet meer gebruikt; zie D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 81.

²³⁸ Art. XI.4, §1, 1° WER.

iets gecreëerd wordt dat nog niet bestond.²³⁹ Een stof die uit plantaardige of dierlijke materialen geëxtraheerd wordt is dus geen uitvinding, maar een ontdekking. De mens komt immers pas tussen bij het bewerken van de primaire materialen om ze geschikt te maken voor gebruik.²⁴⁰

Waar natuurlijke stoffen niet beschermd kunnen worden als producten, kunnen de manieren om ze te verkrijgen mogelijk wel beschermd worden. We denken dan bijvoorbeeld aan extractiemethoden voor het verkrijgen van essentiële oliën of absolute essences.²⁴¹ Door een octrooi aan te vragen voor de specifieke werkwijze om geurbestanddelen uit planten te extraheren, kunnen producenten zich deze materialen onrechtstreeks toe-eigenen. Anderen zullen immers eerst nieuwe manieren moeten bedenken om aan dezelfde stoffen te geraken. Dit zal allicht niet evident zijn: er wordt al eeuwen gezocht naar nieuwe methoden voor de extractie van essentiële oliën.²⁴²

2.3.2 Synthetische bestanddelen

Tegenwoordig bestaan parfums voor 98% uit synthetische bestanddelen.²⁴³ Deze hebben dan ook belangrijke voordelen: ze zijn veel goedkoper om te verkrijgen, er moeten geen dure grondstoffen voor aangekocht worden en ze hebben doorgaans een veel grotere stabiliteit.²⁴⁴

Dankzij het gebruik van synthetische materialen hebben parfumeurs vandaag een zeer groot palet aan ingrediënten ter beschikking. Dat laat toe creaties te voorzien van een rijkdom en diepgang die nooit bekomen zou kunnen worden met natuurlijke materialen

²³⁹ A. CHAVANNE en J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, D. 1998, 65; B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXI^e siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 84.

²⁴⁰ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 82.

²⁴¹ Id., 84.

²⁴² Id., 84.

²⁴³ <http://www.breakingscience.be/nl/topics/detail/parfums-zijn-voor-98-synthetisch>

²⁴⁴ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 86; zie ook <http://www.breakingscience.be/nl/topics/detail/parfums-zijn-voor-98-synthetisch>

alleen.²⁴⁵ Met behulp van ongeveer 300 samenstellingen worden tegenwoordig meer dan 4000 geuren gemaakt.²⁴⁶

Het lijkt duidelijk dat deze creaties beschouwd kunnen worden als uitvindingen²⁴⁷: ze worden ontwikkeld in de industrie om een bepaalde functie te vervullen en hebben dus een technisch karakter. Indien ze voldoen aan de beschermingsvoorwaarden, kunnen deze creaties het voorwerp uitmaken van een exclusieve toe-eigening.

2.4 Geurtoepassingen

We hebben nu reeds van verschillende aspecten van geuren onderzocht of ze het voorwerp van octrooibeschermt kunnen vormen: de geur zelf (wat zeker niet mogelijk is), de formule voor het creëren van een parfum (in de brede zin) en synthetische geurbestanddelen. Een optie die we nog nergens gelezen hebben, maar die wel perspectieven biedt, is die van bescherming voor de *toepassing* van geuren.

Daarmee bedoelen we geenszins het beschermen van de geur zelf – die (on)mogelijkheid hebben we hoger reeds besproken. We denken aan een uitvinding waarbij niet de geur als zodanig een uitvinding hoeft te zijn, maar wel de manier waarop, of de context waarin hij verspreid wordt. In verschillende industrieën wordt reeds geëxperimenteerd met geurtoepassingen. Op basis van studies hebben *marketeers* ingezien in welke mate het gebruik van geuren het gedrag van consumenten kan sturen. In bioscoopzalen wordt geëxperimenteerd met '4D'-weergaven, waarbij niet alleen beeld en geluid, maar ook geur en andere sensorische sensaties worden ingezet. Er bestaan zelfs reeds televisietoestellen die van de kijkervaring een nieuwe belevenis maken door het afgeven van geurdampen die aansluiten bij wat op het beeld verschijnt. De kans lijkt groot dat er in de toekomst meer en meer van dergelijke toepassingen zullen ontstaan.

²⁴⁵ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 57.

²⁴⁶ <http://www.breakingscience.be/nl/topics/detail/parfums-zijn-voor-98-synthetisch>

²⁴⁷ T. G. FIELD, "Copyright protection for perfumes", *Idea* 2004, 25; J.-C. GALLOUX, "Profumo di diritto, le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur", noot onder TGI Parijs 26 mei 2004, *D.* 2004, 2641-2650; S. BALAÑA, "Review: Fehlbaum, Pascal: Les créations de la parfumerie: quelle protection?", *GRUR Int.* 2009, 271.

Er wordt dus volop geëxperimenteerd op verschillende domeinen om meerwaarde te creëren door het toevoegen van geursensaties aan bestaande technologieën of een concurrentieel voordeel op te leveren in handelszaken. Het kan dan ook interessant zijn om deze nieuwe technologieën te gaan beschermen via octrooien. Indien verschillende producenten televisietoestellen op de markt brengen die geuren afgeven, komt het er voor deze producenten op aan de methoden met de beste resultaten meteen te beschermen.

Voor deze nieuwe technieken kan een procedé-octrooi bescherming bieden, voor de nieuwe toestellen een productoctrooi.

We nemen even het voorbeeld van 'geurtelevisie'. Recent hebben onderzoekers van de Universiteit van Californië samen met Samsung een techniek ontwikkeld om geurtelevisie mogelijk te maken. Deze techniek werkt met een module die 10 000 verschillende geuren kan produceren.²⁴⁸ Dit idee is trouwens niet nieuw: reeds meer dan 50 jaar geleden hebben twee Amerikaanse ingenieurs hun *Smell-o-vision* voorgesteld, een toestel dat signalen ontvangt op basis waarvan het de correcte geur samenstelt, die vervolgens via luchttoevoer weggeblazen wordt. Via moderne technieken wil Samsung dit idee graag gaan toepassen in elektronica.²⁴⁹ In een recent interview onthulde het bedrijf dat ze momenteel werken aan een systeem waarbij geavanceerde sensoren de omgevingsomstandigheden registreren, onder andere via de herkenning van meer dan 20 verschillende geuren, om zo goed mogelijk te kunnen inspelen op de markt met aangepaste oplossingen en diensten.²⁵⁰ Wanneer Samsung er na dit jarenlange onderzoek in slaagt deze toestellen op de markt te brengen, zal het beschermen van haar uitvindingen ongetwijfeld een van de eerste prioriteiten zijn.

Besluit

²⁴⁸ A. WOKKE, "Samsung werkt aan 'geur-tv'", 16 juni 2011, <http://tweakers.net/nieuws/75116/samsung-werkt-aan-geur-tv.html>.

²⁴⁹ J. PLAFKE, "Japanese smell-o-vision TV releases scents with per-pixel accuracy", 29 maart 2013, <http://www.extremetech.com/extreme/152086-japanese-smell-o-vision-tv-releases-scents-with-per-pixel-accuracy>.

²⁵⁰ Zie M.-J. LEE, "Samsung wants to smell you with high-tech sensors", 6 januari 2015, <http://blogs.wsj.com/digits/2015/01/06/samsung-wants-to-smell-you-with-high-tech-sensors/>.

Verschillende aspecten van geurcreaties komen in aanmerking voor octrooibeschermtng:

- de formules om geurproducten te produceren;
- de ontwikkeling van nieuwe geurbestanddelen;
- nieuwe methoden om bestaande geurbestanddelen te onttrekken aan hun bron;
- alsook de werkwijzen en apparaten die ingezet kunnen worden voor geurtoepassingen.

Het octrooirecht biedt echter enkel bescherming voor geurproducten met een technisch karakter. Een formule kan dus enkel geoctrooieerd worden indien ze dient voor de productie van functionele geurproducten. Daarbij volstaat het dat deze in de eerste plaats een technisch effect creëren; dat ze daarnaast ook esthetisch zijn, vormt geen probleem. De formule voor een douchegel kan dus wel beschermd worden, want de eerste functie van een douchegel is het lichaam te reinigen. De aangename geur is esthetisch, maar ook bijkomend. Producten uit de *haute parfumerie* daarentegen zijn niet functioneel, zij zijn zuiver gericht op het creëren van een esthetisch effect. De producenten van verfijnde parfumwaren blijven dus opnieuw in de kou staan.

HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden

We zagen reeds dat de beschermingsvoorwaarden eengemaakt zijn door het Verdrag van Straatsburg en overgenomen zijn in het Europees Octrooiverdrag en de Belgische wetgeving.²⁵¹ In de Belgische wetgeving zijn ze terug te vinden in art. 3 WER: het uitvindingsoctrooi beschermt de uitvinding die nieuw is, op uitvinderswerkzaamheid berust en vatbaar is voor toepassing op het gebied van de nijverheid.

We zullen eerst kort de aspecten van deze vereisten belichten die rechtstreeks relevant zijn voor ons onderzoek. Vervolgens zullen we van de mogelijke geuruitvindingen die we geïdentificeerd hebben nagaan of ze in staat zijn te voldoen aan deze vereisten.

1. Algemeen

1.1 Nieuwheid

Een uitvinding kan enkel beschermd worden indien ze nieuw is. Dit is een zeer logisch vereiste: enkel wie iets nieuws bedenkt, en daarmee bijdraagt aan de verrijking van de techniek, kan exclusieve rechten krijgen op zijn uitvinding.

Om na te gaan of een uitvinding nieuw is, wordt de stand van de techniek als referentiepunt genomen: ‘een uitvinding wordt als nieuw beschouwd indien zij geen deel uitmaakt van de stand van de techniek’.²⁵² De wet zelf bepaalt hoe dit begrip ingevuld dient te worden: ‘De stand van de techniek wordt gevormd door alles wat toegankelijk gemaakt is voor het publiek voor de datum van depot van de octrooiaanvraag door een geschreven of mondelinge beschrijving, een gebruik of elke andere manier’.²⁵³

²⁵¹ Zie supra.

²⁵² Art. 54.1 Europees Octrooiverdrag; art. XI.6, §1 WER.

²⁵³ Art. 54.2 Europees Octrooiverdrag; art. XI.6, §2 WER.

De nieuwheid wordt dus aangetast door elk feit dat tot gevolg heeft dat de uitvinding reeds toegankelijk was gemaakt voor het publiek.²⁵⁴ Dat kan onder meer gebeuren door gebruik: wanneer de uitvinder de uitvinding commercialiseert vóór het depot van de octrooiaanvraag, verliest de uitvinding haar nieuw karakter.²⁵⁵

Bovendien is het belangrijk voor geuruitvindingen dat er géén sprake is van openbaarmaking wanneer het voorwerp van het octrooi enkel gekend kan zijn door demontering of ontleding van de uitvinding.²⁵⁶ Wanneer daarentegen het product zonder veel problemen geanalyseerd kan worden, zal zijn samenstelling door de expositie van het product tot de stand van de techniek gaan behoren.²⁵⁷

De nieuwheid kan enkel aangetast worden wanneer het bestaan van een anterioriteit aangetoond wordt die volledig en compact is, dit wil zeggen dat er reeds een product of werkwijze bestond waarin alle karakteristieke eigenschappen van de uitvinding terug te vinden zijn en die hetzelfde technische resultaat heeft.²⁵⁸

Voor de bescherming van een werkwijze is het trouwens niet vereist dat ze tot een nieuw product of resultaat leidt; het volstaat dat de manier om dit product of resultaat te bereiken nieuw is.²⁵⁹

1.2 Berustend op uitvinderswerkzaamheid

Ook dit criterium wordt omschreven in de wetgeving: ‘een uitvinding wordt als het resultaat van uitvinderswerkzaamheid aangemerkt, indien zij voor een deskundige niet

²⁵⁴ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 51.

²⁵⁵ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 97.

²⁵⁶ Id.

²⁵⁷ Zie B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 97 en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar.

²⁵⁸ Zie B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 100 en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar; D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 51.

²⁵⁹ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 90.

op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek.²⁶⁰ Dit criterium is nader ingevuld in de rechtspraak: 'De uitvinding ligt voor de hand wanneer de deskundige tot de zogenaamde uitvinding kan komen door verschillende elementen van de stand van de techniek te combineren zonder geestelijke arbeid te verrichten. De uitvinding moet verder gaan dan hetgeen op evidente wijze voortvloeit uit de stand van de techniek.'²⁶¹

De deskundige is een normaal gekwalificeerde beoefenaar van een technologisch domein die op een bepaalde datum de algemene kennis van het betrokken domein bezit.²⁶²

De vraag of er sprake is van uitvinderswerkzaamheid moet anders beoordeeld worden dan die naar de nieuwigheid. Om nieuwigheidsschadelijk te zijn, moet een anterioriteit de uitvinding geheel beschrijven; in dit geval echter kunnen elementen uit de gehele stand van de techniek in aanmerking genomen worden om te beoordelen of de uitvinding er niet op evidente wijze uit voortvloeit.²⁶³

Het Europees Octrooibureau heeft een stappentoets opgesteld om na te gaan of er sprake is van uitvinderswerkzaamheid:

- 1) de onderzoeker definieert de meest nabijgelegen stand van de techniek;
- 2) de onderzoeker identificeert het technische probleem dat opgelost wordt door de uitvinding;
- 3) de onderzoeker gaat na of de uitvinding, vertrekkende van de stand van de techniek, evident is voor de deskundige.²⁶⁴

1.3 Toepasbaar in de nijverheid

²⁶⁰ Zie art. 56 Europees Octrooiverdrag; art. XI.7 WER.

²⁶¹ Brussel 17 september 2004, *Ing.-Cons.* 2004, 367.

²⁶² B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 112.

²⁶³ *Id.*, 110.

²⁶⁴ *Id.*, 116-118.

Een uitvinding voldoet aan dit criterium zodra 'het onderwerp daarvan kan worden vervaardigd of toegepast op enig gebied van de nijverheid, de landbouw daaronder begrepen'.²⁶⁵ Het volstaat dus dat de uitvinding gefabriceerd of toegepast kan worden door de industrie.²⁶⁶

Het begrip 'industrie' moet volgens het Europees Octrooibureau in brede zin opgevat worden, 'met inbegrip van elke fysieke activiteit met technisch karakter, meer bepaald een activiteit op het vlak van de mechanische kunsten als tegengesteld tot de schone kunsten'. Dit vereiste vormt daardoor voor zeer weinig uitvindingen een obstakel.²⁶⁷

2. Toepassing op geuruitvindingen

2.1 De formule

Om de nieuwigheid aan te vallen, zal degene die het octrooi aanvecht moeten aantonen dat er een anterioriteit bestaat waarin de gehele formule, dus alle ingrediënten, op dezelfde manier toegepast, aanwezig zijn.²⁶⁸ De nieuwigheid van de afzonderlijke bestanddelen is daarbij zonder belang²⁶⁹, evenals de nieuwigheid van de geur die er het resultaat van is. Aangezien formules zoveel mogelijk geheim gehouden worden door de producenten, verkleint dat de kans dat exact dezelfde formule opgenomen wordt in een nieuwe samenstelling.²⁷⁰

De nieuwigheid zal weliswaar sneller aangetast kunnen worden wanneer de formule uit slechts een beperkt aantal ingrediënten bestaat. De kans is dan immers aanzienlijk groter dat deze combinatie reeds gebruikt geweest is. Gezien het feit dat enkel de

²⁶⁵ Art. 57 Europees Octrooiverdrag; art. XI.8 WER.

²⁶⁶ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 121.

²⁶⁷ Richtlijnen voor het onderzoek door het Europees Octrooibureau (versie november 2014), G-III-1.

²⁶⁸ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 52.

²⁶⁹ Id., 51.

²⁷⁰ Een gelijkaardige redenering lezen we ook in O. LALIGANT, "Problematische de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 594.

formules van geurproducten met een technische finaliteit beschermd kunnen worden²⁷¹, zullen bijvoorbeeld huishoudelijke producten met generische geuren, waarvoor vaak dezelfde ingrediënten gebruikt worden, sneller uit de boot vallen. Voor de formules van geurproducten met een complexere samenstelling lijkt de kans klein dat de integrale formule reeds bestond.

Voor de vereiste uitvinderswerkzaamheid is de referentiefiguur van de deskundige in dit geval zonder twijfel de parfumontwerper van gemiddeld niveau, met een normale vakkennis. Voor deze deskundige mag de uitvinding op geen enkele manier evident zijn.²⁷² Volgens het Brusselse Hof van Beroep is een uitvinding evident wanneer de deskundige ze ook kan toepassen zonder geestelijke arbeid te verrichten.²⁷³

Het lijkt ons dat dit vereiste geen al te grote problemen moet opleveren voor formules voor geurproducten. De parfumeur moet immers ingrediënten selecteren naargelang hun technische eigenschappen, de geur die ze afgeven, de manier waarop ze interageren met de andere bestanddelen, enz. Zeker voor complexe geuren zal aan dit vereiste allicht snel voldaan zijn. Dit is waarschijnlijk anders voor generische geurproducten²⁷⁴, maar daarvoor lijkt de kans anderzijds klein dat men octrooibeschermining zal aanvragen.

In dit verband merken we trouwens nog op dat de formulering van het Franse Hof van Cassatie, volgens dewelke parfums het resultaat zijn van de 'eenvoudige' toepassing van knowhow²⁷⁵, impliceert dat parfums niet voor auteursrechtelijke bescherming, maar evenmin voor octrooibeschermining in aanmerking kunnen komen. De eenvoudige toepassing van knowhow strookt immers niet met het vereiste van uitvinderswerkzaamheid.

Het vereiste van vatbaarheid voor toepassing in de nijverheid, dat vervuld is zodra de uitvinding gebruikt kan worden in de industrie of industrieel gefabriceerd kan worden,

²⁷¹ Zie supra.

²⁷² D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 54.

²⁷³ Brussel 17 september 2004, *Ing.-Cons.* 2004, 367.

²⁷⁴ Dit onderscheid wordt ook gemaakt door D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 54.

²⁷⁵ J. AITTOUARES, "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 15.

zal niet voor problemen zorgen.²⁷⁶ Parfums, of ze nu voor technische of esthetische doeleinden bestemd zijn, worden tegenwoordig altijd industrieel geproduceerd.²⁷⁷ Indien de formule niet bestemd is voor industriële productie zal octrooibeschermt bovendien weinig zinvol zijn.

2.2 De synthetische geurbestanddelen

Geurproducenten besteden een belangrijk deel van hun budget aan het onderzoek naar nieuwe aromatische moleculen.²⁷⁸ De nieuwe synthetische stoffen die aldus gecreëerd worden, kunnen de producenten zich toe-eigenen via een octrooi.²⁷⁹

Aan het nieuweidsvereiste zal voldaan zijn wanneer er geen anterioriteit aangetoond kan worden waarin de gehele uitvinding, zoals beschreven in de conclusies, reeds aanwezig is. Indien werkelijk een nieuwe molecule of stof gecreëerd is, met eigen chemische eigenschappen, zal aan dit vereiste voldaan zijn.

Om op uitvinderswerkzaamheid te berusten, mag het nieuwe materiaal voor de deskundige, die zelf nieuwe geurmoleculen creëert, niet op evidente wijze voortvloeien uit de stand van de techniek. Het inventieve karakter zal in de bijzondere eigenschappen van de nieuwe moleculen zitten, waardoor deze een bepaald technisch effect creëren. We denken bijvoorbeeld aan bestanddelen die een nieuwe geur voortbrengen, of die toelaten een nieuw oplosmiddel te creëren, of die andere geurmoleculen aan zich binden en ervoor zorgen dat de andere geurbestanddelen minder snel verdampen. Aangezien er voortdurend onderzoek gedaan wordt naar nieuwe bestanddelen voor geurstoffen, lijkt het ons dat nieuwe stoffen niet gauw evident zullen zijn voor de deskundige.

De toepasbaarheid in de nijverheid vloeit voort uit het feit dat deze moleculen industrieel geproduceerd en gebruikt worden.

²⁷⁶ Zo ook O. LALIGANT, "Problematique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 594; D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 56.

²⁷⁷ O. LALIGANT, "Problematique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 594.

²⁷⁸ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 87.

²⁷⁹ Id.

2.3 Geurtoepassingen

Nieuwe geurtoepassingen kunnen beschermd worden als werkwijze wanneer ze toelaten via nieuwe middelen een bepaald technisch resultaat te verkrijgen. Die middelen kunnen bestaan uit een machine of toestel dat op een bepaalde manier geuren verspreidt. De uitvinding kan in dat geval bestaan uit een nieuw toestel, dan wel uit een nieuwe combinatie van gekende middelen.

Deze werkwijzen kunnen nieuw zijn wanneer er geen anterioriteit aangetoond kan worden die de gehele uitvinding zoals beschreven in de conclusies omvat. Een uitvinding als de geur-tv van Samsung, die het resultaat is van jarenlang onderzoek, zal allicht wel nieuw zijn. Daarbij geldt de bescherming niet voor het idee zelf van een televisietoestel dat geuren produceert, aangezien dit idee reeds meer dan 50 jaar geleden uitgewerkt is²⁸⁰, maar wel voor de nieuwe technische uitwerking die Samsung aan dit idee gegeven heeft.

Het vereiste van uitvinderswerkzaamheid zal allicht weinig problemen opleveren bij een nieuwe geurtoepassing. Er wordt bij ons weten momenteel nog weinig commercieel gebruik gemaakt van geurtoepassingen, zodat de stand van de techniek waarschijnlijk nog niet zeer ontwikkeld is. Anderzijds zijn verschillende grote bedrijven bezig met onderzoek, zodat hier allicht de komende jaren verandering in zal komen.

Het vereiste van toepasbaarheid in de nijverheid zal waarschijnlijk steeds vervuld zijn, hetzij omdat de toestellen die de geur verspreiden industrieel gefabriceerd worden, hetzij omdat de toepassing zelf gebruikt kan worden in de industrie.

3. Besluit

Voor geen van onze voorgestelde beschermingsvoorwerpen lijken de beschermingsvoorwaarden een belangrijke belemmering. Het onderzoek dat gebeurt naar zowel nieuwe geurbestanddelen, nieuwe verkrijgingsmethoden als nieuwe geurtoepassingen, zal allicht de komende jaren veel nieuwe uitvindingen opleveren die het resultaat zijn van uitvinderswerkzaamheid en industrieel geproduceerd zullen worden.

²⁸⁰ Zie supra.

HOOFDSTUK 3. Gevolgen van bescherming

Door een uitvindingsoctrooi wordt een uitsluitend en tijdelijk recht toegekend om aan derden de exploitatie te verbieden van iedere uitvinding, op alle gebieden van de technologie, die voldoet aan de beschermingsvoorwaarden.²⁸¹

De uitsluitende rechten die toegekend worden, verschillen naargelang het om een product- of procedé-octrooi gaat:

- het productoctrooi geeft het recht iedere derde die niet zijn toestemming verkregen heeft te verbieden dit product te vervaardigen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in te voeren of in voorraad te hebben;²⁸²
- het procedé-octrooi geeft het recht om iedere derde die niet zijn toestemming verkregen heeft te verbieden de werkwijze toe te passen, of indien de derde weet, dan wel het gezien de omstandigheden duidelijk is dat toepassing van de werkwijze verboden is zonder toestemming van de octrooihouder, voor toepassing op het Belgisch grondgebied aan te bieden.²⁸³

Indien het octrooi is verleend voor een werkwijze, strekken de aan dat octrooi verbonden rechten zich uit tot de voortbrengselen die rechtstreeks verkregen zijn door die werkwijze²⁸⁴, zodat de octrooihouder het recht heeft iedere derde die niet zijn toestemming heeft te verbieden het voortbrengsel dat rechtstreeks verkregen is volgens deze werkwijze aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in te voeren of in voorraad te hebben.²⁸⁵

²⁸¹ Zie art. XI.3 WER.

²⁸² Art. XI.29, §1, a) WER.

²⁸³ Art. XI.29, §1, b) WER.

²⁸⁴ Art. XI.28, derde lid WER.

²⁸⁵ Art. XI.29, §1, c) WER.

Dit recht is tijdelijk: het octrooi eindigt na afloop van twintig jaar te rekenen van de datum van indiening van de octrooiaanvraag.²⁸⁶

Aangezien de gevolgen van de bescherming verschillen naargelang het gaat om een product- of procedé-octrooi, zullen we voor elk van de mogelijke beschermingsvoorwerpen nagaan waartoe de rechten van de octrooihouder zich uitstrekken, en of deze bescherming eigenlijk wel interessant is voor de betrokken uitvindingen.

1. De formule

1.1 Omvang van de bescherming

We hebben gezien dat de formule voor een geurproduct met een technische functie beschermd kan worden als werkwijze. De octrooihouder kan daardoor aan elke derde verbieden zijn formule toe te passen of voor toepassing in België aan te bieden,²⁸⁷ en dit voor een duur van 20 jaar vanaf het depot van de octrooiaanvraag.²⁸⁸

De bescherming strekt zich enkel uit tot precies datgene wat door de conclusies beschreven wordt.²⁸⁹ Op basis van deze informatie moet de deskundige in staat zijn de formule toe te passen²⁹⁰, op straffe van nietigheid van het octrooi.²⁹¹ Dit betekent dat de formule integraal beschreven dient te worden in de conclusies, samen met alle informatie die nodig is om het beoogde resultaat te bereiken, zoals de precieze verhoudingen en technische informatie voor het bereidingsproces. Het komt er daarbij op aan voor de aanvrager om enkel die informatie te verschaffen die rechtstreeks noodzakelijk is voor het creëren van het geurproduct. Zolang de uitvinding uitgevoerd kan worden door een deskundige, mag deze informatie enigszins vaag blijven: niet de exacte hoeveelheden moeten vermeld worden (bv. 80 mg), indien men met een richtlijn (bv. 60-100 mg) evenzeer het beoogde resultaat kan bereiken. Op die manier geeft de

²⁸⁶ Zie art. XI.47, §1 WER.

²⁸⁷ Zie art. XI.29, §1, b) WER.

²⁸⁸ Zie art. XI.47, §1 WER.

²⁸⁹ Art. XI.28, eerste lid WER.

²⁹⁰ Art. XI.18, §1 WER.

²⁹¹ Art. XI.57, §1, 2° WER.

uitvinder voldoende, maar ook niet te veel *knowhow* vrij. Anderzijds moet wel alle informatie vrijgegeven worden die de creatie van het geurproduct mogelijk kan maken, dus de gehele formule.

Aangezien de beschermingsomvang zich enkel uitstrekt tot datgene wat beschreven wordt in de conclusies, dient de aanvrager de conclusies nauwkeurig, maar voldoende ruim te formuleren. Indien het geurproduct ook bekomen kan worden door bepaalde elementen in de formule te vervangen, dienen al deze alternatieven mee opgenomen te worden in de conclusies. Anders zou het wel zeer gemakkelijk worden om de bescherming van het octrooi te ontwijken door bepaalde bestanddelen van de formule eenvoudig te vervangen door goede alternatieven.

De bescherming strekt zich eveneens uit tot de producten die rechtstreeks verkregen zijn via het toepassen van de formule.²⁹² Indien hetzelfde product gecreëerd wordt door een derde, geniet de octrooihouder een omkering van de bewijslast: het geurproduct wordt dan geacht met toepassing van de beschermde formule te zijn vervaardigd, en het zal aan de verweerder zijn om aan te tonen dat dit niet het geval is.²⁹³ Indien de octrooihouder de conclusies voldoende ruim omschreven heeft, met inbegrip van alternatieven, krijgt hij door deze regeling een sterke bescherming. Gezien het niet-evidente karakter van de uitvinding, zal het voor de verweerder immers niet eenvoudig zijn aan te tonen dat het product verkregen is via een andere formule. Dit zal anders liggen wanneer de octrooihouder enkel bescherming heeft aangevraagd voor de formule die hij zelf toepast, terwijl er alternatieve ingrediënten bestaan waarmee hetzelfde resultaat verkregen kan worden.

Indien de formule voor een geurproduct met een esthetische functie als uitvinding beschouwd zou worden, dan geldt het bovenstaande eveneens voor deze creaties.

1.2 Evaluatie van de bescherming

Is deze bescherming nu interessant voor de producenten van geurproducten?

De geurproducenten moeten hierbij verschillende zaken tegen mekaar afwegen. Indien ze zich bevinden in een domein met een snel ontwikkelende techniek, kan het interessant zijn om gedurende een bepaalde termijn het exclusieve recht te hebben op

²⁹² Zie art. XI.28, derde lid WER.

²⁹³ Zie art. XI.60, §2 WER.

de uitvinding. Andere bedrijven die hun uitvinding willen gebruiken, zullen dan immers licenties aanvragen. De openbaarmaking van de uitvinding is hierbij geen nadeel, aangezien de techniek toch al verder ontwikkeld zal zijn tegen de tijd dat de uitvinding in het openbaar domein valt. Anders is het wanneer een uitvinding waarschijnlijk gedurende lange tijd winstgevend zal blijven. Het aanvragen van een octrooi houdt dan een dubbel risico in: ten eerste de openbaarmaking van de uitvinding, waardoor iedereen er kennis van kan nemen, en ten tweede het tijdelijk karakter: na 20 jaar vanaf het indienen van de octrooiaanvraag is de uitvinding door iedereen vrij te exploiteren, ook al zou ze nog winsten kunnen genereren voor de uitvinder. In deze tweede situatie zal de optie van geheimhouding vaak interessanter zijn, voor zover deze mogelijk is tenminste.

Het lijkt ons dat geurproducten met een technische functie, die interessant zijn omwille van het technische resultaat dat ze voortbrengen, veelal deel zullen uitmaken van een domein met een snel ontwikkelende technologie. Indien een dergelijk geurproduct commercieel interessant is, zullen concurrenten op zoek gaan naar middelen die tot hetzelfde technische resultaat leiden. Indien de uitvinding dan niet beschermd is via een octrooi, zal ze vrij gebruikt kunnen worden. Voor dergelijke producten zal het allicht interessant zijn te investeren in een octrooi, om het exclusieve recht te krijgen gedurende 20 jaar de uitvinding te exploiteren. Tegen de tijd dat het octrooi vervalt, zal de techniek waarschijnlijk toch al verder geëvolueerd zijn.

Anders is het voor geurproducten waarvan de formule gedurende langere periode waardevol blijft. De bescherming via een octrooi betekent in dit geval immers dat de formule openbaar gemaakt wordt, en dat deze na afloop van de beschermingstermijn in het openbaar domein valt. Vooral voor de parfumindustrie zien veel auteurs hier een probleem in, omdat er parfums zijn die al lang bestaan en nog steeds tot de meest verkochte parfums behoren, zoals *Chanel No. 5* (gecreëerd in 1925!) en *Dior Miss Dior* (gecreëerd in 1956).²⁹⁴ Volgens GALAN vormt dit echter voor de meeste parfumformules geen probleem, omdat parfums sterk aan modetrends onderhevig zijn en parfums die voor een langere tijd populair blijven zeldzaam zijn.²⁹⁵ Voor de succesformules die wel

²⁹⁴ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 64.

²⁹⁵ Id., 64-65.

degelijk langer commercieel interessant blijven, kan er echter enorm veel winst mislopen worden wanneer deze formules voortijdig in het openbaar domein vallen.²⁹⁶ Als de formules voor deze geuren destijds geoctrooieerd waren geweest, zou er enorm veel winst mislopen zijn vandaag doordat deze formules in het openbaar domein gevallen zouden zijn.²⁹⁷

Aan de openbaarmaking is echter nog een ander, veel groter risico verbonden. We vermeldde reeds dat de werkwijze om het geurproduct te creëren, dus de formule en de nodige instructies voor de bereiding, zodanig beschreven moet worden in de conclusies dat de deskundige ze kan toepassen, op straffe van nietigheid van het octrooi.²⁹⁸ Voor formules, zeker voor geurformules, bestaat echter het probleem dat namaak daardoor wel zeer gemakkelijk gemaakt wordt. Bij geurproducten met een technisch karakter kan men zich goed beschermen door eveneens alternatieve ingrediënten op te nemen in de conclusies; het aantal ingrediënten dat men kan gebruiken om een technisch effect te bereiken is immers beperkt. Bij esthetische geurcreaties is men echter niet gebonden aan technische beperkingen. Er kan veel geëxperimenteerd worden met het toevoegen of vervangen van ingrediënten, zonder dat deze allemaal op voorhand voorzien kunnen worden door de geurproducent, aangezien het resultaat niet steeds hetzelfde hoeft te zijn. De geur zelf is het resultaat van de formule en als zodanig dus niet beschermd. Doordat het resultaat niet beschermd is en de formule enkel in de vorm waarin ze beschreven is in de conclusies, is het voor namakers van parfums dus bijzonder gemakkelijk de bescherming te ontwijken, zelfs door slechts een klein percentage van de bestanddelen te vervangen door stoffen die niet genoemd worden in de conclusies.²⁹⁹ Verschillende chemische bestanddelen kunnen voor een nagenoeg identieke geur zorgen, dus indien een van deze bestanddelen niet genoemd is in het octrooi, kan zelfs een identieke geur gecreëerd worden.³⁰⁰

²⁹⁶ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 64.

²⁹⁷ Id.

²⁹⁸ Zie supra.

²⁹⁹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 68.

³⁰⁰ M. PIERON, *La sensation*, PUF, 56, geciteerd uit O. LALIGANT, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 596.

Het probleem is ook dat niet alleen de ingrediënten onthuld moeten worden, maar ook de *precieze* verhoudingen. Verschillende concentraties van dezelfde stof kunnen namelijk verschillende geuren met een complex karakter opleveren, afhankelijk van de andere stoffen die aanwezig zijn in het mengsel.³⁰¹ Een parfum bestaat gemiddeld uit 60 tot 100 ingrediënten. Een ingrediënt als rozenolie omvat op zich al 275 verschillende chemische verbindingen.³⁰² Kleine veranderingen in de verhoudingen van de ingrediënten kunnen leiden tot grote perceptuele veranderingen in de geur.³⁰³ Indien niet de *precieze* verhoudingen meegedeeld worden, kan de deskundige de geur niet reproduceren en zal het octrooi nietigverklaard kunnen worden.

Een bijkomend probleem is dat de conclusies niet enkel de formule als zodanig moeten weergeven, maar ook de technische *knowhow* die voor de deskundige vereist is om het geurproduct te kunnen creëren. Het resultaat kan immers enkel bereikt worden wanneer ook de hoeveelheid alcohol genoemd wordt die in de oplossing gaat, de rusttijd, of de filtermethode bijvoorbeeld. Deze *knowhow*, die niet specifiek voor deze uitvinding ontworpen hoeft te zijn, maar uit de praktijkervaring van de geurproducent kan voortvloeien, is op geen enkele manier beschermd.³⁰⁴ We zagen wel dat de octrooiaanvraag ook niet meer informatie dan noodzakelijk hoeft te bevatten, maar het zal natuurlijk wel de *belangrijke* informatie zijn die nodig is voor de creatie van het parfum en die dus niet geheimgehouden kan worden.³⁰⁵

In de literatuur wordt octrooibeschermt vaak oninteressant geacht voor parfums vanwege de hoge kosten die ermee gepaard gaan. GALAN heeft dit argument echter op overtuigende wijze weerlegd door te berekenen hoeveel een octrooi ongeveer kost. Een formule beschermen kan, afhankelijk via de weg die gekozen wordt (nationaal, internationaal, Europees) tot enkele duizenden euro's oplopen³⁰⁶, maar ten eerste is dit

³⁰¹ J.E.R. FRIJTERS en C.P.M. VAN HOUTE, "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 3.

³⁰² Id., 4.

³⁰³ Id., 5.

³⁰⁴ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 70.

³⁰⁵ Id., 71-72.

³⁰⁶ Id., 66.

geen probleem dat typisch is voor parfumformules, en ten tweede kunnen dergelijke bedragen snel terugverdiend worden in de parfumindustrie.³⁰⁷

Het beschermen van een formule voor een geurproduct kan dus wel interessant zijn voor een technische geurcreatie met slechts een beperkt aantal mogelijkheden om het resultaat te bereiken. Voor een esthetische geurcreatie echter lijkt octrooibeschermtng absoluut niet interessant. Tot voor kort was een veel efficiëntere strategie de geheimhouding van de formule. Zelfs de meest gesofisticeerde neuzen zijn namelijk niet in staat op basis van de loutere geur de formule te achterhalen. Het probleem is dat de formule tegenwoordig wél binnen een zeer korte tijdsspanne achterhaald kan worden via nieuwe technieken. Met andere woorden: of de parfumproducent nu een octrooi aanvraagt of niet, de concurrenten zullen hoe dan ook kennis krijgen van de formule. Het aanvragen van een octrooi zal wel de formule beschermen, maar niet de talloze variaties die denkbaar zijn.

1.3 De synthetische geurbestanddelen

We zagen hoger dat geurbestanddelen die ontwikkeld zijn door de geurproducenten, uitvindingen zijn die kunnen voldoen aan de beschermingsvoorwaarden. Zij kunnen beschermt worden als nieuwe producten, waardoor de octrooihouder aan elke derde kan verbieden deze bestanddelen te vervaardigen, aan te bieden, in het verkeer te brengen, te gebruiken, dan wel daartoe in te voeren of in voorraad te hebben³⁰⁸, en dit zonder onderscheid naargelang de gevolgde werkwijze³⁰⁹.

Toch wordt nauwelijks gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Dit ligt waarschijnlijk aan de inopportunitet van bescherming van synthetische geurbestanddelen via het octrooirecht.³¹⁰ Het voordeel aan dit type uitvindingen is dat ze een zeer specifieke tint kunnen geven aan een geurcreatie, zodat de geurproducent zijn geur onrechtstreeks kan

³⁰⁷ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 68.

³⁰⁸ Art. XI.29, §1, a) WER.

³⁰⁹ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 90.

³¹⁰ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 108.

beschermen zonder de formule vrij te moeten geven.³¹¹ Dit maakt echter ook dat het geurbestanddeel interessant kan zijn voor toepassing in opeenvolgende generaties van parfums. De levensduur van een primair materiaal dat voor een specifieke geurtint zorgt, is in feite eindeloos.³¹² Bescherming door geheimhouding lijkt daardoor een meer aantrekkelijke optie. Tenzij de samenstelling van het bestanddeel door concurrenten eenvoudig achterhaald zou kunnen worden via *reverse engineering*, is octrooibescherming niet noodzakelijk.

1.4 Geurtoepassingen

Geurtoepassingen kunnen beschermd worden als werkwijzen, wat betekent dat de octrooihouder het recht heeft om iedere derde die niet zijn toestemming verkregen heeft te verbieden de werkwijze toe te passen of (indien de derde weet dat de werkwijze beschermd is of dit duidelijk is uit de omstandigheden) voor toepassing op het Belgisch grondgebied aan te bieden.³¹³ Zowel de lichamelijke middelen - de toestellen of machines die de geur verspreiden - kunnen beschermd worden als de onlichamelijke middelen - de opeenvolgende stappen die gevolgd dienen te worden om het resultaat te bereiken. Om deze middelen te octrooieren, is niet vereist dat ze tot een nieuw product of resultaat leiden: het volstaat dat de werkwijze zelf nieuw is.³¹⁴

³¹¹ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, 108.

³¹² Id., 108.

³¹³ Art. XI.29, §1, b) WER.

³¹⁴ B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larquier, 2010, 88.

Besluit octrooirecht

Het octrooirecht biedt zeker mogelijkheden voor de bescherming van geuren, maar niet voor creaties van zuiver esthetische aard zoals fijne parfumerie. Enkel technische creaties met een technisch resultaat komen in aanmerking voor octrooibeschermtng.

Technische geurcreaties kunnen op verschillende manieren beschermd worden. Allereerst staat bescherming open voor de formule waarmee een geurproduct gecreëerd kan worden. Deze formule kan beschermd worden als werkwijze, waardoor de octrooihouder aan elke derde kan verbieden om deze formule toe te passen of voor gebruik aan te bieden. De formule moet dan wel voldoen aan de beschermingsvoorwaarden, die echter enkel voor generische geurcreaties (die niet berusten op uitvinderswerkzaamheid en waarschijnlijk ook niet nieuw zijn) problematisch zal zijn. De kans lijkt echter klein dat bedrijven bescherming zullen zoeken voor eenvoudige of generische formules.

Geurcreaties (ook deze van esthetische aard) kunnen wel op indirecte wijze beschermd worden, door een octrooi aan te vragen voor nieuw ontwikkelde geurbestanddelen. Deze kunnen zowel voordelen opleveren voor esthetische geurcreaties (met name indien ze een specifieke toets toevoegen aan de geur) als voor de technische (doordat de bestanddelen een bepaald technisch voordeel opleveren). Gezien de enorme bedragen die bedrijven spenderen aan onderzoek naar nieuwe geurstoffen, lijkt het waarschijnlijk dat bestanddelen waarvoor bescherming wordt gezocht kunnen voldoen aan de voorwaarden van nieuwheid, uitvinderswerkzaamheid en industriële toepasbaarheid. Indien de samenstelling of de productie van deze bestanddelen niet zomaar achterhaald kan worden door andere bedrijven, kan geheimhouding een alternatief zijn voor de tijdelijke octrooibeschermtng. Gezien de grote mogelijkheden tot *reverse engineering* die de moderne technologie biedt, lijkt octrooibeschermtng echter interessant voor nieuwe geurbestanddelen.

We hebben daarnaast ook gewezen op de mogelijkheden voor bedrijven om nieuwe geurtoepassingen octrooirechtelijk te beschermen. Verschillende grote bedrijven, zoals Samsung, zijn bezig met de ontwikkeling van geurtoepassingen in allerlei soorten elektronica. Wanneer een bedrijf klaar is om deze nieuwe technologieën naar buiten te brengen, zal octrooien aanvragen maar beter de eerste stap zijn.

Voor parfums die enkel op de esthetische ervaring gericht zijn, kan het octrooirecht geen oplossing bieden voor het gemis aan auteursrechtelijke bescherming. Verschillende auteurs hebben gesteld dat het beschermen van parfums in de eerste plaats neerkomt op het beschermen van recepturen, en dat daarvoor octrooirecht het aangewezen beschermingssysteem is. Toch zien we geen octrooiaanvragen voor parfumformules in de praktijk. Dit hoeft echter niet te verbazen. Ten eerste omdat octrooibeschermt volgens ons niet mogelijk is voor de *haute parfumerie*, waarvan de producten als esthetische vormgevingen uit het toepassingsdomein van het octrooirecht gesloten zijn. Ten tweede omdat octrooibeschermt ook gewoon niet interessant is voor parfumproducenten. De octrooiaanvraag zou de formule in zodanig detail moeten beschrijven dat de geur door een andere producent geproduceerd kan worden. Daarvoor zijn echter niet enkel de lijst van ingrediënten, maar ook de precieze verhoudingen en waarschijnlijk nog andere technische *knowhow* vereist. Geheimhouding is altijd een veel interessantere optie geweest, want die is niet beperkt in de tijd. Met de vooruitgang van de technische mogelijkheden om reukstoffen te analyseren echter, valt deze optie tegenwoordig vaak weg. De parfumproducenten kunnen zich noch op auteursrechtelijke, noch op octrooibeschermt beroepen. We zullen daarom onderzoeken of het merkenrecht misschien een oplossing kan aanreiken.

DEEL III. MERKENRECHT

Inleiding

In een markt die zich steeds verder ontwikkelt, moeten bedrijven op zoek gaan naar manieren om hun producten en diensten te laten opvallen in een steeds groeiend aanbod. Bedrijven maken daarbij steeds meer gebruik van niet-traditionele merken, zoals geluids-, kleur- en geurmerken.³¹⁵ Alle zintuigen kunnen ingezet worden om de aantrekkelijkheid van producten te verhogen.³¹⁶ Uit marketingonderzoeken blijkt dat waarneming door de consument via andere zintuigen dan het zicht, sterke stimuli kan bieden voor de communicatie die men met het merk beoogt.³¹⁷ Zo heeft het bedrijf Nike gerapporteerd dat de intentie van klanten om te kopen met 80% stijgt wanneer in de winkel bepaalde geuren verstoven worden.³¹⁸ Uit een andere studie bleek dat het verstuiven van lavendelgeur in een pizzeria niet alleen voor een stijging van het aantal klanten zorgde, maar ook tot gevolg had dat de klanten langer bleven zitten.³¹⁹

Andere bedrijven spelen natuurlijk graag in op deze evolutie. Het Nederlandse bedrijf Annindriya bijvoorbeeld richt zich uitsluitend op de creatie van geurmerken, geurproducten en advies inzake geurmarketing.³²⁰ Maar ook de technologie staat niet stil. Er wordt zwaar geïnvesteerd in de ontwikkeling van geurtechnologie, die de verspreiding van geuren via internet en televisie mogelijk moet maken.³²¹

Wanneer bedrijven veel geld gaan investeren in de ontwikkeling van zogenaamde 'signature scents' en de technologie om ze te produceren, hoeft het ook niet te verbazen

³¹⁵ G. TRILLET, "Registrability of smells, colors and sounds: how to overcome the challenges dressed by the requirements of graphical representation and distinctiveness within European Union law?", 2013, http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet_registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf, 1.

³¹⁶ D. VAVER, "Recent trends in European trademark law: of shape, senses and sensation", *Trademark Rep.* 2005, 897.

³¹⁷ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 26.

³¹⁸ E. REIMER, "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 695.

³¹⁹ E. REIMER, "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 695.

³²⁰ Zie de website van het bedrijf: <http://www.annindriya.com/nl/>

³²¹ E. REIMER, "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 693.

dat ze tegelijk op zoek gaan naar manieren om deze af te scherm van hun concurrenten.³²² Daarvoor wordt in de eerste plaats gekeken naar de mogelijkheden die het intellectueel eigendomsrecht kan bieden.³²³

Het merkenrecht biedt daarbij interessante perspectieven. In tegenstelling tot het octrooirecht – dat bescherming kan verlenen voor technische geurcreaties – is de beschermingsduur van het merkenrecht niet noodzakelijk beperkt in de tijd: zolang een merk gebruikt wordt en onderscheidend vermogen behoudt, kan het in principe eeuwig vernieuwd worden.³²⁴ Het merkenrecht is dus zeer interessant voor het monopoliseren van *signature scents*, geurmerken waarmee bedrijven zich willen onderscheiden en consumenten aan zich willen binden. De twee voornaamste functies van het Europese merkenrecht zijn ten eerste de onderscheidingsfunctie, die door het Hof van Justitie als essentieel gezien wordt, en ten tweede de reclamefunctie: het imago dat een merk kan uitstralen, de psychologische boodschap dat het kan overbrengen.³²⁵ Deze tweede functie speelt vooral bij producten die niet zeer gedifferentieerd zijn, waardoor consumenten de keuze voor een bepaald product vooral laten hangen van het imago van het merk.³²⁶

In het verleden zijn reeds enkele geurmerken geregistreerd, maar het zijn er zeer weinig. De afgelopen jaren heeft het Merkenbureau meer dan 100 000 nieuwe aanvragen voor Gemeenschapsmerken per jaar ontvangen, maar daar waren geen aanvragen voor geurmerken bij.³²⁷ Van de 1 125 708 bij het Merkenbureau

³²² W. McLEAN, "Protecting unconventional trademarks in the European Union and the United States", *The Global Challenge of Intellectual Property Rights* 2009, 177; E. REIMER, "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 695.

³²³ W. McLEAN, "Protecting unconventional trademarks in the European Union and the United States", *The Global Challenge of Intellectual Property Rights* 2009, 177.

³²⁴ C. CRONIN, "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 467.

³²⁵ I. SIMON, "How does 'essential function' doctrine drive European mark trade law?", *IIC* 2005, 401-420; P. JEN YAP, "Essential function of a trade mark: from BMW to O2", *EIPR* 2009, 81-87; G. TRILLET, "Registrability of smells, colors and sounds: how to overcome the challenges dressed by the requirements of graphical representation and distinctiveness within European Union law?", 2013, http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet_-_registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf, 2.

³²⁶ G. TRILLET, "Registrability of smells, colors and sounds: how to overcome the challenges dressed by the requirements of graphical representation and distinctiveness within European Union law?", 2013, http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet_-_registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf, 2.

³²⁷ In 2013 werden 114 284 aanvragen voor Europese merken ingediend, waarvan er 98 073 geregistreerd zijn. In 2014 zijn van de 117 472 aanvragen 103 764 merken geregistreerd door het Merkenbureau. Zie de statistieken verstrekt door het Merkenbureau: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_ohim/the_office/SSC009-Statistics_of_Community_Trade_Marks-2015_en.pdf.

geregistreerde Gemeenschapsmerken, is er één enkel merk een geurmerk.³²⁸ 59,38% van de geregistreerde Gemeenschapsmerken zijn woordmerken en 39, 86% beeldmerken. De 3D-, kleur-, geluids-, hologram- en geurmerken vertegenwoordigen elk minder dan 1%.³²⁹

Deze cijfers stroken niet met het belang van de voordelen die geurmerken kunnen betekenen voor bedrijven. Dit is waarschijnlijk in de eerste plaats te wijten aan de grote onduidelijkheid die heerst met betrekking tot de registratie van geurmerken. Het Merkenbureau wil geen geurmerken meer registreren en veel nationale bureaus zijn hierin gevolgd.³³⁰ Vooral de registratieformaliteiten leveren momenteel problemen op; daarnaast bestaat ook veel onduidelijkheid over de beschermingsomvang en de beoordeling van inbreuken.³³¹

Deze onduidelijke situatie heeft aanleiding gegeven tot een uitgebreide literatuur met betrekking tot de bescherming van niet-traditionele merken. Wetgevend optreden is echter noodzakelijk. Nieuwe vormen van merken vormen uitdagingen voor het bestaande merkenrecht, maar het komt toe aan de beleidsmakers om te verzekeren dat de intellectuele rechten bijblijven met de technologische ontwikkelingen.³³²

We zullen in dit deel verder onderzoeken welke mogelijkheden en problemen momenteel bestaan met betrekking tot de bescherming van geurmerken. Dit onderzoek verschilt sterk van dat in de delen Auteursrecht en Octrooirecht. De finaliteit van het merkenrecht is dan ook totaal verschillend. Het merkenrecht beschermt creaties niet omwille van hun verdienstelijke eigenschappen, maar voor de onderscheidende functie die ze aan waren en diensten kunnen verlenen.

³²⁸ Dit cijfer gold op 25 mei 2015. Deze informatie komt uit de statistieken verschaft door het Merkenbureau (zie hierboven).

³²⁹ Id.

³³⁰ Zie verder in de uiteenzetting van de bestaande rechtspraak.

³³¹ E. REIMER, "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 693.

³³² G. TRILLET, "Registrability of smells, colors and sounds: how to overcome the challenges dressed by the requirements of graphical representation and distinctiveness within European Union law?", 2013, http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet_-_registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf, 2.

We zullen daarbij aandacht besteden aan Gemeenschapsmerken – die binnenkort omgedoopt zullen worden tot Europese merken³³³ – en aan Beneluxmerken. Aangezien de Beneluxwetgeving gebaseerd is op de omzetting van een Europese richtlijn, die bovendien zeer sterk lijkt op de Merkenverordening, zullen de resultaten meestal gelijklopen.

³³³ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, 27 maart 2013.

Stand van de rechtspraak

Nationale merkaanvragen

In het **Verenigd Koninkrijk** werd het eerste geurmerk in 1996 ingeschreven op aanvraag van het bedrijf Sumitomo Rubber Co., voor 'een bloemige rozengeur aangebracht op rubberbanden'. Dit merk is nadien overgedragen aan Dunlop Tyres.³³⁴ Nog in 1996 kreeg Unicorn Products, een producent van sportartikelen, een registratie voor 'de sterke geur van bitter bier aangebracht op de staarten van dartspijltjes'.³³⁵ De inschrijving voor een geurmerk voor de geur van kaneel aangebracht op meubels werd echter geweigerd. Het UK Trade Mark Registry stelde dat mensen de geur van kaneel verschillend ervaren. De onderzoeker vond dat de omschrijving 'de geur, het aroma of de essence van kaneel' bovendien te dubbelzinnig was om het merk grafisch voor te stellen.³³⁶

In het Verenigd Koninkrijk had het UK Trade Mark Registry reeds twee geurmerken ingeschreven: de geur van rozen voor toepassing op banden en de geur van bier ter onderscheiding van de staarten van dartspijltjes.³³⁷ Een merk bestaande uit 'het aroma van kaneel' voor meubels en toebehoren werd echter geweigerd.³³⁸

In **Zweden** heeft Lancôme een geurmerk aangevraagd voor een van haar parfums. De geur was grafisch voorgesteld via een gaschromatogram. Het Zweedse merkenbureau weigerde het merk in te schrijven: een gaschromatogram is niet eigen aan elke geur, zodat zelfs een expert niet in staat zou zijn de chemische bestanddelen te bepalen die afgebeeld worden in het chromatogram. Het bureau oordeelde bovendien dat de geur van een parfum beschrijvend is en dus onderscheidend vermogen mist. De aanvrager

³³⁴ A. BUTLER, "The smell of ripe strawberries: repressing non-visual trademarks", *Intellectual Asset Management* 2008, 7.

³³⁵ Id.

³³⁶ Geciteerd uit S. PAGE, "The scent of a registration", *INTA Bulletin* 2002, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.

³³⁷ Het gaat respectievelijk om merken nr. 2001416 en nr. 2000234; geciteerd uit Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 33.

³³⁸ Merkaanvraag nr. 2000169; geciteerd uit Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 33.

heeft daarop de aanvraag ingetrokken zonder te reageren op deze weigeringsgronden.³³⁹

In Denemarken heeft een ander cosmeticabedrijf twee keer geprobeerd geurmerken te registreren, een voor een parfum en voor een lotion. Beide aanvragen werden geweigerd bij gebreke aan vatbaarheid voor grafische voorstelling.³⁴⁰

In **Frankrijk** zijn eveneens verschillende geurmerken gedeponereerd.³⁴¹ BARBET *et al.* vermelden een aanvraag die grafisch voorgesteld was aan de hand van een kleurmatrix opgesteld door een elektronische neus.³⁴² Een andere aanvraag maakte gebruik van een figuratieve voorstelling, waarbij vermeld werd dat 'het merk een grafische voorstelling is van een bepaalde geur'.³⁴³ Twee andere merken zijn gedeponereerd via een verwijzing naar de resultaten van een gaschromatogram.³⁴⁴

Gemeenschapsmerkaanvragen

'De geur van versgemaaid gras'

Het BHIM heeft in 2000 een geurmerk geregistreerd voor 'de geur van versgemaaid gras' aangebracht op tennisballen.³⁴⁵ Dit geurmerk was in 1996 aangevraagd door Senta Aromatic Marketing, een Nederlandse vennootschap, maar in eerste instantie werd het geweigerd. De onderzoeker vond dat het ging om een eenvoudige beschrijving van de geur en niet om een grafische voorstelling van het geurmerk. De Kamer van Beroep stelde eerst algemeen dat niet voldaan is aan het vereiste van grafische voorstelling door een beschrijving die geen duidelijke en nauwkeurige omschrijving van het merk geeft.

³³⁹ Geciteerd uit S. PAGE, "The scent of a registration", *INTA Bulletin* 2002, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.

³⁴⁰ S. PAGE, "The scent of a registration", *INTA Bulletin* 2002, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.

³⁴¹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 230.

³⁴² V. BARBET, P. BREESE, N. GUICHARD, *Le marketing olfactif: une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Les Presses du management, 1999, 341.

³⁴³ Het gaat om aanvraag nr. 97658685; geciteerd uit P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 231.

³⁴⁴ Het gaat om aanvragen nr. 97705451 en nr. 97705450 gedeponereerd bij het Institut National de la Propriété Intellectuelle; geciteerd uit P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 231.

³⁴⁵ Kamer van Beroep te Alicante 11 februari 1999, R 156/1998-2, *Ing. Cons.* 1999, 284.

De geur van versgemaaid gras werd echter gezien als een aparte geur die iedereen meteen herkent uit eigen ervaring, zodat deze omschrijving een grafische voorstelling van de geur vormde.

'De geur van frambozen'

De Kamer van Beroep weigerde anderzijds een weigering voor een merk voor 'olies, inclusief motorolies' waarvan de geur beschreven werd als 'de geur van frambozen'.³⁴⁶ De Kamer bevestigde allereerst dat geurmerken aanvaard kunnen worden, aangezien art. 4 EMVO ze niet uitsluit van bescherming. Aan het vereiste van grafische voorstelling was ook voldaan: voor geurmerken is het voldoende een indirecte (maar nauwkeurige) beschrijving te gebruiken, aangezien de vorm van het merk zich niet leent tot een beschrijving in woorden of via afbeeldingen. Het geurmerk werd uiteindelijk echter geweigerd wegens gebrek aan onderscheidend vermogen: in de klasse voor olies zitten namelijk ook producten als geurkaarsen en petroleum, waarvoor een geur als die van frambozen een typisch kenmerk is. Bovendien zou het publiek de geur enkel beschouwen als een verbetering van het product, maar zou het de geur niet als merk interpreteren.

Het arrest *Sieckmann*

Hét mijlpaalarrest inzake geurmerken is het arrest *Sieckmann* van het Hof van Justitie. Dhr. Sieckmann had bij het Duitse Patent- und Markenamt de inschrijving gevraagd van een geurmerk voor verschillende klassen van diensten, waaronder reclame, beheer van commerciële zaken, zakelijke administratie en administratieve diensten (klasse 35), opvoeding, opleiding, ontspanning, sportieve en culturele activiteiten (klasse 41), restauratie, tijdelijke huisvesting, medische zorg, dienstverlening op het gebied van hygiëne en schoonheidsverzorging, veterinaire en landbouwkundige diensten, wetenschappelijk en industrieel onderzoek, computerprogrammering en diensten die

³⁴⁶ Kamer van Beroep 5 december 2001, R 711/1999-3.

niet in andere klassen kunnen worden ingedeeld (klasse 42).³⁴⁷ De bescherming was aangevraagd voor een geurmerk van 'de scheikundig zuivere stof methylcinnamaat (kaneelzuurmethylester)', waarvan de structuurformule afgebeeld stond. Monsters waren te verkrijgen bij lokale laboratoria.³⁴⁸ Sieckmann had bij zijn aanvraag ook een houder met een geurmonster gevoegd en verklaard dat de geur 'gewoonlijk wordt omschreven als balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel'.³⁴⁹

Na de weigering van dit geurmerk heeft Sieckmann beroep ingesteld bij het Bundespatentgericht.³⁵⁰ Dat Hof heeft twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie:

- 1) of onder art. 2 EMRL ook tekens kunnen worden begrepen die als zodanig niet visueel waarneembaar zijn, doch die op andere wijze indirect kunnen worden weergegeven;
- 2) indien ja, of dan aan het vereiste van grafische voorstelling voldaan is, wanneer een geur wordt weergegeven door een scheikundige formule, een openbaar te maken beschrijving, een depot, of door een combinatie van deze andere vormen van weergave.³⁵¹

Als principe aanvaardde het Hof dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is een merk kan vormen, op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling.³⁵² In het geval van een olfactorisch teken werden echter noch een scheikundige formule, noch een beschrijving met woorden, noch het depot van een geurmonster, noch een combinatie daarvan als een afdoende grafische voorstelling beschouwd.³⁵³

Het arrest *Eden*: 'de geur van rijpe aardbeien'

³⁴⁷ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 10.

³⁴⁸ Id., punt 11.

³⁴⁹ Id., punt 13.

³⁵⁰ Id., punten 2 en 10.

³⁵¹ Id., punt 19.

³⁵² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 45.

³⁵³ Zie HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 73.

In 2005 bevestigde het Gerecht van Eerste Aanleg de weigering van het Merkenbureau voor de aanvraag van een geurmerk door het Franse bedrijf Eden.³⁵⁴ Eden had deze aanvraag ingediend voor waren uit de klassen 3, 16, 18 en 29; het ging – ruwweg – om schoonmaak- en schoonheidsproducten, kantoorbehoeften, schrijfgerief en papierwerk, allerlei artikelen uit leder en kunstleder en kleding.³⁵⁵ Het geurteken werd beschreven als ‘de geur van rijpe aardbeien’. Ter ondersteuning was een afbeelding van een aardbei toegevoegd.

Het Hof vond deze beschrijving niet voldoende nauwkeurig en bovendien te subjectief, aangezien niet alle aardbeienvariëteiten dezelfde geur verspreiden.³⁵⁶

Het Hof wees er bovendien op dat ‘er geen algemeen aanvaarde internationale classificatie van geuren bestaat die het mogelijk zou maken, zoals het geval is voor internationale kleurcodes of muzieknotatie, om een geurteken precies en objectief te identificeren’.³⁵⁷ De afbeelding van de aardbei werd evenmin als een grafische voorstelling van het geurteken beschouwd, te meer daar de variëteit niet gespecificeerd was, en dit terwijl verschillende variëteiten van deze vrucht een verschillende geur verspreiden.³⁵⁸ Aangezien elk element afzonderlijk ongeschikt was om het merk weer te geven, werd ook de combinatie ervan afgewezen.³⁵⁹

Stand van zaken

Het Merkenbureau heeft na het arrest *Sieckmann* een zeer restrictieve politiek gevoerd. In 2003 heeft het een aanvraag geweigerd voor een geurmerk voor ‘de geur van vanille’.³⁶⁰ Datzelfde jaar heeft het aangekondigd geen geurmerken meer te zullen aanvaarden.³⁶¹ Inderdaad is er na de zaak *Sieckmann* geen enkel geurmerk meer

³⁵⁴ GEA T-305/04, *Eden SARL v. BHIM*, 2005.

³⁵⁵ Id., punt 3.

³⁵⁶ Id., punt 41.

³⁵⁷ Id., punt 34.

³⁵⁸ GEA T-305/04, *Eden SARL v. BHIM*, 2005, punt 41-42.

³⁵⁹ Id., punt 45-46.

³⁶⁰ Aanvraag nr. 001807353, geweigerd op 19 augustus 2003.

³⁶¹ OAMI News 3/2003. De ‘geur van een rijpe aardbei’ werd nadien afgewezen door het Bureau; deze beslissing werd bevestigd door het Gerecht, zie Gerecht T-305/04, *Eden/BHIM*, 2005.

geregistreerd. Meer nog: de opinie lijkt te zijn dat dit arrest geen marge voor interpretatie heeft gelaten, zodat bescherming momenteel volledig uitgesloten is.³⁶²

Het Hof sloot in dit arrest echter niet uit dat geuren een merk kunnen vormen, maar zag vooral een probleem in het vereiste van grafische voorstelling, dat voor geuren zeer moeilijk te vervullen is. Door alle aangedragen voorstellingswijzen af te keuren, werd de deur voor de registratie van geurmerken voorlopig gesloten. We zeggen met opzet *voorlopig*: de conclusie van sommige auteurs dat geurmerken definitief onmogelijk geworden zijn in Europa³⁶³, gaat te ver. Ten eerste is het in de eerste plaats aan de wetgever om te bepalen of geurmerken al dan niet ingeschreven kunnen worden. De uitspraak van het Hof van Justitie blijft slechts overeind zolang de Europese Commissie zelf geen stappen onderneemt om klaarheid te brengen. Ten tweede heeft het Hof de voorgestelde grafische voorstellingswijzen afgekeurd, maar heeft het niet uitgesloten dat er nieuwe manieren voorgesteld kunnen worden die wél aan alle vereisten voldoen.

In de rechtsleer is kritiek geuit op de strenge houding van het Hof van Justitie.³⁶⁴ Vooral door ook de combinatie van grafische voorstellingswijzen principieel af te keuren, heeft ze registraties – onnodig – praktisch onmogelijk gemaakt.³⁶⁵ We zijn het bovendien eens met FEHLBAUM dat deze strenge houding van het Hof waarschijnlijk veel te maken had met de specifieke kenmerken van de zaak *Sieckmann* – wat is bijvoorbeeld ‘de geur van de zuivere stof methylcinnamaat’? – zonder dat het besluit daarom voor *alle* geurmerken moet gelden. FEHLBAUM heeft daarom onderzocht welke verschillen er waren tussen dit geurmerk en de voorheen geregistreerde geurmerken.³⁶⁶

Recent heeft de Europese Commissie echter stappen genomen om duidelijkheid te scheppen in de huidige situatie. In haar voorstel voor de nieuwe Merkenverordening is

³⁶² E. LUNELL, “Protection of non-registered trademarks in Sweden and the EU”, in: H.H. LIDGARD (ed.), *National developments in the intersection of IPR and competition law: from maglite to Pirate Bay*, Bloomsbury Publishing, 2011, 134.

³⁶³ Zie ook A. BUTLER, “The smell of ripe strawberries: repositing non-visual trademarks”, *Intellectual Asset Management* 2008, 7.

³⁶⁴ Zie bijvoorbeeld SCHAAL, C., “The registration of smell trademarks in Europe: another EU harmonisation challenge”, 2003, [http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#](http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#;); P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 236.

³⁶⁵ T. COHEN JEHOAM, C.J.J.C. VAN NISPEN en J.L.R.A. HUYDECOPER, *Merkenrecht*, Kluwer, 2009, 151.

³⁶⁶ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 230-244.

het vereiste van grafische voorstelling vervangen door een 'moderner' criterium, waarover verder meer.

Tot deze nieuwe wetgeving er komt, geldt echter nog steeds het vereiste van grafische voorstelling. Vooral inzake Gemeenschapsmerken is de situatie zeer onduidelijk: er bestaat één geregistreerd geurmerk ('de geur van versgemaaid gras') en één arrest van het Hof van Justitie. Advocaat-generaal COLOMER bij het Hof van Justitie heeft erop gewezen dat dit geurmerk het enige geurmerk is dat ooit aanvaard is door het Merkenbureau, zodat we er ook niet té veel belang aan moeten hechten. Hij noemt deze zaak 'een parel in de woestijn'.³⁶⁷ De Kamer van Beroep had in deze zaak overwogen dat de geur van versgemaaid gras 'voor iedereen herkenbaar is'.³⁶⁸ We stellen ons omgekeerd de vraag of de specifieke omstandigheden van de zaak Sieckmann misschien de reden waren voor de afwijzing door het Hof van Justitie.

We zullen daarom zelf onderzoeken of er bezwaren zijn tegen de registratie van geurmerken, met bijzondere aandacht voor het vereiste van grafische voorstelling.

³⁶⁷ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 32.

³⁶⁸ Kamer van Beroep te Alicante 11 februari 1999, R 156/1998-2, *Ing. Cons.* 1999, 284.

HOOFDSTUK 1. Beschermingsvoorwerp

1. De wettelijke bepaling van het merk

- **De internationale verdragen**

Van de internationale verdragen wordt enkel in TRIPs het voorwerp van het merkenrecht beschreven:

Elk teken, of elke combinatie van tekens, waarmee de waren of diensten van een onderneming kunnen worden onderscheiden van die van andere ondernemingen kan een handelsmerk vormen. Deze tekens, met name woorden die persoonsnamen, letters, cijfers, figuratieve elementen en combinaties van kleuren alsmede een combinatie van zodanige tekens omvatten, komen in aanmerking voor inschrijving als handelsmerken. (...) De Leden kunnen als voorwaarde voor inschrijving verlangen dat de tekens met het oog waarneembaar zijn.³⁶⁹

Het merkenrecht kan dus bestaan voor elk teken, zolang het maar in staat is de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden van die van andere ondernemingen. Binnen de Europese Unie heeft men trouwens geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de bescherming te beperken tot visueel waarneembare tekens. De opgesomde voorbeelden zijn niet exhaustief, zodat geurmerken in elk geval niet *a priori* uitgesloten zijn van bescherming.

- **De Europese regelgeving**

In de Merkenverordening³⁷⁰ (hierna: EMVO) en de Merkenrichtlijn³⁷¹ (hierna: EMRL) worden merken op nagenoeg identieke wijze omschreven:

³⁶⁹ Art. 15.1 TRIPs.

³⁷⁰ Verordening 207/2009 van de Raad van de Europese Unie inzake het Gemeenschapsmerk, Pb.L. 78/1, 24 maart 2009. Deze verordening betreft de gecodificeerde versie – en vervangt sinds 13 april 2009 – verordening 40/94 van de Raad van de Europese Unie inzake het Gemeenschapsmerk van 20 december 1993 (Pb.L. 11/1, 14 januari 1994).

‘alle tekens die vatbaar zijn voor grafische voorstelling, met name woorden, met inbegrip van namen van personen, tekeningen, letters, cijfers, vormen van waren of van verpakking, mits deze de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden’.

Net zoals in TRIPs kan een merk bestaan uit elk teken dat in staat is de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden. Binnen de Europese Unie wordt echter een bijkomend vereiste gesteld: het teken moet vatbaar zijn voor grafische voorstelling. Dit is geen toepassing van de mogelijkheid geboden door TRIPs om de bescherming te beperken tot met het oog waarneembare tekens: geluidsmerken bijvoorbeeld zijn niet rechtstreeks met het oog waarneembaar, maar wel vatbaar voor grafische voorstelling. Niet-traditionele merken, zoals geluids-, geur- of smaakmerken worden dus niet principieel uitgesloten van bescherming.³⁷² In de memorie van toelichting die de Europese Commissie opgesteld heeft naar aanleiding van het ontwerp voor de Merkenverordening, werd uitdrukkelijk gesteld dat ‘geen enkel type teken automatisch uitgesloten is van bescherming als Gemeenschapsmerk’.³⁷³ Tekens kunnen merken vormen indien ze voldoen aan 3 voorwaarden: 1) tekens zijn, 2) vatbaar zijn voor grafische voorstelling en 3) de waren of diensten van een onderneming kunnen onderscheiden. De eerste twee criteria slaan in feite op het voorwerp van de bescherming: of een geur ingeschreven *kan* worden als teken. Indien wel, dan moeten we nagaan of dit teken onderscheidend vermogen kan hebben. Het onderscheidend vermogen is als centrale criterium de belangrijkste beschermingsvoorwaarde. Deze criteria zullen we dus achtereenvolgens toetsen om na te gaan of de registratie van geurmerken *mogelijk* is. Of ze ook *wenselijk* is vanuit praktisch oogpunt, is een aparte kwestie die we nadien zullen bekijken.

³⁷¹ Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb.L.* 299/25, 8 november 2008.

³⁷² T. COHEN JEHOAM, C. VAN NISPEM, T. HUYDECOPER, *European Trademark Law*, Kluwer, 2010, 117.

³⁷³ J.-C. TROUSSEL en P. VAN DER BROECKE, “Is European trademark law getting in good shape?”, *TMR* 2003, 1066, geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 13.

- **Benelux**

Het Beneluxverdrag voor de Intellectuele Eigendom³⁷⁴ (hierna: BVIE) is wat het merkenrecht betreft een omzetting van de Merkenrichtlijn, zodat dezelfde vereisten gelden voor een Beneluxmerk: het gaat om alle voor grafische voorstelling vatbare tekens, die dienen om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.³⁷⁵

2. Als merk beschermbare tekens

2.1 Een teken

2.1.1 Begrip ‘teken’

Het begrip ‘teken’ wordt nergens gedefinieerd in de wetgeving. Van Dale omschrijft een teken als een ‘middel om iemand of iets aan te duiden’, een ‘zichtbaar of hoorbaar middel om iets te kennen te geven’, een sein of signaal. Dit veronderstelt dat er informatie gecommuniceerd wordt.

Advocaat-generaal COLOMER heeft in zijn conclusie voor de zaak *Sieckmann* uitgebreid stilgestaan bij de rol die een geur als teken kan vervullen. Hij heeft erop gewezen dat een merk in feite communicatie is, wat een zender, een boodschap, een middel voor verzending van de boodschap en een ontvanger vereist.³⁷⁶ Deze zaken lijken ons niet moeilijk te identificeren voor geuren: de zender is de reukstof, de olfactorische boodschap is de boodschap, de verdamping van de geurbestanddelen en het contact van deze moleculen met het reukorgaan is het middel voor verzending en de persoon die de geur waarneemt en interpreteert is de ontvanger. Het gaat erom dat informatie gecommuniceerd wordt; welke zintuigen daarvoor aangewend worden, hoeft geen rol te spelen. Ook COLOMER stelt dat de herkenning van een teken door de mens even divers

³⁷⁴ Beneluxverdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), *BS* 26 april 2006, 21867.

³⁷⁵ Art. 2.1 BVIE.

³⁷⁶ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 19.

kan zijn als zijn zintuigen.³⁷⁷ Elke zintuiglijk waarneembare boodschap kan een aanwijzing voor de consument vormen en derhalve een teken zijn dat de functie van een merk kan vervullen.³⁷⁸

Bovenstaande redenering lijkt ons correct. Er kunnen echter wel andere vragen rijzen bij het beschouwen van een geur als teken. In de verschillende stappen van de communicatiehandeling zitten namelijk factoren die een mogelijke stoorzender kunnen zijn. De reukstof (de zender) is niet altijd stabiel, de verdamping van de reukstof (het communicatiemiddel) kan variëren door de omgevingsomstandigheden en de waarneming door de ontvanger is sterk persoonsgebonden.³⁷⁹ Zijn dit mogelijke bezwaren om de geur als teken te kunnen beschouwen?

Volgens advocaat-generaal COLOMER speelt het feit dat de capaciteit tot het waarnemen van geuren per persoon verschilt, in elk geval geen rol. Hij wijst erop dat het waarnemen en beschrijven van kleuren net zo moeilijk kan zijn als die van een geur.³⁸⁰

In het deel auteursrecht hebben we echter gezien dat er belangrijke individuele verschillen bestaan in geurwaarneming en dat deze veel groter zijn dan de verschillen in visuele waarneming. Anders dan bij auteursrecht, hoeven deze verschillen echter geen onoverkomelijk bezwaar te vormen voor het merkenrecht. Het is niet erg wanneer consumenten de geur van een product enigszins anders waarnemen, wanneer ze er wel allemaal een teken in herkennen. Op de moeilijkheden die mogelijk kunnen rijzen met betrekking tot de grafische voorstelling, komen we later terug.

2.1.2 Rechtspraak van het Hof van Justitie

In verschillende arresten over niet-traditionele merken, met name kleurmerken en geluidsmarken, heeft het Hof gepreciseerd welke functie een teken moet vervullen om als merk te kunnen fungeren.

³⁷⁷ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 21.

³⁷⁸ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 22; zo ook L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 14.

³⁷⁹ Voor dit laatste verwijzen we naar wat we hierover uiteengezet hebben in het deel auteursrecht.

³⁸⁰ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 27.

In het arrest *Libertel* onderzocht het Hof of een kleur als zodanig een teken kan vormen.³⁸¹ Daarbij werd allereerst overwogen dat een kleur als zodanig niet vermoed kan worden een teken te zijn, omdat een kleur gewoonlijk niet meer dan een eigenschap van voorwerpen is. Ze *kan* echter wel een teken vormen, afhankelijk van de context waarin ze wordt gebruikt.³⁸²

Bij kleurmerken is echter problematisch dat kleuren weliswaar bepaalde gedachteassociaties kunnen oproepen of gevoelens kunnen opwekken, maar dat ze naar hun aard nauwelijks in staat zijn om nauwkeurige informatie over te brengen.³⁸³ Consumenten zijn het niet gewend om in kleuren een signaalfunctie te herkennen. Meestal worden kleuren immers gebruikt wegens hun aantrekkingskracht, los van enige specifieke boodschap.³⁸⁴

Omdat echter niet uit te sluiten valt dat er situaties bestaan waarin een kleur (of in ons geval een geur) als zodanig de herkomst van waren of diensten van een onderneming kan aanduiden, moet worden aanvaard dat deze als zodanig geschikt *kunnen* zijn om de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.³⁸⁵

Deze principes heeft het Hof bevestigd in het arrest *Heidelberger Bauchemie*.³⁸⁶ Hierin vereiste het Hof dat voor de inschrijving als merk van kleuren of kleurencombinaties wordt aangetoond dat zij in de context waarin ze worden gebruikt, daadwerkelijk als een teken overkomen. Dit vereiste heeft tot doel te verhinderen dat het merkenrecht wordt misbruikt om een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel te verkrijgen.³⁸⁷

Aangaande geurmerken heeft het Hof in het arrest *Sieckmann* bevestigd dat de opsomming van tekens in art. 2 EMRL niet-limitatief is, zodat tekens die als zodanig niet visueel waargenomen kunnen worden, zoals geuren, niet met zoveel woorden

³⁸¹ HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01, punten 23 en 27, 40-41.

³⁸² HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01, r.o. 27.

³⁸³ HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01, r.o. 40.

³⁸⁴ Criterium aangewend in HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01, r.o. 40.

³⁸⁵ HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01, r.o. 41.

³⁸⁶ HvJ 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie*, C-49/02.

³⁸⁷ HvJ 24 juni 2004, *Heidelberger Bauchemie*, C-49/02, r.o. 24.

uitgesloten zijn.³⁸⁸ Een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, kan een merk vormen indien het vatbaar is voor grafische voorstelling.³⁸⁹

2.1.3. Soorten geurtekens

In de literatuur hebben enkele auteurs drie categorieën van geurtekens onderscheiden. Dit is een interessante invalshoek, omdat de perceptie van het relevante publiek inderdaad kan verschillen naargelang de aard van het geurteken. Bij sommige geuren zullen consumenten meer geneigd zijn er een teken in te herkennen dan in andere.

ELIAS heeft als eerste een onderscheid gemaakt tussen primaire en secundaire geurtekens. De primaire olfactorische tekens zijn de producten die in de eerste plaats omwille van hun geur gekocht worden.³⁹⁰ Behoren hiertoe: alle types parfums, deodorants, geurverfrissers³⁹¹, alsook de 'olfactorische handtekening' die door sommige parfumeurs gebruikt wordt, een kenmerkende combinatie van ingrediënten die ze in verschillende van hun parfums gebruiken.³⁹² De secundaire olfactorische tekens zijn geuren die worden toegevoegd aan producten, waarvan de voornaamste functie niet bestaat uit het aanbrenge van aangename geuren op het lichaam.³⁹³ Hiertoe behoren bijvoorbeeld shampoos, zepen, badzouten, lotions, en het grootste gedeelte van schoonmaakproducten en detergenten.³⁹⁴

³⁸⁸ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 44.

³⁸⁹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 45.

³⁹⁰ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 476.

³⁹¹ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 476; H. BURTON, "The UK trade marks act 1994: An invitation to an olfactory occasion?", *EIPR* 1995, 379; F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 124; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 182.

³⁹² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 182.

³⁹³ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 476; H. BURTON, "The UK trade marks act 1994: An invitation to an olfactory occasion?", *EIPR* 1995, 379; F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 125; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 182.

³⁹⁴ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 476; B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 476; H. BURTON, "The UK trade marks act 1994: An invitation to an olfactory occasion?", *EIPR* 1995, 379; F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 125; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 182.

HAMMERSLEY heeft daar nog een categorie aan toegevoegd: de 'unieke' geurtekens. Deze categorie bestaat uit producten die doorgaans niet gekenmerkt worden door een bepaalde geur. Ook producten die consumenten met een welbepaalde geur associëren kunnen hiertoe behoren. Bij wijze van voorbeeld noemt ze de motorolie die geparfumeerd was met kersengeur.³⁹⁵ Deze categorie wordt dus gekenmerkt door producten die aanvankelijk een neutrale of zelfs onaangename geur hebben, waaraan een geur toegevoegd wordt om het product aantrekkelijker te maken.³⁹⁶

De beoordeling of geuren een teken kunnen vormen, verschilt voor elk van deze categorieën.

De primaire geurtekens, hierboven omschreven als de geuren die voortgebracht worden door waren die net omwille van deze geur gekocht worden, kunnen moeilijk als tekens beschouwd worden. De geur is in dit geval het voornaamste kenmerk van de waar en de enige, zonet de voornaamste reden waarom consumenten de waar aankopen. Indien de consumenten de geur louter opvatten als een eigenschap van de waren of diensten, kan er geen sprake zijn van een merk.³⁹⁷ De geur van een parfum dient niet om de waar te onderscheiden; ze *is* in feite de waar.

Anders is het voor de secundaire geurtekens, de geuren die aangebracht worden op producten om ze te verbeteren, zonder er echter de eerste functie van te zijn. In dit geval lijkt het ook waarschijnlijk dat de consumenten de geur veelal zullen opvatten als een eigenschap van de waar, maar het is in dit geval ook niet uitgesloten dat de geur een signaalfunctie kan vervullen.

Dit geldt des te meer voor de tertiaire geurtekens: indien de geur een uniek karakter heeft omwille van het feit dat hij is toegevoegd aan een geurloos product of door de bijzondere combinatie met dit product (bv. een kersengeur voor motorolie), lijkt de kans veel groter dat consumenten deze geur als een teken zullen opvatten.

2.1.4 Besluit

³⁹⁵ F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 125.

³⁹⁶ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 183.

³⁹⁷ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 45.

Een geur kan enkel als een merk fungeren wanneer ze een teken is, wat betekent dat ze een signaalfunctie moet bezitten. Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat niet-traditionele merken zoals kleur- en geurmerken niet vermoed kunnen worden merken te zijn, omdat kleuren en geuren doorgaans slechts eigenschappen van waren zijn, maar dat ze niet *a priori* uitgesloten kunnen worden van bescherming. Toch hebben we gezien dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen geurtekens naargelang de functie de geur vervult. Indien de geur zowel het product als het merk vormt, is bescherming niet mogelijk. Dit maakt dat de merkenbescherming van parfums, waar zoveel literatuur over bestaat en waar ook de grote financiële belangen op het spel staan, reeds sneuvelt op dit eerste criterium.

Voor geurtekens waarvan de geur niet samenvalt met de waar, kunnen we wel verder onderzoeken of deze voldoen aan de overige beschermingsvoorwaarden. Geurtekens kunnen slechts ingeschreven worden als merk wanneer ze opgenomen kunnen worden in het merkenregister, waarvoor ze vatbaar moeten zijn voor grafische voorstelling.

2.2 Vereiste van grafische voorstelling

2.2.1 Inhoud en doelstellingen van dit vereiste

TRIPs biedt Lidstaten de mogelijkheid merkenbescherming te beperken tot tekens die visueel waarneembaar zijn³⁹⁸, maar van die mogelijkheid is in de Europese Unie geen gebruik gemaakt. In de Europese teksten en het Beneluxverdrag wordt wel vereist dat het teken vatbaar is voor grafische voorstelling.³⁹⁹

Dit is een essentieel vereiste, in die zin dat een teken geen merk kan vormen wanneer het niet grafisch voorstelbaar is.⁴⁰⁰ Het onderscheidend vermogen moet dan zelfs niet meer beoordeeld worden.

De vatbaarheid voor grafische voorstelling is om twee redenen van groot belang.

³⁹⁸ Zie art. 15 TRIPs.

³⁹⁹ Zie art. 4 EMVO, art. 2 EMRL en art. 2.1.1 BVIE.

⁴⁰⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 46.

Ten eerste moet de grafische voorstelling zorgen voor de afbakening van het merk.⁴⁰¹ Een ingeschreven merk verleent de houder ervan een monopolie op het gebruik. Opdat derden kunnen weten welk teken precies het voorwerp van dit monopolie uitmaakt, moet de omvang van het monopolie nauwkeurig bekend gemaakt kunnen worden.⁴⁰²

Ten tweede moet dit vereiste de inschrijving van het merk in een openbaar register mogelijk maken. De bevoegde autoriteiten moeten zich een duidelijk en nauwkeurig beeld kunnen vormen van de aard van de tekens die het merk vormen, om te kunnen voldoen aan hun verplichtingen; de marktdeelnemers moeten kennis kunnen nemen van de inschrijvingen of aanvragen van hun concurrenten, om kennis te hebben van hun exclusieve rechten.⁴⁰³ Deze eis is dus ingegeven door het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁰⁴

De grafische voorstelling moet daarom aan een aantal criteria voldoen. Opdat degenen die het register raadplegen uit de inschrijving de precieze aard van het merk kunnen afleiden, is vereist dat deze als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk en begrijpelijk is.⁴⁰⁵ Gelet op de duur van de inschrijving en de mogelijkheid tot verlenging, moet de voorstelling duurzaam zijn.⁴⁰⁶ Om tot slot elke subjectieve factor bij de waarneming en identificatie van het teken uit te sluiten, moet ze ondubbelzinnig en objectief zijn.⁴⁰⁷

De precieze inhoud van dit vereiste wordt niet omschreven in de wetgeving. ‘Grafisch’ wordt door Van Dale gedefinieerd als ‘betrekking hebbend op de schrijf- of tekenkunst’. Een teken kan grafisch voorgesteld worden wanneer het beschreven kan worden met symbolen die getekend kunnen worden, wat inhoudt dat het teken het vermogen moet hebben om op papier te worden gezet en dus om visueel waarneembaar te zijn.⁴⁰⁸

⁴⁰¹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 48.

⁴⁰² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 41; Richtlijnen voor het onderzoek door het Bureau voor de harmonisatie van de interne markt (BHIM) voor gemeenschapsmerken, deel B: onderzoek, sectie 4: absolute weigeringsgronden, versie januari 2014, blz. 9; Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 36; L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 27; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 46.

⁴⁰³ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punten 49-51; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 46.

⁴⁰⁴ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 36.

⁴⁰⁵ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 52.

⁴⁰⁶ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 53.

⁴⁰⁷ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 54.

⁴⁰⁸ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 37; zie ook Richtlijnen voor het onderzoek door het Bureau voor de harmonisatie van de interne markt (BHIM) voor gemeenschapsmerken, deel B: onderzoek, sectie 4: absolute weigeringsgronden, versie januari 2014, blz. 9.

2.2.2 De grafische voorstelling van niet visueel waarneembare tekens

Niet-visueel waarneembare tekens worden niet opgesomd, maar ook niet uitgesloten in de EU-wetgeving.⁴⁰⁹ Het Hof van Justitie heeft daarom beslist dat een teken dat als zodanig niet visueel waarneembaar is, een merk kan vormen op voorwaarde dat het vatbaar is voor grafische voorstelling, 'inzonderheid door middel van figuren, lijnen of lettertekens, en die voorstelling duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpelijk, duurzaam en objectief is'.⁴¹⁰

Het grafisch voorstellen van een geur levert in de huidige stand van de wetenschap echter aanzienlijke moeilijkheden op.⁴¹¹ De verschillende opties die in de zaak *Sieckmann* voorgesteld waren, heeft het Hof stuk voor stuk afgekeurd.

De chemische formule werd niet voldoende begrijpelijk geacht, aangezien slechts een enkeling in een scheikundige formule een geur zal herkennen. Bovendien verwijst de formule naar de samenstelling van de stof en niet naar de geur van de stof, zodat zij daar geen voorstelling van is.⁴¹² De beschrijving van de geur werd wel grafisch, maar niet voldoende duidelijk, nauwkeurig en objectief geacht.⁴¹³ Het depot van een geurmonster werd niet als een grafische voorstelling gezien, en ook niet als voldoende stabiel en duurzaam.⁴¹⁴ Aangezien deze zaken afzonderlijk niet aan de criteria voldoen, wordt daaraan ook niet voldaan door een combinatie daarvan, met name op het punt van de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid, aldus het Hof.⁴¹⁵

Deze rechtspraak is terecht bekritiseerd in de rechtsleer. Vooral het feit dat ook de combinatie van depotvormen zonder meer afgekeurd wordt, lijkt overdreven: het zou niet op voorhand uitgesloten mogen zijn dat een dergelijke aanpak voldoende duidelijkheid zou kunnen verschaffen. Door dit oordeel heeft het Hof de inschrijving van

⁴⁰⁹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 44.

⁴¹⁰ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 55.

⁴¹¹ Standpunt van de Commissie, de Oostenrijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk in de zaak *Sieckmann*, zie HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 62.

⁴¹² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 69.

⁴¹³ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 70.

⁴¹⁴ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 71.

⁴¹⁵ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 72.

geuren niet theoretisch, maar wel praktisch onmogelijk gemaakt.⁴¹⁶ We zullen daarom de verschillende mogelijkheden kort opnieuw bekijken.

- **Een beschrijving in woorden**

Het Merkenbureau geeft in haar richtlijnen te kennen voor niet visueel waarneembare tekens (bijvoorbeeld geluidstekens en geurtekens) een beschrijving in woorden te aanvaarden, op voorwaarde dat deze duidelijk, nauwkeurig, als zodanig volledig, gemakkelijk toegankelijk, begrijpbaar, duurzaam en objectief is.⁴¹⁷ Na het arrest *Sieckmann* heeft het Merkenbureau echter aangekondigd geen geurmerken meer te aanvaarden.⁴¹⁸

Sieckmann had zijn geurmerk via verschillende depotvormen proberen inschrijven, waaronder de beschrijving 'een balsemachtig-fruitige geur met een zweem van kaneel'. Voor het Hof wees hij erop dat de beschrijving van geurtekens in woorden zowel in de Europese Unie als in de Verenigde Staten reeds aanvaard waren geweest en dat deze omschrijving overeenstemt met de in de EU gangbare classificatie van de parfumindustrie.⁴¹⁹ De Commissie vond echter dat deze beschrijving te subjectief was en tot subjectieve opvattingen aanleiding zou geven.⁴²⁰ De regering van het Verenigd Koninkrijk stelde in haar opmerkingen dat het in principe mogelijk is dat een geur via een beschrijving met woorden grafisch wordt voorgesteld, maar dat dit in de praktijk slechts zelden aanvaard zal kunnen worden, omdat het moeilijk is een beschrijving te geven die voldoende duidelijk en nauwkeurig is.⁴²¹ Dit werd ook opgemerkt door de advocaat-generaal; immers: wat is balsemachtig? Wat is fruitig? Hoe intens is de zweem van kaneel?⁴²²

⁴¹⁶ T. COHEN JEHORAM, C.J.J.C. VAN NISPEN en J.L.R.A. HUYDECOPER, *Merkenrecht*, Kluwer, 2009, 151.

⁴¹⁷ Richtlijnen voor het onderzoek door het Bureau voor de harmonisatie van de interne markt (BHIM) voor gemeenschapsmerken, deel B: onderzoek, sectie 4: absolute weigeringsgronden, versie januari 2014, blz. 9.

⁴¹⁸ OAMI News 3/2003.

⁴¹⁹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 59.

⁴²⁰ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 65.

⁴²¹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 66.

⁴²² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 41.

De conclusie van het Hof van Justitie dat een beschrijving in woorden in het algemeen niet zal voldoen aan de vereisten van duidelijkheid, objectiviteit en nauwkeurigheid, gaat echter te ver. Het lijkt ons dat de beschrijving in woorden niet in het algemeen afgekeurd kan worden, maar geval per geval bekeken dient te worden.⁴²³

De Amerikaanse auteurs hebben alvast weinig problemen met het aanvaarden van een beschrijving in woorden. Allen verwijzen ze daarbij naar de zaak *Clarke*, waarbij een geurmerk was toegekend voor 'een sterke, frisse bloemengeur, gelijkend op die van plumeriabloesems' voor breiwool en -draad.⁴²⁴ De moeilijkheid om geuren te beschrijven vindt HAMMERSLEY geen probleem, omdat er reeds eerder onprecieze beschrijvingen aanvaard zijn.⁴²⁵ Een beschrijving in woorden zou daarom aanvaard moeten worden.⁴²⁶ ELIAS heeft er anderzijds op gewezen dat de zaak *Clarke* een eerder uitzonderlijk geval was, omdat er nog geen geparfumeerde draad bestond.⁴²⁷ De welwillende houding van het Amerikaanse bureau en van sommige auteurs heeft waarschijnlijk vooral te maken met het sterke onderscheidend vermogen van dit merk, eerder dan met de precisie van deze omschrijving.

Sieckmann had echter nog een argument aangehaald waarop het Hof zelfs niet ingegaan is: dat de omschrijving 'een balsemachtig-fruitige geur met een zweem van kaneel' overeenstemt met de classificatie van de parfumindustrie in de Europese Unie⁴²⁸. Twee vragen rijzen: of deze beschrijving voor parfumeurs wel duidelijk en nauwkeurig is, en of het een probleem is dat ze dat enkel voor vakmensen is.

De Kamer van Beroep en het Hof van Justitie oordeelden beide dat bovenstaande omschrijving van het geurteken niet duidelijk was voor de consument. FEHLBAUM heeft hier een interessante kanttekening bij gemaakt. Hij vindt dat het Hof zich hier strenger

⁴²³ FEHLBAUM en ERLANDSSON zijn dezelfde mening toegedaan, zie P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 243-244; L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 30.

⁴²⁴ *In re Clarke*, 17 U.S.P.Q.2d (BNA) 1238 (T.T.A.B. 1990)

⁴²⁵ F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 131-132.

⁴²⁶ F. HAMMERSLEY, "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 132-133.

⁴²⁷ B. ELIAS, "Do scents signify source - an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 494-495.

⁴²⁸ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 59.

lijkt op te stellen dan voor andere niet-visueel waarneembare tekens, zoals geluids- en kleurmerken.⁴²⁹ Als grafische voorstelling van een geluidsteken werd de beschrijving in woorden evenmin aanvaard, maar wel die via een muziekpartituur.⁴³⁰ Nochtans kunnen niet alle consumenten bij het bekijken van een partituur toegang krijgen tot het teken.⁴³¹ Hetzelfde kan gezegd worden voor kleurtekens. Het Hof heeft daarvoor de verwijzing naar de code van een internationaal erkend kleurenclassificatiesysteem aanvaard.⁴³² Nochtans is deze code niet voor iedereen begrijpelijk. In beide gevallen moet degene die het merkenregister raadpleegt over een specifieke kennis bezitten. FEHLBAUM vindt daarom dat de beschrijving in woorden die wel begrijpelijk is voor andere geurproducenten, evenzeer aanvaard moet worden.⁴³³ Daar zit iets in. Het Hof geeft zelf aan dat de grafische voorstelling vooral van belang is voor de autoriteiten, opdat die zouden kunnen voldoen aan hun verplichtingen met betrekking tot de registratie, en voor de marktdeelnemers, zijnde de concurrenten, opdat die zouden kunnen nagaan waartoe de bescherming van het ingeschreven merk zich uitstrekt.⁴³⁴ De concurrenten die zelf een geurmerk zouden willen gebruiken en daartoe het merkenregister zouden raadplegen, zijn allicht zelf geurproducenten. Indien de geur zodanig beschreven is dat het voor vakmensen duidelijk is waartoe de bescherming zich precies uitstrekt, met name als deze voldoet aan de criteria voor grafische voorstelling, kan de beschrijving in woorden wel aanvaard worden. Zal dit over het algemeen niet evident zijn, dan dient het in elk geval niet *a priori* uitgesloten te worden, maar voor elk geval afzonderlijk bekeken te worden.

Of de beschrijving 'balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel' voldoende duidelijk en precies is voor vakmensen, daar hebben we onze twijfels bij. We zullen hierop terugkomen bij de bespreking van de geurenclassificatie.

Indien we de beschrijving in woorden aanvaarden, dan zal een eenvoudige geur hier veel gemakkelijker aan voldoen dan een complexe geur. 'De geur van frambozen' of 'de geur van versgemaaid gras' kan herkend worden door de consument en laat

⁴²⁹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 242.

⁴³⁰ HvJ C-283/01, *Shield Mark*, 2003, punt 64.

⁴³¹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 242.

⁴³² HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01.

⁴³³ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 242.

⁴³⁴ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 241.

concurrenten toe te zien dat er een anterioriteit bestaat.⁴³⁵ Dat het gras in Alicante niet hetzelfde ruikt als in Nederland⁴³⁶, hoeft niet te verhinderen dat consumenten de geur in beide landen als zodanig zullen herkennen.

Door FEHLBAUM is erop gewezen dat hierdoor een vreemde paradox ontstaat: hoe banaler een geur is, hoe gemakkelijker het zal zijn hem te beschrijven, maar hoe groter ook de noodzaak zal zijn om deze geur niet te laten reserveren door een bedrijf. Hoe complexer een geur is, hoe herkenbaarder en unieker deze zal zijn, maar hoe moeilijker te beschrijven. Dit onlogische gevolg is voor FEHLBAUM een reden om het vakjargon van parfumeurs te aanvaarden als beschrijving in woorden.⁴³⁷

Op dit punt zijn we het niet helemaal eens met FEHLBAUM. Zijn overweging lijkt voort te komen uit een soort rechtvaardigheidsgevoel: dat het voor parfumproducenten niet mogelijk is om een unieke, complexe geur te beschermen, terwijl een banale geur wel beschermd kan worden. In het merkenrecht draait het echter niet om de bescherming van de verdienstelijke geur; het draait enkel om de functie van herkomstaanduiding die de geur kan vervullen. De geurwaarneming verschilt zelfs voor eenvoudige geuren al enigszins per individu; voor complexe geuren zijn deze verschillen echter nog vele malen groter.⁴³⁸ Een eenvoudige geur kan vatbaar zijn voor grafische voorstelling via een beschrijving in woorden, wanneer deze beschrijving voor iedereen herkenbaar is. Aangezien we geuren eigenlijk voornamelijk beschrijven door te verwijzen naar hun bron, kan iedereen zich een voorstelling maken bij de geur van deze bron – tenminste indien deze bron voor iedereen herkenbaar is. Bij de beschrijving ‘de geur van versgemaaid gras’ of ‘de geur van rijpe aardbeien’ kunnen we ons iets voorstellen; dat iedereen deze geur lichtjes anders waarneemt doet daar niet aan af. Waarschijnlijk was Sieckmanns geurmerk wel aanvaard indien we ons allemaal iets zouden kunnen voorstellen bij ‘de geur van methylcinnamaat’. Een eenvoudige geur, van een zuivere stof of van een welgekende bron, lijkt ons vatbaar te zijn voor een beschrijving in woorden.

⁴³⁵ Tweede Kamer van Beroep BHIM R-156/1998-2, 1999, punten 13-14.

⁴³⁶ MEISTER vond de omschrijving ‘de geur van versgemaaid gras’ niet voldoende duidelijk, omdat ‘versgemaaid gras’ niet hetzelfde ruikt in zijn geboortestad als in Alicante. Zie H.E. MEISTER, “Markenfähigkeit und per se Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht”, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2000, 967.

⁴³⁷ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 243.

⁴³⁸ We verwijzen hiervoor naar hetgeen we uiteengezet hebben in het deels auteursrecht met betrekking tot de individuele geurwaarneming.

Dat dit niet mogelijk is voor complexe geuren, is wel spijtig voor parfumproducenten, maar anderzijds ook zeer logisch: we kunnen een complexe geur niet beschrijven in woorden, aangezien we dan niet naar een bron kunnen verwijzen, aangezien deze geur niet voor iedereen herkenbaar is, en vooral: aangezien we de geur allemaal zeer anders waarnemen.

Tot slot nog een opmerking over het vereiste van het Hof van Justitie dat de beschrijving in woorden de geur 'precies en nauwkeurig' moet weergeven. Indien we aanvaarden dat een beschrijving in woorden een grafische voorstelling van een geur kan vormen, rijst de vraag *hoe* precies en nauwkeurig deze voorstelling de geur moet weergeven. Deze vraag moet beantwoord worden in het licht van de functies van de grafische voorstelling: enerzijds de omvang van de bescherming af te bakenen en anderzijds de registratie mogelijk te maken. De registratie is inderdaad mogelijk via een beschrijving in woorden. De vraag blijft dan of een beschrijving op voldoende duidelijke en precieze wijze het voorwerp van de bescherming kan afbakenen. We staan hier nog even bij stil omdat het ons belangrijk lijkt daarbij de individuele verschillen in geurwaarneming in beschouwing te nemen. Het lijkt ons dat de Kamer van Beroep terecht de omschrijving 'de geur van versgemaaid gras' aanvaard heeft omdat deze voor iedereen *herkenbaar* is. Critici hebben hierop gereageerd dat deze redenering te weinig rekening hield met de vraag of de geur wel op precieze wijze grafisch voorstelbaar was.⁴³⁹ Er werd bijvoorbeeld opgemerkt deze geur verschilt naargelang de weersomstandigheden of de locatie. We menen echter dat de geur ook niet *zo* precies beschreven moet worden dat met deze verschillen rekening gehouden zou worden. Aangezien iedereen zelfs eenvoudige geuren lichtjes anders waarneemt, moet de beschrijving in woorden voldoende ruim zijn om met deze variatie rekening te houden. 'De geur van versgemaaid gras' is een voldoende nauwkeurige beschrijving, omdat iedereen dit teken kan herkennen, en deze geur dus de herkomst van de tennisballen kan aanduiden.⁴⁴⁰ Een nauwkeuriger beschrijving is net onmogelijk doordat deze geur niet voor iedereen hetzelfde is; maar aangezien het geurgeheugen van consumenten ook beperkt is⁴⁴¹, moeten we er rekening mee houden dat consumenten 'de geur van versgemaaid gras'

⁴³⁹ P. TURNER-KERR, "The smell of fresh cut grass", *EIPR* 2001, N-20.

⁴⁴⁰ Een gelijkaardige redenering vinden we bij L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 29.

⁴⁴¹ H.T. LAWLESS, "Exploration of fragrance categories and ambiguous odors using multidimensional scaling and cluster analysis", *Chemical Senses* 1989, 349-360.

aan een onderneming kunnen verbinden, maar geen variaties op deze geur zullen kunnen onthouden. Het is niet aanvaardbaar dat een andere onderneming voor zijn eigen tennisballen een geur van versgemaaid gras gebruikt die slechts licht afwijkt van deze van de merkhouder. Consumenten zullen dan het onderscheid niet meer kunnen maken. Het merk moet daarom voldoende ruim afgebakend worden. De beschrijving moet 'precies' het teken weergeven, maar enkel om de afbakening van het beschermingsvoorwerp mogelijk te maken. De 'geur van versgemaaid gras' is daarom voldoende precies, ook al kunnen er verschillen in omstandigheden of geurwaarneming bestaan. De 'geur van rijpe aardbeien' levert mogelijk meer problemen op, omdat we deze geur kennen uit verschillende bronnen (bijvoorbeeld verzorgingsproducten, snoep, melkproducten) die allemaal verschillend ruiken, zodat deze geur niet voldoende herkenbaar en daardoor niet voldoende precies is.

▪ De chemische formule

Sieckmann had een geurmerk aangevraagd voor de geur van de zuivere stof methylcinnamaat (kaneelzuurmethylester), met scheikundige formule $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$.⁴⁴²

Deze voorstellingwijze werd niet aanvaard door het Hof van Justitie.

Ten eerste is het geen voorstelling van de geur zelf, maar van de reukstof; ten tweede is ze niet voldoende duidelijk en nauwkeurig.⁴⁴³ De advocaat-generaal merkte ook op dat slechts een enkeling in staat zou zijn een geur te interpreteren aan de hand van de chemische formule van het product, dat wil zeggen de elementen waaruit deze bestaat en de hoeveelheden die voor de verkrijging ervan moeten worden gemengd. Daarbij komt dat eenzelfde product door toevallige factoren als de concentratie, de omgevingstemperatuur of de drager waarop het is toegepast verschillende geurtekens kan afgeven.⁴⁴⁴ Van zij die het register raadplegen, kan niet verwacht worden dat ze de aard van het teken afleiden uit chemische formules.⁴⁴⁵

⁴⁴² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 11.

⁴⁴³ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 69.

⁴⁴⁴ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 40.

⁴⁴⁵ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 41.

Daar komt nog bij dat identieke geuren gecreëerd kunnen worden aan de hand van verschillende chemische samenstellingen.⁴⁴⁶ Indien men de geur zelf wil inschrijven als merk, volstaat het niet te beschrijven via welke substantie de geur gecreëerd kan worden. De grafische voorstelling van de geur moet los staan van de vraag via welke substantie precies de aanvrager ze gecreëerd heeft. Indien de houder van een geurmerk wil kunnen opkomen tegen elk merkgebruik van deze geur, ook als deze via een andere substantie voortgebracht wordt, kan de beschrijving van deze substantie niet aanvaard worden als grafische voorstelling van de geur.

- **Geurenclassificatie**

Voor kleurmerken heeft het Hof van Justitie aanvaard dat deze grafisch voorgesteld kunnen worden door verwijzing naar de code van de betrokken kleur in een internationaal erkend kleurenclassificatiesysteem, zoals Pantone of RAL.⁴⁴⁷

In het arrest *Eden*, dat ging over een geurmerk voor 'de geur van rijpe aardbeien' heeft het Gerecht van Eerste Aanleg opgemerkt dat er voor geuren vooralsnog geen internationaal aanvaard classificatiesysteem bestaat dat zou toelaten een geurteken objectief en nauwkeurig te identificeren door het toewijzen van een naam of precieze code voor elk geur.⁴⁴⁸

Enig onderzoek leert ons dat er inderdaad al lang vruchteloos pogingen gedaan zijn om voor geuren een classificatiesysteem op te stellen. Deze problemen hangen samen met de aard van geuren. In 1945 merkte PARRY op dat er 'talrijke pogingen gedaan zijn om geuren te classificeren, die alle empirisch en nutteloos waren en waarvan de meeste kinderlijk en absurd waren'.⁴⁴⁹ Sindsdien is er veel onderzoek gebeurd naar de werking

⁴⁴⁶ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 491; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 243.

⁴⁴⁷ HvJ 6 mei 2003, *Libertel/BMB*, C-104/01.

⁴⁴⁸ GEA T-305/04, *Eden SARL/BHIM*, 2005, punt 34.

⁴⁴⁹ Geciteerd uit W. MCCARTNEY, *Olfaction and odours, an osphresiological essay*, Berlijn, Springer-Verlag, 111.

van onze reukzin. De mogelijkheid om geurmoleculen te identificeren is echter niet gepaard gegaan met de mogelijkheid ze te classificeren; door dit onderzoek is eerder gebleken waardoor geuren classificeren zo moeilijk is.⁴⁵⁰

De moeilijkheid is vooral dat we niet goed in staat blijken om geuren te identificeren en te beschrijven. Een geur beschrijven komt neer op het aanwijzen van het object dat de geur voortbrengt. De kleur blauw hoeven we echter niet te beschrijven door te verwijzen naar 'de kleur van de lucht'.⁴⁵¹ De vooruitgang van de chemische wetenschap heeft echter geleerd dat de interactie tussen geurstoffen zeer complex is; de geur van koffie wordt niet door een enkele chemische stof voortgebracht.⁴⁵²

De traditionele modellen voor de herkenning van patronen in eigenschappen zijn niet zomaar toe te passen op geuren. Deze zijn gebaseerd op domeinen die gemakkelijk manipuleerbare dimensies of kenmerken hebben, zoals visuele stimuli.⁴⁵³ Geuren zijn echter van alomvattende aard: we nemen een geur in zijn geheel waar in plaats van er patronen in te herkennen.⁴⁵⁴ Daar komt nog bij dat er tussen verschillende individuen grote verschillen zijn in geurwaarneming. Dit heeft ten eerste te maken met 'specifieke anosmie', geurblindheid voor bepaalde chemische stoffen, alsook met stabiele verschillen in geurblindheid tussen personen.⁴⁵⁵ LAWLESS heeft erop gewezen dat we duizenden geuren kunnen onderscheiden, terwijl de bestaande classificatieschema's slechts gebruik maken van enkele geuren, die dan 'primair' genoemd worden. Dit heeft allicht te maken met het feit dat we slechts 7 ± 2 geuren kunnen opslaan in ons kortetermijngeheugen. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat deze schema's slechts gebruik maken van 7 ± 2 'primaire' geuren.⁴⁵⁶

⁴⁵⁰ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23.

⁴⁵¹ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23.

⁴⁵² J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23.

⁴⁵³ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23.

⁴⁵⁴ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23.

⁴⁵⁵ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 23; zie ook naar hetgeen we hierover uiteengezet hebben in het deel auteursrecht.

⁴⁵⁶ H.T. LAWLESS, "Exploration of fragrance categories and ambiguous odors using multidimensional scaling and cluster analysis", *Chemical Senses* 1989, 349-360.

De parfumindustrie heeft een eigen woordenschat ontwikkeld om geuren te beschrijven. Dit moet de classificatie van geuren bij parfumeurs onderling vergemakkelijken.⁴⁵⁷ CURTIS en WILLIAMS hebben een systeem gecreëerd waarbij de verschillende geurfamilies afgekort worden tot codes van 3 letters. Deze geurfamilies worden telkens beschreven via verwijzing naar dezelfde termen, die op hun beurt omschreven worden door gebruik van dezelfde set termen. De 'bloemige' familie bijvoorbeeld wordt afgekort als FLO; daarin zit onder meer kamperfoelie, dat beschreven wordt als zoet (SWE), bloemig (FLO), zwaar (HVY), oranjebloesem (OFL), tuberoos (TBR), honing (HNY) en roos (ROS); roos wordt op zich aangeduid als zoet (SWE), bloemig (FLO), honing (HNY), balsemachtig (WXY), licht kruidig (SPI) en fruitig (FRU).⁴⁵⁸ Dit systeem is autoreferentieel, maar heeft als voordeel dat het een snelle methode is om geuren om te zetten op een gelijkaardige manier als ze geïnterpreteerd worden door de neus.⁴⁵⁹

Een ander belangrijk classificatiesysteem dat gebruikt wordt in de parfumerie is de onderverdeling van geurstoffen naargelang hun verdampingssnelheid. POUCHER heeft een lijst opgesteld van parfumingrediënten gerangschikt volgens de verdampingssnelheid en op basis daarvan hoofd-, hart- en basisnoten onderscheiden.⁴⁶⁰

De bestaande classificatiesystemen lijken ons niet voldoende precies om gebruikt te kunnen worden voor de registratie van geurmerken. We kunnen aannemen dat parfumeurs zich wel iets kunnen voorstellen bij de omschrijving 'balsemachtig-fruitig met een zweem van kaneel', maar het lijkt ons niet mogelijk dat ze zich hiermee een precieze voorstelling van de geur kunnen maken. Een verwijzing naar de bron, 'de zuivere stof methylcinnamaat', lijkt ons dan veel ondubbelzinniger.

- **Depot van een geurmonster**

⁴⁵⁷ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 31.

⁴⁵⁸ T. CURTIS en D.G. WILLIAMS, *Introduction to perfumery*, Hertordshire, Ellis Horwood, 2001, 49.

⁴⁵⁹ J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 31.

⁴⁶⁰ Geciteerd uit J.N. KAYE, *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001, 31.

Het depot van een geurmonster levert meer moeilijkheden op. Het Hof van Justitie heeft terecht geoordeeld dat dit om te beginnen geen grafische voorstelling is. Het werd daarnaast niet voldoende stabiel en duurzaam geacht⁴⁶¹; vereisten die worden ingegeven door het feit dat het recht op het merk in principe oneindig verlengd kan worden.⁴⁶² Door de vluchtige aard van de stof zou de chemische compositie doorheen de tijd veranderen, tot de geur verdampt en na enige tijd volledig verdwenen is.⁴⁶³ De geurmonsters zouden dus om de zoveel tijd hernieuwd moeten worden, wat echter het probleem van hun moeilijke toegankelijkheid nog niet oplost.^{464 465}

Het lijkt in elk geval duidelijk dat een geurmonster hoogstens een ondersteunende functie zal kunnen vervullen. Het kan als zodanig niet beschouwd worden als een grafische voorstelling van het teken, wat uitdrukkelijk vereist wordt door de wetgeving.

Het is misschien een beetje jammer dat deze enkele constatering in de weg moet staan aan het gebruik van geurmonsters. De grafische voorstelling moet verzekeren dat de contouren van het merk afgebakend zijn en dat iedereen er kennis van kan nemen⁴⁶⁶, maar er zijn andere manieren denkbaar om deze doelen te bereiken dan de grafische voorstelling.

Aangezien het teken bestaat uit de geur, zou het ideaal zijn dat de consumenten en marktdeelnemers rechtstreeks toegang krijgen tot deze geur.⁴⁶⁷ In de huidige stand van de technologie lijkt het moeilijk om een geur rechtstreeks toegankelijk te maken via raadpleging van het merkenregister via internet. Wat echter wel een optie lijkt, is dat in het merkenregister een eenvoudige knop voorzien wordt bij geurmerken waarmee iedereen een staal van de geur kan aanvragen. Deze verantwoordelijkheid om gratis

⁴⁶¹ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 71.

⁴⁶² HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 53.

⁴⁶³ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 33.

⁴⁶⁴ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 243; zie ook Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 42.

⁴⁶⁵ In de Verenigde Staten aanvaardt het USPTO het depot van geurmonsters. Een stukje papier dat gedrenkt is in de reukstof moet in een luchtdicht verzegeld plastic zakje gedeponerd worden en om de 5 jaar vernieuwd worden. Geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 33.

⁴⁶⁶ Zie supra.

⁴⁶⁷ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 33.

stalen te verzenden via de post zou men op de merkhouders kunnen laten rusten.⁴⁶⁸ De raadpleging van de geur zou dan niet onmiddellijk, maar wel via een korte tijdsspanne en bovendien rechtstreeks mogelijk zijn.

Het ziet er echter naar uit dat hier in de nabije toekomst weleens verandering in zou kunnen komen. De laatste jaren hebben bedrijven namelijk naarstig onderzoek gedaan naar geurtechnologie en nieuwe geurtoepassingen. De komende jaren zullen allicht de eerste toestellen op de markt verschijnen die toelaten het gebruik van internet, televisie en videospelletjes te verrijken met geurwaarnemingen. Vorig jaar is zelfs een app voorgesteld waarmee je aan de OPhone, een apparaat dat 16 verschillende aromacapsules bevat, de instructie kan geven om binnen enkele seconden de gewenste geur te produceren.⁴⁶⁹ De eerste OPhones zijn in staat uit deze 16 capsules honderden verschillende geuren te creëren, maar met de nieuwe generatie zullen dat er duizenden worden.⁴⁷⁰

Dit idee is niet nieuw: reeds in de jaren '90 was de iSmell ontwikkeld, een soort geurenprinter. Deze bestond uit een metalen schelp met 128 'geurpatronen', die op instructie van een computer een bepaalde geurstof samenstelde die door een waaijer verspreid werd. Na het faillissement van de producent hebben andere bedrijven verder gewerkt op dit idee: het gebruik van software om instructies te geven aan hardware om geuren te produceren en vrij te geven aan de gebruikers. Zo was *AromaJet* in staat om via 16 ingrediënten geuren via internet bij de gebruiker te brengen die in het bezit is van een geurenprinter. Het Japanse *Kaori Web* stond internetgebruikers toe een kookdemonstratie zowel te bekijken als te ruiken. *Osmooze* werd gebruikt in e-mailprogramma's: telkens wanneer een bericht van een bepaald contact binnenkwam, werd de aan dat contact gelinkte geur verspreid. Procter & Gamble heeft zelfs *Scentsories* geïntroduceerd, een toestel dat 'geur-cd's' speelde. Het spectaculairste toestel werd in 2005 onthuld: de *Scent Dome*. Dit toestel bevat geurpatronen gevuld met

⁴⁶⁸ Een mogelijke moeilijkheid waar we ons zelf bewust van zijn heeft te maken met privacy: in tegenstelling tot de raadpleging van een internetregister, verloopt het verzenden van stalen via de post minder of niet anoniem.

⁴⁶⁹ A.K. RAYMOND, "The internet of smells: startups race to cash in on the latest fad", 2014, <http://uk.businessinsider.com/internet-smells-ophone-startups-2014-3?r=US>.

⁴⁷⁰ A.K. RAYMOND, "The internet of smells: startups race to cash in on the latest fad", 2014, <http://uk.businessinsider.com/internet-smells-ophone-startups-2014-3?r=US>

20 verschillende geuroliën. Op instructie van de computer stelt de *Scent Dome* een bepaalde geurstof samen en verspreidt deze door de kamer.⁴⁷¹

Wanneer deze nieuwe technologieën ingeburgerd raken – wat mogelijk al in de nabije toekomst zal gebeuren – zou dat enorme mogelijkheden bieden voor de registratie van geurmerken. Deze zouden rechtstreeks toegankelijk kunnen worden bij raadpleging van het merkenregister. Gebruikers zouden dan eenvoudig van thuis uit het geurmerk kunnen raadplegen, op een duidelijke, nauwkeurige, objectieve, als zodanig volledige, toegankelijke en duurzame manier.⁴⁷² Vooralsnog staat het vereiste van grafische voorstelling echter in de weg aan deze mogelijkheid.

▪ **Gaschromatogram**

Enkele auteurs hebben erop gewezen dat er nog een grafische voorstellingsmethode bestaat die nog niet is voorgelegd aan het Hof van Justitie: de afbeelding van de samenstelling van de geur via een gaschromatogram.⁴⁷³

ERLANDSSON heeft gepleit voor een toepassing van gaschromatografie om geuren grafisch te beschrijven, omdat via gaschromatografie duidelijke en kwalitatieve informatie verkregen kan worden over complexe reukstoffen. Deze methode maakt gebruik van een kolom waarin absorberende stoffen zitten die een reukstof scheiden in haar afzonderlijke bestanddelen; de hoeveelheid van elke stof wordt berekend aan de hand van de tijd die nodig is om de stof te scheiden uit het mengsel.⁴⁷⁴ De resultaten worden grafisch voorgesteld in een chromatogram. De bestanddelen worden geïdentificeerd via massaspectrometrie, zelfs indien ze slechts in zeer lage concentraties aanwezig zijn. Voor ERLANDSSON moet de mogelijkheid om een geur op deze manier voor te stellen ten

⁴⁷¹ Al deze voorbeelden zijn geciteerd uit A.K. RAYMOND, "The internet of smells: startups race to cash in on the latest fad", 2014, <http://uk.businessinsider.com/internet-smells-ophone-startups-2014-3?r=US>.

⁴⁷² Zo ook L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 34.

⁴⁷³ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 31; P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 231 en 243.

⁴⁷⁴ J. HAWES, "Fragrances as trademarks", *TMR* 1989, 140; LYONS, D., "Sound, smell and signs", *EIPR* 1994, 541.

minste theoretisch aanvaard worden. Ze voegt er wel zelf aan toe dat deze methode ook niet altijd betrouwbaar is voor de analyse van geuren, aangezien er in reukstoffen ook bestanddelen zitten die geen bijdrage leveren aan de geur.⁴⁷⁵ Toch is het een zeer precieze methode, die normaal zal toelaten de geur te reconstrueren.⁴⁷⁶

Anderen hebben deze methode bekritiseerd, omdat ze niet de geur als zodanig weergeeft, maar de chemische samenstelling van haar reukstof.⁴⁷⁷

Noch het Hof van Justitie, noch het Merkenbureau hebben zich al uitgesproken over deze mogelijkheid. In Zweden en Frankrijk zijn echter aanvragen voor geurmerken ingetrokken nadat de bureaus hadden meegedeeld dat niet voldaan was aan het vereiste van grafische voorstelling, aangezien niet voldoende informatie was verstrekt over de technische omstandigheden waarin de chromatografie was uitgevoerd.⁴⁷⁸ In het Verenigd Koninkrijk werd geoordeeld dat een gaschromatogram niet begrijpelijk is voor personen die het merkenregister raadplegen, waardoor zij de geur niet kunnen identificeren.⁴⁷⁹

In zijn conclusie voor de zaak *Sieckmann*, heeft advocaat-generaal COLOMER er eveneens op gewezen dat er in de wetenschap verschillende manieren bestaan om geuren op te tekenen, maar dat deze voor de registratie van een geurmerk niet voldoen aan de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid.⁴⁸⁰

Hier zit iets in. In Frankrijk was bijvoorbeeld een geurmerk aangevraagd op basis van de volgende informatie: 'geurmerk; grafische voorstelling van een bepaalde vorm – bestaande uit een hoofdnoot van jacinthe en meloen, een hartnoot van roos, cyclamen, muguet, jasmijn, accord marin en een basisnoot van iris en muskus - onder de vorm van

⁴⁷⁵ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 30.

⁴⁷⁶ G. STIX, "Scent Prospectors", *Scientific American* 1997, 21; geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 30.

⁴⁷⁷ V. BARBET, P. BREESE, N. GUICHARD, *Le marketing olfactif: une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Les Presses du management, 1999, 326.

⁴⁷⁸ In Zweden ging het op aanvraag nr. A98/821 en A98/822; in Frankrijk om aanvraag nr. 97-658 685 en 97-698179. Geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 31.

⁴⁷⁹ John Lewis of Hungersford Ltd's Trade Mark Application [2001] 28 R.P.C. 575, 587; geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 31.

⁴⁸⁰ Concl. D. COLOMER bij HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 44.

een chromatogram (staal beschikbaar als alternatieve zintuiglijke beschrijving).⁴⁸¹ In dit geval werd de weergave van het chromatogram dus gecombineerd met een beschrijving van de bestanddelen. De beschrijving via technische middelen kan inderdaad zeer precies zijn, maar ze stelt hetzelfde probleem als de voorstelling van de chemische formule: voor degene die het merkenregister raadpleegt is het moeilijk op basis van deze informatie te begrijpen om welke geur het gaat. FEHLBAUM wijst erop dat het veel eenvoudiger is om een geur te analyseren via een chromatogram, dan om andersom een geur op te roepen aan de hand van een chromatografische weergave.⁴⁸² We kunnen dus moeilijk stellen dat deze voorstelling duidelijk, gemakkelijk toegankelijk en begrijpelijk is.

FEHLBAUM vindt dat de beschrijving van een geur via technische middelen misschien op zich niet voldoet als grafische voorstelling, maar dat ze ook niet geheel verworpen dient te worden: ze kan een nuttig hulpmiddel zijn voor de beschrijving van een geur. Hij stelt voor de praktijk te laten uitwijzen welk middel het meest geschikt is om een geur grafisch voor te stellen.⁴⁸³

We willen erkennen dat gaschromatografie een zeer nuttige bijdrage kan vormen voor de beschrijving van geuren, aangezien ze toelaat de bestanddelen te identificeren en geuren doorgaans beschreven worden via een verwijzing naar de bestanddelen. We moeten echter de argumenten van de critici volgen: net als de chemische formule, verwijst een gaschromatogram naar de bestanddelen van de reukstof, dus een methode om de geur opnieuw samen te stellen. Tussen de reukstof en de geur heerst echter geen 1-op-1-relatie: het is zeer goed mogelijk dat dezelfde geur gecreëerd kan worden via andere chemische samenstellingen. Eén van deze samenstellingen kan dan niet gezien worden als dé grafische voorstelling van deze geur.

- **Beschrijving via een afbeelding**

⁴⁸¹ Het ging om aanvraag nr. 99824562; geciteerd uit P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 231.

⁴⁸² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 242.

⁴⁸³ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 243.

De aanvraag van Eden voor een geurmerk voor ‘de geur van rijpe aardbeien’ bevatte naast de verbale beschrijving een afbeelding van een rijpe aardbei. Deze afbeelding werd door het Gerecht van Eerste Aanleg echter niet als een grafische voorstelling van het geurteken beschouwd: de afbeelding stelde slechts de vrucht voor, en niet de geclaimde geur.⁴⁸⁴ Terecht: een afbeelding van het voorwerp dat de geur uitzendt, zal waarschijnlijk niet duidelijker en preciezer zijn dan de beschrijving en is ook geen voorstelling van de geur zelf.⁴⁸⁵

▪ De combinatie van verschillende depotvormen

Zowel in de zaak *Libertel* (die handelde over kleurmerken), *Sieckmann* als *Eden* werd geoordeeld dat wanneer elk voorstellingsmiddel afzonderlijk niet aan de vereisten van grafische voorstelling voldoet, daaraan evenmin wordt voldaan door de combinatie ervan, en dat minstens één van de elementen van de voorstelling moet voldoen aan alle voorwaarden.⁴⁸⁶

In de literatuur is terecht opgemerkt dat het enkele feit dat geen van de onderdelen zelf aan alle vereisten voldoet, er niet aan in de weg zou mogen staan dat het totaal van de weergaven en beschrijvingen er wel aan voldoet. De verschillende depotvormen kunnen immers duidelijkheid over elkaar verschaffen.⁴⁸⁷

Het vereiste van grafische voorstelling creëert momenteel een moeilijk overbrugbare kloof voor de registratie van geurtekens. Enkel de beschrijving in woorden lijkt te *kunnen* voldoen aan dit vereiste, maar enkel wanneer ze voldoet aan de vereisten van het Hof van Justitie, namelijk dat ze duidelijk, volledig, objectief, begrijpelijk, gemakkelijk toegankelijk en als zodanig volledig is. De beschrijving zal waarschijnlijk slechts zelden aan dit vereiste kunnen voldoen. Enkel de verwijzing naar een geur die voor iedereen herkenbaar is, zoals ‘de geur van versgemaaid gras’ lijkt in aanmerking te

⁴⁸⁴ GEA T-305/04, *Eden SARL v. BHIM*, 2005, punt 40.

⁴⁸⁵ Zo ook L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 32.

⁴⁸⁶ HvJ C-273/00, *Sieckmann*, 2002, punt 72; HvJ C-104/01, *Libertel/BMB*, 2003, punt 36; GEA T-305/04, *Eden SARL v. BHIM*, 2005, punt 45.

⁴⁸⁷ T. COHEN JEHOAM, C.J.J.C. VAN NISPEN en J.L.R.A. HUYDECOPER, *Merkenrecht*, Kluwer, 2009, 151.

komen. Nochtans is het waarschijnlijk dat er in de toekomst nieuwe manieren zullen ontstaan om geuren kenbaar te maken via het merkenregister, ook al zijn ze op zich niet grafisch voorstelbaar. We denken dan bijvoorbeeld aan de mogelijkheden van de 'geurprinters' waaraan door verschillende bedrijven gewerkt wordt. We gaan dan ook helemaal akkoord met SCHAAL, die vindt dat nieuwe merken – vooral geurmerken – een belangrijk potentieel bieden voor innovatieve goederen en diensten, en dat de wetgeving moet meegaan met nieuwe innovaties in plaats van ze tegen te houden.⁴⁸⁸ Het probleem van de grafische voorstelling is maar een technisch probleem dat de weigering van geurmerken niet rechtvaardigt.⁴⁸⁹

2.3.3 Toekomst: schrapping vereiste van grafische voorstelling

Er wordt momenteel op Europees vlak gewerkt aan een modernisering van het merkenrecht. De Merkenverordening zou op verschillende punten gewijzigd worden. In maart 2013 heeft de Europese Commissie een ontwerp voor een nieuwe verordening ingediend.⁴⁹⁰

Het vereiste van vatbaarheid voor grafische voorstelling zou vervangen worden door een nieuw criterium: het teken moet vatbaar zijn voor 'een zodanige voorstelling dat de bevoegde autoriteiten en het publiek in staat zijn nauwkeurig te bepalen wat het precieze voorwerp is van de aan de houder verleende bescherming'.⁴⁹¹

De Commissie stelt in de overwegingen dat het basisvereiste van grafische voorstelling verouderd is, wat voor sommige niet-traditionele merken heel wat rechtsonzekerheid meebrengt. De voorstelling met andere dan grafische middelen kan zelfs de voorkeur verdienen boven een grafische voorstelling, omdat deze een preciezere identificatie van het merk mogelijk maakt en dus de rechtszekerheid dient. De voorgestelde nieuwe definitie laat daarom de mogelijkheid open voor de inschrijving van merken die vatbaar

⁴⁸⁸ C. SCHAAL, "The registration of smell trademarks in Europe: another EU harmonisation challenge", 2003, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.

⁴⁸⁹ K.H. FEZER, "Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken – Marken-Orchideen als innovatieve Wirtschaftsgüter", *WRP* 1999, 575, 578-579; K.-H. Fezer, "Was macht ein Zeichen zur Marke? – Die Latente Herkunftsfunktion als rechtliche Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit einer Marke", *WRP* 2000, 7-8.

⁴⁹⁰ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, 27 maart 2013.

⁴⁹¹ Art. 1, (9) Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, 27 maart 2013.

zijn voor een voorstelling met technologische middelen welke daartoe bevredigende waarborgen bieden.⁴⁹²

Dit voorstel is intussen geamendeerd door het Europees Parlement, dat enkele wijzigingen aan dit artikel heeft aangebracht: EU-merken kunnen worden gevormd door alle tekens die 'met gebruikmaking van een algemeen toegankelijke technologie in het register van EU-merken kunnen worden weergegeven op een wijze die de bevoegde autoriteiten en het publiek in staat stelt het specifieke en precieze voorwerp van de aan de houder ervan verleende bescherming vast te stellen'.⁴⁹³ Met deze aanpassing heeft het Europees Parlement de voorgestelde versoepeling van de Europese Commissie enigszins teruggeschoefd: nog steeds is vereist dat de merken opgenomen moeten kunnen worden in een register, zij het via 'algemeen toegankelijke middelen' in plaats van via grafische middelen.

Deze aanpassing opent de deur voor nieuwe technologieën, zoals geurprinting, die toelaten rechtstreeks kennis te nemen van de geur bij raadpleging van het merkenregister. Het ziet er naar uit dat deze wijziging binnenkort ingevoerd zal worden⁴⁹⁴, wat we alleen maar kunnen toejuichen.

⁴⁹² Toelichting bij het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, 27 maart 2013, blz. 8.

⁴⁹³ Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 25 februari 2014 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, amendement 24.

⁴⁹⁴ Zeer recent is met vertegenwoordigers van het Europees Parlement een voorlopig akkoord bereikt over de hervorming van het merkenrecht, zodat de voorgestelde wijziging allicht in de nabije toekomst doorgevoerd zal worden. Zie de persmededeling van 21 april 2015, <http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2015/04/21-trade-marks-reform-presidency-secures-provisional-agreement/>.

HOOFDSTUK 2. Beschermingsvoorwaarden

1. Onderscheidend vermogen

1.1 Wettelijke grondslag

Het vereiste onderscheidend vermogen is dé beschermingsvoorwaarde voor merken. Ze wordt door zowel de internationale verdragen als de Europese Merkenverordening- en richtlijn en het Beneluxverdrag uitdrukkelijk vereist: een teken kan pas een merk vormen mits het in staat is de waren of diensten van een onderneming te onderscheiden.⁴⁹⁵

Dit vereiste is dermate belangrijk, dat tekens die geen onderscheidend vermogen bezitten geen geldig merk kunnen vormen. Generische⁴⁹⁶, beschrijvende⁴⁹⁷ en gebruikelijke⁴⁹⁸ tekens zijn uitgesloten van bescherming. De inschrijving zal van deze tekens zal toch aanvaard worden wanneer de aanvrager kan aantonen dat het merk, als gevolg van het gebruik dat ervan is gemaakt, onderscheidend vermogen heeft verkregen voor de waren of diensten waarvoor inschrijving is aangevraagd.⁴⁹⁹

1.2. Standpunt van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft al meermaals benadrukt dat het onderscheidend vermogen dé ultieme voorwaarde is voor het vervullen van de essentiële functie van het merk. Het merk moet zich ertoe lenen om 'de waar waarvoor inschrijving wordt aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waar van die

⁴⁹⁵ Art. 15.1 TRIPs; art. 4 EMVO; art. 2 EMRL; art. 2.1.1 BVIE.

⁴⁹⁶ Art. 7.1.b EMVO; art. 3.1.b EMRL; art. 2.11.1.b BVIE.

⁴⁹⁷ Art. 7.1.c EMVO; art. 3.1.c EMRL; art. 2.11.1.c BVIE.

⁴⁹⁸ Art. 7.1.d EMVO; art. 3.1.d EMRL; art. 2.11.1.d BVIE.

⁴⁹⁹ Art. 7.3 EMVO; art. 3.3 EMRL; art. 2.28.2 BVIE.

van andere ondernemingen te onderscheiden”.⁵⁰⁰ Dit principe moet bijdragen aan de onvervalste mededinging, die enkel kan bestaan indien ondernemingen hun klanten aan zich kunnen binden door de kwaliteit van hun waren of diensten, hetgeen slechts mogelijk is wanneer er tekens bestaan met behulp waarvan die waren en diensten kunnen worden geïdentificeerd.⁵⁰¹ Het is niet nodig dat consumenten de onderneming bij naam kunnen noemen: het gaat om een abstracte herkomstbepaling.⁵⁰²

Belangrijk met betrekking tot geurmerken is dat het Hof eveneens al meermaals benadrukt heeft dat er géén verdergaande vereisten gesteld mogen worden al naargelang de aard van het teken. Bepaalde soorten tekens, waarvan het minder aannemelijk lijkt dat het publiek er een herkomstaanduiding in zal herkennen, mogen niet *a priori* strenger beoordeeld worden. Het volstaat dat het merk het relevante publiek in staat stelt de oorsprong van de waren of diensten te herkennen en deze te onderscheiden van die van andere ondernemingen.⁵⁰³

1.3 Gevaar voor uitputting?

In de Amerikaanse doctrine is een theorie ontwikkeld met betrekking tot kleurmerken, volgens dewelke de monopolisering van kleuren via het merkenrecht de vrije concurrentie te zeer beperkt. Deze auteurs stellen dat het aantal kleuren dat consumenten kunnen waarnemen en onthouden beperkt is en dat consumenten een voorkeur zullen hebben voor bepaalde kleuren. Het toekennen van monopolies op kleuren verkleint de ‘vijver’ waaruit concurrenten kunnen putten bij het kiezen van kleuren voor hun eigen producten.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ HvJ C-108/97, *Windsurfing Chiemsee/Huber*, 1999; HvJ C-342/97, *Lloyd/Klijnsen*, 1999, punt 22; HvJ C-517/99, *Merz & Krell GmbH & Co*, 2001, punten 22-24; HvJ C-53/01, *Linde, Winward, Rado/DPMA*, 2003, punt 40.

⁵⁰¹ HvJ C-517/99, *Merz & Krell GmbH & Co*, 2001, punt 21.

⁵⁰² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 179.

⁵⁰³ HvJ C-329/02, *SAT.1/BHIM*, 2004, punt 41; in dezelfde zin: HvJ C-299/99, *Philips Electronics/Remington*, 2002, punten 47-50; HvJ C-64/02, 2004, *BHIM/Erpo*, punt 32; HvJ C-265/09, *BHIM/Borco-Marken-Import Matthiesen*, 2010, punt 38; geciteerd uit F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 71.

⁵⁰⁴ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 22-23.

Sommige auteurs hebben gesteld dat dit gevaar evenzeer bestaat voor geuren.⁵⁰⁵ Anderen wijzen erop dat er zodanig veel geuren en geurcombinaties bestaan, dat dit een onterechte vrees is.⁵⁰⁶ Inderdaad is de mens in staat duizenden geuren te herkennen, hoewel er grote individuele verschillen bestaan.⁵⁰⁷

ERLANDSSON heeft erop gewezen dat er wel veel geuren bestaan, maar dat deze niet allemaal even efficiënt of aantrekkelijk zijn om als merk te dienen, alleen al omdat de voorkeur voor bepaalde geuren ook cultureel bepaald is.⁵⁰⁸ In die zin is het aantal beschikbare geuren inderdaad beperkt. We gaan akkoord met deze auteur dat er een gevaar ontstaat wanneer te snel besloten wordt tot overeenstemming tussen geurtekens⁵⁰⁹. Dat is echter een kwestie die in deze fase van het onderzoek nog niet aan de orde is.

Sommigen hebben in navolging van de Duitse doctrine voorgesteld dat – in het algemeen belang – strengere beoordelingscriteria moeten worden aangelegd voor bepaalde types van merken, om de belangen van concurrenten te vrijwaren. Het Hof van Justitie heeft deze theorie echter niet zomaar aanvaard⁵¹⁰: in meerdere arresten heeft het Hof duidelijk gemaakt dat er in elk concreet geval nagegaan moet worden of een merk onderscheidend vermogen heeft, en dat er geen merken bestaan die door hun aard of door hun gebruik wel onderscheidend vermogen hebben, maar toch de waren of diensten niet kunnen onderscheiden.⁵¹¹ Dit betekent dat geuren niet omwille van hun aard aan strengere beoordelingscriteria mogen worden onderworpen. Het blijft uiteraard wel mogelijk dat de perceptie van het relevante publiek zal verschillen per type merk: consumenten zijn niet gewend om in een geur een merk te herkennen.

⁵⁰⁵ H. BURTON, “The UK trade marks act 1994: An invitation to an olfactory occasion?”, *EIPR* 1995, 381; B. ELIAS, “Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances”, *Trademark Rep.* 1992, 488.

⁵⁰⁶ J. HAWES, “Fragrances as trademarks”, *TMR* 1989, 153.

⁵⁰⁷ De gemiddelde persoon kan tweeduizend verschillende geuren, terwijl dat getal voor een expert tot 10 000 kan oplopen. Geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 23.

⁵⁰⁸ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 23.

⁵⁰⁹ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 23.

⁵¹⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 68-69, met verwijzing naar de relevante rechtspraak.

⁵¹¹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 70-71, met verwijzing naar de relevante rechtspraak.

1.4 Inhoud van het vereiste

Belangrijk te onderlijnen is dat onderscheidend vermogen niet parallel is aan het originaliteitsvereiste uit het auteursrecht of het nieuweheidsvereiste uit het octrooirecht. Er is helemaal geen creativiteit vereist voor de creatie van het teken.⁵¹² Er kan ook een bestaand of een onorigineel teken genomen worden; het is noodzakelijk maar voldoende dat het in staat is de functie van herkomstaanduiding te vervullen. Het moet dus *iets* hebben dat toelaat te onderscheiden.⁵¹³ Dit hoeft niet aan het teken als zodanig te liggen: het onderscheidend vermogen kan ook voortvloeien uit het niet-vanzelfsprekende verband met de waren of diensten waarvoor het aangevraagd wordt.

1.5 Toepassing op geurmerken

Consumenten herinneren zich niet steeds de merknaam van een product, maar mogelijk wel andere kenmerkende eigenschappen. Geur kan daar een van zijn.⁵¹⁴ Gezien de directe interactie tussen geur en geheugen, is het goed mogelijk dat consumenten geuren gebruiken om producten te onderscheiden.⁵¹⁵

Het onderscheidend vermogen moet bestaan en moet beoordeeld worden op het tijdstip van de aanvraag van het geurmerk.⁵¹⁶ Het moet beoordeeld worden in samenhang met de waren of diensten waarvoor het wordt aangevraagd.⁵¹⁷ Deze omstandigheden verschillen naargelang het geval, zodat in elk geval een concreet onderzoek moet gebeuren.⁵¹⁸ Een geurmerk bestaande uit 'de geur van frambozen' kan bijvoorbeeld wél distinctief zijn voor motorolie, maar niet voor geurkaarsen.

⁵¹² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 187.

⁵¹³ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 187.

⁵¹⁴ J. HAWES, "Fragrances as trademarks", *TMR* 1989, 143.

⁵¹⁵ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 15.

⁵¹⁶ Zie HvJ C-332/09 P, *BHIM/Frosch*, 2010.

⁵¹⁷ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 71.

⁵¹⁸ Zie onder meer HvJ C-383/99, *Baby-Dry*, 2001.

Het lijkt ons dat een geurmerk slechts van bij aanvang onderscheidend vermogen kan bezitten, wanneer het ofwel aangebracht is op producten die normaal niet gekenmerkt worden door een specifieke geur⁵¹⁹, ofwel om een zeer andere geur gaat dan consumenten normaal van de betrokken waren of diensten verwachten. In deze gevallen gaat het om een ongewoon kenmerk, dat genoeg opvalt om opgemerkt te worden door de consumenten.⁵²⁰ Het is dan ook logisch dat generische geurmerken, bestaande uit geuren die we normaal verwachten bij een product, niet geregistreerd kunnen worden. Zo ook zal een geur die door de consumenten opgevat wordt als functioneel of als een louter decoratief element niet onderscheidend zijn. De Kamer van Beroep wees het geurmerk 'de geur van frambozen' voor motorolies af omdat consumenten deze geur zullen opvatten als een manier om de onaangename geur van de olie te maskeren, en niet als een herkomstaanduiding.⁵²¹

Een geur die in eerste instantie niet als herkomstaanduiding wordt geïnterpreteerd door het publiek, kan wel onderscheidend vermogen verkrijgen door inburgering. Een geur die nieuw en ongebruikelijk is voor de betreffende categorie van waren of diensten zal waarschijnlijk gemakkelijker onderscheidend vermogen verkrijgen.⁵²² Waar het aantonen van onderscheidend vermogen *ab initio* niet evident zal zijn voor geurmerken, lijkt het ons dat veelal gebruik gemaakt zal worden van het bewijs van inburgering.

Specifiek voor geurmerken, hebben sommige auteurs moeite met het feit dat de geur bij sommige producten pas waarneembaar wordt na de opening van de verpakking, die soms pas kan plaatsvinden na de aankoop van het product. De geur kan volgens deze auteurs niet als herkomstaanduiding fungeren.⁵²³ Het Amerikaanse USPTO vereist trouwens dat de geur aangebracht wordt op de verpakking van het product.⁵²⁴ We mogen echter niet vergeten dat de geur misschien niet bij de eerste aankoop van het

⁵¹⁹ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 16.

⁵²⁰ Id.

⁵²¹ Kamer van Beroep 5 december 2001, R 711/1999-3, punt 6.

⁵²² L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 19.

⁵²³ Zie bv. B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 480.

⁵²⁴ Zie aanvraag nr. 74-720993; geciteerd uit L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 20.

product als merk zal dienen, maar dat de consument zich bij een volgende gelegenheid mogelijk wel de geur zal herinneren en daarom opnieuw voor dat product zal kiezen.

2. TOELAATBAARHEID

Zowel in het Beneluxverdrag als in de Europese teksten staat een uitsluiting voor drie types van vormmerken die interessant kunnen zijn voor ons onderzoek.⁵²⁵ Volgens het Hof van Justitie gaat het om tekens die geen merk *kunnen* vormen. De uitsluitingen zijn van toepassing wanneer het teken uitsluitend bestaat uit de vorm van de waar of de grafische voorstelling ervan.⁵²⁶ Ze moeten beoordeeld worden tegen de achtergrond van het algemeen belang dat eraan ten grondslag ligt.⁵²⁷ Deze beoordeling dient nauwgezet te gebeuren, gezien het belang van de uitzonderingen als afbakening met de andere intellectuele eigendomsrechten.⁵²⁸ De bedoeling is te vermijden dat via het merkenrecht een eeuwigdurend monopolie verkregen zou worden op vormen van verpakkingen of producten die tot het openbaar domein behoren of het resultaat zijn van de aard van het product, zijn bestemming of zijn gebruik.⁵²⁹

Het is natuurlijk niet evident geurmerken als vormmerken te beschouwen. De uitsluitingen zijn bestemd voor driedimensionale merken, bestaande uit de vorm van de waar of de verpakking.⁵³⁰ De wetgever had daarbij zeker geen olfactorische merken voor ogen.⁵³¹ Indien we echter de beschermingsmogelijkheden van niet-traditionele merken als geurmerken willen nagaan, is het noodzakelijk na te gaan of deze niet als uitgesloten vormmerken gekwalificeerd kunnen worden.

⁵²⁵ Zie art. 7.1.e EMVO, art. 3.1.E EMRL en art. 2.1.2 BVIE.

⁵²⁶ HvJ C-299/99, *Philips Electronics/Remington*, 2002, r.o. 76; HvJ C-218/01, *Henkel*, 2004, r.o. 36.

⁵²⁷ HvJ C-48/09, *Lego Juris/BHIM & Mega Brands*, 2010, punt 43; geciteerd uit F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 52.

⁵²⁸ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 189.

⁵²⁹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 188, over de ratio achter de gelijkende uitsluitingen in de Franse wet.

⁵³⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 51.

⁵³¹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 188.

Er is sprake van een vormmerk wanneer het voorkomen van een waar of van haar verpakking in staat is om het product naar zijn industriële of commerciële herkomst te herkennen.⁵³² Een geur lijkt ons een aspect van het uiterlijke voorkomen van de waar, die mogelijk naar de industriële of commerciële herkomst kan verwijzen. De geur is *een van* de zintuiglijk waarneembare vormen van de waar. Bij het opstellen van de uitzonderingen had men misschien geen geuren voor ogen, maar indien de bekommernis die aan de uitsluiting ten grondslag ligt evengoed opgaat voor geuren, kunnen we de uitsluiting hiervoor toepassen.⁵³³

1. Tekens die uitsluitend bestaan uit een vorm die door de aard van de waar wordt bepaald⁵³⁴

Indien de vorm van de waar de enige is waaronder een waar zich kan voordoen of verhandeld kan worden, kan deze vorm niet gemonopoliseerd worden: anders oordelen zou immers neerkomen op het toekennen van een monopolie op de fabricatie en verkoop van de waar, wat uiteraard niet de bedoeling van het merkenrecht is.⁵³⁵

Toegepast op geuren betekent dit dat de geur die eigen is aan de waar waardoor hij verspreid wordt, nooit een merk kan vormen. De geur mag dus niet de gewoonlijke, natuurlijke geur van de waar zijn. Deze uitzondering is niet meer dan logisch: het gaat hier niet eens om een teken, maar om een natuurlijke eigenschap van de waar.

2. Tekens die uitsluitend bestaan uit een vorm die noodzakelijk is om een technische uitkomst te verkrijgen⁵³⁶

⁵³² Aldus Hof 's-Gravenhage 15 mei 1957, *BIE* 1958, 22, geciteerd uit F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 51.

⁵³³ Erlandsson besluit dat de toepassing van de uitsluitingen uitgebreid kan worden tot geuren op basis van het feit dat parfum bestaat uit een natuurlijke vloeistof die om het even welke vorm kan aannemen, terwijl in de richtlijnen van het Merkenbureau staat dat 'vloeistof om het even welke vorm kan aannemen'. Dit is geen correcte redenering: indien de geur als vormmerk gezien kan worden, is het de geur zelf die de vorm van de waar is, niet de vorm van de vloeistof die de geur voortbrengt en dus van de verpakking daarvan. Zie L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 24.

⁵³⁴ Art. 7.1.e, i) EMVO, art. 3.1.e, i) EMRL, art. 2.1.2 BVIE.

⁵³⁵ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 53.

⁵³⁶ Art. 7.1.e, ii) EMVO, art. 3.1.e, ii) EMRL, art. 2.1.2 BVIE.

De uitsluiting moet in elk geval toegepast worden wanneer de vorm van de waar in feite een uitvinding is, die onder het octrooirecht thuishoort. Maar ook andere vormen waarvan de essentiële kenmerken nodig zijn om een technisch resultaat te bereiken volstaan.⁵³⁷ Let wel: deze vorm moet noodzakelijk zijn om een technische uitkomst te verkrijgen. Het doel van de uitsluiting is immers te vermijden dat de inschrijving van de vorm als merk zou verhinderen dat andere ondernemingen deze technische oplossing kunnen gebruiken.⁵³⁸

Deze uitzondering kan toegepast worden om de inschrijving als merk te weigeren van geuren die gericht zijn op het bereiken van een technisch resultaat. Zoals we gezien hebben in het deel betreffende octrooirecht, is het inderdaad denkbaar dat er producten op de markt worden gebracht die een geur met een bepaalde functie verspreiden, bijvoorbeeld om ongedierte af te schrikken. Het technisch resultaat dat men met deze uitvinding bekomt, namelijk het creëren van een geur die ongedierte afschrikt, kan als zodanig niet gemonopoliseerd worden via een octrooi: het staat andere ondernemingen immers vrij andere manieren te bedenken om ditzelfde technisch resultaat te bereiken. Het is dan ook onaanvaardbaar deze geur wel te laten monopoliseren via het merkenrecht.

3. Tekens die uitsluitend bestaan uit een vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft⁵³⁹

Deze uitsluitingsgrond is van toepassing op waren waarvan hun uiterlijk en vormgeving in belangrijke mate hun marktwaarde bepalen dankzij hun fraaiheid of oorspronkelijk karakter.⁵⁴⁰ Het gaat dan weliswaar om de marktwaarde die de vorm aan de waar

⁵³⁷ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 55.

⁵³⁸ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 56.

⁵³⁹ Art. 7.1.e, iii) EMVO, art. 3.1.e, iii) EMRL, art. 2.1.2 BVIE.

⁵⁴⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 53, met verwijzing naar rechtspraak van het Benelux Gerechtshof.

toevoegt op grond van zijn esthetische aantrekkelijkheid zelf en niet op grond van andere factoren.⁵⁴¹

De Europese rechtspraak heeft verduidelijkt dat het moet gaan om vormen die de intrinsieke waarde van de waar bepalen: dat de vorm de waarde van het product enkel verhoogt, is niet voldoende.⁵⁴² De vorm moet in staat zijn in grote mate het gedrag van de consument te bepalen, waarbij het volstaat dat de vorm een belangrijk criterium is voor de consument, eventueel naast andere criteria.⁵⁴³

Het doel van deze uitsluiting is duidelijk: het merkenrecht kan niet gebruikt worden om waardevolle vormgevingen, die de wetgever bij voorrang via het modellenrecht en auteursrecht heeft willen beschermen, te laten monopoliseren via een onbeperkt hernieuwbaar merkenrecht.⁵⁴⁴

Deze uitzondering is zeer interessant voor geurmerken.

Indien een geur gericht is op het creëren van een technisch resultaat, valt ze onder de tweede uitsluitingsgrond. Indien de geur van esthetische aard is, kan ze mogelijk onder deze uitsluitingsgrond gebracht worden. Voor verschillende auteurs is deze uitsluiting reden om merkenbescherming voor de geur van parfums af te wijzen: de geur geeft immers een wezenlijke waarde aan het parfum, in die mate dat de keuze van de consumenten waarschijnlijk zelfs voornamelijk door de geur bepaald zal worden.⁵⁴⁵ Er zijn echter ook andere producten denkbaar waarbij de geur weliswaar een utilitaire functie zal hebben, maar toch vooral vanwege zijn esthetische aantrekkelijkheid de doorslag zal geven voor de consumenten. Daarbij denken we bijvoorbeeld aan badproducten en douchegels, waarbij de geur weliswaar een functie heeft (de huid lekker doen ruiken en onfrisse geurtjes wegwerken), maar waarbij de geur zelf in veel gevallen de doorslag zal geven omwille van zijn esthetische kenmerken (consumenten

⁵⁴¹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 53.

⁵⁴² F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 54.

⁵⁴³ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 54.

⁵⁴⁴ Kamer van beroep, R-497/2005-1, 2008, punt 26; bevestigd door Gerecht, T-508/08, 2011; geciteerd uit F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 55.

⁵⁴⁵ Zie L. BURGUNDER, "Trademark protection of product characteristics: a predictive model", *Journal of Public Policy & Marketing* 1997, 478; R. ANNAND, en H. NORMAN, *Blackstone's Guide to the Community Trademark*, Blackstone Press Limited, Londen, 1998, 45; P. B. HUGENHOLTZ, noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002, 197; L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 25.

kiezen veelal het badproduct met de lekkerste geur). Het geurmerk bestaat dan inderdaad uit een vorm die een wezenlijke waarde aan de waar geeft.

De uitsluiting voor vormmerken legt belangrijke beperkingen op de registratie van geurmerken. Deze uitsluitingen hebben tot gevolg tot deze tekens geen merk *kunnen* vormen; inburgering kan zelfs niet aangetoond worden.⁵⁴⁶

Er zal ten eerste geen registratie kunnen gebeuren voor geurmerken waarvan de geur een normale eigenschap van de waar is. Ten tweede kan een geur niet als merk geregistreerd worden wanneer ze gericht is op het bereiken van een technisch resultaat. De formule voor het geurproduct dat deze geur verspreidt, kan via het octrooirecht beschermd worden, maar de geur zelf kan noch via het octrooirecht, noch via het merkenrecht gemonopoliseerd worden.

Vooraf voor de bescherming van parfums, waar toch het grootste deel van de literatuur over gaat, wordt een onoverkomelijke hindernis gevormd door de uitsluiting voor vormmerken die een wezenlijke vorm aan de waar geven. Zelfs wanneer we zouden aanvaarden dat een geur de functie van een teken kan vervullen, kan dit niet het geval zijn wanneer consumenten het product dat de geur verspreidt kopen omwille van de geur zelf. Dit is in lijn met het onderliggende beginsel van het merkenrecht van onafhankelijkheid tussen merk en product.⁵⁴⁷ De geur van een parfum kan daarom nooit geregistreerd worden als merk voor het parfum zelf.

⁵⁴⁶ Zie art. 7.3 EMVO, art. 3.3 EMRL: de mogelijkheid tot inburgering wordt beperkt tot niet-onderscheidende, gebruikelijke of beschrijvende tekens. In de Benelux geldt dit principe sinds het *Adidas*-arrest van het Benelux Gerechtshof, BenGH 23 december 1985, *Adidas/De Laet*, Jur. 1985, 38.

⁵⁴⁷ D. LYONS, "Sounds, smell and signs", *EIPR* 1994, 540; L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 25.

HOOFDSTUK 3. GEVOLGEN VAN BESCHERMING

1. Rechten verbonden aan het Europees merk

De beschermingsomvang van het geregistreerd merk wordt omschreven in art. 9.1 EMVO:

“Het Gemeenschapsmerk⁵⁴⁸ geeft de houder een uitsluitend recht. Dit recht staat de houder toe, iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van het teken in het economische verkeer te verbieden:

- a) dat gelijk is aan het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk ingeschreven is;
- b) dat gelijk is aan of overeenstemt met het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten indien daardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan; verwarring omvat het gevaar van associatie met het merk;
- c) dat gelijk is aan of overeenstemt met het Gemeenschapsmerk en gebruikt wordt voor waren of diensten die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het Gemeenschapsmerk ingeschreven is, indien het een in de Gemeenschap bekend merk betreft en indien door het gebruik zonder geldige reden van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het oudere merk.”

Opdat sprake kan zijn van een merkinbreuk, zijn dus verschillende elementen vereist: 1) dat het gaat om een ‘gebruik’⁵⁴⁹, 2) dat dit gebruik zich afspeelt in het economisch verkeer en 3) dat het gaat om een gebruik *als merk*.⁵⁵⁰ Met dit laatste wordt een gebruik

⁵⁴⁸ Met de inwerkingtreding van de nieuwe merkenverordening, die binnenkort gestemd zal worden, wordt de term ‘Gemeenschapsmerk’ vervangen door ‘Europees merk’. We spreken daarom reeds over ‘Europese merken’.

⁵⁴⁹ Art. 9.2 EMVO geeft een niet-limitatieve opsomming van wat onder ‘gebruik’ valt. Relevant voor geurmerken is vooral ‘het aanbrengen van het teken op de waren of op de verpakking’ (art. 9.2.a EMVO).

⁵⁵⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 198-204.

bedoeld dat aan een van de functies van het merk afbreuk doet.⁵⁵¹ Voor geurmerken betekent dit dat het geurteken aangebracht moet worden op de waren of de verpakking of – minder waarschijnlijk, maar eveneens mogelijk – gebruikt wordt bij het verstrekken van diensten. Dit gebruik zal zich normaal inderdaad in het economisch verkeer afspelen. Maar het geurteken moet ook *gebruikt worden als merk*: indien de geur dus slechts een eigenschap is van de waar, maar niet als merk gebruikt wordt, kan er geen sprake zijn van wederrechtelijk merkgebruik. Dit zou voor de merkhouder weleens een moeilijke bewijslast kunnen meebrengen: waar het voor visueel waarneembare tekens veelal duidelijk zal zijn of het om een merkgebruik gaat, lijkt dit voor een geur, die eerder geïnterpreteerd zal worden als een eigenschap, moeilijker aan te tonen.

De toepassing van deze bepalingen is echter niet evident voor geurmerken. Wanneer zijn geuren immers gelijk of overeenstemmend? Wanneer is er gevaar voor verwarring bij het publiek? Hoe moet de rechter die geconfronteerd wordt met een inbreukvordering hiermee omgaan? We zullen deze vragen kort overlopen.

1.1 Vergelijking van de tekens

Het eerste verbodsrecht van de merkhouder slaat op *gelijke* tekens voor *dezelfde* waren of diensten. Stel bijvoorbeeld dat een concurrent van Senta Aromatic Marketing plots ook tennisballen met ‘de geur van versgemaaid gras’ op de markt zou brengen en de merkhouder een vordering instelt. Hoe kan bepaald worden of het inderdaad om identieke tekens gaat?

De term ‘gelijk’ spreekt eigenlijk voor zich: dit veronderstelt dat de twee tekens in elk opzicht overeenstemmen⁵⁵². Wel aanvaardt het Hof van Justitie dat de tekens eveneens gelijk zijn wanneer het teken in zijn geheel beschouwd slechts verschillen vertoont die zo onbeduidend zijn dat zij aan de aandacht van de gemiddelde consument

⁵⁵¹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 201, met verwijzing naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie.

⁵⁵² F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 204.

ontsnappen.⁵⁵³ Bij visueel waarneembare tekens wordt de overeenstemming tussen de tekens beoordeeld door te kijken naar de visuele, auditieve en begripsmatige gelijkenissen⁵⁵⁴, waarbij meer op de overeenkomsten dan op de verschillen moet worden gelet.⁵⁵⁵ Uiteindelijk dient de beoordeling wel te gebeuren op basis van de totaalindruk die de tekens wekken.⁵⁵⁶

Bij geuren lijkt deze beoordeling al wat moeilijker: de rechter kan proberen de verschillen en gelijkenissen tussen beide geuren te duiden en vast te stellen of eventuele kleine verschillen aan de aandacht van de gemiddelde consument zouden ontsnappen. Hier botsen we echter opnieuw op het probleem dat geuren zeer moeilijk te beschrijven en te classificeren zijn. Het is weliswaar de totaalindruk die telt, maar de uitkomst zou in té sterke mate kunnen afhangen van de ontwikkeling van de reukzin van de rechter. Zoals we reeds zagen kunnen er grote verschillen bestaan in de geurwaarneming van verschillende individuen⁵⁵⁷, wat niet interessant is met het oog op de uniformiteit van de rechtspraak.⁵⁵⁸

Het lijkt dus raadzaam dat rechters zoveel als mogelijk beroep doen op objectieve vergelijkingsmethoden.

De samenstelling van de producten is op objectieve wijze te vergelijken, maar dit is geen geschikte aanpak. We zagen immers reeds dat een gelijke geur geen gelijke samenstelling veronderstelt, en *vice versa*.⁵⁵⁹

Volgens FEHLBAUM is de beste methode om geuren te vergelijken een empirische test waaraan een bepaald aantal consumenten deelneemt. ELIAS had deze optie afgewezen omdat de resultaten van dergelijke tests niet betrouwbaar zouden zijn: deze zouden door te veel verschillende factoren kunnen variëren, zoals anosmie bij een deel van de

⁵⁵³ HvJ C-558/08, *Portakabin/Primakabin*, 2010, punt 48.

⁵⁵⁴ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 215.

⁵⁵⁵ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 217.

⁵⁵⁶ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 217.

⁵⁵⁷ Zie supra.

⁵⁵⁸ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 37.

⁵⁵⁹ Zie supra.

bevolking, verschillen in leeftijd, geslacht en hormoonspiegels.⁵⁶⁰ FEHLBAUM wijst er echter terecht op dat dergelijke subjectieve factoren ook kunnen meespelen bij het beoordelen van andere soorten merken. Om de invloed van dergelijke factoren te minimaliseren volstaat het een representatief staal van de bevolking te nemen.⁵⁶¹ De vraag blijft dan natuurlijk in hoeverre de resultaten van een dergelijke test doorslaggevend kunnen zijn. In het deel auteursrecht stelden we reeds dat de rechter zelf moet kunnen bepalen of er sprake is van een inbreuk en deze taak niet uit handen kan geven. Bij een inbreuk op het merkenrecht bestaat natuurlijk dat verschil dat deze vergelijking dient om een verwarringsrisico vast te stellen bij de gemiddelde consumenten. Een consumententest kan daarom in een merkenkwestie wél aanvaard worden. Maar er is nog een moeilijkheid. FEHLBAUM haalt een Franse zaak aan waarin aan consumenten gevraagd werd twee parfums te vergelijken. 83% van de ondervraagden oordeelde dat de geuren gelijk waren. Voor FEHLBAUM laat een dergelijk resultaat toe te besluiten dat er sprake is van een inbreuk.⁵⁶² Ons lijkt echter dat in dit geval hoogstens besloten kan worden dat beide geuren overeenstemmend zijn, maar zeker niet dat ze gelijk zijn. Gelijkheid veronderstelt immers dat de geuren identiek zijn en dat eventuele kleine verschillen zullen ontsnappen aan de aandacht van het publiek. Indien 17% van de ondervraagden echter oordeelt dat de geuren niet gelijkend zijn, kan daar moeilijk sprake van zijn.

Een andere betrouwbare manier om geuren te vergelijken, is volgens FEHLBAUM het vergelijken van de resultaten van een gaschromatografische analyse op beide geuren.⁵⁶³ Hier hebben we echter enige problemen mee: deze resultaten verwijzen naar de samenstelling van de reukstoffen, niet naar de geuren als zodanig. In dezelfde zaak als hierboven was vastgesteld dat de 31 bestanddelen van het parfum *Ostentation* overeenstemden met de 33 bestanddelen waaruit *Trésor* bestond. Dit is voor FEHLBAUM voldoende reden om te besluiten dat de geurtekens misschien niet identiek, maar wel zeker overeenstemmend zijn.⁵⁶⁴ Dit kan echter niet besloten worden zonder de geuren

⁵⁶⁰ B. ELIAS, "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 490-491; zie ook L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 37.

⁵⁶¹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 247.

⁵⁶² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

⁵⁶³ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 248.

⁵⁶⁴ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 248.

zelf te vergelijken. Misschien bevat *Trésor* ook nog 2 andere bestanddelen die een zeer eigen karakter aan die geur verlenen?

Laten we echter ook niet vergeten dat de grafische voorstelling net als doel heeft de beschermingsomvang van het merk af te bakenen. Indien een geurmerk geregistreerd is via een beschrijving in woorden, die voldoende duidelijk en nauwkeurig is, kan de rechter het verondersteld inbreukmakende teken vergelijken met de verbale beschrijving van het ingeschreven geurmerk.⁵⁶⁵

De vergelijking zal allicht gemakkelijker zijn voor eenvoudige geurmerken dan voor complexe geurmerken.⁵⁶⁶ Voor 'de geur van frambozen' bijvoorbeeld zal de gelijkheid waarschijnlijk eenvoudig geconstateerd kunnen worden. Voor 'de geur van versgemaaid gras' zal volgens FEHLBAUM een beschrijving via een chromatografische analyse of een beschrijving in vaktermen van de parfumeurs noodzakelijk zijn; indien consumenten de geur allen herkennen als 'de geur van versgemaaid gras' lijkt ons echter dat het wel degelijk om identieke tekens kan gaan.⁵⁶⁷

Voor complexe geurmerken zitten we met het probleem dat deze moeilijker te beschrijven⁵⁶⁸ en daardoor ook moeilijker te vergelijken zijn. Indien deze geuren daadwerkelijk identiek zijn of zodanig gelijkend zijn dat verschillen aan de aandacht zullen ontsnappen, kunnen we weliswaar aannemen dat het niet al te moeilijk zal zijn tot gelijkheid te besluiten. Laten we echter ook niet vergeten dat de kans voor complexe geuren kleiner is dat ze daadwerkelijk als identiek beschouwd zullen worden.⁵⁶⁹

1.2 Verwarringsgevaar

De tweede grond - het gebruik van identieke of overeenstemmende tekens voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten – kan slechts ingeroepen worden indien er bovendien verwarringsgevaar bestaat. Verwarringsgevaar is het doorslaggevende

⁵⁶⁵ Zie in die zin ook P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 248.

⁵⁶⁶ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

⁵⁶⁷ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

⁵⁶⁸ Zie supra.

⁵⁶⁹ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 251.

beoordelingscriterium om te bepalen of er sprake is van overeenstemming en soortgelijkheid.⁵⁷⁰ Dit hangt samen met de herkomstaanduiding als essentiële functie van het merk. Dit betekent niet dat er onder de eerste grond geen verwarringsgevaar bestaat; indien echter gelijke tekens worden gebruikt voor dezelfde waren of diensten, mag de rechter ervan uitgaan dat afbreuk wordt gedaan aan een van de essentiële functies van het merk, tot het tegendeel bewezen is.⁵⁷¹ Indien de tekens slechts overeenstemmen of gebruikt worden voor gelijksoortige waren of diensten, moet dit verwarringsgevaar afzonderlijk aangetoond worden. Laten we immers niet vergeten dat identieke of overeenstemmende merken wél gebruikt mogen worden voor producten die niet gelijksoortig zijn.⁵⁷² Zo kan het verwarringsgevaar verondersteld worden wanneer een andere producent van brandstoffen plots ook een frambozenaroma toevoegt aan zijn producten⁵⁷³, of een andere producent van tennisballen deze ook voorziet van de geur van versgemaaid gras. De merkhouders zullen uiteraard niet kunnen voorkomen dat deze geuren gebruikt worden voor bijvoorbeeld zepen.

Volgens FEHLBAUM zal er ook verwarringsgevaar bestaan wanneer de geurhandtekening van een parfumeur (zoals de combinatie van tonkaboon, iris en grijze amber in de parfums van Guerlain) door een andere parfumeur integraal kan waargenomen worden in een ander parfum.⁵⁷⁴ Met deze stelling zijn we het niet eens. Twee geuren moeten in hun geheel vergeleken worden om te besluiten of er sprake kan zijn van verwarringsgevaar. Dat beide geuren dezelfde kenmerkende combinatie aan bestanddelen bevatten, is niet voldoende: er kunnen immers nog vele andere bestanddelen toegevoegd zijn aan beide parfums waardoor de geuren geheel verschillen.

Indien het om een bekend merk gaat, is echter niet altijd vereist dat de tekens gebruikt worden voor soortgelijke waren of diensten: de Merkenverordening voorziet een derde grond voor die gevallen waar een bekend merk gebruikt wordt voor niet-soortgelijke waren of diensten, indien daardoor ongerechtvaardigd voordeel getrokken wordt uit of

⁵⁷⁰ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 208.

⁵⁷¹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 211.

⁵⁷² P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

⁵⁷³ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

⁵⁷⁴ P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 249.

afbreuk gedaan wordt aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het bekende merk.

Nu lijkt het weinig waarschijnlijk dat een geurmerk, los van de waren of diensten waarvoor het doorgaans gebruikt wordt, een zodanig grote bekendheid heeft verkregen dat consumenten ook bij gebruik voor niet-soortgelijke waren of diensten de link met het geurmerk zullen leggen. De geur van een parfum kan wel degelijk grote bekendheid genieten, maar we hebben gezien dat deze geur niet zijn eigen onderscheidend teken kan vormen.⁵⁷⁵ Voor de secundaire en tertiaire geurtekens lijkt de kans klein dat deze een voldoende grote bekendheid genieten.

Hoe groter het onderscheidend vermogen van het geurmerk, hoe groter het verwarringsgevaar zal zijn.⁵⁷⁶

Voor de beoordeling van het verwarringsgevaar lijkt een beroep op een consumentenbevraging ons de beste optie. ERLANDSSON stelt terecht dat het beoordelen van een verwarringsgevaar niet overgelaten kan worden aan experts, omdat deze een veel sterker ontwikkelde geurwaarneming hebben dan de gemiddelde consument die in contact komt met beide geuren.⁵⁷⁷

Het lijkt dus moeilijk een inbreuk vast te stellen op een geurmerk, tenzij het merk een sterk onderscheidend vermogen verkregen heeft.⁵⁷⁸

2. Bijzondere situatie in de Benelux

In de Benelux heeft de merkhouders nog een vierde verbodsrecht: hier heeft men gebruik gemaakt van de door art. 5.5 EMRL geboden mogelijkheid om deze grond in te voeren in

⁵⁷⁵ Zie supra; zie ook P. FEHLBAUM, *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 250.

⁵⁷⁶ HvJ C-251/95, *Sabel/Puma*, 1997, punt 24; HvJ C-342/97, *Lloyd/Klijsen*, 1999, punt 20; HvJ C-425/98, *Marca Mode/Adidas Benelux*, 2000, punt 39.

⁵⁷⁷ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 37.

⁵⁷⁸ L. ERLANDSSON, *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, 37.

de nieuwe wetgeving.⁵⁷⁹ Luidens deze grond kan de merkhouders het gebruik van een teken eveneens verbieden 'wanneer dat teken gebruikt wordt anders dan ter onderscheiding van waren of diensten, indien door gebruik, zonder geldige reden, van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk'.⁵⁸⁰

Dit verbodsrecht biedt enige mogelijkheden voor de houders van geurmerken. Elk gebruik – niet noodzakelijk in het economisch verkeer⁵⁸¹ – van de geur wordt verboden, mits wordt aangetoond dat er nadeel wordt berokkend aan de merkhouders en dit zonder geldige reden. Onder deze grond valt ook het gebruik van het merk niet ter onderscheiding, maar louter *ter versiering* van onder een eigen merk verhandelde waren.⁵⁸² GOTZEN en JANSSENS hebben opgemerkt dat een dergelijke versiering helemaal niet nodig lijkt, zodat de gebruiker wellicht geen geldige reden zal kunnen invoeren voor zijn handelwijze.⁵⁸³ Indien het merk echter bestaat uit een geur, betekent dit dat anderen dan de merkhouders geen enkel gebruik mogen maken van deze geur, indien ze daarmee zonder geldige reden voordeel trekken uit of schade berokkenen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het geurmerk. Het is niet langer vereist dat de geur gebruikt wordt als merk; dat de geur gebruikt wordt om waren of diensten aantrekkelijker te maken volstaat al. Daarvoor zal dus wel vereist zijn dat het geurmerk een grote bekendheid verworven heeft. Deze kans lijkt ons eerder klein: van de geuren van parfums kunnen we aannemen dat ze bekend zijn, maar deze kunnen niet geregistreerd worden als merk. Dit verbodsrecht kan enkel gebruikt worden voor andere geurmerken, die niet onder een van de uitgesloten vormmerken vallen. De kans lijkt ons klein dat deze geuren een grote bekendheid zullen verwerven, maar deze mogelijkheid is niet uit te sluiten.

⁵⁷⁹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 240.

⁵⁸⁰ Art. 2.20.1.d BVIE.

⁵⁸¹ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 240.

⁵⁸² BenGH 23 december 1985, *Adidas/De Laet*, 38.

⁵⁸³ F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 254.

Besluit merkenrecht

Het merkenrecht biedt interessante mogelijkheden voor de bescherming van geuren. De finaliteit van de bescherming is echter zeer anders dan in de voorgaande delen: niet de bescherming van de geur omwille van de geur telt, maar omwille van de functie die de geur kan vervullen als herkomstaanduiding van de waren of diensten van een onderneming.

We zagen dat niet-traditionele merken, in het bijzonder geurmerken, zeer interessant zijn voor bedrijven om zich te profileren en zo hun marktpositie te versterken. Nochtans zijn er de laatste jaren geen nationale geurmerken meer geregistreerd en bestaat er momenteel slechts één enkel geregistreerd Gemeenschapsmerk. Hiervoor zijn verschillende redenen.

Zo zijn heel wat mogelijke geurmerken bij voorbaat uitgesloten van bescherming. Dit kan te wijten zijn aan het gebrek van een signaalfunctie (wat het geval is indien de consumenten de geur niet als een teken opvatten), aan een gebrek aan onderscheidend vermogen (wat voor veel geurmerken het geval zal zijn) en aan de uitgesloten vormmerken. Deze laatste zorgen er onder andere voor dat de geuren van parfums niet beschermd kunnen worden via het merkenrecht, omdat zij een wezenlijke waarde aan de waar verlenen. Daarnaast kan ook geen bescherming verleend worden aan beschrijvende of generische geurmerken, of aan geuren die een technisch doel vervullen.

Geurmerken kunnen echter wel geregistreerd worden wanneer ze onderscheidend vermogen hebben en toelaatbaar zijn. Daarbij kan vooral gedacht worden aan geurmerken voor waren die normaal geurloos zijn, of waarbij de geur bepaalde kenmerken bezit waardoor ze opgemerkt zal worden door de consumenten.

Aanvragen voor geurmerken die in beginsel in aanmerking zouden kunnen komen voor registratie, sneuvelen echter op het vereiste van grafische voorstelling. Sinds het Hof van Justitie in het arrest *Sieckmann* van 2002 alle voorgestelde depotvormen afgewezen

heeft omdat ze niet duidelijk, objectief, nauwkeurig, volledig, als zodanig toegankelijk en duurzaam zijn, zijn er geen nieuwe geurmerken meer geregistreerd. De weinige aanvragen zijn afgewezen.

Het Hof van Justitie lijkt hier iets té streng geweest te zijn door ook de beschrijving in woorden niet te aanvaarden. Er bestaat nu eenmaal geen mogelijkheid om geurmerken op te nemen in het merkenregister via een grafische voorstellingswijze die voldoet aan alle vereisten gesteld door het Hof.

Met de goedkeuring en inwerkingtreding van de nieuwe Merkenverordening, zal aan dit euvel echter verholpen worden. De nieuwe wetgeving zal alle opnamen in het merkenregister mogelijk maken die voldoen aan de doelstellingen van deze opname. Daardoor zal het binnenkort waarschijnlijk mogelijk worden – dankzij een snel ontwikkelende technologie – om bij raadpleging van het merkenregister de geur rechtstreeks te kunnen raadplegen, indien men tenminste in het bezit is van een geurenprinter.

In tegenstelling tot het auteursrecht, is de individuele geurwaarneming voor het merkenrecht niet noodzakelijk problematisch. Kleine verschillen in geurwaarneming moeten zelfs toegestaan worden binnen de beschermingsomvang van het merk, aangezien er anders verwarringsgevaar zou kunnen ontstaan. Zolang consumenten de geur herkennen als een bepaald merk, vormt de individuele geurwaarneming geen probleem.

De complexiteit van de geurwaarneming zal er wel voor zorgen dat het veel gemakkelijker zal zijn om de inschrijving te verkrijgen van eenvoudige geuren, bijvoorbeeld geuren die voortkomen uit een welgekende bron, dan voor complexe geuren.

Eens een geurmerk inderdaad ingeschreven is, kan de specifieke aard van geuren wel voor enige moeilijkheden zorgen bij het beoordelen van inbreuken. De vergelijking tussen het geurmerk en het inbreukmakende teken moet volgens ons beoordeeld worden via een consumentenbevraging, ofwel – indien het merk beschreven is in woorden – rechtstreeks via een vergelijking van de tekens. Vooral bij het beoordelen van het verwarringsgevaar moet er rekening mee gehouden worden dat iedereen

enkelvoudige geuren enigszins anders waarneemt en dat het aantal geuren dat we in ons geheugen kunnen opslaan beperkt is.

Door de ontwikkelende marketingstrategieën van bedrijven, de ontwikkelende geurtechnologie en de aankomende modernisering van de wetgeving, verwachten we in de toekomst een sterke toename van aanvragen – en registraties – van geurmerken in Europa.

CONCLUSIE

We hebben in de loop van ons onderzoek vastgesteld dat de bescherming van geuren uiteenvalt in verschillende deelonderzoeken. Niet alleen moesten we de mogelijkheden van zowel auteursrechtelijke, octrooirechtelijke als merkenrechtelijke bescherming onderzoeken; het voorwerp van ons onderzoek, 'geuren', viel eveneens uiteen in verschillende afzonderlijk te onderzoeken aspecten. Bescherming is immers denkbaar voor de formules van esthetische geurcreaties, voor de formules van geurproducten met een functioneel karakter, voor een geur als zodanig, voor een geur als onderscheidend kenmerk van waren of diensten, voor synthetische geurbestanddelen, voor de werkwijze om natuurlijke geurbestanddelen te bekomen en die om nieuwe geurbestanddelen te creëren, en voor allerlei geurtoepassingen, waaronder nieuwe geurtoestellen en nieuwe manieren om geuren in te zetten. De bescherming van geuren via het intellectueel eigendomsrecht behelst dus veel meer dan men op het eerste zicht zou verwachten.

Voor de bescherming van functionele geurproducten, synthetische bestanddelen, werkwijzen om natuurlijke dan wel synthetische bestanddelen te verkrijgen en geurtoepassingen is het octrooirecht het aangewezen beschermingssysteem. De duur van octrooibeschermt is weliswaar beperkt tot 20 jaar, maar voor deze uitvindingen, die zich in een snel ontwikkelend domein van de technologie bevinden, vormt dit geen al te groot nadeel.

Voor de geuren die aangebracht worden op waren of verspreid worden bij de verlening van diensten om de aantrekkelijkheid daarvan te verhogen, kan het merkenrecht gebruikt worden indien deze geuren in staat zijn de waren of de diensten van de onderneming te onderscheiden. De registratie van geurmerken is stilgevallen in Europa sinds het Hof van Justitie in 2002 oordeelde dat deze in de praktijk niet kunnen voldoen aan het vereiste van grafische voorstelling. De door de EU geplande modernisering van het merkenrecht zal hier waarschijnlijk in de nabije toekomst aan verhelpen door het vereiste van grafische voorstelling te vervangen door een nieuw criterium dat de mogelijkheid openlaat om op alle mogelijke manieren geuren te registreren, zonder dat

deze noodzakelijk grafisch voorstelbaar moeten zijn. Gezien het commerciële belang van geuren voor zowel de marketing van producten als voor strategische doeleinden, gecombineerd met intensief onderzoek naar nieuwe geurtechnologieën, verwachten we dat in de toekomst veel meer gebruik gemaakt zal worden van de mogelijkheid tot de registratie van geurmerken.

In dit onderzoek is er één soort geurcreatie die steeds maar weer uit de boot valt: de esthetische geurcreatie. We doelen daarmee op de producten van de *haute parfumerie*, die consumenten aankopen als luxeproduct, omwille van hun aantrekkingskracht en esthetische kwaliteiten. In de literatuur zijn er evenveel auteurs voor- als tegenstanders van bescherming. Zeer problematisch is vooral dat de bescherming van parfums onder het auteursrecht wel mogelijk geacht wordt door de Nederlandse Hoge Raad, maar niet door het Franse Hof van Cassatie. Doordat de wetgeving geen richtsnoeren biedt en zowel de lagere als de hoogste rechtscolleges in Nederland en Frankrijk tot tegengestelde oplossingen komen, creëert een onaanvaardbare situatie voor de parfumproducenten – en ruimer voor de verwezenlijking van de interne markt. Om de rechtszekerheid te waarborgen, is het essentieel dat de Europese Commissie binnenkort stappen onderneemt om klaarheid te brengen in deze situatie.

Daarbij moet ze volgens ons oordelen dat de bescherming van parfums via het auteursrecht niet mogelijk is, noch via een bescherming voor de formule, noch via een bescherming voor de geur. De bescherming van formules behoort eenvoudig niet tot het domein van het auteursrecht, maar de bescherming van de geur kan geen oplossing bieden. We hebben namelijk aangetoond dat er zodanig grote individuele verschillen bestaan in de geurwaarneming – die zelfs genetisch bepaald blijken te zijn! – dat het voor een geur onmogelijk is het beschermingsvoorwerp af te bakenen, wat bovendien voor het praktische probleem zorgt dat het onmogelijk is op een correcte manier inbreukvorderingen te beoordelen.

Voor de bescherming van de formule – die eigenlijk in de eerste plaats gezocht werd door de parfumproducenten – denken we meteen aan het octrooirecht, maar uit ons onderzoek is gebleken dat het octrooirecht voor zuiver esthetische geurcreaties evenmin bescherming kan bieden. Nog los van deze onmogelijkheid, zou de bescherming via het octrooirecht ook niet interessant zijn voor dit type geurcreaties.

Een derde mogelijkheid leek het merkenrecht, maar we zijn van oordeel dat de geur een aspect van het voorkomen van de waar vormt en daardoor als vormmerk gekwalificeerd kan worden. Doordat het merkenrecht de registratie uitsluit van geuren die een wezenlijke waarde aan de waar geven, vallen parfums – die in de eerste plaats omwille van hun esthetische aantrekkelijkheid gekocht worden – opnieuw uit de boot.

Voorstel voor toekomstig onderzoek

Er bestaat momenteel een belangrijk hiaat in het intellectueel eigendomsrecht: een bescherming voor formules en werkwijzen voor esthetische creaties. Het hoeft daarbij niet eens enkel om geurcreaties te gaan. Er bestaat bijvoorbeeld een bijna even omvangrijke literatuur – en interessante rechtspraak – over de bescherming van de bereidingswijzen van gerechten en voedingsproducten. Critici wijzen erop dat formules en bereidingswijzen geheim gehouden kunnen worden, dat dit zelfs een veel efficiëntere manier is om creaties te beschermen dan de temporeel beperkte beschermingsduur van de intellectuele eigendomsrechten. Tegenwoordig gaat dit argument echter niet meer op. De vooruitgang van de technologie – zoals bijvoorbeeld gaschromatografie – maakt dat zelfs zorgvuldig geheimgehouden formules binnen enkele dagen in detail achterhaald kunnen worden. De formule van Coca-Cola is een van de best bewaarde geheimen ter wereld. Wat als een bedrijf er morgen in slaagt deze formule te reconstrueren? Moet Coca-Cola zich dan maar volledig verhalen op reclame en marketing en ondertussen met lede ogen toezien hoe de formule van dit kostbare product gebruikt wordt door concurrenten om precies hetzelfde product te creëren, zonder echter de inspanningen en investeringen te moeten doen om het product te creëren en te promoten? Dit is precies de situatie waarin parfumproducenten zich vandaag bevinden. Doordat zij zich tot voor enkele jaren op geheimhouding konden beroepen, bestaat er nog geen intellectueel eigendomsrecht dat bescherming biedt voor de formules en bereidingswijzen van esthetische creaties. Dit is volgens ons een onaanvaardbare lacune. Het intellectueel eigendomsrecht loopt in dit geval achter op de technologische ontwikkelingen en daar moet zo snel mogelijk een einde aan komen.

Aan wat voor bescherming denken we dan? Liefst geen bescherming die sterk gelijk op het octrooirecht. In tegenstelling tot technische creaties, dienen esthetische creaties de vooruitgang van de wetenschap niet. Zij raken daardoor ook niet zo snel achterhaald, zodat de beschermingsduur van het octrooirecht te kort is. Het vereiste om de uitvinding openbaar te maken – wat voor technische creaties een logisch vereiste is – moet ook niet toegepast worden voor esthetische creaties. Het moet daarentegen mogelijk worden om een bescherming in te roepen die meer analogie vertoont met het auteursrecht – zonder het toepassingsgebied van het auteursrecht te willen uitbreiden naar geur- en smaakcreaties. Onder analogie met het auteursrecht begrijpen we vooral 1) dat het om esthetische creaties gaat, die daarnaast ook een functioneel doel mogen hebben, zolang dat ondergeschikt is; 2) dat de beschermingsduur langer is dan die van het octrooirecht; 3) dat er geen openbaarmaking of formaliteiten dienen te gebeuren. We denken eerder aan een bescherming die toelaat in te grijpen wanneer een formule gekopieerd wordt. Daarbij kan een analoge redenering als in het auteursrecht gelden: dat er sprake zal zijn van ontlening (i.e. namaak) wanneer uit de omstandigheden blijkt dat het logischerwijze onmogelijk is dat de tegenpartij deze formule zelfstandig gecreëerd heeft – behoudens tegenbewijs. Bedrijven zouden dan wel gebruik kunnen maken van een depot van hun formule – onder gesloten envelop – in de aard van het iDepot, waarmee ze de bewijslast kunnen vergemakkelijken inzake de datum en de precieze omvang van hun creatie.

Bibliografie

- AITTOUARES, J., "Droit d'auteur: les parfums refoulés", *RLDA* 2008, 14-18.
- ANNAND, R. en NORMAN, H., *Blackstone's Guide to the Community Trademark*, Blackstone Press Limited, Londen, 1998, 343 p.
- BAINBRIDGE, D., "Smell, sound, colour and shape trade marks: an unhappy flirtation?", *Journal of business law* 2004, 219-246.
- BALANA, S., "L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?", *PI* 2005, 254-168.
- BALANA, S., "Review: Fehlbaum, Pascal: Les créations de la parfumerie: quelle protection?", *GRUR Int.* 2009, 270-272.
- BARBET, V., BREESE, P., GUICHARD, N., *Le marketing olfactif: une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Les Presses du management, 1999, 415 p.
- BARTKOWSKI, M., "New Technologies, New Trademarks: A Review Essay", *J. Contemp. Legal Issues* 2010, 431-438.
- BENTLY, L., "Recent Developments in European Trade Marks: The Jurisprudence of the ECJ since 1 January 2002", *Yearbook of European Law* 2003, 583-632.
- BOUCHARA, V., "European Union: Court of First Instance rejects "smell of ripe strawberries" application", *INTA Bulletin* 2006,
<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/EUROPEANUNIONCourtofFirstInstanceRejectsSmellofRipeStrawberriesApplication.aspx>.
- BREESE, P., "Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits des créateurs", 1995,
http://breese.blogs.com/pi/files/PierreBREESE_1995.pdf.
- BRUGUIERE, J.-M., "Le tribunal de grande instance de Paris admet le principe de la protection des fragrances par le droit de la propriété littéraire et artistique", *JCP* 2004, 1697-1698.
- BUCCAFUSCO, C., "Making sense of intellectual property law", *Cornell Law Review* 2011-2012, 501-548.
- BURGUNDER, L., "Trademark protection of smells: sense or nonsense", *American Business Law Journal* 1991, 459-480.
- BURGUNDER, L., "Trademark protection of product characteristics: a predictive model", *Journal of Public Policy & Marketing* 1997, 277-288.
- BURTON, H., "The UK trade marks act 1994: An invitation to an olfactory occasion?", *EIPR* 1995, 378-384.
- BUTLER, A., "The smell of ripe strawberries: repressing non-visual trademarks", *Intellectual Asset Management* 2008, 7.

CALLEJA, L., "Why copyright law lacks taste and scents", *Journal of Intellectual Property Law* 2013, 1-31.

CALVO, J. en MORELLE, G., noot onder CA Paris 3 juli 1975, *Gaz. pal.* 1976, 46.

CARLSON, J.E., "Phantom trademarks: good law or chain rattling? The negative effects of strict interpretation of the landham act in the international flavors and fragrances decision", *Journal of Intellectual Property Law* 2001, 53-84.

CARON, C., noot onder CA Paris 25 januari 2006, *JCP* 2006, 456-457.

CARON, C., *Droits d'auteur et droits voisins*, Parijs, Litec, 2009, 564 p.

CHUROVICH, D., "Scents, sense or cents; something stinks in the Lanham Act: scientific obstacles to scent marks", *Louis U. Pub. L. Rev.* 2001, 293-318.

CLASSEN, C. en HOWES, D., "L'arôme de la marchandise. La commercialisation de l'olfactif", *Anthropologie et sociétés* 1994, 57-74.

CLERIX, A., PEDE, V., D'HALLEWYN, N., KRAFT, H., CALLENS, P., BECK, M., *Octrooien in België: een praktische leidraad*, Brugge, die Keure, 2014, 455 p.

COHEN JEHORAM, H., "The Dutch Supreme Court recognises copyright in the scent of a perfume – The Flying Dutchman: all sails, no anchor", *EIPR* 2006, 629-631.

COHEN JEHORAM, H., "Shall the perfume scent decision of the Dutch Supreme Court conquer the EU and then the world or will it perish", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2006-2007, 571-575.

COHEN JEHORAM, T., VAN NISPEN, C. J. J. C., en HUYDECOPER, J. L. R. A., *Merkenrecht*, Kluwer, 2009, 619 p.

COHEN JEHORAM, T., VAN NISPEN, C., HUYDECOPER, T., *European Trademark Law*, Kluwer, 2010, 688 p.

CRONIN, C., "Genius in a bottle: perfume, copyright, and human perception", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, 427-483.

CRONIN, C., "A fracas about fragrance: the uneasy application of copyright to perfume", *Perfumer & flavorist* 2010, 44-47.

CURTIS, T. en WILLIAMS, D.G., *Introduction to perfumery*, Hertordshire, Ellis Horwood, 2001, 778 p.

DE COCK BUNING, M., noot onder het arrest van het Hof van Beroep van Bois-le-Duc van 8 juni 2004, *IER* 2004, 325-326.

DELANNOY, S., *La protection juridique d'un parfum*, onuitgegeven masterscriptie Rechten Universiteit Toulouse, 2007,
http://www.legalbiznext.com/droit/IMG/pdf/La_protection_juridique_d_un_parfum.pdf

DERCLAYE, E., "One on the nose for Bellure: French appellate court confirms that perfumes are copyright protected", *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2006, 377-378.

DOMMERING, E.J., "Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip", in: D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (eds.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam, DeLex, 2007, 65-79.

EAMES, J., "Does a rose by any other name smell as sweet – a discussion of whether perfume can be protected under intellectual property law from smell-a-likes, and whether it should be", *Southampton Student Law Review* 2011, 146-168.

EINHORN, D. A. en PORTNOY, L., "The copyrightability of perfumes: I smell a symphony", *Intellectual Property Today* 2010, geraadpleegd via <http://www.iptoday.com/issues/2010/04/the-copyrightability-perfumes-i-smell-symphony.asp>.

ELIAS, B., "Do scents signify source – an argument against trademark protection for fragrances", *Trademark Rep.* 1992, 475-530.

ERLANDSSON, L., *The future of Scents as Trademarks in the European Community*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Lund, 2004, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1557334&fileId=1564287>.

FEHLBAUM, P., *Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?*, Brussel, Bruylant, 2007, 340 p.

FEZER, K.H., "Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken – Marken-Orchideen als innovatieve Wirtschaftsgüter", *WRP* 1999, 575-579.

FEZER, K.H., "Was macht ein Zeichen zur Marke? – Die Latente Herkunftsfunktion als rechtliche Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit einer Marke", *WRP* 2000, 7-8.

FIELD, T. G., "Copyright protection for perfumes", *Idea* 2004, 19-30.

FLECK, L., *What makes sense in one country may not in another: a survey of select jurisdictions re scent mark registration, and a critique of scents as trade-marks*, 2003, <http://www.copat.de/markenformen/eugh-kom/fleck.pdf>.

FOSCHI, M., "Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?", *A&M* 2006, 309-317.

FREDHOLM, E., *Varumärkesregistrering av dofter*, onuitgegeven masterscriptie Universiteit Umeå 2009, http://www.jus.umu.se/digitalAssets/58/58212_eva-fredholm-ht09.pdf.

FRIJTERS, J.E.R. en VAN HOUTE, C.P.M., "De geur van parfum zit niet in de fles", *Nederlands Juristenblad* 2004, 1987-1993.

FRÖHLICH, S., *Düfte als geistiges Eigentum*, Mohr Siebeck, 2008, 244 p.

GALAN, D., *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, onuitgegeven doctoraatsthesis Rechten Universiteit Avignon, 2008, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00481302/document>, 695 p.

GALLOUX, J.-C., "Profumo di diritto, le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur", noot onder TGI Parijs 26 mei 2004, *D.* 2004, 2641-2650.

- GAUBIAC, Y., "Fragrances et oeuvres de l'esprit", in: X, *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, Lexis Nexis, 2010, 217-228.
- GIELEN, C., "Geurmerk in Amerika erkend, en hoe nu in de Benelux?", *IER* 1991, 3-4.
- GIELEN, C., en WICHERS HOETH L., *Merkenrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.
- GIELEN, C., *Kort begrip van het Benelux merkenrecht*, Kluwer, 2006, 198 p.
- GOTZEN, F., "ARTIKEL 1", IN: F. BRISON, H. VANHEES (EDS.), *HOMMAGE À JAN CORBET*, LARCIER, 2009, 6-19.
- GOTZEN, F., en JANSSENS, M.-C., *Handboek merkenrecht (Benelux, communautair, internationaal)*, Brussel, Bruylant, 2012, 389 p.
- GROSHEIDE, W., noot onder HR 16 juni 2006, *IER* 2006, 313-314.
- HAMMERSLEY, F., "The smell of success: trade dress protection for scent marks", *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1998, 105-156.
- HAWES, J., "Fragrances as trademarks", *TMR* 1989, 134-157.
- HÉMOND, A., *Les marques de commerce non traditionnelles dans une perspective de droit comparé*, onuitgegeven masterscriptie Rechten Universiteit Montréal, 2011, <http://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/9786>.
- HIDAKA, S., "A sign of the times: a review of key trade mark decisions of the European Court of Justice and their impact upon national trade mark jurisprudence in the EU", *Trademark Rep.* 2004, 1105-1153.
- HUGENHOLTZ, P. B., noot onder Rb. Maastricht 18 april 2002 (auteursrecht op parfum), *AMI* 2002, 193-195.
- HUGENHOLTZ, P. B., "Auteursrecht op de geur van een parfum", noot onder HR 16 juni 2006, *Ars Aequi* 2006, 821-824.
- JAEGER, S., MCRAE, J., BAVA, M., BERESFORD, M., HUNTER, D., JIA, Y., CHHEANG, S.L., JIN, D., PENG, M., GAMBLE, J., ATKINSON, K., AXTEEN, L., PAISLEY, A., TOOMAN, L., PINEAU, B., ROUSE, S., NEWCOMB, R., "A mendelian trait for olfactory sensitivity affects odor experience and food selection", *Current Biology* 2013, 1601-1605.
- JANSSENS, M.-C., "Auteursrechtelijke bescherming voor recepten en gerechten: "Should the belly rule the mind?"", *Auteurs en Media* 2012, 61-72.
- JANSSENS, M.-C., Copyright for culinary creations: a seven course tasting menu with accompanying wines, 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538116.
- JEN YAP, P., "Essential function of a trade mark: from BMW to O2", *EIPR* 2009, 81-87.
- KANESARAJAH, V., "The taste of ripe strawberries: representing non-visual trademarks", 2008, <http://ip-science.thomsonreuters.com/m/pdfs/klnl/2008-03/taste.pdf>.
- KAYE, J.N., *Symbolic olfactory display*, onuitgegeven masterproef Massachusetts Institute of Technology, 2001,

http://xenia.media.mit.edu/~jofish/thesis/symbolic_olfactory_display.html.

KELLER, A., ZHUANG, H., CHI, Q., VOSSHALL, L.B., MATSUNAMI, H., "Genetic variation in a human odorant receptor alters odour perception", *Nature* 2007, 468-472.

KEUSTERMANS, J., *Auteursrecht – Recente evoluties in capita selecta*, Cahiers Antwerpen Brussel Gent, Larcier, 2011, 88 p.

KOELMAN, K., "Copyright in the courts: perfume as artistic expression", *WIPO Magazine* 2006, http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html.

KÖSTER, E.P., "The specific characteristics of the sense of smell", in D. DUBOIS, C. ROUBY en B. SCHAAL (eds.), *Odor and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 27-43.

KRAFT, P., BAJGROWICZ, J.A., DENIS, C. en FRÁTER, G., "Odds and trends: recent developments in the chemistry of odorants", *Angewandte Chemie International Edition* 2000, 2980-3010.

LABORDE, A.-S., "Les contrefacteurs de fragrances vont devoir se mettre au parfum: la fin de l'impunité", *RLDI* 2006, 26-29.

LALIGANT, O., "Problematique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *RRJ* 1989, 587-636.

LALIGANT, O., "Des oeuvres aux marches du droit d'auteur: les oeuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", *Revue de recherche juridique, droit perspectif* 1992, 107-108.

LAU, N., "Registration of olfactory marks as trade marks: insurmountable problems", *SAC LJ* 2004, 264-274.

LAWLESS, H.T., "Exploration of fragrance categories and ambiguous odors using multidimensional scaling and cluster analysis", *Chemical Senses* 1989, 349-360.

LEPPINK, W. en VELTMAN, M., "Netherlands court grants copyright protection to perfume scent", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2006, 756-758.

LLEWELYN, D., "Struggling for coherence: a review of recent developments in European trade mark law", *Australian Intellectual Property Journal* 2006, <http://www.ipria.org/events/2005/powerpoint/Llewelyn.pdf>.

LUCAS, A. en LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, 1104 p.

LUCAS, A., *PI* 2006, 443.

LUNELL, E., "Protection of non-registered trademarks in Sweden and the EU", in: H.H. LIDGARD (ed.), *National developments in the intersection of IPR and competition law: from maglite to Pirate Bay*, Bloomsbury Publishing, 2011, 107-144.

LYONS, D., "Sound, smell and signs", *EIPR* 1994, 540-543.

MAINLAND, J., KELLER, A., LI, Y.R., ZHOU, T., TRIMMER, C., SNYDER, L., MOBERLY, A., ADIPIETRO, K., LIU, W.L., ZHUANG, H., ZHAN, S., LEE, S., LIN, A. en MATSUNAMI, H., "The missense of smell: functional variability in the human odorant receptor repertoire", *Nature Neuroscience* 2014, 114-120.

- MAJUMDAR, A., SUBHOJIT, S., en MAJUMDAR, S., "The requirement of graphical representability for non-conventional trademarks", *JIPR* 2006, 313-317.
- MANIATIS, S., "Scents as trademarks: proprietisation of scents and olfactory property", in: L. BENTLY en L. FLYNN, *Law and the senses: sensational jurisprudence*, Pluto Press, Chicago, 1996, 217-235.
- MATHÉLY, P., *Le droit européen des brevets d'invention*, Parijs, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1978, 466 p.
- MCCARTNEY, W., *Olfaction and odours, an osphresiological essay*, Berlijn, Springer-Verlag, 1968, 249 p.
- MCLEAN, W., "Protecting unconventional trademarks in the European Union and the United States", *The Global Challenge of Intellectual Property Rights* 2009, 177-193.
- MCGRATH, J., "The new breed of trade marks: sounds, smells and tastes" *Victoria U. Wellington L. Rev.* 2001, 277-320.
- MISHRA, N., "Registration of non-traditional trademarks", *JIPR* 2008, 43-50.
- MOUSSERON, J.-M., *Traité des brevets*, Parijs, Litec, 1984, 1097 p.
- NEWCOMB, R., XIA, M., REED, D., "Heritable differences in chemosensory ability among humans", *Flavour* 2012, 1-9.
- PAGE, S., "The scent of a registration", *INTA Bulletin* 2002, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.
- PAMOUKDJIAN, P., *Le droit du parfum*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 303 p.
- POLLAUD-DULLIAN F., *JCP* 2006, 1599.
- PORT, K., "On nontraditional trademarks", *Northern Kentucky Law Review* 2011, 1-59.
- PRINS, R.J., "De geest uit de fles – Over de bescherming van geuren in Frankrijk", *BIE* 2006, 468-475.
- QUAEDVLIET, A., noot onder HR 16 juni 2006, *AMI* 2006, 168-173.
- QUAEDVLIET, A., "Copyright and perfume: nose, intellect and industry", *Revue internationale du droit d'auteur* 2011, 7-77.
- RAYMOND, A.K., "The internet of smells: startups race to cash in on the latest fad", 2014, <http://uk.businessinsider.com/internet-smells-ophone-startups-2014-3?r=US>
- REIMER, E., "A semiotic analysis: developing a new standard for scent marks" *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2011, 693-728.
- REMICHE, B. en CASSIERS, V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire: créer, protéger et partager les inventions au XXe siècle*, Brussel, Larcier, 2010, 744 p.

RENGSHAUSEN, S., *Markenschutz von Gerüchen: Untersuchung des deutschen, französischen und europäischen Rechts mit Ausblicken ins Patent- und Urheberrecht* (vol. 5), Vandenhoeck & Ruprecht, 2004, 242 p.

RICKETSON, S. en GINSBURG, J., *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1540 p.

ROTH, M., "Something old, something new, something borrowed, something blue: a new tradition in nontraditional trademark registrations", *Cardozo L. Rev.* 2005, 457-495.

ROUBY, C., SCHAAL, B., DUBOIS, D., GERVAIS, R. en HOLLEY, A. (eds.), *Olfaction, taste and cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 462 p.

RUSEN, G., "Registrability of colours and smells as a trademark", *International Journal of Intellectual Property Management* 2008, 75-87.

SAPPA, C., "Non-conventional copyright subject matter: fragrances and gastronomy", Theme 5 WIPO International Convention on Intellectual Property and Competitiveness of micro, small and medium-sized enterprises, www.wipo.int.

SCHAAL, C., "The registration of smell trademarks in Europe: another EU harmonisation challenge", 2003, <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheScentofaRegistration.aspx#>.

SCHULZE, G., "Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH 'Infopaq/DDF', *GRUR* 2009, 1019-1022.

SEVILLE, C., "Copyright in perfumes: smelling a rat", *The Cambridge Law Journal* 2007, 49-52.

SIECKMANN, R., "Die Eintragungspraxis und-möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU", *MarkenR* 2001, 236-248.

SIMON, I., "How does 'essential function' doctrine drive European mark trade law?", *IIC* 2005, 401-420.

SIRINELLI, P., noot onder Cass. civ. 1ère, 13 juni 2006, *D.* 2006, 2993-2994.

SPOOR, J.H., VERKADE, D.W.F. EN VISSER, D.J.G., *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 762 p.

SPOOR, J.H., noot onder HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585.

STOLTE, K., "Functionality challenges to incontestable trademark registrations before and after the Trademark Law Treaty Implementation Act", *Trademark Rep.* 2002, 1094-1117.

STORMS, S., "Parfums beschermd via het auteursrecht?", *IRDI* 2004, 397-400.

SU, O., "Odor in the courts! Extending copyright protection to perfumes may be not so nonscentical: an investigation of the legal bulwarks available for fine fragrances amid advancing reverse engineering technology", *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 2014, 663.

TORREMANS, P., "Trademark law: is Europe moving towards an unduly wide approach for anyone to follow the example?", *JIPR* 2005, 127-132.

TRILLET, G., "Registrability of smells, colors and sounds: how to overcome the challenges dressed by the requirements of graphical representation and distinctiveness within European Union law?", 2013,
[http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet - registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf](http://ecta.org/IMG/pdf/garry_trillet_-_registrability_of_smells_colors_and_sounds.pdf).

TURNER-KERR, P., "The smell of fresh cut grass", *EIPR* 2001, N-19-20.

VAN ENGELEN, T., *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 507 p.

VANHEES, H., *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Maklu, 1993, 645 p.

VAVER, D., "Recent trends in European trademark law: of shape, senses and sensation", *Trademark Rep.* 2005, 882-913.

VISSER, D., *Merkenrechtspraak HvJ EG*, DeLex, 2006, 78 p.

VIVANT, M., "Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond", *D.* 2007, 954-955.

WOODING, S., "Olfaction: it makes a world of scents", *Current Biology* 2013, R-677-R679.

ZENDEL, D. en PRAHL, D., "Making sense of trademarks: an international survey of non-visual marks", *Trademark World* 1996, <http://ladas.com/making-sense-trademarks-colors-sounds-scents/>.