

**COPYRIGHT AND PERFUME:
NOSE, INTELLECT
AND INDUSTRY**

Antoon QUAEDVLIEG
Professor
Radboud University Nijmegen

**DERECHO DE AUTOR Y
PERFUMES: NARIZ, ESPIRITU
E INDUSTRIA**

Antoon QUAEDVLIEG
*Profesor en la Katholieke
Universitait Nijmegen*

In 2006, two supreme courts in Europe ruled on whether a perfume fragrance could be protected by copyright. The decisions came to opposite conclusions. On 13 June 2006, the French Court of Cassation decided in the famous *Bsiri Barbir v. Haarmann & Reimer* case that a perfume fragrance could not benefit from the protection afforded to intellectual works by copyright¹. By contrast, just three days later, the Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad der Nederlanden) held that “the description given in Article 10 of the Copyright Act of what is to be understood as a ‘work’ within the meaning of that Act is general and does not rule out the inclusion of scents”².

*En Europa, dos Cortes de Casación se pronunciaron en 2006 acerca de la manera cómo determinar si la fragancia de un perfume podría ser objeto de protección por el derecho de autor. Las decisiones judiciales se oponían. El 13 de junio de 2006, la Corte de Casación francesa decidió, en el célebre proceso judicial de *Bsiri Barbir/Sté Haarmann & Reimer*, que la fragancia de un perfume no podía gozar de la protección que el derecho de autor otorga a las obras del espíritu¹. En cambio, tres días más tarde la Corte Suprema de los Países Bajos (Hoge Raad der Nederlanden) se pronunciaba en sentido contrario al juzgar que «la definición contenida en el Artículo 10 de la ley sobre derecho de autor acerca de que, lo que debe entenderse por «obra» a tenor de dicha ley es general y no es un obstáculo para incluir en ella una fragancia»².*

**DROIT D'AUTEUR ET PARFUMS:
LE NEZ, L'ESPRIT ET L'INDUSTRIE**

Antoon QUAEDVLIEG

Professeur à "Universiteit Nijmegen"

En 2006, deux cours de cassation en Europe se prononçaient sur la question de savoir si la fragrance d'un parfum pouvait être protégée par le droit d'auteur. Les décisions s'avéraient contraires. Le 13 juin 2006 la Cour de cassation française décida, dans l'affaire célèbre de Bsiri Barbir/Sté Haarmann & Reimer, que la fragrance d'un parfum ne pouvait pas bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur¹. En revanche, trois jours plus tard la Cour suprême des Pays-Bas (Hoge Raad der Nederlanden) jugea que «la description donnée en l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur de ce que doit être entendu comme une "œuvre" au sens de cette loi est générale et ne fait pas obstacle à y inclure une fragrance»².

In France, the debate on the protection of perfumes has been going on for a long time and was already very developed before the Court of Cassation rendered its decision. The result of the decision ran counter to the majority view that had emerged in legal literature and did not immediately succeed in convincing the lower courts. The District Court of Bobigny³ and the Court of Appeal of Paris⁴ continued to grant copyright protection⁵. Those legal authors who favoured protection did not rally to the Court of Cassation's decision either⁶. So the discussion flared again⁷. Even once two further rulings of the regulatory court in 2008⁸ and 2009⁹ had removed all doubt as to whether it would ever yield, the Court of Appeal of Paris and the District Court of Lille persisted¹⁰ in taking the opposite approach; and legal literature continues to raise questions¹¹. This suggests at the very least that more work of persuasion is required.

By contrast, in the Netherlands, although the subject of the protection of perfumes was addressed as early as 1970 by Mr Verkade¹², it was not until the *Lancôme v. Kecofa* case that a wider circle of authors entered the debate. However, while the Supreme Court of the Netherlands came down in favour of protection, most commentaries either rejected it or were reserved about it.

En Francia, el debate acerca de la protección de los perfumes comenzó en muy temprano tiempo y antes de que la Corte de Casación interviniera ya estaba bastante desarrollado. El resultado de esta decisión iba en contra de una opinión mayoritaria expresada por los doctrinantes y no lograba convencer de inmediato a los jueces de primer grado. De modo que el Tribunal de Bobigny³ y la Corte de Apelación de París⁴ continuaban otorgando la protección del derecho de autor⁵ y los autores cuya posición era favorable a la protección, tampoco deseaban unirse a la decisión de la Corte de Casación⁶. Ante tal situación, la discusión se inflamó nuevamente⁷. Y, ello incluso después de que dos sentencias de carácter regulador pronunciadas por la Corte en los años 2008⁸ y 2009⁹ despejaron toda duda en cuanto a que la Corte daba a entender que no cedería nunca, la Corte de Apelación de París y el Tribunal de Lille seguían obstinándose¹⁰ en sentido contrario y la doctrina sigue planteándose interrogantes¹¹. Esto, pone en evidencia que, en el mejor de los casos, falta por hacer un trabajo de persuasión.

En los Países Bajos, en cambio, si bien es cierto que el asunto de la protección de los perfumes ya había sido abordado en 1970 por el Señor Verkade¹², fue necesario esperar hasta el proceso judicial Lancôme/Kecofa antes de que un círculo más amplio de autores se lanzara al debate. Sin embargo, al paso que la Corte Suprema de los Países Bajos se pronuncia en favor de la protección, los comentaristas en su mayoría o bien la rechazan o bien expresan sus reservas.

En France, le débat sur la protection des parfums remonte à très tôt et était déjà très développé avant que la décision de la Cour de cassation n'intervienne. Le résultat de cette décision allait à l'encontre de l'opinion majoritaire qui s'était dessinée dans la doctrine et ne parvenait pas immédiatement à convaincre les juges de fait. Le tribunal de Bobigny³ et la cour d'appel de Paris⁴ continuaient à accorder la protection du droit d'auteur⁵. Les auteurs en faveur de la protection n'ont pas non plus voulu se rallier à la décision de la Cour de cassation.⁶ Ainsi la discussion a flambé de nouveau⁷. Même après que deux nouveaux arrêts de la cour régulatrice intervenus en 2008⁸ et en 2009⁹ eurent enlevé tout doute sur le point si celle-ci entendait jamais céder, la cour d'appel de Paris et le tribunal de Lille s'obstineront¹⁰ dans le sens contraire – et la doctrine continue à poser des questions¹¹. Ceci suggère qu'il reste au moins un travail de persuasion à faire.

Aux Pays-Bas par contre, si le sujet de la protection des parfums fut abordé déjà en 1970 par M. Verkade¹², on a dû attendre l'affaire de Lancôme/Kecofa avant qu'un cercle plus étendu d'auteurs ne se lance dans le débat. Mais tandis que la Cour suprême des Pays-Bas se prononce en faveur de la protection, la majorité des commentaires ou bien la rejette ou se montre réservée.

*The Economic Context of
Perfumes: Creation, Market, Copying*

Before turning to the legal analysis, it may be instructive to recall a few simple facts concerning the creation, production and marketing of fragrances. In principle, a perfume may be created by a single individual working on a totally independent basis, like an artist producing a painting. However, such a situation is extremely uncommon and applies only to a few very exclusive perfumes. The creation of almost all perfumes takes place within the industrial context of a market producing fairly impressive turnovers. It seems to us that, in principle, this circumstance should not affect issues relating to the field of coverage of copyright. The production of works of applied art or films and the activities of the media, to mention just a few examples, also imply an industrial activity. However, this view is not shared by everyone¹³.

In his book *The Perfect Scent*, the New York Times perfume critic, Chandler Burr, offers a host of details on the perfume sector in the United States and France¹⁴. In a typical situation, luxury fashion houses like Guerlain, Gucci or Dior take the decision to produce a new perfume. But, in general, they do not create it themselves, even though they like to perpetuate the myth that they do. Instead, they give a "brief" concerning the perfume that they wish to create to

Escenario económico de los perfumes: creación, mercado, falsificación

Antes de emprender el análisis jurídico, tal vez resulte esclarecedor traer a colación algunos datos elementales de naturaleza factual referentes a la creación, a la producción y a la mercadotecnia (marketing) de las fragancias. En un principio, un solo individuo puede crear un perfume y trabajar en forma totalmente independiente tal y como hace el pintor cuando crea un cuadro. Pero esto, suele ocurrir con muy poca frecuencia, salvo si se trata únicamente de ciertos perfumes muy exclusivos. La creación de la casi totalidad de los perfumes se sitúa en el contexto industrial de un mercado que produce unos volúmenes de negocios en extremo impresionantes. A nuestro parecer esta circunstancia, en un principio, no parecería influir en los aspectos que se refieren al campo de aplicación del derecho de autor. La producción de obras de las artes aplicadas o de películas cinematográficas y la actividad de los medios de comunicación, para no mencionar sino algunos ejemplos, no es objeto en menor grado de una actividad industrial. Ahora bien, no todo el mundo comparte esta opinión¹³.

El Señor Chandler Burr, crítico en asuntos de perfumes del periódico New York Times, nos ofrece en su libro The Perfect Scent una enorme cantidad de detalles sobre el sector de los perfumes en Estados Unidos y en Francia¹⁴. En una situación típica, la iniciativa de crear un nuevo perfume nace en lo interno de las casas de lujo como Guerlain, Gucci, Dior. Pero en general, no son ellas mismas las que lo crean, aun cuando deseen perpetuar el mito de que así es. Estas empresas o casas de lujo

Le cadre économique des parfums: création, marché, contrefaçon

Avant d'aborder l'analyse juridique, il est peut-être éclairant de rappeler quelques simples données de nature factuelle concernant la création, la production et le marketing des fragrances. En principe, un parfum peut être créé par un seul individu, travaillant totalement indépendamment, comme un peintre qui fait un tableau. Mais c'est une situation très rare, qui ne vaut que pour quelques parfums très exclusifs. La création de la quasi-totalité des parfums se place dans le contexte industriel d'un marché produisant des chiffres d'affaires assez impressionnants. En principe, il nous semble que cette circonstance ne saurait influencer sur les questions touchant au champ d'application du droit d'auteur. La production des œuvres d'art appliqué ou des films et l'activité des médias, pour ne mentionner que quelques exemples, est non moins l'objet d'une activité industrielle. Mais pas tout le monde ne partage pas cette opinion¹³.

Le critique de parfum du New York Times, Chandler Burr, offre dans son livre *The Perfect Scent* une foule de détails sur le secteur du parfum aux États-Unis et en France¹⁴. Dans une situation typique, l'initiative de faire un nouveau parfum naît chez les maisons de luxe comme Guerlain, Gucci, Dior. Mais en général elles ne le créent pas elles-mêmes, quoiqu'elles aiment perpétuer le mythe que ce soit le cas. Elles passent une instruction concernant le parfum à créer au secteur qui est spécialisé dans la création de fragrances,

the sector specialising in the creation of fragrances. Notwithstanding the sector's economic importance, the names of the firms are often unknown to the general public: Givaudan, Firmenich, IFF, Symrise, Takasago and (*sic*) Haarmann & Reimer.

It should be mentioned in passing that these firms do not just create perfumes in the narrow sense. They also produce synthetic fragrances for an infinite number of applications like detergents, washing powder, drinks, food, cars, commercial spaces such as supermarkets (and their various departments) and hotels. So it should come as no surprise that the fragrance industry also includes companies like Unilever and Procter & Gamble. Fragrances developed for washing powders have even been known to have been added later as ingredients to certain perfumes because part of the consumer public (especially in the United States) loves to smell like a clean shirt. Once copyright is granted in perfumes, it cannot be excluded that manufacturers will claim the same protection for fragrances added to fairly ordinary products or premises – provided that the smell as such is original.

In modern society, the importance of fragrances added to all kinds of products is growing. It can be attributed to the fact that smells may deeply influence behaviour. Human beings are extremely sensitive to olfactory signs. Recent research in the Netherlands has revealed among other things that 9% of

transmiten instrucciones sobre el perfume que desean crear al sector que está especializado en crear fragancias y cuyos nombres – pese a la magnitud económica del sector – son a menudo desconocidos por el público: Givaudan, Firmenich, IFF, Symrise, Takasago y (sic) Haarmann & Reimer.

De paso, bagamos énfasis en que los perfumes creados por esas empresas son creaciones en sentido estricto, es decir que producen fragancias sintéticas para un número infinito de aplicaciones tales como detergentes, productos de limpieza, bebidas, alimentos, para automóviles, para odorizar espacios comerciales como supermercados (y sus diversos departamentos) y para hoteles. Es por lo que no cabe sorprenderse de que empresas como Unilever y Procter & Gamble se cuenten también entre las industrias productoras de fragancias. Incluso se han dado casos en que fragancias originalmente desarrolladas para perfumar detergentes, se hayan agregado como componentes de algunos perfumes, ya que una parte de los consumidores (sobre todo en Estados Unidos) adora la sensación que produce llevar ropa limpia (clean shirt). Una vez que se reconozca un derecho de autor sobre los perfumes, no puede excluirse que los fabricantes vayan a invocar la misma protección para las fragancias agregadas a productos o a locales cuyo naturalez es más bien banal, siempre y cuando que el olor – como tal – sea original.

En la economía moderna, la importancia de las fragancias agregadas a cualquier clase de productos va en aumento. Ello se explica por el hecho de que los olores pueden influir profundamente en el comportamiento de los individuos. El hombre es en extremo sensible a los mensajes transmitidos por

et dont les noms, n'en déplaie l'importance économique du secteur, sont souvent inconnus par le public: Givaudan, Firmenich, IFF, Symrise, Takasago et (*sic*) Haarmann & Reimer.

Remarquons en passant que ces entreprises ne créent pas que des parfums dans le sens étroit. On produit des fragrances synthétiques pour un nombre infini d'applications comme des détergents, des produits de lessive, des boissons, des nourritures, des automobiles, des espaces commerciaux comme des supermarchés (et leurs divers départements) et des hôtels. C'est pourquoi il ne peut surprendre que des entreprises comme Unilever et Procter & Gamble comptent aussi parmi les industries de fragrances. Il est même arrivé que des fragrances développées pour des lessives ont plus tard été ajoutées comme composantes à certains parfums, car une partie des consommateurs (surtout aux États-Unis) adore se sentir en *clean shirt*. Une fois qu'on reconnaît un droit d'auteur sur des parfums, il ne peut pas être exclu que des fabricants invoqueront la même protection pour des fragrances ajoutées à des produits ou des locaux à caractère plutôt banal – pourvu qu'en tant que telle, cette odeur soit originale.

Dans l'économie moderne, l'importance des fragrances ajoutées à toutes sortes de produits va croissant. Elle s'explique par le fait que les odeurs peuvent influencer profondément sur le comportement. L'homme est extrêmement sensible aux signes olfactifs. Des recherches récentes aux Pays-

female travellers feel more at ease in a bus which has a small bowl containing washing-up liquid placed in it. An orangey fragrance sprayed round the corridors and cells of a police station in Rotterdam had a calming effect on detainees who needed fewer sedatives (an annual saving of between 5 and 10%), wanted to take more showers and were “better behaved”¹⁵. It goes without saying that systematic research is conducted into the influence of smells on buying behaviour.

To return to perfumes, the luxury fashion house’s brief concerning the perfume that it is looking for may be pragmatic or poetic in form. Chandler Burr cites the example of a brief which said: “Give us the fragrance of a warm cloud floating above Sicily in a cool spring sky from which silvery drops of rain are falling on a woman with emerald eyes”¹⁶; but others just say in substance that the perfume must be more successful than the market leader and appeal to everyone. Moreover, it is not unknown for there to be no brief at all, with the fashion house asking the perfumer to create “a fragrance”.

So perfumers or “noses” set to work based on the instructions given to them by luxury firms. They are the

el olfato. Recientes investigaciones llevadas a cabo en los Países Bajos revelan, entre otras cosas, que el 9% de los pasajeros de sexo femenino en los autobuses se sienta más a gusto en un vehículo o en un asiento en el cual se ha colocado un pequeño recipiente que contiene líquido lava-vajillas. Una fragancia parecida a la de la naranja que se esparció en los corredores y en las celdas de una comisaría de policía de Rotterdam dio por resultado que: las personas detenidas se calmaran, que tuvieran menos necesidad de medicamentos sedantes (lo que supone una economía de 5 a 10%), que desearan tomar una ducha más a menudo y que se comportaran de forma más conveniente»¹⁵. Va de suyo que la influencia de los olores sobre el comportamiento sea objeto de investigaciones comerciales sistemáticas.

Volvamos ahora a los perfumes. Las instrucciones que transmite la casa de lujo en relación con el perfume deseado pueden adoptar un carácter pragmático o poético. Chandler Burr da un ejemplo de una instrucción bajo la siguiente modalidad de texto: «Denos la fragancia de una cálida nube planeando sobre Sicilia en un cielo fresco de primavera con unas gotas de lluvia en titanio que van cayendo sobre una mujer con ojos de color esmeralda»¹⁶; de igual modo, otras instrucciones no dicen, en el fondo, más que el éxito del perfume debe ser superior al del market leader y que debe gustarle a todo el mundo. Por lo demás, también puede ocurrir que no se dé en absoluto instrucción alguna y que la casa desee simplemente que la empresa le cree «una fragancia» sólo para ella.

Sobre la base de las instrucciones de las casas de lujo es como los perfumistas, los «órganos olfativos» se

Bas révèlent entre autres que 9 % des voyageurs féminins se sent plus à l'aise dans un autobus où on a placé une petite cuvette contenant du liquide vaisselle. Une fragrance s'apparentant à l'orange qu'on avait répandue dans les couloirs et les cellules d'un bureau de police à Rotterdam avait pour conséquence que les prévenus devenaient plus calmes, avaient moins besoin de médicaments calmants (une économie annuelle de 5 à 10 %), désiraient plus souvent prendre une douche «et se comportaient plus convenablement»¹⁵. Il va de soi que l'influence des odeurs sur le comportement commercial fait l'objet de recherches systématiques.

Revenons aux parfums. L'instruction de la maison de luxe concernant le parfum souhaité peut avoir une forme pragmatique ou poétique. Chandler Burr donne l'exemple d'une instruction au texte: «Donnez-nous la fragrance d'un nuage chaud planant sur la Sicile dans un ciel frais de printemps et dont pleuvent des gouttes de pluie en titane sur une femme aux yeux émeraudes»¹⁶; mais d'autres espèces au fond ne disent pas plus que le parfum doit avoir plus de succès que le *market leader* et doit plaire à tout le monde. D'ailleurs, il peut se produire aussi qu'il n'y ait pas d'instruction du tout, et que la maison souhaite qu'on crée «une fragrance».

C'est sur la base des instructions des maisons de luxe que les parfumeurs, les "nez", se mettent au travail. Ce sont eux les auteurs des

creators of the fragrances. There are two aspects to the work of a nose. Firstly, he or she must form a concept of the future fragrance. This is a creative activity. Even if the brief or the basic concept is fairly concrete, for example if it is a question of creating a perfume representing "Paris", an artistic transformation of it has to be achieved: it is the perfumer's interpretation of the theme. Then this "*opus mysticum*" has to take on the concrete form of an "*opus mechanicum*", namely a substance containing that fragrance. On a computer, the perfumer draws up a composition of basic ingredients, the result of which should correspond to the olfactory concept in the perfumer's head. This second stage of the nose's activity is a matter of know-how and is technical in nature. The components are usually synthetic; the molecular structure of natural materials is too complex. Even then it is necessary to have the right intuition. There are no fixed rules for the composition of perfumes: it is a chemical game with capricious molecules.

The formula created in this way is sent to the laboratory where technicians produce a sample of the matching aromatic substance – called "juice" in the sector – which is then placed at the perfumer's disposal. Based on the sample, the perfumer will then begin perfecting the creation. Moreover, the activity performed by the technicians is not confined to carrying out orders: it may also be innovative, through the creation of new olfactory molecules which may serve as elements for the construction of new perfumes.

disponen a trabajar. Son ellos y sólo ellos los autores de las fragancias. El trabajo nasal tiene dos aspectos. En primer lugar, debe formarse un concepto de la fragancia que va a crear. Es pues una actividad creadora. Incluso si la instrucción transmitida o el concepto de base es suficientemente concreto, como por ejemplo cuando se va a crear una fragancia que represente «París», es necesario que para lograrlo el perfumista lleve a cabo una transformación artística, es decir que sea su interpretación del tema. A continuación, este «opus mysticum» debe tomar la forma concreta de un «opus mechanicum» a saber: una substancia que contenga esa fragancia. En su computadora, el perfumista diseña una composición de materias de base cuyo resultado debe corresponder al concepto olfativo que tiene en su mente. Esta segunda vertiente de la actividad nasal depende de la destreza y es de índole técnica. Generalmente los componentes son sintéticos ya que las substancias naturales tienen una estructura molecular muy compleja. Es aún indispensable tener una buena intuición. La composición de los perfumes no sigue unas reglas fijas: se trata de un juego químico con moléculas caprichosas.

La fórmula así creada se envía al laboratorio en donde los técnicos preparan una muestra de la correspondiente substancia aromática conocida en el sector como el «jugo», la cual se pone a disposición del perfumista y éste, a partir de esa muestra, se dedica entonces a perfeccionar su creación. Por lo demás, la actividad de los técnicos no se limita únicamente a la ejecución: puede ser también innovadora creando nuevas moléculas olfativas las cuales pueden servir a su vez como elementos de construcción para aplicarlos a nuevos perfumes.

fragrances. Le travail du nez a deux aspects. D'abord il doit former un concept de la fragrance à créer. C'est une activité créatrice. Même si l'instruction ou le concept de base est assez concret, quand il faut par exemple créer une fragrance représentant «Paris», il faut que le parfumeur en fasse une transformation artistique: c'est son interprétation du thème. Ensuite, cet «*opus mysticum*» doit prendre la forme concrète d'un «*opus mechanicum*»: une substance contenant cette fragrance. Sur son ordinateur, le parfumeur dessine une composition de matières de base dont le résultat devrait correspondre au concept olfactif qu'il a dans sa tête. Ce deuxième volet de l'activité du nez tient au savoir faire et est de nature technique. Les composants sont le plus souvent synthétiques; les matières naturelles ont une structure moléculaire trop complexe. Encore faut-il avoir l'intuition heureuse. La composition des parfums ne s'accomplit pas selon des règles fixes: c'est un jeu chimique avec des molécules capricieuses.

La formule ainsi créée est envoyée au laboratoire où les techniciens réalisent un échantillon de la substance aromatique correspondante, appelée dans le secteur le «jus», qui est mis à la disposition du parfumeur. À partir de cet échantillon, le parfumeur se met ensuite à parfaire sa création. L'activité des techniciens n'est d'ailleurs pas uniquement de nature exécutive: elle peut aussi être innovatrice, par la création de nouvelles molécules olfactives qui peuvent servir d'élément de construction pour de nouveaux parfums.

That is not the end of the process. Several companies in the sector will submit their perfumers' results to the luxury firm's creative management team which will select one of the concepts. The perfumer whose concept is chosen will pursue his or her work with the creative management team. The perfumer may submit a number of versions to it. The team will make its choice, which is not necessarily the fragrance that the nose thinks is the best from an artistic viewpoint. The perfume's subsequent development will thus take place in liaison with the client. However, the formulas are held by the fragrance industries and not by the luxury goods and fashion houses.

Of course, practice does not always follow this pattern. All kinds of variations are possible. And lastly, it must not be forgotten that the perfume alone is not the fashion house's end product. There is also the bottle, the packaging and the name, each of which is the result of a very conscientious creative process. The bottles are not necessarily designed for the particular perfume; sometimes fashion houses choose designs on sale in the marketplace. Again, it is not the product's creative qualities alone that can launch it on the market. As we all know, its introduction will be backed by an advertising strategy requiring substantial investments.

We shall first take stock of the arguments that have been given for and against protecting perfumes as intellectual works (I). Then we shall study how such protection could be

Pero aquí no termina el proceso. Varias empresas del sector someterán el resultado de sus perfumistas al equipo que se encarga de dirigir la creatividad de la casa de lujo, el cual seleccionará uno entre los varios conceptos. El perfumista cuyo concepto ha sido favorecido en la selección prosigue su trabajo con el equipo de la dirección de creatividad y podrá entonces someter a su consideración cierto número de versiones. Una vez que el equipo efectúa su elección, la cual no corresponde necesariamente a la fragancia que desde la perspectiva artística el órgano nasal considera como la mejor realización. A partir de ahí, el desarrollo ulterior del perfume se lleva a cabo dialogando con el encargado de confeccionarlo. Ahora bien, son las industrias de fragancias y no las casas de lujo las que conservan las fórmulas.

Desde luego, la práctica no sigue siempre el mismo esquema. Cualquier variación es posible. Finalmente, no hay que olvidar que, no es solamente el perfume el producto final de la empresa. A él se agregan el frasco, el embalaje y el nombre, cada uno de los cuales es objeto de un proceso creativo muy concienzudo. Los frascos no se diseñan necesariamente para un perfume determinado; a veces, las casas eligen modelos que están en venta libre en el mercado. Pero hay más: no son sólo las cualidades propias a la creación del producto las que van a poder lanzarlo al mercado. Como es sabido, introducirlo se acompaña de una estrategia publicitaria que requiere inversiones muy considerables.

En la primera parte de este estudio baremos el inventario de los argumentos a favor y en contra de la calificación de los perfumes como obra del espíritu (I). A continuación, se estudiará de qué

Ce n'est pas la fin du processus. Plusieurs entreprises dans le secteur soumettront le résultat de leurs parfumeurs à l'équipe de direction créative de la maison de luxe, qui va sélectionner l'un des concepts. Le parfumeur dont le concept a été choisi poursuit son travail avec cette équipe de la direction créative. Il pourra lui soumettre un certain nombre de versions. L'équipe fait son choix, lequel ne correspond pas nécessairement à la fragrance que le nez lui-même considère, d'une perspective artistique, le mieux réussi. Le développement ultérieur du parfum se déroule donc en dialogue avec le maître de l'ouvrage. Mais ce sont les industries de fragrance, et non pas les maisons, qui retiennent les formules.

Bien sûr, la pratique ne suit pas toujours ce schéma. Toute variation est possible. Finalement, il ne faut pas oublier que le parfum seul n'est pas le produit fini de la maison. S'y ajoutent le flacon, l'emballage et le nom, chacun étant l'objet d'un processus créateur très consciencieux. Les flacons ne sont pas nécessairement dessinés pour le parfum donné; parfois les maisons choisissent des modèles qui sont en vente libre sur le marché. Encore, ce ne sont pas les seules qualités créatrices du produit qui pourront le lancer sur le marché. Comme on sait, son introduction est accompagnée d'une stratégie publicitaire requérant des investissements très considérables.

Dans une première partie, on fera l'inventaire des arguments qui ont été invoqués pour et contre la qualification des parfums comme œuvre de l'esprit (I). Ensuite, on étudiera comment une telle protection pourrait être

implemented by focusing on the Netherlands where the possibility of protection has been accepted (II).

I. The Arguments Advanced for or against Protection

In its famous ruling of 13 June 2006, the Court of Cassation decided that “a perfume fragrance, which is the result of the simple application of know-how, does not constitute the creation of a form of expression, within the meaning of the [IPC], able to benefit from the protection of works of the mind by authors’ rights”. These lines summarise in a few words the numerous objections that have been put forward against the protection of perfumes by copyright. According to the opponents of protection, making a perfume involves an industrial process rather than a creative intellectual one; a perfume does not constitute a form and it lies outside the categories of works protected by the law. We shall run through these objections in more detail and add each time the reply given by the proponents of protection. The extraordinary richness of the debate in France provides a more or less exhaustive list of the arguments on both sides¹⁷.

1. Perfumes are just the result of the simple application of know-how. The fragrance’s creation is to be identified with the technical process involved in the composition of the substance in which it is contained¹⁸.

modo se podría establecer una protección así, centrándonos en los Países Bajos, en donde la posibilidad de protección ya ha sido admitida (II).

I. Los argumentos avanzados a favor y en contra de la protección

En su célebre sentencia del 13 de junio de 2006 la Corte de Casación decidió que «la fragancia de un perfume cuyo proceso consiste simplemente en aplicar una destreza (un saber hacer), no es (según el CPD), la creación de una forma de expresión que pueda gozar de la protección que otorga el derecho de autor a las obras del espíritu». Estas líneas resúmen en pocas palabras las numerosas objeciones que se han exteriorizado contra la protección de los perfumes por parte del derecho de autor. A juicio de quienes se oponen a la protección, la creación de un perfume tendría que ver más bien con un proceso industrial y no con una creación del espíritu; tal proceso no es portador de una forma, de ahí que se situaría por fuera del marco de las categorías protegidas por la ley. Haremos, de manera breve, un inventario más detallado de las objeciones, adicionándole en cada caso la réplica de los partidarios de la protección. La extraordinaria riqueza del debate en Francia proporciona una lista más o menos exhaustiva de los argumentos recíprocos¹⁷.

1. Los perfumes no son ni más ni menos que el resultado de aplicar simplemente una destreza o un saber hacer. En este caso, la creación de la fragancia se identificaría con el proceso técnico cuyo contenido¹⁸ es la composición de la substancia.

mise en œuvre, en focalisant les Pays-Bas, où la possibilité de la protection a été admise (II).

I. Les arguments avancés pour ou contre la protection

Dans son célèbre arrêt du 13 juin 2006, la Cour de cassation a décidé que «la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens de création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur.» Ces lignes résument en quelques mots les nombreuses objections qui ont été avancées contre la protection des parfums par le droit d'auteur. Selon les opposants de la protection, la création d'un parfum concernerait un processus industriel plutôt qu'une création de l'esprit, il ne constituerait pas une forme et il se placerait hors du cadre des catégories protégées par la loi. On fera brièvement un inventaire plus détaillé de ces objections, en y ajoutant chaque fois la réplique des partisans de la protection. La richesse extraordinaire du débat en France fournit une liste plus ou moins exhaustive des arguments réciproques¹⁷.

1. Les parfums ne sont que le résultat de l'application d'un simple savoir faire. La création de la fragrance s'identifierait au processus technique de la composition de la substance dans laquelle il est contenu¹⁸.

In reply, it is argued in the first place that “noses” (the composers of perfumes) are guided in their work, not by a desire to create a particular formula, but indeed by the olfactory form, the sensory impression that they wish to achieve. The production of the physical medium (known as the “juice”), which depends on know-how, must not be amalgamated with the olfactory form that prompted the author to create the work; that form is a personal expression and an intellectual work. All applied art (and pure art) requires a command of know-how¹⁹. A perfume is an artistic work whose form depends on its creator’s taste and arbitrary judgment and which may express its creator’s personality²⁰. In addition, it is important not to confuse similar formulas and similar fragrances²¹: a more or less identical fragrance may be (re)created through a variety of compositions and a composition that is largely the same may produce a very different fragrance by changing just a few ingredients.

2. A perfume does not constitute a form.

A whole set of different arguments can be placed within this category²². The work does not constitute a form because it is not stable: the fragrance develops in various stages once it has been applied to the skin; it is evanescent; it varies depending on the type of skin on which it is applied; in addition, not only the intellectual perception but also the physical perception of fragrances varies from person to person.

La réplica hace valer que, en primer lugar el «órgano nasal» (autor del perfume) se deja guiar en su trabajo no por el deseo de crear una determinada fórmula, antes bien lo que busca es una forma olfativa mediante la impresión sensorial que desea lograr. No hay que confundir la producción del soporte material (llamado «jugo») que depende desde luego del saber hacer y la forma olfativa que ha incitado al autor a crear la obra en cuya forma está plasmada una expresión personal y la obra del espíritu. Todas las artes aplicadas (así como las artes puras) requieren la maestría de un saber hacer¹⁹. El perfume es una obra artística cuya forma depende del gusto y del juicio arbitrario de su creador capaz de expresar su personalidad²⁰. Es más, no hay que confundir el parecido de las fórmulas con el parecido de las fragancias²¹: una fragancia más o menos idéntica podrá ser (re)creada a través de composiciones diversas, y una composición ampliamente idéntica puede desembocar en una fragancia muy diferente con sólo cambiarle algunos ingredientes.

2. Los perfumes no constituyen una forma

Es en esta categoría en donde pueden acomodarse una serie de argumentos diferentes²². No cabe decir aquí, que la obra constituye una forma porque ella no es estable: la fragancia se va desarrollando a intervalos diversos a partir del momento en que se aplica sobre la piel; es evanescente y varía en función de la piel sobre la cual se aplica; además, no es sólo la percepción intelectual de las fragancias la que varía según las personas, también varía la percepción física.

La réplique fait valoir qu'en premier lieu, le "nez" (compositeur de parfum) se fait guider dans son travail non pas par le désir de créer une certaine formule mais bien par la forme olfactive, la sensation sensorielle à laquelle il veut aboutir. Il ne faut pas confondre la production du support matériel (appelé le "jus"), qui dépend du savoir faire, et la forme olfactive qui a incité l'auteur à la création de l'œuvre, cette forme étant une expression personnelle et une œuvre de l'esprit. Tous les arts appliqués (ainsi que les arts purs) demandent la maîtrise d'un savoir faire¹⁹. Le parfum est une œuvre artistique dont la forme dépend du goût et du jugement arbitraire de son créateur et qui peut exprimer sa personnalité²⁰. De plus, il ne faut pas confondre la ressemblance des formules et la ressemblance des fragrances²¹: une fragrance à peu près identique pourra être (re)créée par des compositions diverses, et une composition largement identique peut aboutir à une fragrance très différente en ne changeant que quelques ingrédients.

2. Les parfums ne constituent pas une forme.

C'est sous cette catégorie qu'on peut ranger toute une série d'arguments différents²². L'œuvre ne constituerait pas une forme, parce qu'elle n'est pas stable: la fragrance se développe en divers stades dès qu'on l'a appliquée sur la peau; elle est évanescence; elle varie en fonction de la peau sur laquelle elle est appliquée; de plus, non seulement la perception intellectuelle, mais déjà la perception physique des fragrances varie selon les personnes.

The proponents of protection reply by referring to categories of works of a traditional, non-controversial kind which are not stable or permanent either, or which may be perceived differently, but which are nevertheless fully “established” categories in the copyright world. They conclude that, in this respect, fragrances do not differ from other works to a degree that would justify excluding them from copyright protection. In terms of the principles, it can be pointed out that a fragrance “can be reproduced. Therefore, it has a form”²³ and that what matters is the expression – which has been cast in a physical medium (the juice) – and not its perception.

3. The system excludes perfumes.

The Berne Convention and national laws include only works which appeal to the senses of sight or hearing. Creations which appeal to other categories of senses are thus implicitly excluded. Otherwise, there would be a risk that culinary creations or wines could not be denied protection either²⁴.

The response will be not only that the law confirms the irrelevance of the form and that the list of works is open, but also that literary works themselves, which represent the archetype of the protected categories of works, do not appeal to the eye and scarcely to the ear. A Chinese translation of a work by Paul Celan contains the work without there being any resemblance as perceived by the eye or the ear. Nevertheless, while the legal argument can be contested, we shall see that if

Los partidarios de la protección responden a esto, invocando las diversas categorías de obras tradicionales y no controvertidas, que tampoco son estables o permanentes o cuya percepción puede variar y que, no obstante, son categorías absolutamente «establecidas» en el recinto del derecho de autor. Sobre este punto, los partidarios de la protección concluyen que las fragancias no difieren de las otras obras en un grado que pudiere justificar excluirlas de la protección del derecho de autor. A nivel de los principios, podemos destacar que la fragancia «se puede reproducir; luego tiene una forma» (23); lo que cuenta es la expresión – la cual ha quedado plasmada en el soporte material, es decir en el jugo – y no su percepción.

3. El sistema excluye los perfumes.

El Convenio de Berna y también las leyes nacionales, no contienen sino obras que van dirigidas al sentido de la vista o al del oído. Esto equivale a excluir implícitamente las creaciones que van dirigidas a los otros sentidos. De otro modo, habrá que temer que la protección no pueda negársele tampoco a las creaciones culinarias o a los vinos²⁴.

Aquí, la respuesta será que no solamente la ley afirma lo indiferente que le es la forma y que la lista de las obras está abierta, sino que la obra literaria en sí misma, arquetipo de las categorías protegidas no se dirige ni a la vista, ni apenas al oído. La traducción china de una obra de Paul Celan contiene la obra sin que exista semejanza alguna a nivel de la vista o del oído. Sin embargo, aunque el argumento jurídico se pueda controvertir, veremos que si no es la ley

Les partisans de la protection répondent en invoquant des catégories d'œuvres traditionnelles et non controversées, qui ne sont pas stables ou permanentes elles non plus, ou dont la perception peut varier, et qui sont pourtant des catégories absolument "établies" dans la maison du droit d'auteur. Ils en concluent que, sur ce point, les fragrances ne diffèrent pas des autres œuvres dans un degré qui justifierait de les exclure de la protection du droit d'auteur. Sur le plan des principes, on peut remarquer que la fragrance «peut être reproduite. Elle a donc une forme»²³ et que ce qui compte est l'expression – qui a été coulée dans un support matériel, le jus – et non pas sa perception.

3. Le système exclut les parfums.

La Convention de Berne, ainsi que les lois nationales, ne contiennent que des œuvres qui s'adressent aux sens de la vue ou de l'ouïe. Cela constitue une exclusion implicite des créations s'adressant aux autres catégories de sens. Sinon, il faut craindre que la protection ne puisse pas non plus être refusée aux créations culinaires ou aux vins²⁴.

La réponse sera que non seulement la loi affirme l'indifférence de la forme et que la liste des œuvres est ouverte, mais que l'œuvre littéraire elle-même, archétype des catégories protégées, ne s'adresse pas à la vue et guère non plus à l'ouïe. Une traduction chinoise d'une œuvre de Paul Celan contient cette œuvre, sans qu'il n'y ait de ressemblance sur le plan de la vue ni de l'ouïe. Néanmoins, si l'argument juridique peut être contesté, on verra que si ce n'est pas la loi qui traite les parfums sur un pied différent,

the law does not treat perfumes on a different footing, our neurological system does, with consequences that have an impact in legal terms.

4. It is impossible to determine the originality of perfumes.

In spite of the surprising and often unexpected role that our sense of smell plays at the subconscious level, at the conscious one, we have a limited and underdeveloped knowledge and perception of smells. We do not know how to “read” perfumes; we find it hard to analyse them, compare them and assess them in structured contexts. This fact, which is supported by neurological research²⁵, represents a very serious obstacle as far as copyright is concerned because it makes it difficult to assess originality and unlawful copying.

Added to this is the fact that most perfumes fall into about fifteen “families” whose representatives inevitably bear a certain resemblance to each other²⁶. As style and kind are not restricted²⁷, creators of perfumes are free to produce their own creations which come within a group of fragrances that are already fairly close to one another. In other words, like creators in other fields, composers of perfume may claim freedom of style. Considering how difficult it can be to maintain a balance between the protected sphere, on the one hand, and freedom to imitate a style, on the other, in sectors like that of designs which are far more familiar than fragrances, it is understandable to be averse to the idea of applying these

la que trata los perfumes en un plano diferente, sí lo hace nuestro sistema neurológico, con unas consecuencias que no dejan de incidir en el plano jurídico.

4. *Es imposible determinar la originalidad de los perfumes.*

A pesar del papel sorprendente y a menudo inesperado que nuestro sentido del olfato desempeña a nivel inconsciente, por lo que al nivel consciente se refiere nuestros conocimientos, así como nuestra percepción de los olores son lapidarios y están subdesarrollados. No sabemos «leer» los perfumes; tenemos dificultades para analizarlos, compararlos y apreciarlos según sea el marco en el que están estructurados. Este dato, que puede sustentarse en los resultados de investigaciones neurológicas²⁵, representa un obstáculo muy serio en el ámbito del derecho de autor, ya que hace que sea difícil apreciar la originalidad como también la falsificación.

A ésto, se agrega la circunstancia de que la mayor parte de los perfumes se agrupa en torno a una quincena de «familias» cuyos representantes comporten inevitablemente una cierta semejanza²⁶. El estilo y el género son libres²⁷: los creadores de perfumes gozan entonces de la libertad para realizar su propia creación situándose en un grupo de fragancias que se aproximan ya más o menos unas de otras. En otros términos: al igual que los otros autores, los compositores de perfumes pueden invocar la libertad de estilo. Cuando se sabe qué tan difícil resulta mantener el equilibrio entre el ámbito protegido, de un lado y, del otro lado, la libertad de imitar el estilo en campos mucho más familiares que los de las fragancias

c'est notre système neurologique, avec des conséquences qui ne sont pas sans incidence sur le plan juridique.

4. Il est impossible de déterminer l'originalité des parfums.

Malgré le rôle étonnant et souvent inattendu que notre sens d'odorat joue sur le niveau inconscient, sur le niveau conscient, nos connaissances ainsi que notre perception des odeurs sont lapidaires et sous-développées. Nous ne savons pas "lire" les parfums; nous avons de la peine à les analyser, les comparer, les apprécier dans des cadres structurés. Cette donnée, qui peut être étayée sur les résultats de recherches neurologiques²⁵, représente un obstacle très sérieux dans le cadre du droit d'auteur, car il rend difficile l'appréciation de l'originalité ainsi que de la contrefaçon.

À cela s'ajoute la circonstance que la plupart des parfums se regroupent en une quinzaine de "familles" dont les représentants portent inévitablement une certaine ressemblance²⁶. Le style et le genre sont libres²⁷: les créateurs des parfums ont donc la liberté de réaliser leur propre création se situant dans un groupe de fragrances qui sont déjà plus ou moins proches les unes des autres. En d'autres termes: comme les autres auteurs, les compositeurs de parfum peuvent invoquer la liberté du style. Quand on sait combien il peut être difficile de maintenir l'équilibre entre le domaine protégé d'un côté et la liberté d'imitation du style de l'autre, dans des domaines beaucoup plus familiers que les fragrances comme celui des dessins et modèles, on recule

vague concepts in the even vaguer sphere of fragrances.

Therefore, a subjective evaluation of originality and similarity has to be ruled out, except perhaps in certain cases which we shall look at later. That is why an objective instrument to assess similarities between aromatic substances would be most helpful. And, indeed, the similarity of substances can be subjected to an objective appraisal based on a chemical analysis. However, such a tool can be of assistance only where the two substances are identical. As has been shown in the Netherlands, in a very detailed article by two technical experts²⁸, there is no linear relationship between the degree of similarity of the chemical compositions and the degree of resemblance of the fragrances themselves. Subtle changes in the physical composition may completely alter the olfactory impression, whereas, by contrast, a fairly similar fragrance can be created through a chemical composition which suggests a much bigger difference. The conclusion that has to be drawn, therefore, is that, unless the substances are identical, it is necessary to fall back on the simple sense of smell to assess resemblances.

The argument that it may prove very difficult to determine the originality and also the extent of the protection of a fragrance is a serious objection which is highlighted not just by the opponents of protection. However, while the latter see it as proof that copyright protection cannot work, the proponents of protection presume that this obstacle

como es el de los diseños y modelos, nos echamos para atrás ante la idea de aplicar unas nociones vagas en el terreno aún más vago de las fragancias.

En consecuencia, debe descartarse la evaluación subjetiva de la originalidad y de la similitud, con excepción, tal vez, de algunos casos que veremos más adelante. Es ésta, la razón por la cual sería sumamente oportuno disponer de un instrumento objetivo que permitiera medir las similitudes entre las sustancias aromáticas. Efectivamente, es perfectamente posible someter a una evaluación objetiva las similitudes entre esas sustancias basándola en un análisis químico. Sin embargo, este instrumento sólo puede servir como una asistencia en caso de identidad entre las dos sustancias. Como ha quedado demostrado en un artículo muy a fondo llevado a cabo por dos expertos técnicos²⁸ en los Países Bajos, no existe una relación lineal entre el grado de similitud de la composición química y el grado de semejanza de las fragancias. Sutiles modificaciones en la composición física pueden cambiar por completo la impresión olfativa, al paso que, por otra parte, se puede crear una fragancia más bien similar mediante una composición química que sugiere una diferencia mucho más importante. De modo que habrá que concluir, que a falta de identidad para juzgar la semejanza, este asunto queda sencillamente relegado al sentido del olfato.

El argumento según el cual puede ser muy difícil determinar la originalidad y también el alcance de la protección de una fragancia es una objeción seria que no han formulado solamente todos los que se oponen a la protección. Pero mientras estos últimos ven en lo anterior la prueba de que la protección que otorga el derecho de

devant l'idée d'appliquer ces notions vagues dans le terrain encore plus vague des fragrances.

Une évaluation subjective de l'originalité et de la similarité doit donc être écartée, sauf peut-être pour certains cas qu'on verra plus tard. C'est pourquoi un instrument objectif permettant de mesurer les similarités entre les substances aromatiques serait hautement opportun. Et en effet, la similarité des substances peut être soumise à une évaluation objective, basée sur une analyse chimique. Toutefois, cet instrument peut seulement être d'assistance en cas d'identité entre les deux substances. Comme il a été démontré aux Pays-Bas, dans un article très fouillé de deux experts techniques²⁸, il n'y a pas de relation linéaire entre le degré de similarité de la composition chimique et le degré de ressemblance des fragrances. Des modifications subtiles dans la composition physique peuvent entièrement changer l'impression olfactive, tandis que d'autre part, une fragrance plutôt similaire peut être créée par une composition chimique suggérant une différence beaucoup plus importante. Il faut donc en conclure qu'à défaut d'identité, on se trouve renvoyé, pour juger la ressemblance, au simple sens de l'odorat.

L'argument qu'il peut s'avérer très difficile de déterminer l'originalité ainsi que l'étendue de protection d'une fragrance, est une objection sérieuse qui n'est pas seulement signalée par les opposants de la protection. Mais tandis que ces derniers y voient la preuve que la protection par le droit d'auteur ne peut fonctionner, les partisans de la protection présument que

will not always be insuperable²⁹ and challenge the view that this reason is sufficient to preclude point-blank any recourse to copyright. Moreover, issues concerning literary or musical plagiarism are just as tricky and hard to settle. The difference is thus less absolute than it appears at first sight.

5. The case law of the Court of Justice of the European Union

Neither the French Court of Cassation nor the Dutch Hoge Raad took European copyright law into consideration in their decisions. This is not surprising because the concept of an intellectual work has not been harmonised, with the exception of the criterion of originality applicable – it seemed – to computer programs, databases and photographs. However, it is well known that, in 2009, in the *Infopaq v. DDF* case, the European Court of Justice more or less extended this criterion's applicability to all works: "...copyright within the meaning of Article 2(a) of Directive 2001/29 is liable to apply only in relation to a subject matter which is original in the sense that it is its author's own intellectual creation"³⁰.

It is hard to say what impact this ruling could have on the problem of perfume. In principle, it should be secondary for the simple reason that the standard of originality set out in the three directives in question clearly concerns only the "threshold level"³¹

autor no puede funcionar, los partidarios de la protección presumen que el obstáculo no siempre seguirá siendo insuperable²⁹ y expresan su desacuerdo en cuanto a que esta razón se asuma como suficiente para impedir categóricamente recurrir al derecho de autor. Además, todos los temas que se relacionan con el plagio literario o musical son tan espinosos y duros de resolver como éste. La diferencia es pues menos absoluta de lo que a primera vista parece.

5. La jurisprudencia de la Corte de justicia de la Unión europea

Ni la Corte de Casación al producir sus decisiones, ni el Hoge Raad Néerlandais han tomado en consideración el derecho de autor europeo. En realidad, no hay lugar para sorprenderse, ya que la noción de obra del espíritu aún no ha sido objeto de armonización si exceptuamos lo relativo al criterio de originalidad que debe aplicarse a los programas para ordenadores, a las bases de datos y, por lo que parece, a las fotografías. Sabemos no obstante, que en el año 2009, en el proceso Infopaq/DDF, la Corte de Justicia generalizó más o menos el criterio antes referido como algo válido y aplicable a todas las obras: «[...]el derecho de autor, a tenor del Artículo 2, bajo a), de la Directriz Europea 2001/29 no cabe aplicarlo sino en relación a un objeto que sea original en el sentido de que es una creación intelectual propia de su autor.»³⁰.

No es fácil predecir cuál podrá ser la incidencia de este fallo en cuanto al problema de los perfumes. En principio, debería ser secundaria, en razón de que el criterio de originalidad formulado en las tres Directrices mencionadas concierne solamente y con toda claridad

l'obstacle ne sera pas toujours insurmontable²⁹ et contestent que cette raison suffise pour empêcher catégoriquement tout recours au droit d'auteur. En outre, les questions concernant le plagiat littéraire ou musical, sont tout aussi épineuses et dures à trancher. La différence est donc moins absolue qu'il ne semble à première vue.

5. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Ni la Cour de cassation, ni le Hoge Raad néerlandais n'ont, dans leurs décisions, pris en considération le droit d'auteur européen. Cela ne saurait étonner puisque la notion d'œuvre de l'esprit n'a pas été harmonisée, à l'exception du critère d'originalité qui doit être appliqué aux logiciels, aux bases de données et aux photographies, – semblait-il. Mais on sait qu'en 2009, dans l'affaire *Infopaq/DDF*, la Cour de justice a plus ou moins généralisé ce dernier critère comme étant d'application sur toutes les œuvres: «...le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur.»³⁰

Il est difficile de dire quelle pourra être l'incidence de cet arrêt sur le problème des parfums. En principe, elle devrait être secondaire pour la seule raison que le critère d'originalité formulé dans les trois directives citées ne concerne clairement que la question de la "hauteur du seuil"³¹ et non pas

and not the question of the sphere of copyright and the categories of productions which may qualify as intellectual works. However, we also saw that in the decision of the Dutch Supreme Court, the question of the presence of originality and that of the sphere of copyright are combined without distinction into a single criterion of originality and personal stamp; and this seems to be a policy that can be noted frequently, and not just in Dutch decisions. One can add that the Court of Justice seems impatient to proceed with the major project of harmonising copyright and is not always worried about crossing certain boundaries that might impede it.

The *Infopaq* ruling generalised a technocratic criterion tailor-made for computer programs and databases, i.e. works having marked features of productions involving “know how”. A strange consequence of this decision could be that it may facilitate the protection of scents, even if it is assumed that the creation of perfumes is in fact the result of the simple application of know-how, as the Court of Cassation posited. From the moment that a perfume was original in the sense that it was its author’s own intellectual creation, the way to protection would be open. In the face of such a possibility, one would nevertheless be inclined to murmur *non tali auxilio*.

a la cuestión de la «altura del umbral»³¹ y no a la de la esfera del derecho de autor y de las categorías de producciones que pueden ser obras del espíritu. Mas, también hemos visto cómo en la decisión de la Corte Suprema neerlandesa, la originalidad y el ámbito del derecho de autor se confunden indistintamente en un solo y único criterio: la originalidad y la huella de la personalidad; y al parecer, es esta una política que aparece con frecuencia, y que no aparece solamente en las sentencias neerlandesas. A ello se agrega que la Corte de Justicia da visos de impaciencia en cuanto a proseguir el gran proyecto de armonización del derecho de autor y no siempre se priva de franquear ciertos lindes que pudieren obstaculizar este propósito.

La sentencia Infopaq generalizó un criterio de carácter tecnocrático, hecho a medida para los programas de ordenador y para las bases de datos - obras éstas, con marcados rasgos de una producción fruto de la «destreza o saber hacer». Una consecuencia, rara desde luego, de esta decisión es que podría facilitar la protección de las fragancias incluso suponiendo que la creación de perfumes surgiera efectivamente - como así lo ha postulado la Corte Constitucional - de poner en obra simplemente un saber hacer. En cuanto un perfume fuera original en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor, se abriría la vía hacia la protección. No obstante, ante esta posibilidad, uno se siente inclinado a murmurar un non tali auxilio. (La causa no necesita de tal ayuda).

la question du domaine du droit d'auteur et des catégories des productions qui peuvent être des œuvres de l'esprit. Mais on a vu également que dans la décision de la cour suprême néerlandaise, la question de la présence d'originalité et celle du domaine du droit d'auteur sont confondues indistinctement dans un seul critère unique d'originalité et empreinte de la personnalité; et il semble que c'est une politique qu'on retrouve plus souvent, et non pas seulement dans les décisions néerlandaises. Il s'y ajoute que la Cour de justice semble impatiente de poursuivre le grand projet de l'harmonisation du droit d'auteur et n'est pas toujours embarrassée de franchir certaines bornes qui pourraient y faire obstacle.

L'arrêt *Infopaq* a généralisé un critère à caractère technocratique, fait sur mesure pour les logiciels et les bases de données – des œuvres ayant des traits marqués d'une production de «savoir faire». Une conséquence bizarre de cette décision pourrait être qu'elle pourrait faciliter la protection des fragrances, même en supposant que la création des parfums procéderait en effet, comme l'a postulé la Cour de cassation, de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire. Dès qu'un parfum serait original, en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur, la voie à la protection serait ouverte. Face à cette possibilité, on est néanmoins enclin de murmurer un *non tali auxilio*.

6. Current status

While the discussion is still going on, we are starting to see a certain repetition of the arguments. For the purposes of this article, suffice it to note that, as far as positive law is concerned, the highest court denied protection in France and accepted it in the Netherlands. We shall now give a short summary of the opinions of Dutch legal authors.

II. The Implementation of Protection

As is well known, in the Netherlands, the Supreme Court (Hoge Raad) accepted the copyrightability of perfumes in the *Lancôme v. Kecofa* (“*Trésor*”) ruling of 16 June 2006³². It remains to be seen how such copyright protection can be implemented in practice. We shall first study the reasons that led the Court to reach its decision (A) and then consider a few specific questions (B).

A. The *Lancôme v. Kecofa* (“*Trésor*”) Ruling

1. The Ruling and its Grounds

It may come as a surprise to learn that, in the appeal for annulment, the opponent of *Lancôme Parfums* no longer even challenged the fact that fragrances could enjoy copyright protection because this seemed such a settled matter in the Netherlands. Nevertheless, the Supreme Court (Hoge Raad) took the opportunity to confirm that “this starting point is correct”. The Court then continued:

6. *Balance*

Mientras la discusión continúa, comienza a ponerse de manifiesto cierta repetición en los argumentos. Para la finalidad de este artículo, baste con establecer la constancia de que, en el plano del derecho positivo la más alta jurisdicción ha rechazado la protección en Francia, y la ha admitido en los Países Bajos. Haremos ahora un breve inventario de las opiniones de los autores neerlandeses.

II. La puesta en obra de la protección

*Sabemos que en los Países Bajos, la Corte Suprema (Hoge Raad) en la sentencia *Lancôme/Kecofa* (“*Trésor*”) del 16 de junio de 2006³², ha aceptado la protección de los perfumes por el derecho de autor. Aún queda por saber cómo podrá ponerse en obra esta protección en la práctica. Empezaremos por estudiar las razones que han conducido a esta decisión (A), para abocarnos seguidamente a algunas cuestiones de detalle (B).*

A. La sentencia *Lancôme/Kecofa* (“*Trésor*”)

1. *De la sentencia y de sus motivaciones*

*Tal vez nos sorprenda enterarnos de que en Casación, el adversario de *Lancôme Parfums* ni siquiera impugnara que el derecho de autor pudiese proteger las fragancias, lo cual pone en evidencia hasta qué punto parece ya un hecho consumado en Holanda. No obstante, la Corte Suprema (Hoge Raad) aprovechó la ocasión para confirmar que «el punto de partida es justo». Y, para agregar que:*

6. Bilan

Tandis que la discussion se poursuit, une certaine répétition des arguments commence à se manifester. Pour les fins de cet article, il suffit de constater que sur le plan du droit positif, la plus haute juridiction a refusé la protection en France, et l'a admise aux Pays-Bas. On fera maintenant un inventaire bref des opinions des auteurs néerlandais.

II. La mise en œuvre de la protection

On sait qu'aux Pays-Bas, la cour suprême (Hoge Raad) a accepté la protection des parfums par le droit d'auteur dans l'arrêt Lancôme/Kecofa («Trésor») du 16 juin 2006³². Il reste de savoir comment cette protection peut être mise en œuvre en pratique. On étudiera d'abord les raisons qui l'ont portée à cette décision (A), pour ensuite se pencher sur quelques questions de détail (B).

A. L'arrêt Lancôme/Kecofa («Trésor»)

1. L'arrêt et ses motifs

On sera peut-être surpris d'apprendre qu'en cassation, l'adversaire de Lancôme Parfums n'avait même plus contesté le fait que les fragrances puissent être protégées par le droit d'auteur, tellement cela semblait une chose acquise en Hollande. La cour suprême (Hoge Raad) a néanmoins saisi l'occasion pour confirmer que «ce point de départ est juste.» Elle a poursuivi que:

“Besides the non-limitative list of categories of works, the description given in Article 10 of the Copyright Act of what is to be understood as a ‘work’ within the meaning of that Act is general and does not rule out the inclusion of scents. It follows that, for the question whether a scent may qualify for copyright protection, what is decisive is whether it involves a creation that is amenable to human perception and whether it has its own original character bearing the personal stamp of the author. It is true that the concept of a work in the Copyright Act meets its limit where the work’s own original character concerns only what is necessary to obtain a technical effect, but given that, in the case of a perfume, there is no question of a purely technical effect, the latter condition does not prevent copyright protection from being granted to the fragrance of a perfume. The fact that the properties of the human sense of smell limit the ability to distinguish scents and that the extent to which scents can be distinguished differs from person to person does not alter the foregoing, nor does the fact that as a consequence of the specific nature of scents not all the provisions and limitations in the Copyright Act can be applied without restriction, having regard, for example, to the use of a perfume which, given its nature, necessarily implies spreading the scent and cannot be denied the ordinary user.”

«Aparte de la enumeración no limitativa de las diferentes categorías de obras, la descripción contenida en el Artículo 10 de la ley sobre derecho de autor acerca de lo que debe entenderse por «obra» a tenor de esta ley, es de carácter general y no constituye un obstáculo para incluir en ella una fragancia. De lo que se sigue entonces, que para saber si una fragancia puede aspirar a la protección del derecho de autor, resulta decisivo determinar si se trata de una creación capaz de ser percibida por el hombre y si tiene un carácter propio y original que lleve la huella personal de su autor. Es cierto que el concepto de obra contenido en la ley sobre derecho de autor topa con el límite en el que el carácter propio de ser original no tiene que ver sino solamente con lo que es necesario para obtener un efecto técnico. Ahora bien, como en el caso de un perfume no puede decirse que se trate de un efecto exclusivamente técnico, esta última condición tampoco es un obstáculo para que se le conceda la protección del derecho de autor a la fragancia de un perfume. La circunstancia de que las propiedades del sentido del olfato introduzcan límites a la facultad de distinguir los olores y que la medida difiera de un humano a otro humano en cuanto a la capacidad para distinguir olores, no cambia lo que antecede, como tampoco lo cambia la circunstancia de que la naturaleza específica de los olores tiene como consecuencia que no todas las disposiciones y limitaciones de la ley sobre derecho de autor puedan aplicarse sin restricción en vista, por

« À part l'énumération non-limitative des catégories d'œuvres, la description donnée en l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur de ce que doit être entendu comme une 'œuvre' au sens de cette loi est générale et ne fait pas obstacle à y inclure une fragrance. Il s'ensuit que pour la question si une fragrance peut prétendre à la protection par le droit d'auteur, il est décisif s'il s'agit d'une création qui est susceptible d'être perçue par l'homme et si elle a un caractère propre et original qui porte l'empreinte personnel de l'auteur. Il est vrai que le concept de l'œuvre de la loi sur le droit d'auteur trouve sa limite où le caractère propre et original ne porte que sur ce qui est nécessaire à obtenir un effet technique, mais puisque dans le cas d'un parfum, on ne peut parler d'un effet exclusivement technique, cette dernière condition ne fait pas obstacle non plus à ce que soit accordée la protection du droit d'auteur à la fragrance d'un parfum. Les circonstances que les propriétés du sens de l'odorat mettent des limites à la faculté de distinguer des odeurs et que la mesure dans laquelle on est capable de distinguer les odeurs diverses diffère de humain à humain, ne change pas ce qui précède, pas davantage que la circonstance que la nature spécifique des odeurs a pour conséquence que pas toutes les dispositions et limitations dans la loi sur le droit d'auteur y peuvent être appliquées sans restriction, en vue par exemple de l'usage du parfum qui par sa nature emporte nécessairement la diffusion de la fragrance et qui ne peut être défendu à l'usager normal. »

ejemplo, de que el uso del perfume cuya naturaleza entraña necesariamente la difusión de la fragancia no pueda prohibírsele al usuario normal».

The Supreme Court thus realised that the legislator had not contemplated perfumes when drafting the law and that, as a result, there could be situations in which the text of the law should clearly not be applied literally. This is not a new approach; in 1965, there was a precedent with “non-original writings”, a Dutch speciality criticised by the majority of legal authors but dear to the legislator who refuses categorically to abolish it. After stating that the protection afforded to authors of literary and artistic works by the 1912 Act was based on the special character of those works as the fruit of the author’s creative effort, the Supreme Court³³ concluded that, although Article 10 of the Dutch Act, in particular by using the terms “all writings”, had extended that protection to works devoid of any original character,

La Corte Suprema se dio cuenta entonces, de que el legislador no había pensado en los perfumes cuando redactó la ley y también se percató de que se pueden presentar situaciones en las cuales el texto de la ley no puede aplicarse al pie de la letra. Este enfoque no es nuevo; ya surgió en 1965, cuando se generó un precedente en relación a los «escritos sin carácter original» y en el que un especialista neerlandés mal visto por la mayoría de los doctrinantes - pero apreciado por el legislador - se obstinaba en su rechazo por abolirla. La Corte suprema³³ comenzó por afirmar que la protección que la ley de 1912 les ofrece a los autores de obras literarias y artísticas estaba fundamentada en el carácter especial de esas obras como fruto del trabajo creador del autor. Aunque el Artículo 10 de la ley neerlandesa en particular, al utilizar la expresión «todos los escritos», extendía esta protección a las obras desprovistas de tal carácter,

“the legislator’s intention cannot have been that, consequently, the provisions of the law, which are based on that specific character of protected works [i.e. originality – AQ], should apply without change to works which do not have such a character and whose authors can derive their entitlement to protection only from the fact that they wrote them down; the question whether and in what way the provisions are to be applied to writings lacking original

«la intención del legislador no pudo haber sido que, en consecuencia, las disposiciones de la ley basadas en ese carácter especial de las obras protegidas (es decir, en la originalidad AQ) debería aplicarse sin modificarla a las obras que no disponen de ese carácter y cuyos autores no pueden pedirle prestado su derecho a la protección por el solo hecho de haberlas puesto por escrito; que saber si esas disposiciones deben ser aplicadas a los escritos sin

La cour suprême s'est donc rendu compte que le législateur n'avait pas pensé aux parfums quand il a rédigé le texte de la loi et qu'il peut en résulter des situations où manifestement le texte de la loi ne peut pas être appliqué à la lettre. C'est une approche qui n'est pas nouvelle; quand en 1965, un précédent se produisit à l'égard des «écrits sans caractère original», une spécialité néerlandaise mal vue par la majorité de la doctrine mais chère au législateur qui s'obstine dans son refus de l'abolir. La cour suprême a d'abord affirmé que la protection offerte par la loi de 1912 aux auteurs des œuvres littéraires et artistiques était fondée sur le caractère spécial de ces œuvres comme fruits du travail créateur de l'auteur. Quoique l'article 10 de la loi néerlandaise, en particulier en utilisant le terme «tous les écrits», étendait cette protection à des œuvres dépourvues de ce caractère,

«l'intention du législateur ne peut pas avoir été que, en conséquence, les dispositions de la loi qui sont basées sur ce caractère particulier des œuvres protégées (c'est-à-dire l'originalité, AQ) devraient s'appliquer sans modification aux œuvres qui ne disposent pas de ce caractère et dont les auteurs ne peuvent emprunter leur droit à la protection du seul fait qu'ils les ont mises par écrit; que la question de savoir si et de quelle manière ces dispositions doivent être appliquées aux écritures

character must be assessed, in the absence of any general rules on the subject in the law, for each of those provisions individually, according to their scope”.

2. Reactions in Dutch Legal Literature

Several authors have rejected the result of the Lancôme/Kecofa ruling and criticised the Supreme Court for taking the issues raised by such acceptance too lightly. Several German³⁴ and Belgian³⁵ commentaries also share this assessment. Other authors confine themselves to expressing reservations without taking a stand against the principle of possible protection³⁶. Almost all of the commentaries³⁷ express disquiet about the attendant difficulties of determining the originality of perfumes and the scope of protection.

Strident criticism has been voiced by Mr H. Cohen Jehoram. One only has to read the title of his commentary to know: “The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of a Perfume. The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor”³⁸. According to this author, perfumers should not be identified with artists; on the contrary, creators of fragrances, rather than being artists, are actually anonymous molecular biologists working for a small group of seven companies producing perfumes like they produce fragrances for cleaning products³⁹. He argues that blindly applying principles without considering whether protection is appropriate represents a perfect example of what is called

carácter original y cómo deben aplicarse, es algo que debe apreciarse – a falta de una reglamentación general de la ley a este efecto – para cada una de esas disposiciones individualmente, de acuerdo a su alcance»

2. De las reacciones en la doctrina neerlandesa

Varios autores han rechazado el resultado de la sentencia Lancôme/Kecofa, reprochándole a la Corte suprema haber tomado demasiado a la ligera los interrogantes que plantea haberlo aceptado; este es también el tenor de varios comentaristas alemanes³⁴ y belgas³⁵. Otros autores se limitaron a exteriorizar reservas sin que esto supusiera su hostilidad en cuanto al principio de una protección posible³⁶. En términos generales, casi la todos los comentarios emitidos³⁷ expresan su inquietud a cerca de las dificultades que giran en torno a determinar la originalidad de los perfumes y la extensión de la protección.

El Señor H. Cohen Jehoram emitió estridentes críticas. Baste con leer el título: «La Corte de Casación de los Países Bajos reconoce un derecho de autor sobre la fragancia de un perfume. “El holandés errante – a toda vela y sin ancla”³⁸. En opinión de este autor, no debería identificarse a un perfumista con un artista: en realidad, los creadores de fragancias serían en menor medida artistas y en mayor medida biólogos moleculares anónimos al servicio de un puñado de siete empresas que producen por igual perfumes que fragancias para soluciones destinadas a la limpieza³⁹. Venir a aplicar ciegamente unos principios sin plantearse interrogantes acerca de si es o no es oportuna la protección, constituiría «un

sans caractère original doit être appréciée, en l'absence d'une réglementation générale à cet effet dans la loi, pour chacune de ses dispositions individuellement d'après leur portée».

2. Réactions dans la doctrine néerlandaise

Plusieurs auteurs ont rejeté le résultat de l'arrêt Lancôme/Kecofa, reprochant à la cour suprême de prendre trop à la légère les questions qui sont soulevées par cette acceptation; c'est également la teneur de plusieurs commentaires allemands³⁴ et belges³⁵. D'autres auteurs ne firent qu'émettre des réserves sans pour cela se prononcer hostiles au principe d'une protection possible³⁶. À peu près tous les commentaires³⁷ expriment leur inquiétude quant aux difficultés entourant la détermination de l'originalité des parfums et l'étendue de la protection.

Des critiques stridentes ont été émises par M. H. Cohen Jehoram. Il suffit de lire le titre pour savoir: «La Cour de cassation des Pays-Bas reconnaît un droit d'auteur sur la fragrance d'un parfum. Le hollandais volant – Toutes voiles dehors, pas d'ancre.»³⁸ Selon cet auteur, il ne faudrait pas identifier le parfumeur à un artiste: en réalité, les créateurs de fragrances seraient moins des artistes que des biologistes moléculaires anonymes aux services d'une poignée de sept entreprises, qui produisent des parfums comme ils produisent des fragrances pour des solutions de nettoyage³⁹. L'application aveugle des principes sans se poser des questions sur l'opportunité de la protection constituerait «un exemple parfait de ce qu'on appelle en Allemagne

Begriffsjurisprudenz in Germany, undiscerning doctrinal legal reasoning, totally removed from social reality. Moreover, copyright covers only works that are perceptible to the eye and the ear, whereas perfumes are for the purely functional purpose of making their users seductive. Lastly, he considers that, by accepting protection, the Netherlands has isolated itself from other Member States of the European Union which have taken the opposite stand.

In a detailed note in *Nederlandse Jurisprudentie*⁴⁰, Mr J. Spoor defended the idea that the fragrance itself could not be identified as the subject matter for protection, but only the composition of the perfume as fixed in its recipe. Although the fragrance's impression is what the perfumer wished to achieve, it is not the thing that the perfumer created, which is the composition of the fragrance⁴¹. It is essential that, in copyright, the subject matter of the exclusive right should be clearly identifiable. It must be capable of being perceived simply and unambiguously. Only the formula can meet this condition. This would not prevent the protection from covering liquids having an intentionally different composition but leading to an essentially similar fragrance. Nevertheless, Mr Spoor predicts significant problems when it comes to determining the extent of protection and whether fragrances could be included in the copyright system. He wonders whether it was not the "dogmatics, if not the rhetoric" of copyright that inspired the decision and concludes that an action based on unfair competition would have been a better

perfecto ejemplo de lo que en Alemania se denomina la Begriffsjurisprudenz, a saber un razonamiento jurídico doctrinal a tontas y a locas, totalmente alejado de las realidades sociales». Fuera de esto, el derecho de autor no enfocaría sino a las obras que son perceptibles por la vista o por el oído; los perfumes no perseguirían más que el objetivo funcional de transformar en seductores a sus usuarios; y, en resumidas cuentas, los Países Bajos al aceptar la protección se habrían aislado de los otros Estados miembros de la Unión europea que han adoptado la solución inversa.

En una nota a fondo publicada en la Nederlandse Jurisprudentie⁴⁰, el Señor J. Spoor defendía la idea según la cual no se puede identificar la fragancia como objeto de protección, lo único que cabe hacer es fijar la composición del perfume en su fórmula o en su receta. Aunque la sensación de la fragancia sea aquello que ha querido obtener el perfumista, no por eso esa sensación es la cosa que él ha creado: es, la composición de la fragancia⁴¹. En derecho de autor es esencial que el objeto del derecho exclusivo sea claramente identificable. Debe ser perceptible de manera simple y sin ambigüedad. Sólo la fórmula puede responder a esta condición. Esto no sería obstáculo para que el alcance de la protección pudiera cubrir líquidos de una composición intencionalmente diferente pero que conduce a una fragancia esencialmente similar. Sin embargo, el Señor Spoor pone sobre aviso acerca de importantes problemas en cuanto a determinar la extensión de la protección y también advierte sobre cómo saber si las fragancias se podrán integrar en el sistema del derecho de autor. Este autor se pregunta si no ha

la *Begriffsjurisprudenz*, un raisonnement juridique doctrinal à tort et à travers, totalement éloigné des réalités sociales.» En dehors de cela, le droit d'auteur ne viserait que les œuvres perceptibles à la vue et à l'ouïe; les parfums n'auraient que le but fonctionnel de rendre leurs utilisateurs séduisants; finalement, en acceptant la protection, les Pays-Bas se seraient isolés des autres États membres de l'Union Européenne qui ont adopté la solution inverse.

Dans une note approfondie dans la *Nederlandse Jurisprudentie*⁴⁰, M. J. Spoor défendait l'idée selon laquelle on ne saurait identifier la fragrance comme objet de la protection, mais seulement la composition du parfum comme fixée dans sa recette. Bien que la sensation de la fragrance soit ce qu'a voulu atteindre le parfumeur, cette sensation n'est pas pour autant la chose qu'il a créée: c'est la composition de la fragrance⁴¹. Il est essentiel qu'en droit d'auteur, l'objet du droit exclusif soit clairement identifiable. Il doit être perceptible de façon simple et sans ambiguïté. Seule la formule peut répondre à cette condition. Ceci ne ferait pas obstacle à ce que l'étendue de la protection puisse couvrir des liquides d'une composition intentionnellement différente mais menant à une fragrance essentiellement similaire. Néanmoins, M. Spoor prévoit des problèmes importants quant à la détermination de l'étendue de protection et la question de savoir si les fragrances pourront être intégrées dans le système du droit d'auteur. Il se demande si ce n'est pas «la dogmatique, sinon rhétorique» du droit d'auteur

way to combat a parasitic imitation of the original product⁴².

Mr Grosheide does not seem to be against protection as such but wonders whether sufficient consideration has been given to its implications: will copyright protection extend to tastes, or even feelings⁴³? These scruples do not haunt Mr Prins who expresses support for protection, without excluding at the same time protection for wines and brandies⁴⁴.

Mr Hugenholtz commented⁴⁵ that the Hoge Raad had skimmed too lightly over the question whether perfumes really belonged to the sphere of literary and artistic works, in short, culture; was their place not, rather, within the sphere of industry? In addition, he doubted whether a monopoly extending 70 years *post mortem auctoris* was desirable from the standpoint of free competition. His commentary shares the objections raised by the other authors mentioned above concerning the issue of determining the subject matter and scope of the protection. The work formed by a fragrance lacks clear contours and this could be a threat to legal certainty.

In the opinion of Mr Dommering⁴⁶, copyright merely offers a “layer of sensory protection in order to protect the technical knowledge of how to make the perfume”. The question of

sido más bien «la dogmática, por no decir, la retórica» del derecho de autor la que ha inspirado la sentencia, y concluye diciendo que una imitación que parasita el producto original habría sido mejor combatida ejerciendo una acción basada en la competencia desleal⁴².

El Señor Grosheide, aunque no parece estar en contra de la protección en sí misma, sin embargo se pregunta acerca de si se han tomado en cuenta suficientemente las consecuencias de la protección: ¿el derecho de autor se encamina hacia la protección de los gustos e incluso de los sentimientos?⁴³. Estos escrúpulos no acosan al Señor Prins, que además de mostrarse en favor de la protección declara no excluir de ella los vinos y los aguardientes⁴⁴.

El Señor Hugenholtz comentó⁴⁵ que el Hoge Raad había pasado muy ligeramente sobre saber si los perfumes pertenecen realmente al mundo de las obras literarias y artísticas, es decir de la cultura; ¿Acaso no se situaban mejor en el de la industria? Dudaba además, acerca de si la monopolización basta 70 años post mortem auctoris era deseable desde el punto de vista de la libre competencia. El comentario del Señor Hugenholtz comparte las objeciones formuladas por los otros autores mencionados más arriba en relación con la determinación del objeto y del alcance de la protección. La obra de una fragancia carece de contornos claros, cosa que podría amenazar la seguridad jurídica.

En opinión del señor Dommering⁴⁶ el derecho de autor no ofrece más que una «capa de protección sensorial a fin de proteger el conocimiento técnico de saber cómo hacer un perfume». El

qui a inspiré la décision et conclut qu'une imitation parasitant le produit original aurait été mieux combattue par une action basée sur la concurrence déloyale⁴².

M. Grosheide ne semble pas hostile à la protection en soi, mais se demande si les conséquences de la protection ont été suffisamment prises en compte: le droit d'auteur va-t-il s'étendre aux goûts, voir aux sentiments?⁴³ Ces scrupules ne hantent pas M. Prins qui se montre en faveur de la protection et déclare en même temps ne pas en exclure les vins et les eaux-de-vie⁴⁴.

M. Hugenholtz commenta⁴⁵ que le Hoge Raad avait trop légèrement passé sur la question de savoir si les parfums appartenaient vraiment au domaine des œuvres littéraires et artistiques, bref, de la culture; ne se plaçaient-ils pas plutôt dans celui de l'industrie? Il doutait en outre si une monopolisation jusqu'à 70 ans *post mortem auctoris* était souhaitable du point de vue de la libre concurrence. Le commentaire partage les objections soulevées par les autres auteurs mentionnés ci-dessus, concernant la détermination de l'objet et de l'étendue de la protection. L'œuvre d'une fragrance manque de clairs contours, ce qui pourrait menacer la sécurité juridique.

M. Dommering⁴⁶ était de l'opinion que le droit d'auteur n'offrait qu'une «couche de protection sensorielle afin de protéger la connaissance technique de savoir comment faire du parfum.» La question de la protection ne saurait

protection should not be approached as an ontological one, like the Supreme Court did, but rather as a practical question, by considering the appropriateness of the resultant exploitation rights, the term of protection and the products that will be affected, representing a far wider circle than perfumes alone.

Mr Koelman argues that, because we do not have a highly developed sense of smell and can distinguish only a limited palette of scents, there is a risk that protection could lead to undue monopolies⁴⁷.

Ms M. De Cock Buning considered, in a note accompanying the ruling handed down by the Court of Appeal of Bois-le-Duc prior to the decision of the Hoge Raad, that, to the extent that perfume could be classified as a cultural product, it would belong to the sphere of copyright; acknowledging the long list of problems that such protection could raise, she concluded, however, that the question whether or not new subject matter was accepted within the field of copyright often depended on legal policy and that practice was able to find solutions⁴⁸. We shall return to this question further on.

B. Application of Copyright

1. Determining a Perfume's Originality

This is the problem that promises to be the most difficult one. However, it should not be insuperable. When

asunto de la protección no debería abordarse como un tema ontológico como ha hecho la Corte suprema, sino como una cuestión práctica, juzgando si es o no es oportuna en cuanto a los derechos de explotación que de ella se derivan, en cuanto a la duración de la protección y a los productos que van a ser afectados, los cuales representan un círculo infinitamente más amplio que los solos perfumes.

El señor Koelman hace énfasis en que, habida cuenta de que el olfato es un sentido poco desarrollado y que no permite distinguir más que una gama limitada de olores, existe el riesgo de que la protección cree indebidamente situaciones de monopolio⁴⁷.

La Señora De Cock Buning, en una nota que acompaña la sentencia pronunciada por la Corte de apelación de Bois-le-Duc, que antecedió a la sentencia del Hoge Raad, considera que en la medida en que un perfume puede calificarse como producto cultural, pertenecería al derecho de autor; todo y reconociendo la larga lista de problemas que esta protección plantearía, concluye en que saber si un objeto nuevo está o no está admitido por el derecho de autor, depende frecuentemente de la política jurídica, y que es en la práctica en donde se hallan las soluciones⁴⁸. Volveremos sobre este tema más adelante.

B. Poner en obra el derecho de autor

1. De cómo determinar la originalidad de un perfume

Es este el problema más difícil. Sin embargo, no debería considerarse insuperable. Cuando el público, y los

être approchée comme une question ontologique, comme le fait la cour suprême, mais comme une question pratique, en jugeant de l'opportunité des droits d'exploitation qui en découlent, de la durée de la protection, et des produits qui seront touchés, représentant un cercle infiniment plus large que les seuls parfums.

M. Koelman mit en avant qu'en vue du fait que l'odorat est un sens peu développé et ne permet de distinguer qu'une gamme d'odeurs limitée, la protection risquait de créer indûment des situations de monopole⁴⁷.

Mme De Cock Buning estima, dans une note accompagnant l'arrêt de la cour d'appel de Bois-le-Duc précédent la décision du Hoge Raad, que dans la mesure où un parfum pouvait être qualifié comme produit de la culture, il appartiendrait au domaine du droit d'auteur; en reconnaissant la longue liste des problèmes que cette protection pourrait soulever, elle conclut néanmoins que la question de savoir si un objet nouveau est ou non admis au domaine du droit d'auteur dépend souvent de la politique juridique, la pratique sait trouver des solutions⁴⁸. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

B. La mise en œuvre du droit d'auteur

1. La détermination de l'originalité d'un parfum

C'est le problème qui s'annonce le plus difficile. Mais il ne devrait pas être insurmontable. Quand le public, et les magistrats, peuvent distinguer un

members of the public – and the courts – can distinguish a new perfume from the other perfumes around it without too much trouble, there seems to be no reason why its originality should not be confirmed. However, it is important to be wary of abuse. One possible case might be if industries systematically created samples, not for the purpose of marketing a perfume, but in order to build a line of defence of exclusive rights with the sole aim of torpedoing competitors' initiatives. This is a problem that is not necessarily limited to perfumes. In Dutch law, such use of the exclusive right could probably be parried, *inter alia*, by invoking an abuse of power under Article 13 of Book 3 of the Civil Code.

2. The Exploitation Rights

The Dutch Copyright Act, which dates back to 1912, has only two forms of exploitation which are subject to the exclusive right: making available to the public (“openbaarmaking”) and copying (“verveelvoudiging”). As one would expect, these concepts are interpreted very broadly. Hence making available to the public covers not only performance and communication but also the work's distribution. Apart from reproduction, copying also covers the work's adaptation, which, after all, constitutes a way of “copying” another person's creation. Therefore, it is interesting to see how these broad concepts would apply to an olfactory work.

magistrados, pueden distinguir sin mucho esfuerzo un nuevo perfume de otros que lo rodean, no hay razón para negar que es original. Esto dicho, hay que desconfiar, no obstante, de ciertos abusos. Se podría pensar en la posibilidad de que las industrias crearan sistemáticamente muestras, no con el fin de situar un perfume en el mercado, sino forjar de este modo una línea de defensa de derechos exclusivos destinada solamente a torpedear las iniciativas de la competencia. Es un problema que no se limita forzosamente al caso de los perfumes. En derecho neerlandés usa así del derecho exclusivo, probablemente podría impedirse invocando, entre otros recursos, un abuso de poder en virtud del Artículo 13 del Libro 3 del Código Civil.

2. Los derechos de explotación

La ley neerlandesa sobre derecho de autor, que data de 1912, no conoce sino dos formas de explotación sometidas al derecho exclusivo: una, la de poner a disposición del público («openbaarmaking»), otra, la de la copia («verveelvoudiging»). Como podemos imaginar, estas nociones son objeto de interpretaciones muy amplias. De este modo, poner a disposición del público incluye no sólo la representación y la comunicación sino también la distribución de la obra. El derecho de copia cubre, además de la reproducción, la adaptación de la obra, que después de todo constituye una manera de «copiar» la creación de otro. Así pues, resulta interesante ver de qué modo se aplicarían a una obra olfativa estas nociones, habida cuenta de su amplitud.

nouveau parfum sans trop de peine des parfums qui l'entourent, on ne voit pas de raison pour ne pas affirmer son originalité. Il faut pourtant se méfier de certains abus. On pourrait penser à la possibilité que les industries créeraient systématiquement des échantillons non pas dans le dessein de mettre sur le marché un parfum, mais de forger ainsi une ligne de défense de droits exclusifs visant seulement à torpiller les initiatives de la concurrence. C'est un problème qui n'est pas forcément limité au cas des parfums. En droit néerlandais, un tel usage du droit exclusif pourrait en toute probabilité être paré, entre autres en invoquant un abus de pouvoir en vertu de l'article 13, livre 3 du code civil.

2. Les droits d'exploitation

La loi néerlandaise sur le droit d'auteur, qui date de 1912, ne connaît que deux formes d'exploitation qui sont soumises au droit exclusif: la mise à la disposition du public («openbaarmaking») et la copie («verveelvoudiging»). Comme on peut s'en douter, ces notions sont interprétées de façon très large. Ainsi la mise à la disposition du public couvre non seulement la représentation et la communication, mais aussi la distribution de l'œuvre. Le droit de copie couvre, à part la reproduction, aussi l'adaptation de l'œuvre, qui après tout constitue une façon de «copier» la création d'un autre. Il est donc intéressant de voir comment ces notions larges seraient à appliquer sur une œuvre olfactive.

a. Reproduction and Adaptations
of the Fragrance

Reproduction

Historically, the reproduction right represents the cradle and heart of authors' rights. Copyright arises as soon as technical progress offers the possibility of mechanical reproduction, a specific type of unfair competition to which the industries marketing intellectual and artistic creativity are particularly vulnerable. Reproduction of a perfume has always been possible for anyone in possession of the formula. But now, thanks to techniques of gas chromatography and mass spectrometry⁴⁹, the secret of any perfume can be deciphered in a few days. Therefore, it is clear that copyright may at least fulfil a useful function in protecting perfume against identical reproduction.

Adaptation

As already indicated, considerable difficulties may arise in connection with the right of adaptation. It can be pointed out, however, that traditional works may also provide cases in which determining the dividing line between what is infringing and what is not is extremely hard and, in the final analysis, depends on a subjective judgment. Will this present such difficulties in the case of perfumes that protection could become an illusion? Not always.

a. De la reproducción y de las
adaptaciones de las fragancias

La reproducción

Históricamente el derecho de reproducción representa la cuna y el alma del derecho de autor. El derecho de autor brota en el momento en que el progreso técnico hace posible la reproducción mecánica, un tipo específico de competencia desleal ante el cual la industria que aprovisiona el mercado de la creatividad intelectual y artística es particularmente vulnerable. Reproducir perfumes es posible desde hace mucho tiempo; pero imitarlos es cada vez más fácil gracias a las técnicas de la cromatografía en fase gaseosa y de la espectrometría de masas⁴⁹. El secreto de no importa qué perfume puede descifrarse en cuestión de algunos días. Se puede establecer la constancia de que el derecho de autor puede cumplir una función útil con el fin de proteger un perfume contra su reproducción idéntica.

La adaptación

Como ya se ha destacado, pueden surgir considerables dificultades en cuanto al derecho de adaptación. Pero caigamos en cuenta de que las obras tradicionales también pueden presentar casos en los cuales determinar la frontera de la falsificación es extremadamente duro y depende, en última instancia, de un juicio subjetivo. ¿Será que cuando se trata de perfumes determinar esa frontera presenta dificultades de tal envergadura que la protección podría hacerse ilusoria? No siempre.

a. La reproduction et les adaptations de la fragrance

La reproduction

Historiquement, le droit de reproduction représente le berceau et le cœur du droit d'auteur. Le droit d'auteur se réveille dès que le progrès technique permet la reproduction mécanique, un type spécifique de concurrence déloyale auquel l'industrie qui assure le marché de la créativité intellectuelle et artistique est particulièrement vulnérable. La reproduction de parfums est possible depuis ; mais grâce aux techniques de la chromatographie en phase gazeuse et de la spectrométrie de masses⁴⁹ secret de n'importe quel parfum peut être déchiffré en quelques jours. On peut donc constater que le droit d'auteur peut remplir une fonction utile afin de protéger un parfum contre la reproduction identique.

L'adaptation

Comme il a déjà été remarqué, des difficultés considérables peuvent surgir quant au droit d'adaptation. Remarquons toutefois que les œuvres traditionnelles peuvent aussi présenter des cas où la détermination de la frontière de la contrefaçon est extrêmement dure et dépend, en fin de compte, d'un jugement subjectif. Cette détermination présentera-t-elle, dans le cas des parfums, des difficultés telles que la protection pourrait en devenir illusoire? Non pas toujours.

Dutch law is often characterised by a practical approach. There are fairly widespread decisions on products with little originality in which the courts have based their analysis on whether the combination of certain choices led to an original effect. Accordingly, the combination of the fragrance and its name could constitute such a work. This is important because imitators are becoming more and more cunning in their efforts to ensure that the names of their products do not infringe trademark law while still retaining a reference to the original name. For example, in the Dutch case in question here, the imitation of Lancôme's *Trésor* had been named "Female Treasure". In many cases, the name of a perfume contains a creative element. It cannot be ruled out that the imitation of the two elements combined – similarity of the name and similarity of the fragrance – may convince the courts that there is infringement. It also seems that the trickier the question of infringement is to resolve, the more the courts tend to consider other circumstances, which moreover often do have real importance and may indeed help the courts to achieve a good distribution of justice. The decision of the Supreme Court of the Netherlands shows surprisingly clear signs of such an approach: in a revealing "not to mention that" clause, it pointed out that "as emerges from Kecofa's own advertising messages cited by Lancôme and not disputed by Kecofa, it aims to banish all differences between its perfumes and the ones it is competing with, except the price"⁵⁰.

El derecho neerlandés se caracteriza con frecuencia por un enfoque práctico. Existe una jurisprudencia bastante difundida sobre productos cuya originalidad no es mucha, en la que los tribunales toman como punto de apoyo saber si la combinación de algunas de las selecciones efectuadas conduce a un efecto original. De este modo, la combinación de la fragancia y del nombre podría transformarse en una obra de este género. Esto es importante en la medida en que los imitadores actúan cada vez con mayor astucia para evitar que el nombre de su producto constituya una infracción a los derechos que protegen las marcas, todo y conservando la referencia al nombre original. Es así como en el proceso neerlandés del que estamos hablando, a la imitación del perfume 'Trésor de Lancôme, se le dio el nombre de 'Female Treasure'. Ahora bien, hay que tener presente que en muchos casos el nombre de un perfume contiene un elemento creativo. No debe excluirse la eventualidad de que la imitación de dos elementos - similitud del nombre y similitud de la fragancia - convenga a los jueces de que hay una falsificación. Asimismo, parece que cuanto más precario es resolver el tema de la falsificación, tanto más tienden los tribunales a que otras circunstancias tengan mayor peso, circunstancias que son además realmente importantes y que pueden efectivamente ser una ayuda valiosa para distribuir la justicia como es debido. La decisión de la Corte suprema de los Países Bajos deja entrever rasgos asombrosamente abiertos: en un revelador «sin contar con que», la Corte recuerda que «tal como se desprende de los mensajes publicitarios de la misma Kecofa, citados por Lancôme y no impugnados por Kecofa, a lo que aspira es a desterrar todas las

Le droit néerlandais se caractérise souvent par une approche pratique. Il y a une jurisprudence assez répandue sur des produits de faible originalité où les tribunaux prennent comme point d'appui la question de savoir si la combinaison de certains choix effectués mène à un effet original. Ainsi, la combinaison de la fragrance et de son nom pourrait constituer une telle œuvre. C'est important dans la mesure où les imitateurs deviennent de plus en plus rusés pour éviter que le nom de leur produit constitue une infraction aux droits des marques, tout en lui conservant une référence au nom original. Ainsi, dans l'affaire néerlandaise dont on parle, l'imitation du parfum "Trésor" de Lancôme avait été surnommé "Female Treasure". Or dans beaucoup de cas, le nom d'un parfum contient un élément créatif. On ne peut pas exclure que l'imitation des deux éléments combinés – similitude du nom et similitude de la fragrance – pourra convaincre les juges qu'il y a une contrefaçon. Il semble également que plus la question de la contrefaçon paraît précaire à résoudre, plus les tribunaux tendent à faire peser d'autres circonstances, qui d'ailleurs sont souvent d'importance réelle et peuvent effectivement aider à arriver à une bonne distribution de la justice. La décision de la cour suprême des Pays-Bas en porte des traces étonnamment ouvertes: dans un «sans compter que» révélateur, elle rappelle que «comme il ressort des messages de publicité de Kecofa elle-même cités par Lancôme et pas contestés par Kecofa, elle aspire à bannir toutes les différences entre ses parfums et ceux auxquels elle fait de la concurrence, sauf le prix.»⁵⁰

*diferencias entre sus perfumes y aquellos a los cuales les hace la competencia, salvo por lo que al precio se refiere.*⁵⁰

Hence the right of adaptation would not necessarily be doomed to exist in a comatose state. It is true that, from a dogmatic viewpoint, the solution is not the most elegant. Nevertheless, this approach, as developed in case law, covers practical needs fairly well; no one took issue with it when it was applied to traditional categories of works, like works of applied art.

The Alternative of Protection by Unfair Competition Law

It has been argued that we are not condemned to put up with the uncertainties of the right of adaptation in order to afford protection to perfumes because unfair competition law could do the job just as well, if not better⁵¹. But is that absolutely certain⁵²? Dutch law is extremely strict on the matter of granting additional protection under unfair competition law. According to the Supreme Court's consistent case law dating back to 1953⁵³, except where a third party needlessly causes confusion when it could have followed a different course, such protection is purely and simply excluded outside the intellectual property laws. The principle of free competition thus has considerable weight. Consequently, a fragrance as such will probably not be protected under Dutch unfair competition law. It is the result of creativity, effort and investment, forming the essential value of the product. If this result is denied protection under the intellectual property laws, then free competition and the benefits attached to it must

De este modo, el derecho de adaptación no estaría necesariamente condenado a una existencia comatosa. Es cierto que desde el punto de vista dogmático la solución no se destaca por su elegancia. Pero este enfoque desarrollado en jurisprudencia responde relativamente bien a las necesidades de la práctica; nadie lo ha condenado cuando se ha aplicado a las diferentes categorías de obras tradicionales de las artes aplicadas.

De la alternativa de la protección mediante el derecho de la competencia desleal

Se ha anticipado que para ofrecerles la protección a los perfumes no se está condenado a entrar en los avatares del derecho de adaptación, toda vez que el derecho sobre la competencia desleal podría servir con iguales o mejores efectos⁵¹. ¿Pero acaso es ésto tan seguro? El derecho neerlandés es en extremo estricto en cuanto a la protección complementaria a partir del derecho de la competencia desleal. Según una jurisprudencia estable de la Corte suprema que se remonta al año 1953⁵², aparte del caso en el que un tercero en causa originara (sin necesidad) la confusión y hubiera tomado otro camino, una protección de este tipo por fuera del ámbito de las leyes sobre propiedad intelectual está simplemente fuera de lugar. El principio de la libre competencia tiene efectivamente un peso considerable. En consecuencia, es probable que, la fragancia como tal no esté protegida en virtud del derecho neerlandés sobre la competencia desleal. Lo que constituye el valor esencial del producto es el

Ainsi, le droit d'adaptation ne serait pas nécessairement condamné à une existence comateuse. Certes, du point de vue dogmatique la solution n'excelle pas par son élégance. Mais cette approche développée en jurisprudence répond relativement bien aux besoins de la pratique; nul ne l'a condamnée quand elle a été appliquée aux catégories d'œuvres traditionnelles, comme les œuvres d'art appliqué.

L'alternative de la protection par le droit de la concurrence déloyale

Il a été avancé qu'on n'est pas condamné à se livrer aux aléas du droit d'adaptation pour offrir une protection aux parfums parce que le droit de la concurrence déloyale pourrait y pourvoir aussi bien ou mieux⁵¹. Mais est-ce tellement sûr⁵²? Le droit néerlandais est extrêmement strict quant à la protection complémentaire par le droit de la concurrence déloyale. Selon une jurisprudence stable de la cour suprême remontant jusqu'en 1953⁵³, à part le cas où un tiers cause, sans nécessité, la confusion où il aurait pu suivre un autre chemin, une telle protection est, en dehors des lois de la propriété intellectuelle, simplement exclue. Le principe de la liberté de la concurrence a donc un poids considérable. En conséquence, la fragrance en tant que telle ne sera probablement pas protégée selon le droit néerlandais de la concurrence déloyale. C'est un résultat de créativité, de travail et d'investissements, qui constitue la valeur essentielle du produit; dès lors que ce résultat est exclu de la protection des lois de la propriété intellectuelle,

prevail in the Netherlands. The same considerations cast doubt on whether a fragrance's resemblance could be viewed as an "aggravating circumstance" adding to other factors which, taken together, could lead a court to conclude that the imitation caused confusion. This is because, if the other factors could not independently give rise to that conclusion, it is hard to see how the circumstance of the product's imitation, which after all is lawful, could justify it.

b. "Public Presentation"

In France, as in the Netherlands, there are fears that if perfumes were protected, it would no longer be possible to wear perfume in a public place where others could share the pleasure of its fragrance. However, the Supreme Court realised that "as a consequence of the specific nature of scents not all the provisions and limitations in the Copyright Act can be applied without restriction, having regard, for example, to the use of a perfume which, given its nature, necessarily implies spreading the scent and cannot be denied the ordinary user".

This exceptional clause may not even be needed. No court has ever prohibited fashion creations, spectacle

resultado en cuanto a la creatividad, al trabajo y a las inversiones; a partir del momento en que este resultado queda por fuera de la protección de las leyes sobre propiedad intelectual, la libre competencia y las ventajas que de ella se derivan son las que deben imperar en los Países Bajos. Las mismas consideraciones plantean la duda en cuanto a saber si estaría permitido considerar la semejanza de la fragancia como una «circunstancia agravante» que viniera a agregarse a otros elementos tomados en conjunto que pudieren llevar a la conclusión de que la imitación es causa de confusión. Ahora bien, si estos otros elementos, tomados por separado, no pueden llevar a esa conclusión, no queda muy claro cómo justificarla mediante la circunstancia de la imitación del producto que, después de todo, es legal.

b. La «presentación pública»

En Francia al igual que en los Países Bajos, se ha llegado a la aprehensión de que una vez que los perfumes están protegidos, ya no sería posible llevar un perfume en un lugar público sin que el prójimo compartiera el placer de disfrutarlo. Pero la Corte Suprema se ha dado cuenta de que «la naturaleza específica de los olores tiene como consecuencia que todas las disposiciones y todas las limitaciones que existen en la ley sobre derecho de autor no pueden aplicarse sin restricción, como ocurre por ejemplo con el uso de un perfume que, por su naturaleza, entraña necesariamente la difusión de la fragancia, y que no se le puede prohibir al usuario normal».

Quizá incluso, no haya necesidad de esta cláusula extraordinaria. Nunca tribunal alguno ha prohibido llevar en

c'est la libre concurrence et les avantages qui y sont rattachés qui doivent l'emporter aux Pays-Bas. Les mêmes considérations jettent un doute sur le fait de savoir s'il serait permis de considérer la ressemblance de la fragrance comme une "circonstance aggravante" s'ajoutant à d'autres éléments qui, pris ensemble, pourraient faire conclure que l'imitation cause la confusion. Si ces autres éléments ne peuvent pas indépendamment porter cette conclusion, on voit mal comment on pourrait la justifier par la circonstance de l'imitation du produit qui, après tout, est légale.

b. La «présentation publique»

En France comme aux Pays-Bas, il a été appréhendé qu'une fois les parfums protégés, il ne serait plus possible de porter un parfum dans un lieu public où le prochain peut en partager le plaisir. Mais la cour suprême s'est rendu compte que «la nature spécifique des odeurs a pour conséquence que toutes les dispositions et limitations dans la loi sur le droit d'auteur ne peuvent être appliquées sans restriction, tel, par exemple, l'usage du parfum qui par sa nature emporte nécessairement la diffusion de la fragrance et qui ne peut être défendu à l'usager normal».

Peut être qu'on n'aura même pas besoin de cette clause extraordinaire. Jamais un tribunal n'a défendu de porter en public des créations de mode,

frames, hats, jewellery (even of a loud kind), watches and exclusive footwear from being worn in public. Yet these products are all copyright-protected works. Perfumes can be placed in the same category of personal accessories.

An old ruling provides useful guidance to determine the boundary between personal use of a work and its exploitation. In 1979, the Supreme Court of the Netherlands took a stand on the circumstances in which the personal use of a portable radio resulted in communication to the public. An employee of "De Zon" (The Sun) laundry in Goes in the province of Zeeland, played her private transistor radio while she was working. The radio was placed on a wrapping table in a hall in which there were another 25 to 30 employees. Because of both the distance between the work places and the noise of the machines, only one or two other women could listen to the radio apart from its owner, or possibly three or four if it was played loudly, in which case, however, according to the other employees, "the boss made a comment". It was the only transistor radio because the other employees did not have one and the laundry itself did not have any sound system. In Zeeland, in 1979, work was a serious matter.

The collective management society, BUMA, brought legal proceedings against the laundry. However, its claim was dismissed by the

público las creaciones de moda, a saber: monturas de gafas, sombreros, joyas sin embargo vistosas, relojes y zapatos bonitos. Y, sin embargo, todos estos productos son obras protegidas por el derecho de autor. Los perfumes entran en esta misma categoría como atributos de la persona.

Una antigua sentencia aporta útiles elementos de juicio para determinar la frontera que separa, de un lado el uso personal, y del otro lado la explotación de una obra. En 1979 la Corte Suprema de los Países Bajos se pronunció acerca de saber en qué circunstancias el uso personal de un aparato de radio portátil resultaba ser una comunicación al público. Un empleado de la lavandería «El Sol» ('De Zon') ubicada en Goes, en la provincia de Zelanda, hacía uso de su aparato de radio portátil privado durante las horas de su trabajo. El aparato de radio se hallaba colocado sobre una mesa para embalar, situada en un sala en la cual se encontraban otros asalariados en número de 25 a 30 trabajadores. A causa de la distancia entre los diferentes puestos de trabajo y del ruido que producían las máquinas, (y con excepción de la propietaria) sólo una o dos muchachas podían escuchar la radio y tal vez, tres o cuatro más si el volumen aumentaba, pero en este caso, a decir de otros empleados, «el jefe avisaba». Se trataba de un sólo aparato de radio portátil, ya que los otros trabajadores carecían de ellos y el establecimiento no disponía de una instalación sonora. En Zelanda y en ese año de 1979 el trabajo era una cosa seria.

La sociedad de gestión colectiva BUMA promovió un proceso judicial contra la lavandería. Pero la Corte Suprema desestimó la demanda

des montures de lunettes, des chapeaux, des bijoux pourtant voyants, des montres et de belles chaussures. Néanmoins, ces produits sont tous des œuvres protégées par le droit d'auteur. Les parfums se rangent dans la même catégorie des attributs de la personne.

Un vieil arrêt apporte des éléments utiles pour déterminer la frontière entre l'usage personnel et l'exploitation d'une œuvre. En 1979, la cour suprême des Pays-Bas s'est prononcée sur la question de savoir dans quelles circonstances l'usage personnel d'une radio portable résultait en une communication au public. Une employée de la blanchisserie "De Zon" (Le Soleil) à Goes, dans la province de Zélande, faisait jouer sa radio portable privée pendant le travail. La radio était placée sur une table d'emballage dans un hall où se trouvaient 25 à 30 autres salariés. À cause de la distance entre les places de travail et le bruit fait par les machines, hors la propriétaire, une ou deux autres filles pouvaient écouter le poste, et peut-être trois ou quatre s'il jouait fort, mais dans ce cas, selon les autres employées, «le chef en faisait une remarque». Il s'agissait d'une seule radio portable, car les autres employées n'en avaient pas et l'établissement lui-même ne disposait pas d'une installation sonore. En Zélande, en 1979, le travail était une chose grave.

La société de gestion collective BUMA intenta un procès contre la blanchisserie. Mais la cour suprême débouta la demande en considérant que

Supreme Court which held that if someone played music purely for his or her own pleasure, the fact that there were other people who could also hear the music did not make it a public performance unless the person playing it had a professional or commercial interest in other people listening to the music. The Court added that if the employee did not commit copyright infringement by playing her radio in this way, there was no onus on her employer to prohibit her from playing the radio while she worked.

There is a clear analogy with the case of perfumes. Wearing perfume does not form a public performance unless it is in the professional or commercial interest of its wearer that others should be able to smell it. For example, if an airline had identical perfume distributed to all its air hostesses and required them to wear it for work, this would constitute copyright infringement. And the author's permission would be necessary to perfume certain publicly accessible commercial premises with a pleasant smell⁵⁴.

3. Moral Rights

In the case of a perfume created as a commissioned work, the moral rights will belong to the author. It may be otherwise if there is an employment contract. The majority view in Dutch case law is that the moral rights in

considerando, que si alguien desencadena la difusión de música únicamente para su propio placer, la circunstancia de que haya otras personas que también la escuchen no constituye en sí mismo una representación pública sino en el caso de que quien desencadena el proceso de difusión musical tenga un interés profesional o comercial en que otros puedan escucharla. La Corte Suprema agregó que el empleado no había cometido ningún atentado contra el derecho de autor al hacer uso de su aparato de radio y que no existía a cargo del empleador obligación alguna de prohibirle que hiciera uso de la radio durante el trabajo

La analogía con el caso de los perfumes se impone. Llevar un perfume no forma parte de una representación pública, salvo si quien lo usa tiene algún interés profesional o comercial en que otros puedan percibirlo. De este modo, si una compañía aérea distribuyera a todas sus azafatas un perfume idéntico obligándolas a usarlo durante el trabajo, eso sí constituiría un atentado al derecho de autor. Y asimismo, para perfumar con alguna fragancia agradable determinados locales comerciales accesibles al público, se requeriría el permiso del autor⁵⁴.

3. Sobre el derecho moral

Si se trata de un perfume que ha sido creado como una obra ejecutada por encargo, el derecho moral corresponderá al autor. Pero puede ser distinto cuando se trate de un encargo dentro de un contrato de trabajo. En

si quelqu'un met en marche de la musique uniquement pour son propre plaisir, le fait qu'il y ait d'autres personnes qui peuvent également entendre cette musique n'en fera une représentation publique que dans le cas où celui qui la met en marche a un intérêt professionnel ou commercial à ce que d'autres puissent écouter cette musique. Elle a ajouté que si l'employée, en faisant ainsi jouer sa radio, ne commettait pas une atteinte au droit d'auteur, il ne pesait pas sur son employeur une obligation de lui interdire de faire jouer la radio durant le travail.

L'analogie avec le cas des parfums s'impose. Porter un parfum ne forme pas une représentation publique sauf si celui qui le porte a un intérêt professionnel ou commercial à ce que d'autres puissent le sentir. Ainsi, si une compagnie aérienne faisait distribuer à toutes ses hôtesses un parfum identique en les obligeant à le porter pendant le travail, cela constituerait une atteinte au droit d'auteur. Et pour parfumer certains locaux commerciaux accessibles au public par une odeur agréable, il faudrait la permission de l'auteur⁵⁴.

3. Le droit moral

S'il s'agit d'un parfum créé en tant qu'œuvre de commande, le droit moral appartiendra à l'auteur. Mais il peut être différent dans le cas d'un contrat de travail. La majorité de la jurisprudence en Hollande considère que

works created under an employment contract vest in the employer. They are particularly coveted by employers, not so that they can exercise the rights themselves, but to ensure that their employees cannot make use of them.

The opinion on the employer's moral rights is not unanimous and the Supreme Court has not yet taken a stand on the issue. But even if the moral rights had to remain with the employee, legal literature is of the view that, in most cases, an employment contract contains a tacit relinquishment of the moral rights more or less in full.

While the Dutch system has its advantages for average employment contracts, it is untenable in the case of independent intellectual workers producing works characterised by a high degree of creativity, not to mention situations in which it is agreed that the employee's name will be mentioned in connection with the work. As the author's honour and reputation will then be at stake, it is difficult to see by what right the author could be prohibited from invoking his or her moral right⁵⁵.

Indeed, moral rights for perfumers could have a beneficial effect. Unlike the *haute couture* sector, where the personality of the top designers is not hidden, "noses" are completely unknown. In what way would it be shocking if they invoked their right to claim authorship? It would add to the product's profile. In addition, it is

Holanda, la mayor parte de la jurisprudencia considera que el derecho moral sobre las obras que han sido creadas en el ámbito de un contrato de trabajo le pertenece al empleador. A los patronos les interesa que sea así, no tanto para beneficiarse ellos mismos sino para prevenir que el empleado pueda servirse de ese derecho.

La opinión acerca del derecho moral del empleador no es unánime y la Corte suprema aún no se ha pronunciado al respecto. Pero incluso en el caso en que el derecho moral debiera quedar en manos del empleador, la doctrina defiende la tesis de que el contrato de trabajo implica, en la mayoría de los casos, una renuncia tácita a la casi totalidad del derecho moral.

Si bien es cierto que el sistema holandés tiene sus ventajas cuando se trata de un contrato de trabajo de nivel medio, es insostenible para los trabajadores intelectuales independientes que realizan obras caracterizadas por un alto grado de creatividad, para no hablar aquí de la situación en la que está entendido que el nombre del empleado se mencionará en relación con la obra. En casos como este, el honor y la reputación del autor como tal están implicados, y resulta muy difícil saber con qué derecho se le podría impedir al autor que invocara su derecho moral⁵⁵.

Un derecho moral destinado a los perfumistas podría tener un efecto benéfico. A diferencia del sector de la alta costura en el cual no se oculta la personalidad de los principales modistos, los órganos olfativos se desconocen. ¿Qué habría de chocante si invocaran su derecho a la paternidad? Eso se agregaría al perfil del producto; y, algo

le droit moral sur des œuvres qui ont été créées dans le cadre d'un contrat de travail revient à l'employeur. Les patrons le convoitent surtout, non pour s'en servir eux-mêmes, mais pour prévenir qu'un employé puisse s'en servir.

L'opinion sur le droit moral de l'employeur n'est pas unanime et la cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Mais même si le droit moral devrait rester entre les mains de l'employé, la doctrine défend que dans la plupart des cas, le contrat de travail comporte une renonciation tacite à la quasi-totalité du droit moral.

Si le système hollandais a ses avantages pour le contrat de travail moyen, il est insoutenable dans le cas de travailleurs intellectuels indépendants réalisant des œuvres qui se caractérisent par un haut degré de créativité, pour ne pas parler de la situation dans laquelle il est entendu que le nom de l'employé sera mentionné en relation avec l'œuvre. Alors, l'honneur et la réputation de l'auteur en cette qualité se trouvent impliqués, et il est difficile de savoir avec quel droit on saurait interdire à l'auteur d'invoquer son droit moral⁵⁵.

Un droit moral pour les parfumeurs pourrait en effet avoir un effet bienfaisant. À la différence du secteur de la haute couture, où on ne cache pas la personnalité des principaux couturiers, les *nez* sont inconnus. Qu'y aurait-il de choquant s'ils invoquaient leur droit à la paternité? Cela ajouterait au profil du produit; de plus, c'est une information propre à éclairer le

information that could provide knowledgeable consumers with guidance as to the quality of the product, which may be of substantial importance to them. Once it had become usual to mention the author's, name, its absence could be a sign to customers that the product was developed by an unknown person or that the author did not want his or her name linked to the product.

The right of integrity could also serve useful purposes. A nose whose name is mentioned on the perfume bottle should be able to object to changes being made to the perfume. Such a situation could arise if luxury goods firms, in a concern to make savings and shield their margins in a difficult market, left out or reduced ingredients which they considered too costly⁵⁶. Apparently, this is not exceptional. Exercising the right of integrity could then guarantee the work's authenticity in the interest not only of the author but also consumers who seek the refinement of personal expression in exclusive perfumes.

CONCLUSION

From a dogmatic standpoint, it seems hard to deny that making perfumes can be a creative and artistic activity. Having said that, when it comes to the application of copyright protection, it is true that determining both the originality of perfume and the scope of protection promises to be difficult. Nevertheless, this does not justify complete pessimism about such protection. It can serve as a means of

más: sería una información útil para aclararle al consumidor informado que la calidad de un producto puede ser para él de una importancia substancial. Una vez que se ha hecho usual mencionar el nombre del autor, no hacerlo podría ser interpretado por el consumidor como la señal de que el producto ha sido desarrollado por un desconocido o que el autor no quiere que su nombre vaya asociado al producto.

El derecho al respeto también podría tener una finalidad útil. La nariz cuyo nombre se menciona en el frasco deberá tener la posibilidad de oponerse a una modificación del perfume. Esta situación podría presentarse cuando las casas del lujo, con el ánimo de hacer economías y de obtener beneficios en un mercado difícil, suprimen o reducen ingredientes que consideran muy costosos⁵⁶. Al parecer, esta situación no es una excepción. Ejercer el derecho al respeto hará que se pueda garantizar la autenticidad de la obra, no solamente en interés del autor, sino también del consumidor que busca en los perfumes de alta gama, el refinamiento de la expresión personal.

CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista dogmático, parece difícil negar que la creación de perfumes sea capaz de ser objeto de una actividad creadora y artística. Esto dicho, no deja de ser cierto que para poner en obra la protección del derecho de autor, para determinar la originalidad de un perfume, así como para determinar el alcance de la protección, la cosa no es fácil. Ahora bien esto no justifica un total pesimismo

consommateur informé sur une qualité du produit qui peut être pour lui d'une importance substantielle. Une fois qu'il est devenu d'usage de mentionner le nom de l'auteur, l'absence d'une telle mention pourrait être un signe pour le consommateur que le produit a été développé par un inconnu ou que l'auteur ne souhaite pas que son nom y soit associé.

Le droit au respect pourrait également servir à des fins utiles. Un nez dont le nom est mentionné sur le flacon devra avoir la possibilité de s'opposer à une modification du parfum. La situation pourrait se présenter dans le cas où les maisons suppriment ou réduisent, dans un souci de réaliser des économies et de sauver leurs bénéfices dans un marché difficile, les ingrédients qu'ils jugent trop coûteux⁵⁶. Apparemment, ce n'est pas une exception. L'exercice du droit au respect pourra alors garantir l'authenticité de l'œuvre dans l'intérêt, non seulement de l'auteur, mais aussi du consommateur qui recherche, dans les parfums hauts de gamme, le raffinement de l'expression personnelle.

CONCLUSION

Du point de vue dogmatique, il semble difficile de nier que la création des parfums est susceptible d'être l'objet d'une activité créatrice et artistique. Cela dit, il est vrai que, quant à la mise en œuvre de la protection du droit d'auteur, la détermination de l'originalité d'un parfum, ainsi que la détermination de l'étendue de protection, s'annoncent difficiles. Mais cela ne justifie pas tout pessimisme à l'égard de cette protection. Elle peut servir

combating identical reproduction and it may be very helpful against increasingly subtle imitations based on a combination of the original fragrance and its name. At the same time, the exercise of the moral rights could serve more constructive purposes than what one might think at first sight.

(English translation by
Margaret PLATT-HOMMEL)

respecto a la protección. Puede servir como arma para combatir la reproducción idéntica, puede ser de gran ayuda contra las imitaciones cada vez más sutiles que combinan la fragancia original y su nombre. En suma, ejercer el derecho moral podría tener finalidades mucho más constructivas de lo que a primera vista se puede imaginar.

Traducción española de
Jeanne MARTINEZ-ARRETZ

NOTES

1. Cass. 1st Civ. 13 June 2006, Bsiri-Barbir v. Haarmann & Reimer et al., RIDA no. 210, Oct. 2006, p. 202, obs. P. Sirinelli, p. 348, decision; JCP G 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian, and I, 162, obs. Ch. Caron; JCP E 2007, 1114, obs. M-E. Laporte-Legeais; PI 2006, no. 21, p. 442, note A. Lucas; D 2006, p. 2993, obs P. Sirinelli; *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1st quarter 2007, pp. 5-23, note L. Van Bunnan; (in English:) IIC 2006, 988; (in German:) GRUR Int 2006, p. 951, with a commentary by C. Well-Szönyi, pp. 1039-1041.

2. Hoge Raad 16 June 2006, Kecofa v. Lancôme ("Trésor"). English, French and Spanish translation and commentary by P.B. Hugenholtz, in: *Chronicle of The Netherlands. Dutch Copyright Law, 2001-2010*, RIDA no. 226, Oct. 2010, pp. 299-303; (in French:) detailed commentary by M. Foschi, in: *Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?, Auteurs & Media 2006*, pp. 309-317; (in German:) GRUR Int 2006, pp. 951-955; (in English:) IIC 2006, pp. 997-1104; See also the short commentaries by Ch. Gielen, EIPR 2006, N-174; K. Koelman, *Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression?* WIPO Magazine September 2006; W. Leppink and M. Veltman, *Netherlands court grants copyright protection to perfume scent*, JIPL 2006, 756-758; (in Dutch:) www.rechtspraak.nl, no. LJN: AU8940; NJ 2006, 585, note J.H. Spoor; IER 2006, no. 54 p. 201; note W. Grosheide in no. 88, pp. 313-314; *Ars Aequi* 2006, pp. 821-824, note P.B. Hugenholtz; AMI 2006, no. 14, pp. 168-173, note A. Quaedvlieg.

NOTAS

1. CdC 13 de junio de 2006, Bsiri-Barbir/Sté Haarmann et Reimer et al., RIDA n° 210, octubre 2006, p. 202, obs. P. Sirinelli, p. 348, decisión; JCP G 2006, II, 10138, nota F. Pollaud-Dulian et I, 162, obs. Ch. Caron; JCP E 2007, 1114, obs. ME. Laporte-Legeais; PI 2006, n°21, p. 442, nota A. Lucas; D 2006, p 2993, obs P. Sirinelli; *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1^{er} trim. 2007, p. 5-23, nota L. Van Bunnan; (en inglés:) IIC 2006, 988; (en alemán:) GRUR Int 2006, p. 951, con el comentario de C. Well-Szönyi , p. 1039-1041.

2. Hoge Raad 16 de junio de 2006, Kecofa/Lancôme ("Trésor"). Traducción a francés, inglés, español et comentario por P. B. Hugenholtz, en: *Chronicle of The Netherlands. Dutch Copyright Law, 2001-2010*, RIDA n° 226, octubre 2010, p. 298-302; (en francés:) comentario detallado de M. Foschi, en: *Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?*, Auteurs & Media 2006, p 309-317; (en alemán:) GRUR Int 2006, p. 951-955; (en inglés:) IIC 2006, p. 997-1104; V. también los breves comentarios de Ch. Gielen, EIPR 2006, N-174; K. Koelman, *Copyright in the Courts: Perfume as an artistic Expression?* WIPO Magazine Septiembre de 2006; W. Leppink y M. Veltman, *Netherlands court grants copyright protection to perfume scent*, JIPL 2006, 756-758; (en neerlandés:) www.rechtspraak.nl, nr. LJN: AU8940; NJ 2006, 585, nota JH. Spoor; IER 2006, n° 54 p 201; nota W. Grosheide en el n° 88, p. 313-314; *Ars Aequi* 2006, p. 821-824, nota P. B. Hugenholtz; AMI 2006, n° 14, p. 168-173, nota A. Quaedvlieg.

d'arme pour combattre la reproduction identique, elle peut être d'une aide très utile contre les imitations toujours plus subtiles qui se réfèrent à la combinaison de la fragrance originale et de son nom. Et l'exercice du droit moral pourrait servir à des fins plus constructives que ce que l'on pourrait croire de prime abord.

NOTES

1. CdC 13 juin 2006, Bsiri-Barbir/Sté Haarmann et Reimer et al., RIDA n° 210, octobre 2006, p. 203, obs. P. Sirinelli, p. 349, décision; JCP G 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian et I, 162, obs. Ch. Caron; JCP E 2007, 1114, obs. ME. Laporte-Legeais; PI 2006, n° 21, p. 442, note A. Lucas; D 2006, p. 2993, obs P. Sirinelli; Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1^{er} trim. 2007, p. 5-23, note L. Van Bunnan; (en anglais:) IIC 2006, 988; (en allemand): GRUR Int 2006, p. 951, avec commentaire de C. Well-Szönyi, p. 1039-1041.

2. Hoge Raad 16 juin 2006, Kecofa/Lancôme («Trésor»). Traduction en français, anglais, espagnol et commentaire par P. B. Hugenholtz, *in*: Chronicle of The Netherlands. Dutch Copyright Law, 2001-2010, RIDA n° 226, octobre 2010, p. 299-303; (en français:) commentaire détaillé de M. Foschi, *in*: Droit d'auteur et parfums: vers une protection des fragrances?, *Auteurs & Media* 2006, p. 309-317; (en allemand:) GRUR Int 2006, p. 951-955; (en anglais:) IIC 2006, p. 997-1104; V. également les commentaires brefs de Ch. Gielen, EIPR 2006, N-174; K. Koelman, Copyright in the Courts: Perfume as an artistic Expression? WIPO Magazine September 2006; W. Leppink et M. Veltman, Netherlands court grants copyright protection to perfume scent, JIPL 2006, 756-758; (en néerlandais:) www.rechtspraak.nl, nr. IJN: AU8940; NJ 2006, 585, note JH. Spoor; IER 2006, nr 54 p. 201; note W. Grosheide au nr. 88, p. 313-314; Ars Aequi 2006, p. 821-824, note P. B. Hugenholtz; AMI 2006, nr 14, p. 168-173, note A. Quaedvlieg.

3. TGI Bobigny, 28 Nov. 2006, JCP G 2007, I, 101, obs. Ch. Caron; PI 2007, no. 23, p. 203, obs. J-M. Bruguière; RIDA, no. 212, April 2007, p. 166, note P. Sirinelli.

4. CA Paris 14 Feb. 2007, Beauté Prestige International v. Senteur Mazal, D 2007 AJ 735, obs J. Daleau; (in English:) IIC 2008, pp. 113-114.

5. A Dutch observer commented in 2007 with both malice and admiration that "the French judges of the facts can be as persistent as some bad smells": R.J. Prins, In *dezelfde geest*, BIE 2007, pp. 223-224.

6. A. Lucas, H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3rd ed. 2006, Paris: Litec, pp. 66-67, taking the view that the ruling of 13 June 2006 seemed too peremptory and that none of the objections raised in legal literature justified exclusion as a matter of principle; Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA Fasc. 1134*, hoped that "the lower courts will resist this regrettable regression in the legal analysis".

7. M. Vivant, *Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond*, D 2007, pp. 954-955.

8. Cass. Com. 1 July 2008, Senteur Mazal v. Beauté Prestige International, RIDA no. 217, July 2008, p. 314 and p. 198 obs. P. Sirinelli; D 2009, pp. 1182-1184, note B. Edelman; PI 2008, no. 29, p. 419 obs J-M. Bruguière; (in German:) GRUR Int 2009, pp. 622-623 with obs. by C. Well-Szönyi.

9. Cass. 1st Civ. 22 Jan. 2009, Argéville co. v. Lancôme Parfums, RIDA no. 219, Jan. 2009, p. 370 and p. 198, obs P. Sirinelli.

10. CA Paris 22 Sept. 2010, RIDA no. 226, Oct. 2010, pp. 501-505, confirming infringement when the defendant had not disputed the principle of the protection of the fragrances at issue (p. 504); and TGI Lille 22 Oct. 2009, L'Oréal v. Jacan, RIDA no. 226, Oct. 2010, pp. 510-518; P. Sirinelli, *Case Law Section*, pp. 358-372.

11. Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA (2009) Fasc. 1134 no. 52*; Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, in: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, pp. 217-228, at 227.

12. D.W.F. Verkade, *De parfumeur auteur*, BIE 1970, p. 18.

13. For example, H. Cohen Jehoram argues that the production of perfumes is the job "of anonymous molecular biologists" PI 2007, p. 7.

3. TGI Bobigny, 28 de noviembre de 2006, JCP G 2007, I, 101, obs. Ch. Caron; PI 2007, n° 23, p. 203, obs. JM. Bruguière; RIDA, n° 212, abril 2007, p. 166, nota P. Sirinelli.

4. Corte de apelación de París 14 de febrero de 2007, *Sté Beauté Prestige International/Sté Senteur Mazal*, D 2007 AJ 735, obs J. Daleau; (en inglés:) IIC 2008, p. 113-114.

5. Un observador neerlandés comenta en 2007 con tanta maldad como admiración que «el juez de primer grado francés puede ser tan tenaz como algunas olorcitas»: R.J. Prins, In *dezelfde geest*, BIE 2007, p. 223-224.

6. A. Lucas, H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^a edición 2006, Paris: Litec, p. 66-67, considerando que la sentencia del 13 de junio de 2006 parece demasiado apresurada y que ninguna de las objeciones planteadas en la doctrina justifica una exclusión de principio; Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA Fasc. 1134*, esperaba que «los jueces de fondo resistirán ante esta desagradable regresión del análisis jurídico.»

7. M. Vivant, *Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond*, D 2007, 954-955.

8. Cas. Com. 1^o de julio de 2008, *Sté Mazal/Sté Beauté Prestige International*, RIDA n°217, julio de 2008, p. 314 y 198 obs. P. Sirinelli; D 2009, p. 1182-1184, nota B. Edelman; PI 2008, n° 29, p. 419 obs JM. Bruguière. (En alemán:) GRUR Int 2009, 622-623 con obs. de C. Well-Szönyi.

9. Cas. 1^a Civ. 22 de enero de 2009, *Sté Argéville/Sté Lancôme Parfums*, RIDA n° 219, enero de 2009, p. 370 y 198, obs. P. Sirinelli.

10. Corte de apelación de París 22 de septiembre de 2010, RIDA n° 226, octubre 2010, p. 501-505, confirmando la falsificación en un caso en el que el demandado no había impugnado el principio de la protección de las fragancias en causa (p. 504); como también TGI Lille 22 de octubre de 2009, *L'Oréal/Jacan*, RIDA n° 226, octubre de 2010, p. 510-518; P. Sirinelli, *Crónica de Jurisprudencia* p. 358-372.

11. Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA (2009) Fasc. 1134 n° 52*; Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, p. 217-228, ad 227.

12. DWF Verkade, *De parfumeur auteur*, BIE 1970, p. 18.

13. De esta forma, H. Cohen Jehoram insiste sobre el hecho de que la creación de fragancias sería antes que todo "un asunto de biólogos moleculares anónimos": PI 2007, p. 7.

3. TGI Bobigny, 28 novembre 2006, JCP G 2007, I, 101, obs. Ch. Caron; PI 2007, n° 23, p. 203, obs. JM. Bruguière; RIDA, n° 212, avril 2007, p. 167, note P. Sirinelli.

4. Cour d'appel de Paris 14 février 2007, Sté Beauté Prestige International/Sté Senteur Mazal, D 2007 AJ 735, obs J. Daleau; (en anglais:) IIC 2008, p. 113-114.

5. Un observateur néerlandais commenta en 2007 avec autant de méchanceté que d'admiration que «le juge de fait français peut être aussi tenace que certaines petites odeurs»: RJ. Prins, In *dezelfde geest*, BIE 2007, p. 223-224.

6. A. Lucas, H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} édition 2006, Paris: Litec, p. 66-67, jugeant que l'arrêt du 13 juin 2006 paraît trop péremptoire et qu'aucune des objections soulevées dans la doctrine ne justifie une exclusion de principe; Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA Fasc. 1134*, espérait que «les juges du fond résisteront à cette fâcheuse régression de l'analyse juridique.»

7. M. Vivant, *Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond*, D 2007, 954-955.

8. Cass Com 1^{er} juillet 2008, Sté Mazal/Sté Beauté Prestige International, RIDA n° 217, juillet 2008, p. 315 et 199 obs. P. Sirinelli; D 2009, p. 1182-1184, note B. Edelman; PI 2008, n° 29, p. 419 obs JM. Bruguière. (En allemand:) GRUR Int 2009, 622-623 avec obs de C. Well-Szönyi.

9. Cass 1^{ère} Civ 22 janvier 2009, Sté Argéville/Sté Lancôme Parfums, RIDA n° 219, janvier 2009, p. 371 et 199, obs P. Sirinelli.

10. Cour d'appel de Paris 22 septembre 2010, RIDA n° 226, octobre 2010, p. 501-505, confirmant la contrefaçon dans un cas où le défendeur n'avait pas contesté le principe de la protection des fragrances en cause (p. 504); ainsi que TGI Lille 22 octobre 2009, L'Oréal/Jacqan, RIDA n° 226, octobre 2010, p. 510-518; P. Sirinelli, *Chronique de Jurisprudence* p. 359-373.

11. Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA (2009) Fasc. 1134 n° 52*; Y. Gaubiak, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, p. 217-228, ad 227.

12. DWF Verkade, *De parfumeur auteur*, BIE 1970, p. 18.

13. Ainsi, H. Cohen Jehoram insiste sur le fait que la création des fragrances serait «une affaire de biologistes moléculaires anonymes»: PI 2007, p. 7.

14. C. Burr, *The Perfect Scent. A Year Inside the Perfume Industry in Paris and New York*, New York: Picador 2007. Nearly all the information that follows has been taken from his publication. See, *inter alia*, pages 22-23, 32-33, 45, 55, 104, 127, 130-131, 153, 209, 217, 254-256, 272 and 282.

15. I. Weyel, *Je neus achterna*, NRC Handelsblad, 29 May 2011.

16. C. Burr 2007, p. 55.

17. However, only a summary can be presented here: it would take up a whole book to enter into all the subtleties. Unfortunately, the author did not have access to all the sources.

18. B. Edelman, D. 2009, p. 1183, referring to the Advocate General's opinion.

19. See, *inter alia*, A. Lucas, *Propriétés Intellectuelles* 2006, p. 443; M. Vivant, D. 2007, p. 955; Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, in: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, pp. 217-228, at pp. 222 and 225; P. Sirinelli, RIDA no. 210, Oct. 2006, p. 214; Ch. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2nd ed. 2009, Paris: Litec, no. 192 p. 148; Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA Fasc. 1134* no. 51.

20. See, *inter alia*, Ch. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2nd ed. 2009, Paris: Litec, no. 192, pp. 147-149.

21. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, p. 49.

22. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, pp. 1598 and 1599.

23. Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, in: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, pp. 217-228, at p. 226.

24. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1599; H. Cohen Jehoram, *Propriétés Intellectuelles* 2007, p. 8.

25. S. Balañá, *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, PI 2005, pp. 254-268, p. 261, II.d); also published in German: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, GRUR Int 2005, pp. 979-991, no. 3 p. 985.

26. S. Balañá, citing E. Roudnitska and J-P. Pamoukdjian, in: *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, PI 2005, pp. 254-268, p. 255, III.c); also published in German: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, GRUR Int 2005, pp. 979-991, no. 3 p. 988.

27. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, at p. 49; F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1598.

28. J.E.R. Frijters, C.P.M. van Houte, *De geur van de parfum zit niet in de fles*, Nederlands Juristenblad NJB 2004, p. 1988.

14. Cb. Burr, *The Perfect Scent. A Year Inside the Perfume Industry in Paris and New York*, New York: Picador 2007. *Casi todas las informaciones que siguen a continuación se han tomado de esta publicación. Ver, entre otras páginas 22-23, 32-33, 45, 55, 104, 127, 130-131, 153, 209, 217, 254-256, 272 et 282.*

15. I. Weyel, *Je neus achterna*, NRC Handelsblad 29 mai 2011.

16. Cb. Burr 2007, p. 55.

17. *Por lo tanto sólo podremos presentar el sumario: entrar en todas las subtilidades requeriría un volumen completo. Lamentablemente el autor no ha podido tener acceso a todas las fuentes.*

18. B. Edelman, D. 2009, p. 1183, en referencia a la conclusión del abogado fiscal.

19. *Ver entre otros, A. Lucas, Propriétés Intellectuelles* 2006, p. 443; M. Vivant, D. 2007, p. 955; Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET, páginas 217-228, a 222 y 225*; P. Sirinelli, RIDA n° 210, octubre 2006, p. 214; Cb. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e ed. 2009, Paris: Litec, n° 192 p. 148; Ph. Gaudrat, *Juris Classeur PLA Fasc. 1134* n° 51.

20. *Ver entre otros, Ch. Caron, Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e ed. 2009, Paris: Litec, n° 192 p. 147-149.

21. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, p. 49.

22. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1598/1599.

23. Y. Gaubiac, *Fragrances et Œuvres de l'esprit*, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, p. 217-228, p. 226.

24. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1599; H. Cohen Jehoram, *Propriétés Intellectuelles* 2007, p. 8.

25. S. Balañá, *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, PI 2005, p. 254-268, p. 261, II.d); también publicado en alemán: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, GRUR Int 2005, p. 979-991, n° 3 p. 985.

26. S. Balañá, citando a E. Roudnitska y a J-P. Pamoukdjian, en: *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, PI 2005, p. 254-268, p. 255, III.c); publicado también en alemán: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, GRUR Int 2005, páginas 979-991, n° 3 p. 988.

27. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, en página 49; F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1598.

28. JER Frijters, CPM van Houte, *De geur van de parfum zit niet in de fles*, Nederlands Juristenblad NJB 2004, p. 1988.

14. Ch. Burr, *The Perfect Scent. A Year Inside the Perfume Industry in Paris and New York*, New York: Picador 2007. Presque toutes les informations qui suivent ont été empruntées à cette publication. V. entre autres les pages 22-23, 32-33, 45, 55, 104, 127, 130-131, 153, 209, 217, 254-256, 272 et 282.
15. I. Weyel, Je neus achterna, NRC Handelsblad 29 mai 2011.
16. Ch. Burr 2007, p. 55.
17. On ne pourra pourtant qu'en présenter le sommaire: entrer dans toutes les subtilités consumerait le volume d'un livre. Malheureusement l'auteur n'a pas pu avoir accès à toutes les sources.
18. B. Edelman, D. 2009, p. 1183, avec référence à la conclusion de l'avocat général.
19. V. entre autres, A. Lucas, Propriétés Intellectuelles 2006, p. 443; M. Vivant, D. 2007, p. 955; Y. Gaubiac, Fragrances et Œuvres de l'esprit, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, p. 217-228, aux p. 222 et 225; P. Sirinelli, RIDA n° 210, octobre 2006, p. 215; Ch. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^{ème} éd. 2009, Paris: Litec, no 192 p. 148; Ph. Gaudrat, Juris Classeur PLA Fasc. 1134 no. 51.
20. V. entre autres, Ch. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^{ème} éd. 2009, Paris: Litec, no 192 p. 147-149.
21. P. Sirinelli, Propriétés Intellectuelles 2005, p. 49.
22. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1598/1599.
23. Y. Gaubiac, Fragrances et Œuvres de l'esprit, en: *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum Georges BONET*, p. 217-228, p. 226.
24. F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1599; H. Cohen Jehoram, Propriétés Intellectuelles 2007, p. 8.
25. S. Balañá, L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?, PI 2005, p. 254-268, p. 261, II. d); aussi publié en allemand: Urheberrechtsschutz für Parfums, GRUR Int 2005, p. 979-991, nr 3 p. 985.
26. S. Balañá, en citant E. Roudnitska et J-P. Pamoukdjian, in: L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?, PI 2005, p. 254-268, p. 255, III. c); aussi publié en allemand: Urheberrechtsschutz für Parfums, GRUR Int 2005, p. 979-991, nr 3 p. 988.
27. P. Sirinelli, Propriétés Intellectuelles 2005, au p. 49; F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1598.
28. JER Frijters, CPM van Houte, De geur van de parfum zit niet in de fles, Nederlands Juristenblad NJB 2004, p. 1988.

29. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, p. 49; C. Bernault, *JurisClasseur PLA Fasc* 1135, no. 13 p. 4.

30. CJEU 16 July 2009, C-5/08, *Infopaq v. DDF*, no. 37.

31. See also G. Schulze, *Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH "Infopaq/DDF"*, GRUR 2009, 1019-1022.

32. See note 2, *supra*.

33. Hoge Raad 25 June 1965, *NV Televisier*, *Ars Aequi* 1965, 345, note H. Cohen Jehoram.

34. C. Well-Szönyi, GRUR Int 2006, pp. 1039-1041 and GRUR Int. 2009, pp. 622-623.

35. L. van Bunnem note in *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1st quarter 2007, pp. 5-23.

36. G. Schulze, *Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?*, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, pp. 275-286, considers that copyright protection cannot be excluded but would prefer a solution to be found in unfair competition law. By contrast, S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 110-112, takes a stand in favour of copyright protection and rejects the unfair competition alternative.

37. A. Quaedvlieg, *AMI* 2006, pp. 168-172.

38. H. Cohen Jehoram, *La Cour de cassation des Pays-Bas reconnaît un droit d'auteur sur la fragrance d'un parfum. Le hollandais volant – Toutes voiles dehors, pas d'ancre*, PI 2007, *Libre opinion*, pp. 6-9; in German: *Der niederländische Hoge Raad gewährt einem Parfumdüft Urheberrechtsschutz. Der Fliegende Holländer – lauter Segel, kein Anker*, GRUR Int. 2006, pp. 920-922; in English: *The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of a Perfume. The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*; in Dutch: *Het parfumeurarrest van de Hoge Raad kan de EG en dan de wereld veroveren of zelf ten onder gaan*, NJB 2006, pp. 1624-1627; in Dutch: *Auteurs & Media*, 2006, pp. 331-333.

39. On the industrial aspect of perfumes: C. Burr, *The Perfect Scent. A Year inside the Perfume Industry in Paris and New York*, Picador, New York 2007.

40. NJ 2006, 585.

41. Endorsed by N. van Lingen, *Het parfum van Viotta*, in: D.J.G. Visser and D.W.F. Verkade (eds.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam: uitgeverij DeLex 2007, pp. 225-231, at

29. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, p. 49; C. Bernault, *JurisClasseur PLA Fasc* 1135, n° 13 p. 4.

30. CJEU 16 de julio de 2009, C-5/08, *Infopaq/DDF*, n° 37.

31. Ver también G. Schulze, *Schleichende harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH "Infopaq/DDF"*, GRUR 2009, 1019-1022.

32. Ver note 2, *supra*.

33. Hoge Raad 25 de junio de 1965, *NV Televisier*, *Ars Aequi* 1965, 345, note H. Cohen Jehoram.

34. C. Well-Szönyi, GRUR Int 2006, p. 1039-1041 Y GRUR Int 2009, 622-623.

35. L. van Bunnem note en *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1^{er} trim. 2007, p. 5-23 331.

36. G. Schulze, *Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?*, en: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, p. 275-286, *considera que no puede excluirse la protección por el derecho de autor, pero prefiere hallar una solución en el derecho de la competencia desleal. En cambio, S. Fröhlich, Düfte als geistiges Eigentum, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 110-112 se pronuncia a favor de la protección por el derecho de autor y rechaza la alternativa de la competencia desleal.*

37. A. Quaedvlieg, *AMI* 2006, p. 168-172.

38. H. Cohen Jehoram, *La Corte de casación de los Países-Bajos le reconoce un derecho de autor a la fragancia de un perfume. El holandés errante – Toda las velas desplegadas, sin ancla*, PI 2007, *Libre opinión*, p. 6-9; en alemán: *Der niederländische Hoge Raad gewährt einem Parfumdüft Urheberrechtsschutz. Der Fliegende Holländer – lauter Segel, kein Anker*, GRUR Int. 2006, p. 920-922; en inglés: *The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of a Perfume. The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*; en neerlandés: *Het parfumeurarrest van de Hoge Raad kan de EG en dan de wereld veroveren of zelf ten onder gaan*, NJB 2006, p. 1624-1627; en neerlandés: *Auteurs & Media*, 2006, p. 331-333.

39. *Sobre el aspecto industrial de los perfumes*: Cb. Burr, *The Perfect Scent. A year inside the Perfume Industry in Paris and New York*, Picador New York 2007.

40. NJ 2006, 585.

41. *Aprobado por N. van Lingen, Het parfum van Viotta*, en: *DJG Visser et DWF Verkade (bajo la dirección de)*, *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam: uitgeverij DeLex 2007, p. 225-231,

29. P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles* 2005, p. 49; C. Bernault, *JurisClasseur PLA Fasc 1135*, nr 13 p. 4.

30. CJUE 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq/DDF*, nr 37.

31. V aussi G. Schulze, *Schleichende harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH «Infopaq/DDF»*, GRUR 2009, 1019-1022.

32. V. note 2, *supra*.

33. Hoge Raad 25 juin 1965, *NV Televizier*, *Ars Aequi* 1965, 345, note H. Cohen Jehoram.

34. C. Well-Szönyi, GRUR Int 2006, p. 1039-1041 et GRUR Int 2009, 622-623.

35. L. van Bunnin note en *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1^{er} trim. 2007, p. 5-23.

36. G. Schulze, *Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?*, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenbeim zum 75. Geburtstag*, p. 275-286, juge que la protection par le droit d'auteur ne peut être exclue, mais préfère trouver une solution dans le droit de la concurrence déloyale. Par contre S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 110-112 se prononce en faveur de la protection par le droit d'auteur et rejette l'alternative de la concurrence déloyale.

37. A. Quaedvlieg, *AMI* 2006, p. 168-172.

38. H. Cohen Jehoram, *La Cour de cassation des Pays-Bas reconnaît un droit d'auteur sur la fragrance d'un parfum. Le hollandais volant – Toutes voiles dehors, pas d'ancre*, *PI* 2007, *Libre opinion*, p. 6-9; en allemand: *Der niederländische Hoge Raad gewährt einem Parfumdüft Urheberrechtsschutz. Der Fliegende Holländer – lauter Segel, kein Anker*, GRUR Int. 2006, p. 920-922; en anglais: *The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of a Perfume. The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*; en néerlandais: *Het parfumgeur arrest van de Hoge Raad kan de EG en dan de wereld veroveren of zelf ten onder gaan*, *NJB* 2006, p. 1624-1627; en néerlandais: *Auteurs & Media*, 2006, p. 331-333.

39. Sur l'aspect industriel des parfums: Ch. Burr, *The Perfect Scent. A year inside the Perfume Industry in Paris and New York*, Picador New York 2007.

40. *NJ* 2006, 585.

41. Approuvé par N. van Lingen, *Het parfum van Viotta*, in: DJG Visser et DWF Verkade (sous la direction de), *Een eigen, oorspronkelijke karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap. H. Spoor*, Amsterdam: uitgeverij DeLex 2007, p. 225-231, p. 229-230. Mais s'il est vrai que le parfumeur crée une

pp. 229-230. However, while it is true that perfumers create a composition, their intention is to create a fragrance rather than a recipe and the test that they will apply to their creations will be primarily whether the result smells nice.

42. We have doubts about whether it would be easy in Dutch law to provide protection based on unfair competition law; this aspect will be considered in more detail later. However, it is clear that the extent to which unfair competition law can be used as a means of tackling infringement will have a strong influence on the "pressure" that may exist to accept copyright protection.

43. Note W. Grosheide, IER 2006, no. 88, pp. 313-314; see also his column in IER 2007, p. 66.

44. R.J. Prins, *De geest uit de fles. Over de bescherming van geuren in Frankrijk*, BIE 2006, pp. 468-475, at p. 475.

45. *Ars Aequi* 2006, pp. 821-824, note P.B. Hugenholtz; by the same author, note under the judgment of the District Court of Maastricht dated 18 March 2002 in the same case, AMI 2002, pp. 193-195, from which we quote the following sentence: "The advance into copyright by the empire of the senses is being confirmed".

46. E.J. Dommering, *Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip*, in: D.J.G. Visser and D.W.F. Verkade (eds.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap H. Spoor*, Amsterdam: uitgeverij DeLex 2007, pp. 65-79.

47. K. Koelman, *Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression?* WIPO Magazine, Sept. 2006.

48. M. de Cock Buning, note under the ruling of the Court of Appeal of Bois-le-Duc dated 8 June 2004 in the *Trésor* case, IER 2004, no. 73, pp. 325-326.

49. J.E.R. Frijters, C.P.M. van Houte, *De geur van de parfum zit niet in de fles*, *Nederlands Juristenblad* NJB 2004, p. 1988; C. Well-Szönyi, *GRUR Int* 2006, p. 1039; S. Balañá, *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, *PI* 2005, pp. 254-268, p. 255, 1.b); also published in German: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, *GRUR Int* 2005, pp. 979-991, no. 3 p. 981.

50. No. 3.4.3, *in fine*.

51. J.H. Spoor in *NJ* 2006, 585; C. Well-Szönyi, *GRUR Int* 2006, pp. 1039-1041 and *GRUR Int* 2009, pp. 622-623. Cf. for France: F. Pollaud-Dullian, *JCP* 2006, p. 1600; G. Schulze, *Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?*, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, p. 286.

p. 229-230. Pero no déjá de ser cierto que el perfumista crea una composición, la intención que lo mueve no es la de crear una receta sino una fragancia, y el test que aplicará a su creación será en primer lugar para saber si huele bien.

42. Dudamos acerca de si, según el derecho neerlandés, sería fácil asegurar una protección basada sobre el derecho de la competencia desleal, pero es éste un aspecto que no vamos a profundizar aquí. Lo que de todos modos parece claro es que en la medida en que el derecho de la competencia desleal pueda utilizarse como arma contra las falsificaciones influirá mucho sobre la 'presión' que pueda existir en cuanto a aceptar la protección por el derecho de autor.

43. Note W. Grosheide, IER 2006, n.º 88, p. 313-314; Ver también su Crónica en IER 2007, p. 66.

44. R.J. Prins, *De geest uit de fles. Over de bescherming van geuren in Frankrijk*, BIE 2006, p. 468-475, y p. 475.

45. *Ars Aequi* 2006, p. 821-824, nota P. B. Hugenholtz; del mismo autor, nota bajo la sentencia del Tribunal de Maastricht del 18 de marzo de 2002 en el mismo asunto, AMI 2002, p. 193-195, cuya frase citamos: "Gracias al imperio de los sentidos, el derecho de autor avanza" (*L'avance du droit d'auteur par l'empire des sens s'affirme.*).

46. Jaap H. Spoor, *Amsterdam: uitgeverij DeLex* 2007, p. 65-79 E.J. Dommering, *Auteursrecht op parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip*, en: DJG Visser y DWF Verkade (bajo la dirección de), *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr.*

47. K. Koelman, *Copyright in the Courts: Perfume as an artistic Expression?* WIPO Magazine Septiembre de 2006.

48. M. de Cock Buning, nota bajo la sentencia de la Corte de apelación de Bois-le-Duc del 8 de junio de 2004 en el asunto del *Trésor*, IER 2004, n.º 73, p. 325-326.

49. J.E.R. Frijters, C.P.M. van Houte, *De geur van de parfum zit niet in de fles*, *Nederlands Juristenblad* NJB 2004, p. 1988; C. Well-Szönyi, *GRUR Int* 2006, p. 1039; S. Balañá, *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?*, *PI* 2005, p. 254-268, p. 255, 1.b); también publicado en alemán: *Urheberrechtsschutz für Parfums*, *GRUR Int* 2005, p. 979-991, n.º 3 p. 981.

50. N.º 3.4.3, in fine 5.

51. J.H. Spoor en *NJ* 2006, 585; C. Well-Szönyi, *GRUR Int* 2006, p. 1039-1041 y *GRUR Int* 2009, 622-623. Cf. para Francia: F. Pollaud-Dullian, *JCP* 2006, p. 1600; G. Schulze, *Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?*, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, p. 286.

composition, son intention n'est pas de créer une recette mais une fragrance, et le test qu'il appliquera à sa création sera en premier lieu si le résultat sent bon.

42. Nous doutons si, selon le droit néerlandais, il serait aisé d'assurer une protection basée sur le droit de la concurrence déloyale c'est un aspect approfondi. Il est toutefois clair que la mesure dans laquelle le droit de la concurrence déloyale peut être utilisé comme arme contre la contrefaçon influencera beaucoup sur la "pression" qui peut exister d'accepter la protection par le droit d'auteur.

43. Note W. Grosheide, IER 2006, nr. 88, p. 313-314; V aussi sa Chronique en IER 2007, p. 66.

44. R.J. Prins, De geest uit de fles. Over de bescherming van geuren in Frankrijk, BIE 2006, p. 468-475, ad p. 475.

45. Ars Aequi 2006, p. 821-824, note P. B. Hugenholtz; du même auteur, note sous le jugement du Tribunal de Maastricht du 18 mars 2002 dans la même affaire, AMI 2002, p. 193-195, dont nous citons la phrase: «L'avance du droit d'auteur par l'empire des sens s'affirme.»

46. E.J. Dommering, Auteursrecht op. parfum: de definitieve verdamping van het werkbegrip, in: DJG Visser et DWF Verkade (sous la direction de), *Een eigen, oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. Mr. Jaap. H. Spoor*, Amsterdam: uitgeverij DeLex 2007, p. 65-79.

47. K. Koelman, Copyright in the Courts: Perfume as an artistic Expression? WIPO Magazine Septembre 2006.

48. M. de Cock Buning, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Bois-le-Duc du 8 juin 2004 dans l'affaire de Trésor, IER 2004, nr 73, p. 325-326.

49. JER Frijters, CPM van Houte, De geur van de parfum zit niet in de fles, Nederlands Juristenblad NJB 2004, p. 1988; C. Well-Szönyi, GRUR Int 2006, p. 1039; S. Balañá, L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?, PI 2005, p. 254-268, p. 255, I. b); aussi publié en allemand: Urheberrechtsschutz für Parfums, GRUR Int 2005, p. 979-991, nr 3 p. 981.

50. Nr 3.4.3, *in fine*.

51. J.H. Spoor en NJ 2006, 585; C. Well-Szönyi, GRUR Int 2006, p. 1039-1041 et GRUR Int 2009, 622-623. Cf pour la France: F. Pollaud-Dullian, JCP 2006, p. 1600. G. Schulze, Urheberrechtsschutz für Parfum und andere Duftkompositionen?, in: *Schutz von Kreativität und Wettbewerb. Festschrift für Ulrich Loewenbeim zum 75. Geburtstag*, p. 286.

52. For Germany, see the criticism by S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 224.

53. Hoge Raad, 26 June 1953, Nederlandse Jurisprudentie 1954, 90, *Hyster Karry Krane*.

54. There remains the question whether European case law, according to which the term “public” in the concept of “communication to the public” refers to an indeterminate number of potential television viewers, could have an indirect influence on the concept of public performance, so that it would involve commercial premises accessible to an indeterminate number of members of the public. The Dutch Hoge Raad has started to extend this solution of the European Court of Justice (7 Dec. 2006, C-306/05, SGAE v. Rafael Hoteles, no. 37) to other forms of exploitation: Hoge Raad, 19 June 2009, BUMA v. Chellomedia, AMI 2010, pp. 12-18, note P.B. Hugenholtz. Such a step seems undesirable and, for the moment, not very likely.

55. A. Quaedvlieg, *Intellectuele Eigendom*, in: C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *SDU Commentaar Arbeidsrecht* (2010), II, no. 39, par. C.7.3-4.

56. S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 98, referring to Barbet, Breese, Guichard, Lecoquièrre, Lehu, Vanheems, *Le marketing olfactif – une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Paris 1999, p. 364 *et seq.*

52. *Pour l'Allemagne, Ver la crítica de S. Fröhlich, Düfte als geistiges Eigentum, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 224.*

53. *Hoge Raad 26 de junio de 1953, Nederlandse Jurisprudentie 1954, 90, Hyster Karry Krane.*

54. *Queda por saber si la jurisprudencia europea, según la cual el término «público» en su acepción de «comunicación al público» apunta a un número indeterminado de telespectadores potenciales, podría influenciar indirectamente el concepto de representación pública, como debería tratarse de locales comerciales accesibles a un número indeterminado de los miembros del público. Le Hoge Raad neerlandés ha comenzado a extender esta solución de la CJCE 7 de diciembre de 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, nº 37 a otras formas de explotación: Hoge Raad 19 de junio de 2009, BUMA/Chellomedia, AMI 2010, p. 12-18, nota P. B. Hugenholtz. Semejante diligencia no parece deseable y, por el momento, no demasiado verosímil.*

55. *A. Quaedvlieg, Intellectuele Eigendom, en: CJ Loonstra, WA Zondag, SDU Commentaar Arbeidsrecht (2010), II, nº 39, par. C.7.3-4.*

56. *S. Fröhlich, Düfte als geistiges Eigentum, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 98, refiriéndose a Barbet, Breese, Guichard, Lecoquièrre, Lehu, Vanheems, Le marketing olfactif – une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs, París 1999, p. 364 y siguientes.*

52. Pour l'Allemagne, V la critique de S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2008, p. 224.

53. Hoge Raad 26 juin 1953, *Nederlandse Jurisprudentie* 1954, 90, Hyster Karry Krane.

54. Reste la question de savoir si la jurisprudence européenne, selon laquelle le terme «public» dans le concept «communication au public» vise un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels, pourrait indirectement influencer sur le concept de la représentation publique, ainsi qu'il devrait s'agir de locaux commerciaux accessibles à un nombre indéterminé des membres du public. Le Hoge Raad néerlandais a commencé d'étendre cette solution de la CJCE 7 décembre 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, nr 37 à d'autres formes d'exploitation : Hoge Raad 19 juin 2009, BUMA/Chellomedia, AMI 2010, p. 12-18, note P. B. Hugenholtz. Une telle démarche semble indésirable et, pour le moment, pas tellement vraisemblable.

55. A. Quaedvlieg, *Intellectuele Eigendom*, in : CJ Loonstra, WA Zondag, SDU Commentaar Arbeidsrecht (2010), II, nr 39, par C.7.3-4.

56. S. Fröhlich, *Düfte als geistiges Eigentum*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2008, p. 98, avec référence à Barbet, Breese, Guichard, Lecoquière, Lehu, Vanheems, *Le marketing olfactif – une approche créative, commerciale et juridique du parfum et des odeurs*, Paris 1999, p. 364 suiv.