

ECLI:NL:HR:2006:AU8940

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	16-06-2006
Datum publicatie	16-06-2006
Zaaknummer	C04/327HR
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2006:AU8940 In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2004:AP2368
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Lancôme-zaak. Auteursrechtelijke bescherming van de geur(combinatie) van originele parfums, art. 10 Aw 1912, werkbegrip van de Auteurswet, maatstaf; toelaatbaarheid van t.b.v. pleitzitting overgelegde producties; bewijskracht deskundigenrapport, persoonlijk empirisch onderzoek door feitenrechter vereist?; toewijsbaarheid vordering tot winstafdracht, redelijke uitleg art. 27a Aw; onrechtmatige daad, toerekenbaarheid inbreukmakende handelingen.
Wetsverwijzingen	Advocatenwet 10, geldigheid: 2006-06-16 Advocatenwet 27a, geldigheid: 2006-06-16
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Ars Aequi AA20060821 met annotatie van P.B. Hugenholtz JOL 2006, 375 NJ 2006, 585 RvdW 2006, 609 IER 2006, 54 JWB 2006/211

Uitspraak

16 juni 2006

Eerste Kamer

Nr. C04/327HR

JMH/RM

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

KECOFA B.V.,

gevestigd te Kerkrade,
EISERES tot cassatie, voorwaardelijk
incidenteel verweerster,
advocaat: mr. R.S. Meijer,

t e g e n

de vennootschap naar Frans recht LANCÔME PARFUMS ET BEAUTÉ et Cie S.N.C.,
gevestigd te Parijs, Frankrijk,
VERWEERSTER in cassatie, voorwaardelijk
incidenteel eiseres,
advocaat: mr. T. Cohen Jehoram.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: Lancôme - heeft bij exploit van 13 juli 2000 eiseres tot cassatie en [betrokkene 1], wonende te [woonplaats] - verder afzonderlijk te noemen: Kecofa en [betrokkene 1], dan wel gezamenlijk: Kecofa c.s. - gedagvaard voor de rechtbank te Maastricht en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. primair: Kecofa c.s. elk afzonderlijk te bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden, iedere inbreuk op de exclusief aan Lancôme toekomende merk- en auteursrechten, meer in het bijzonder hen te bevelen te staken en gestaakt te houden iedere productie, verhandeling, ter verkoop aanbidding, in voorraad houden, import en export van enige cosmetisch product dat is voorzien van het merk FEMALE TREASURE en een geur die een verveelvoudiging is van de TRESOR-geur van Lancôme;

subsidiair: Kecofa c.s. elk afzonderlijk te bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden ieder onrechtmatig handelen, zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding, meer in het bijzonder hen te bevelen te staken en gestaakt te houden iedere productie, verhandeling, ter verkoop aanbidding, in voorraad houden, import en export van enige (geur)producten die zijn voorzien van een geur die op verwarringwekkende of verwaterende wijze overeenstemt met de TRESOR-geur van Lancôme, onder het merk FEMALE TREASURE en van het plegen van onrechtmatige reclame;

primair en subsidiair: zulks op straffe van een dwangsom van f 10.000,-- per overtreding alsmede per dag waarop een overtreding geheel of gedeeltelijk voortduurt of - naar keuze van Lancôme - per product waarmee een overtreding wordt begaan;

II. Kecofa c.s. elk afzonderlijk te bevelen binnen 30 dagen na betekening van het te wijzen vonnis aan de advocaat van de eisende partij een door een registeraccountant gecertificeerde en van alle relevante bescheiden gestaafde opgave te verstrekken als nader in die dagvaarding omschreven;

III. zulks ter keuze van Lancôme afhankelijk van wat het hoogste is, hetzij hen te veroordelen tot vergoeding van schade te begroten op de door hen met de verkoop behaalde winst, vast te stellen aan de hand van de door hen met de gegevens bedoeld onder II van dit petitum af te leggen rekening en verantwoording, hetzij hen te veroordelen tot betaling van een ex aequo et bono te begroten bedrag van f 100.000,-- althans van een bedrag dat de rechtbank redelijk en billijk zal oordelen met de daarover verschuldigde wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan die der algehele voldoening;

IV. hen elk afzonderlijk te veroordelen de met de verkoop van de FEMALE TREASURE-producten behaalde winst (te berekenen aan de hand van de in gevolge het petitum onder II over te leggen gegevens) aan Lancôme af te dragen;

V. nietig te verklaren het depot van het in het lichaam van deze dagvaarding genoemde merk van

[betrokkene 1] en ambtshalve de doorhaling van de inschrijving van dit merk te bevelen;

VI. Kecofa c.s. elk afzonderlijk te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Kecofa c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnissen van 18 april 2002, hersteld bij vonnis van 23 mei 2002, Lancôme en Kecofa tot bewijslevering toegelaten en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen het vonnis heeft Lancôme hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch. Kecofa c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 8 juni 2004 heeft het hof in het principaal en incidenteel appel het vonnis waarvan beroep vernietigd en, opnieuw rechtdoende:

1. Kecofa bevelen om uiterlijk op de zevende dag na betekening van dit arrest te staken en gestaakt te houden, iedere inbreuk op de aan Lancôme toekomende auteursrechten op het parfum Trésor, en haar bevelen in het bijzonder te staken en gestaakt te houden iedere productie, verhandeling, ter verkoop aanbidding, in voorraad houden, import en export van enige geur die een verveelvoudiging is van het parfum Trésor, zulks op straffe van een dwangsom van € 2.500,-- per product of per dag dat de overtreding na betekening van dit arrest voortduurt;

2. Kecofa bevelen om uiterlijk op de dertigste dag na betekening van dit arrest aan de advocaat van Lancôme een door een registeraccountant gecertificeerde opgave te verstrekken betreffende:

a) de totale hoeveelheid na 12 juli 1995 door Kecofa geproduceerde en/of ingekochte inbreukmakende producten;

b) de totale hoeveelheid na 12 juli 1995 door Kecofa verkochte inbreukmakende producten;

c) de door Kecofa na 12 juli 1995 gehanteerde in- en verkoopprijzen van de inbreukmakende producten;

d) alle namen en adressen van de (rechts)personen aan wie Kecofa na 12 juli 1995 de inbreukmakende producten heeft geleverd;

e) de volledige namen en adressen van alle na 12 juli 1995 bij de productie en verhandeling van de inbreukmakende producten betrokken (rechts)personen;

f) de totale bij Kecofa nog in voorraad zijnde hoeveelheid inbreukmakende producten,

zulks op straffe van een dwangsom van € 2.500,-- per keer of per dag dat Kecofa handelt in strijd met één of meer van de onder 2 genoemde bevelen;

3. bepaald dat het totaal van de door Kecofa te verbeuren dwangsommen als gevolg van het niet voldoen aan het hiervoor onder 1 en 2 bepaalde niet meer dan € 500.000,-- zal bedragen;

4. Kecofa veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Lancôme te voldoen een bedrag van € 16.398,51, vermeerderd met de wettelijke rente over een bedrag van € 5.598,51 vanaf 13 juli 2000 tot aan de dag van de voldoening, en over € 10.800,-- vanaf 30 januari 2004 tot aan de dag van de voldoening;

5. Kecofa veroordeeld de na 12 juli 1995 met de verkoop van de inbreukmakende producten behaalde winst (te berekenen aan de hand van de ingevolge het petitum onder 2 over te leggen gegevens) aan Lancôme af te dragen;

6. Kecofa veroordeeld in de proceskosten van de eerste aanleg aan de zijde van Lancôme;

7. Kecofa veroordeeld in de proceskosten van het principaal appel aan de zijde van Lancôme;

8. Lancôme veroordeeld in de proceskosten van de eerste aanleg en in principaal appel tegen [betrokkene 1], in beide gevallen begroot op nihil;

9. Kecofa en [betrokkene 1] hoofdelijk, des dat de één betalend de ander zal zijn bevrijd, veroordeeld in de proceskosten van het incidenteel appel aan de zijde van Lancôme;

10. dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

11. hetgeen meer of anders is gevorderd afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Kecofa beroep in cassatie ingesteld. Lancôme heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld, mede tegen [betrokkene 1]. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidentele beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Kecofa heeft zich in het incidentele beroep op niet-ontvankelijkheid beroepen voor zover het beroep is gericht tegen [betrokkene 1].

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Lancôme mede door mr. Ch. Gielen, advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing en in het incidentele beroep tot verwerping, en, voor zover het incidentele beroep is gericht tegen [betrokkene 1], tot niet-ontvankelijkverklaring.

De advocaat van Lancôme heeft bij brief van 30 december 2005 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Lancôme brengt onder het merk Trésor, waarvan zij in de Benelux de exclusief rechthebbende is, hier te lande een parfum op de markt.

(ii) Kecofa brengt sinds circa 1993 onder het merk Female Treasure flacons eau de parfum op de markt. Dat merk staat in het Benelux Merkenregister ingeschreven ten name van [betrokkene 1].

(iii) Lancôme heeft in de jaren 1994-1997 tegen Kecofa geprocedeerd op grond van beweerde merkinbreuk wegens het gebruik resp. de inschrijving van het merk Female Treasure door Kecofa. De vorderingen zijn door de rechtbank te Amsterdam afgewezen, welk vonnis door het gerechtshof te Amsterdam is bekrachtigd, op grond van het oordeel dat de punten van overeenstemming niet van dien aard waren dat het publiek Female Treasure reeds wegens gelijkenis zal associëren met Trésor. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is ingetrokken.

3.2 Lancôme heeft aan haar hiervoor onder 1 vermelde vorderingen ten grondslag gelegd (a) dat het merk Female Treasure inbreuk maakt op het merk Trésor, (b) dat Kecofa zich schuldig maakt aan misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW en (c) dat sprake is van inbreuk op auteursrecht, aangezien de geur van Female Treasure een getrouwe nabootsing, en daarmee een verveelvoudiging, vormt van de exclusieve geur van Trésor en de verhandeling van deze geur een openbaarmaking is in de zin van art. 12 Auteurswet 1912 (Aw). De onder (a) en (b) bedoelde grondslag is in het principale cassatieberoep niet meer van belang.

Nadat de rechtbank met betrekking tot de auteursrechtelijke grondslag had geoordeeld dat de Auteurswet niet in weg staat aan auteursrechtelijke bescherming van een geurcombinatie, mits is voldaan aan de eisen, kort gezegd, die aan een werk in auteursrechtelijke zin worden gesteld, liet de rechtbank Lancôme toe onder meer tot het bewijs dat de onder het merk Trésor aangeboden geur aan die eisen voldoet en dat de geurcombinatie van Female Treasure als bewerking of nabootsing van die van Trésor moet worden beschouwd. De rechtbank liet Kecofa toe te bewijzen, kort gezegd, dat de geurcombinatie van Female Treasure niet het product is van ontlening.

In het tegen dit tussenvonnissen ingestelde hoger beroep overwoog het hof met betrekking tot de auteursrechtelijke grondslag van de vorderingen van Lancôme als volgt.

Het stelde voorop de vraag of het parfum Trésor in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, waartoe het onderzocht (a) of sprake is van een werk dat naar zijn aard voor die bescherming in aanmerking komt, alsmede (b) of het werk een oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Met betrekking tot vraag (a) overwoog het dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de reukstof (de stof die als gevolg van haar samenstelling een bepaalde geur verspreidt) en de (door het reukzintuig waarneembare) geur en verstond het de stellingen van Lancôme aldus dat zij de bescherming inroept voor de (zich in de parfumsflesjes bevindende) reukstof (rov. 4.11.1). Het hof oordeelde dat de vraag of een enkele geur als werk in de zin van de Auteurswet kan gelden geen bespreking behoeft, nu Lancôme de auteursrechtelijke bescherming niet inroept voor de enkele geur van haar product (rov. 4.11.2) en dat aldus datgene waarvoor Lancôme die bescherming inroept niet alleen zintuiglijk waarneembaar is, maar ook voldoende concreet, stabiel en objectief vaststelbaar om als werk in de zin van de Auteurswet te kunnen worden beschouwd (rov. 4.11.3-4.11.4). Aangaande vraag (b) overwoog het hof dat hetgeen Lancôme ter onderbouwing van haar desbetreffende stelling heeft gesteld - kort gezegd: dat het parfum het resultaat is geweest van een creatief proces dat tot een specifieke combinatie van bestanddelen heeft geleid; dat daarbij is gestreefd naar een opvallend en uniek parfum; dat het een combinatie is van nader omschreven geuren en dat het vanwege zijn geur bij zijn introductie al direct bijzonder populair was - door Kecofa niet (voldoende) is betwist en in beginsel het oordeel rechtvaardigt dat het parfum in voldoende mate de vereiste oorspronkelijkheid vertoont (rov. 4.12.1-4.12.2). Naar aanleiding van het verweer van Kecofa tegen het gestelde oorspronkelijk karakter overwoog het hof nog dat voor auteursrechtelijke bescherming niet is vereist dat het werk in objectieve zin nieuw is, doch slechts dat het vanuit de maker beschouwd oorspronkelijk is, en dat het bestaan van een eerder, vergelijkbaar werk alleen dan afbreuk doet aan de oorspronkelijkheid van het latere werk als sprake is van ontlening. Dat daarvan sprake is moet worden gesteld en bewezen door degene tegen wie de auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen (rov. 4.12.3-4.12.4). Het hof oordeelde dat de enkele omstandigheid dat een parfum wat betreft een aantal algemeen omschreven kenmerken zou passen binnen een bepaalde stijl of traditie, onvoldoende is om te besluiten dat het niet oorspronkelijk is, hetgeen daarom ook geldt voor de stelling van Kecofa dat het parfum Trésor 'vergelijkbaar' is met een ouder parfum. De stelling van Kecofa dat het parfum Trésor een bewerking is van het parfum 'Eternity' van Calvin Klein achtte het hof onvoldoende onderbouwd, tegen de achtergrond van hetgeen Lancôme had gesteld met betrekking tot het ontwikkelingsproces en het oorspronkelijk karakter van het parfum Trésor (rov. 4.12.5). Dit alles leidde het hof tot de conclusie dat het parfum Trésor kan worden aangemerkt als werk in de zin van de Auteurswet (rov. 4.13).

Vervolgens onderzocht het hof de vraag "of de geur Female Treasure van Kecofa inbreuk maakt op het auteursrechtelijk beschermde parfum Trésor" aan de hand van de maatstaf of Female Treasure in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van Trésor vertoont, dat de totaalindrukken die de werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat Female Treasure als een zelfstandige schepping kan worden aangemerkt (rov. 4.16-4.16.1). Het hof heeft zich daartoe bediend van (de Nederlandse vertaling van) een door Lancôme overgelegd en in haar opdracht uitgebracht onderzoeksrapport van het Franse bureau Breese & Majerowicz (hierna: het B&M-rapport), ten aanzien waarvan het overwoog dat Kecofa daartegen weliswaar heeft aangevoerd dat het niet is verricht door een onafhankelijke instantie, maar dat Kecofa de deskundigheid van deze onderzoeksinstantie niet heeft betwist en ook de inhoud van het rapport niet heeft bestreden (rov. 4.16.2-4.16.3). Aan de hand van dat rapport - dat concludeerde tot het bestaan van een sterke gelijkenis van Female Treasure met Trésor - en 's hofs vaststelling dat Kecofa niet (voldoende) hebben gesteld dat geen sprake is van ontlening, is het tot het oordeel gekomen dat Female Treasure kan worden aangemerkt als een ongeoorloofde verveelvoudiging van het auteursrechtelijk beschermde parfum Trésor, zodat Kecofa inbreuk maakt op het auteursrecht van Lancôme (rov. 4.16.4-4.16.6).

Met betrekking tot de gevorderde schadevergoeding en winstafracht heeft het hof overwogen dat een redelijke, binnen het algemene stelsel van het vermogensrecht passende, uitleg van art. 27a meebrengt dat niet meer dan het bedrag gelijk aan het grootste van de op die gronden gevorderde bedragen toewijsbaar is, en geoordeeld dat op dat moment niet kon worden vastgesteld of Lancôme schade uit gederfde winst heeft geleden. Het heeft de vordering tot winstafracht wel toegewezen,

naast gevorderde kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (rov. 4.24).

3.3.1 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 4.11. De rechts- en motiveringsklachten onder a. en b. houden in dat het hof, met miskennis van de grenzen van de rechtsstrijd en/of op grond van een onbegrijpelijke lezing van de stellingen van Lancôme, heeft geoordeeld dat Lancôme in dit geding de auteursrechtelijke bescherming inroept niet voor de (door de mens met zijn reukzintuig waar te nemen) geur van het parfum Trésor, maar voor de (samenstelling van) de reukstof (de geurbron) daarvan, zoals die zich bevindt in de onder het merk Trésor op de markt gebrachte flesjes, en dat het hof daarmee een verrassingsbeslissing heeft gegeven, nu Lancôme zich eerst bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep op een analyse van de overeenkomende componenten in de respectieve parfümvloeistoffen heeft beroepen en Kecofa de rechtsstrijd op dat punt niet heeft aanvaard. Onder c. en d. bouwt het onderdeel daarop voort met klachten over onjuistheid en/of onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel, omdat de samenstelling van de reukstof zich als zodanig in beginsel niet leent voor bescherming als 'werk' in de zin van de Auteurswet, en dezelfde of nagenoeg identieke geur(boodschap) door reukstoffen van zeer verschillende aard of samenstelling kan worden voortgebracht en, omgekeerd, een relatief klein verschil in de concentratie of mengverhouding van dezelfde soort componenten tot een relevant en zelfs wezenlijk verschillende geur(boodschap) kan leiden. Onder e. bevat het onderdeel voortbouwende motiveringsklachten over rov. 4.16, 4.16.4 en 4.21 in verbinding met het dictum van het bestreden arrest.

3.3.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat daarin niet wordt bestreden dat een geur - waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie - in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Dat uitgangspunt is juist. De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar nu bij een parfum van een louter technisch effect geen sprake is, belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming aan de geur van een parfum. De omstandigheden dat de eigenschappen van het menselijk reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stellen en dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt, doen aan het vorenstaande niet af, evenmin als de omstandigheid dat de specifieke aard van geuren tot gevolg heeft dat niet alle bepalingen en beperkingen in de Auteurswet daarop onverminderd toepassing kunnen vinden, gelet bijvoorbeeld op het, aan de normale gebruiker niet te ontzeggen, gebruik van een parfum, dat naar zijn aard noodzakelijkerwijs verspreiding van de geur meebrengt.

Een geur kan, ook voor de toepassing van het auteursrecht, niet worden vereenzelvigd met de stof of stoffen die de geur teweegbrengen. Deze stof of stoffen fungeren als - niet noodzakelijkerwijs exclusieve - belichaming van het werk dat de geur is, en zij dragen er tevens toe bij dat de geur niet, als te vluchtig of onstabiel, van auteursrechtelijke bescherming moet worden uitgesloten. Bij een parfum dient de geur dan ook te worden onderscheiden van het mengsel van stoffen waaruit het parfum is samengesteld en waaruit, wanneer het mengsel is blootgesteld aan de open lucht, de gasvormige geurstoffen vrijkomen die met het reukorgaan kunnen worden waargenomen.

3.3.3 Voor zover de klachten van onderdeel 1 op de opvatting berusten dat het hof de stellingname van Lancôme aldus heeft uitgelegd dat zij in dit geding de auteursrechtelijke bescherming inroept enkel voor de samenstelling van de reukstof van haar parfum Trésor, missen deze feitelijke grondslag. Voor zover onderdeel 1.a. klaagt dat het hof een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de

grondslag van de vordering van Lancôme en haar stellingen, is het gegrond, nu die stellingen geen andere uitleg toelaten dan dat Lancôme - naar uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 overwogene blijkt: met juistheid - bescherming zoekt voor de geur van het parfum Trésor. Niettemin kan deze klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het hof heeft blijkens rov. 4.11.2-4.11.4, zij het in minder gelukkige bewoordingen, tot uitdrukking gebracht dat de auteursrechtelijke bescherming toekomt aan de geur, zoals die in de zich in de parfumflesjes bevindende reukstof is vastgelegd. Bij de beoordeling van de inbreukvraag heeft het hof vervolgens terecht onderzocht of de geur Female Treasure als verveelvoudiging van het werk Trésor moet worden aangemerkt (rov. 4.16-4.16.1 en 4.16.6). De onderdelen 1.b., 1.c., 1.d. en 1.e. bouwen voort op onderdeel 1.a. en delen dus het lot daarvan.

3.4.1 Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 4.12-4.13 en 4.16-4.16.7. Onderdeel 2.a. is voorgesteld voor het geval een of meer van de klachten van onderdeel 1 slagen, zodat het, gelet op het vorenoverwogene, geen behandeling behoeft. Voor zover de overige klachten van onderdeel 2 eveneens voortbouwen op die van onderdeel 1 kunnen zij evenmin tot cassatie leiden.

3.4.2 Onderdeel 2.b. keert zich voorts met zelfstandige klachten tegen het in rov. 4.12-4.13 neergelegde oordeel omtrent het oorspronkelijk karakter van het parfum Trésor. Het verwijt het hof in de eerste plaats (i) dat oordeel uitsluitend te hebben gebaseerd op de eigen stellingen van Lancôme. Deze klacht faalt, omdat het hof (in rov. 4.12.2) heeft overwogen dat Kecofa die gestelde feiten niet (voldoende) gemotiveerd heeft weersproken en dat die in beginsel het oordeel rechtvaardigen dat de geur van Trésor in voldoende mate de vereiste oorspronkelijkheid en het persoonlijk stempel van de maker vertoont. Onder (ii) klaagt het onderdeel dat Kecofa de desbetreffende stellingen van Lancôme wel degelijk gemotiveerd heeft weersproken, zulks onder verwijzing naar een groot aantal vindplaatsen in de gedingstukken, waarvan een belangrijk deel evenwel niet ziet op de hier in het geding zijnde vraag. Voor zover het onderdeel voldoet aan de ingevolge art. 407 lid 2 Rv. daaraan te stellen eisen, faalt het. Het hof is in rov. 4.12.3-4.12.5 ingegaan op hetgeen Kecofa tegen de beweringen van Lancôme terzake heeft aangevoerd - welk betoog in de kern erop neerkomt dat het parfum Trésor past binnen een reeds lang bestaande traditie van parfums met een bepaald geurkarakter, vergelijkbaar is met het reeds voordien bestaande parfum 'Eternity' en een bewerking is van het parfum 'Exclamation' - en heeft die stellingen, onder meer met verwijzing naar HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403, verworpen op een wijze die niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is. Dat verwantschap bestaat van het parfum Trésor met een bestaande geurentraditie, ook indien die stelling afdoende zou zijn onderbouwd met de door Kecofa overgelegde 'geuratlas', doet daaraan niet af, reeds 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. Het hof kon daarom ook aan het bewijsaanbod van Kecofa voorbijgaan.

Ook de klacht onder (iii) faalt, nu in het licht van hetgeen met betrekking tot klacht (ii) is overwogen niet van belang is dat, zoals de klacht inhoudt, de meerbedeelde stellingen van Lancôme ruimte laten voor de mogelijkheid dat de geur van Trésor te weinig auteursrechtelijk relevante trekken heeft om die als werk in de zin van de Auteurswet te onderscheiden van de geuren van vergelijkbare parfums binnen de door Kecofa bedoelde traditie. De klacht onder (iv) houdt het verwijt in dat het hof heeft nagelaten zelf zich 'empirisch' ervan te vergewissen dat de geur Trésor een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt, temeer nu het B&M-rapport daaromtrent niets inhoudt. Deze klacht stuit af op hetgeen het hof in rov. 4.12.4-4.12.5 - in cassatie onbestreden - heeft overwogen, te weten dat voor auteursrechtelijke bescherming niet is vereist dat het werk in objectieve zin nieuw is, doch dat voldoende is dat het in subjectieve zin, dat wil zeggen: vanuit de maker beschouwd, oorspronkelijk is, dat het op de weg ligt van degene die die oorspronkelijkheid betwist te stellen en, bij betwisting te bewijzen, dat de maker zijn werk aan eerder bestaand werk heeft ontleend, en dat Kecofa dienaangaande te weinig heeft gesteld, onderscheidenlijk haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd.

3.4.3 Onderdeel 2.c. klaagt dat 's hofs oordeel omtrent de vraag of de geur van Female Treasure inbreuk maakt op het auteursrecht van Lancôme op de geur van het parfum Trésor om verschillende redenen onjuist, dan wel onbegrijpelijk is. De klacht luidt (i) dat het hof niet zonder eigen verificatie, althans niet zonder nadere motivering dan het beroep op het B&M-rapport, tot het oordeel kon komen, kort gezegd, dat Female Treasure inbreuk maakt op Trésor, (ii) althans nu Kecofa bezwaar heeft gemaakt tegen het niet-onafhankelijke karakter van dat rapport, een bewijsaanbod heeft gedaan en in de onmogelijkheid verkeerde nog voor de pleitzitting bij het hof een contra-expertise/analyse te maken, (iii) althans nu het rechtens zeer wel mogelijk is dat het B&M-rapport niet uitsluit dat Female Treasure geen inbreuk maakt op Trésor, ofwel omdat het blijft binnen de grenzen van een 'vrije' trend/stijlnavolging, ofwel omdat het voldoende onafhankelijke trekken/verschillen ten opzichte van Trésor vertoont. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Vooropgesteld wordt dat het hof de vrijheid had bij zijn oordeelsvorming het B&M-rapport te betrekken zoals het heeft gedaan. Aangenomen dat de raadsman van Kecofa het rapport eerst zo kort voor de pleitzitting in appèl had ontvangen, dat het niet mogelijk was tijdig een contra-expertise of -analyse te doen vervaardigen, zoals Kecofa in cassatie aanvoert, lag het op de weg van haar raadsman (uiterlijk) ter terechtzitting bezwaar te maken tegen de (te) late toezending, teneinde te bewerkstelligen hetzij dat het hof het rapport buiten beschouwing zou laten, hetzij dat de pleitzitting zou worden aangehouden tot een zodanige datum dat een gemotiveerde bestrijding van het rapport wel tot de mogelijkheden behoorde. De raadsman heeft een dergelijk bezwaar evenwel achterwege gelaten, de deskundigheid van Breese & Majerowicz niet betwist, de inhoud van het rapport niet, zelfs niet in algemene termen, bestreden en zich ertoe beperkt dat bureau als niet-onafhankelijke onderzoekinstantie te bestempelen. Ambtshalve bewaking door het hof van de belangen van Kecofa, als bedoeld in HR 29 november 2002, nr. C00/128, NJ 2004, 172, was hier niet geboden, omdat, bij gebrek aan enig verweer van Kecofa terzake, niet zonder meer valt in te zien dat aard en omvang van het B&M-rapport het vermoeden wettigden dat tijd en gelegenheid voor een behoorlijke kennisneming ervan en een deugdelijke voorbereiding van het verweer daartegen - hetgeen niet noodzakelijkerwijs betekent: het doen verrichten van een contra-expertise of -analyse - hadden ontbroken. In het licht van de vaststelling van het hof dat Kecofa de deskundigheid van Breese & Majerowicz niet had betwist, kon het hof zich van het rapport bedienen.

Gesteld voor de vraag of Female Treasure een verveelvoudiging of bewerking van het werk Trésor vormt, heeft het hof, aan de hand van de in rov. 4.16.1 gegeven - en in cassatie (terecht) niet bestreden - maatstaf, uit het B&M-rapport kunnen afleiden dat zulks het geval was. Anders dan het onderdeel wil, behoeften de rechters daartoe niet ook zelf waarnemingen te doen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom dat rapport, dat berust zowel op een fysisch-chemische analyse, als op een methodologisch onderbouwd zintuiglijk onderzoek onder 66 proefpersonen, minder betrouwbaar zou zijn dan de persoonlijke waarneming door de rechters van de geuren van alleen de beide in het geding zijnde parfums naast elkaar, nog daargelaten dat blijkens de door Lancôme geciteerde en door Kecofa niet weersproken reclame-uitingen van Kecofa zelf haar streven is gericht op het uitbannen van alle verschillen tussen haar parfums en de door haar beconcurrerende, zoals Trésor, behoudens waar het de prijs daarvan betreft.

Op het vorenstaande stuiten de klachten van het onderdeel af.

3.5.1 Onderdeel 3 keert zich tegen rov. 4.17 en 4.24 met de klacht dat de toewijzing van de vordering tot winstafdracht onjuist, althans onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is, omdat een redelijke uitleg van art. 27a Aw meebrengt dat een vordering tot winstafdracht niet toewijsbaar is (a) indien niet voldoende aannemelijk is geworden dat de auteursrechthebbende door de inbreuk daadwerkelijk verlies heeft geleden of winst heeft gederfd, en evenmin (b) als niet voldoende aannemelijk is geworden dat de inbreukmaker zich bewust aan 'piraterij' heeft schuldig gemaakt, althans de inbreuk aan hem mag worden toegerekend, waaromtrent het hof niets heeft vastgesteld.

3.5.2 De klacht onder (a) faalt. Art. 27a Aw, waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW, biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk

schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. Kennelijk en niet onbegrijpelijk is het hof van oordeel geweest dat aannemelijk is dat Lancôme minstgenomen enige schade heeft ondervonden van het op de markt komen van Female Treasure, zoals Lancôme in dit geding ook heeft gesteld.

De klacht onder (b) faalt, voor zover daaraan de opvatting ten grondslag ligt dat voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van art. 27a Aw meer of andere vereisten gelden dan ingevolge art. 6:162 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen, te weten: dat het onrechtmatig handelen aan de inbreukmaker kan worden toegerekend als te wijten aan diens schuld, dan wel aan een oorzaak die volgens verkeersopvattingen voor diens rekening komt. Voor zover het onderdeel de klacht behelst dat de inbreuk aan Kecofa niet kan worden toegerekend omdat zij het auteursrecht van Lancôme niet kende of moest kennen, mede gelet op de omstandigheid dat Lancôme zich tot juli 2000 bewust beperkt had tot merkenrechtelijke acties tegen Female Treasure, stuit het daarop af dat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk in de in het onderdeel genoemde stellingen van Kecofa geen betwisting heeft gelezen van de toerekenbaarheid aan Kecofa van de inbreukmakende handelingen, daargelaten of die stellingen tot de door haar voorgestane conclusie zouden kunnen leiden.

3.6 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principaal beroep in enig onderdeel gegrond mocht worden bevonden, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Kecofa in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Lancôme begroot op € 561,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren P.C. Kop, E.J. Numann, W.A.M. van Schendel, en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 16 juni 2006.