

LA PROTECCIÓN DEL PERFUME POR EL DERECHO DE AUTOR. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DE 25 DE ENERO DE 2006 EN EL CASO *L'ORÉAL C. BELLURE**

por Sergio BALAÑA
Visiting Scholar. Columbia University School of Law.

RESUMEN: La protección de un perfume por el derecho de autor es posible, siempre que se aprecie en ella el rasgo de la originalidad (aportación creativa del autor). A ello no es óbice el supuesto carácter técnico o utilitario de este tipo de obras. La acreditación de plagio (similitud sustancial) entre dos obras del perfume puede obtenerse mediante la combinación de un análisis cromatográfico con un dictamen pericial (análisis psico-químico) así como tras una valoración por parte del público en general (análisis sensorial). Cuando el nivel de correlación entre los componentes químicos de dos perfumes sea elevado, y el análisis sensorial arroje mayoritariamente la percepción de una gran proximidad, deberá descartarse la posibilidad de que las coincidencias sean fortuitas.

PALABRAS CLAVE: Objeto de protección por el derecho de autor; originalidad; obras de perfumería; acreditación del plagio; similitud sustancial.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS. III. LA SENTENCIA EN INSTANCIA. IV. LA SENTENCIA EN APELACIÓN. 1. LISTAS ABIERTAS. 2. FIJACIÓN DE LA OBRA, PERCEPTIBILIDAD POR LOS SENTIDOS Y SUBJETIVIDAD EN LA PERCEPCIÓN DE UNA FRAGANCIA. 3. CARÁCTER SUPUESTAMENTE TÉCNICO DE LA CREACIÓN EN PERFUMERÍA. 4. EL PERFUME, OBRA DEL ESPÍRITU SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR. 5. LA VALORACIÓN DE LA ORIGINALIDAD. 6. LA DEMOSTRACIÓN DEL PLAGIO. LA COMPARACIÓN DE LAS FRAGANCIAS IMPLICADAS. V. CONCLUSIÓN.

TITLE: «The Copyright Protection of Perfume. Comment on the Sentence by the Court of Appeal of Paris, 25 January 2006, case *L'Oréal v. Bellure*».

ABSTRACT: The copyright protection of a perfume can be admitted, provided that the perfume at issue contains enough originality (author's creative contribution). The utilitarian or technical character of this kind of works must not be seen as an obs-

* Sentencia reproducida íntegramente en *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique (RIPIA)*, n. 222, 4ème Trimestre 2005, pp. 9 - 31 así como en *Revue Internationale de la Propriété Intellectuelle (RIDA)* n. 208, Avril 2006, pp. 286 - 301.

tacle. The proof of plagiarism (substantial similarity) can be reached through a combination of a chromatographic analysis and expert opinion (psycho-chemical analysis) and the opinion of the public (sensory analysis). When the chemical correspondence between the components of two perfumes is very high, and the sensory analysis shows also a majority perception of great proximity, the probability of a fortuitous coincidence must be rejected.

KEYWORDS: Scope of Copyright Protection; originality; the perfume as an intellectual work; proof of plagiarism; substantial similarity.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE FACTS. III. THE CASE BEFORE THE FIRST INSTANCE COURT. IV. THE CASE BEFORE THE COURT OF APPEAL. 1. *NUMERUS APERTUS*. 2. FIXATION OF THE WORK, SENSORY PERCEPTION AND SUBJECTIVE PERCEPTION OF PERFUMES. 3. THE SUPPOSED TECHNICAL CHARACTER OF PERFUMES. 4. THE PERFUME AS A COPYRIGHTABLE WORK. 5. THE JUDGEMENT OF ORIGINALITY. 6. THE PROOF OF PLAGIARISM: COMPARISON OF THE TWO PERFUMES AT ISSUE. V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos con interés renovado a otro episodio en la cruzada que la industria del perfume lidera en busca de una protección adecuada para sus productos a través del derecho de autor. La sentencia de la Cour d'Appel de Paris (C.A.P.) de fecha 25 de Enero de 2006 en el caso *L'Oreal y otros c. Bellure* que ahora es objeto de este comentario supone que el cerco al que las casas de perfumería venían sometiendo al derecho de autor se estrecha considerablemente. A la espera de que se emprenda el asalto definitivo a esa ciudadela -contienda que deberá librarse frente a la Cour de Cassation- pasamos sin más demora a comentar este hito de importancia capital no sólo para los intereses de la industria afectada, sino también por las implicaciones que tiene para el derecho de autor mismo, atrapado desde fechas recientes en un estado de convulsión permanente.

El proceso de conquista que referimos se inicia a mitades de la década pasada. No nos extenderemos sobre ello porque ya tuvimos ocasión, en estas mismas páginas, de comentar sus pormenores.¹ El lector nos permitirá, eso sí, rescatar aquí, de forma somera, algunas de las consideraciones que allí se hicieron.

Conviene destacar, en primer lugar, que se trata de un proceso lento, a lo que probablemente no sea ajeno el hecho de que, hasta ahora, se haya desarrolla-

¹ Vid. S. BALAÑÁ, «La perfumería toma posiciones en torno al derecho de autor», *pe. i. revista de propiedad intelectual* n.º 19 (enero-abril 2005), pp. 37-70.

do casi exclusivamente en sede judicial. Se trata, en segundo lugar, de un proceso juiciosamente conducido con sigilo y discreción, cautelas que han visto en la polvareda levantada por el impacto de la revolución digital un aliado, no por insospechado, menos valioso.

II. LOS HECHOS

La sociedad belga *Bellure N. V.* fabrica, importa, distribuye y comercializa un cierto número de perfumes que presentan parecidos con productos titularidad de la sociedad francesa *L'Oréal* o de sus filiales *Lancôme Parfums*, *Giorgio Armani Parfums*, *Parfums Cacharel*, *Parfums Ralf Lauren* y *Parfums Guy Laroche* no sólo en lo que respecta a frascos, estuches y embalajes, sino también por lo que se refiere a la fragancia que desprenden. Confrontadas a semejantes hechos, las sociedades mencionadas se alinean y formulan demanda contra la sociedad *Bellure* por infracción de marca (de algunos de los frascos y estuches) por infracción de diseño (de algunos de los frascos y embalajes) por competencia desleal y por vulneración de derecho de autor sobre las fragancias de los perfumes implicados. Limitaremos esta nota al comentario sobre el pronunciamiento de la C.A.P. relativo a la vulneración de los derechos de autor sobre una fragancia.

III. LA SENTENCIA EN INSTANCIA

En instancia (sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris de 26 de Mayo de 2004) las actoras, en relación con la pretensión por vulneración de derechos de autor, cosechan una derrota. Esa derrota, sin embargo, se convierte en una importante victoria al ser analizada bajo el prisma más amplio del proceso promovido por la industria del perfume con la finalidad de conseguir una protección adecuada para sus productos a través del derecho de autor. En efecto, el T.G.I.P. no condena a la sociedad *Bellure* por infracción de derechos de autor; es cierto, pero sí reconoce de manera expresa que un perfume pueda ser, a condición de que sea original, una obra susceptible de ese tipo de protección; si en el caso concreto esa protección no se concede, será únicamente porque el T.G.I.P. entiende que las actoras no demuestran suficientemente el carácter *original* de sus creaciones.

IV. LA SENTENCIA EN APELACIÓN

La sentencia del T.G.I.P. se recurre en apelación por la sociedad *Bellure*, que había sido condenada en instancia al pago de ciertas indemnizaciones derivadas del triunfo de *L'Oréal* y sus filiales en algunas de las restantes pretensiones ejercitadas. La sentencia de la C.A.P. supone, como enseguida tendremos ocasión de ver, una victoria sin paliativos para la industria del perfume.

1. LISTAS ABIERTAS

La C.A.P. comienza recordando que el artículo L.112-2 del Código de Propiedad Intelectual francés contiene una lista abierta de obras susceptibles de protección por el derecho de autor, algo que la sociedad *Bellure* no negaba. El carácter abierto de esa lista añadido a los hechos de que (a) en la misma no se excluyen directamente las creaciones dirigidas a los sentidos del gusto o del olfato y (b) de acuerdo con el mismo artículo L.112-2 «los derechos de los autores sobre sus obras se protegen con independencia del género, *forma de expresión*, mérito o destino de las mismas», prosigue la C.A.P., no permite deducir del silencio que la ley guarda con respecto a las creaciones dirigidas a los sentidos del gusto y del olfato que -como equivocadamente pretendía la sociedad *Bellure*- éstas queden excluidas de la protección que confieren los derechos de autor.

2. FIJACIÓN DE LA OBRA, PERCEPTIBILIDAD POR LOS SENTIDOS Y SUBJETIVIDAD EN LA PERCEPCIÓN DE UNA FRAGANCIA

La fijación de la obra no constituye un requisito para acceder a la protección conferida por el derecho de autor; lo verdaderamente relevante, puntualiza la C.A.P., es que la forma en la que esa obra se reviste sea perceptible por los sentidos, cual es, como bien se indica, el caso de una fragancia. Así las cosas, poco importa que la percepción de una fragancia sea subjetiva pues, como recuerda la C.A.P., la percepción de las obras literarias, pictóricas o musicales también es subjetiva.

3. CARÁCTER SUPUESTAMENTE TÉCNICO DE LA CREACIÓN EN PERFUMERÍA

La sociedad *Bellure* había esgrimido el carácter supuestamente técnico de la creación en materia de perfumería como impedimento para obtener la protección que confieren los derechos de autor. La C.A.P. recordará acertadamente que, en la hipótesis de que un perfume cumpliera con los requisitos de patentabilidad, la protección de la patente no excluye la protección conferida por el derecho de autor.

4. EL PERFUME, OBRA DEL ESPÍRITU SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

Realizadas estas consideraciones de carácter preliminar, la C.A.P. concluye, como en su día también concluyó el T.G.I.P., que un perfume es susceptible de constituir una obra protegible por el derecho de autor siempre y cuando éste sea original, esto es, en sus mismas palabras, a condición de que en el mismo quede plasmada la «aportación creativa» de su autor.

5. LA VALORACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

Con el antecedente de su derrota en instancia, la sociedad *L'Oréal* y sus filiales comparecen en apelación pertrechadas de un arsenal de medios técnicos con los que aspiran poder demostrar la originalidad de sus perfumes. Ante la dificultad propia a este trance (agravada, si cabe, cuando de lo que se trata es de una creación dirigida al sentido del olfato) de nuevo se intenta -equivocadamente en nuestra opinión- hacer girar el debate exclusivamente en torno a los resultados de un análisis cromatográfico.

La C.A.P, sin embargo, parece dispuesta a no dejarse convencer exclusivamente por los resultados del análisis mencionado; así se desprende al menos de su razonamiento, ostensiblemente diseñado al servicio de que no pueda decirse que ello efectivamente sucede. De este modo, a la conclusión de que los perfumes de las actoras son efectivamente originales se llega a través del circunloquio consistente en comenzar por reconocer que las fragancias de la sociedad *L'Oréal* y de sus filiales han quedado identificadas (en contra de lo que equivocadamente sostenía la sociedad *Bellure*) para continuar recordando, a la luz de la lista de componentes de cada perfume revelada por el análisis cromatográfico, que las actoras caracterizan la «arquitectura olfativa» de sus fragancias, acompañándola además de la descripción de la «estela» (floral, verde, amaderada, afrutada, etc. según el caso) del «buqué» final de cada una de ellas. Al no aportar la sociedad *Bellure* al debate ningún elemento dirigido a demostrar que, por su banalidad, las fragancias de la sociedad *L'Oréal* y de sus filiales pertenecerían al saber común de la industria del perfume y considerando por otro lado que la existencia de «familias» de perfumes no obsta a que las fragancias que a ellas se adscriben puedan ser originales, la C.A.P. concluye que las fragancias de las actoras, «por ser una combinación inédita de esencias en tales proporciones que sus efluvios, por las notas olfativas que desprenden, traducen la aportación creativa de sus autores», son originales y, en consecuencia, susceptibles de protección por el derecho de autor.

Adviértase que las razones con las que la C.A.P. justifica su pronunciamiento en este punto constituyen más un conglomerado fragmentario de motivos inconexos que una relación lineal y deductiva de argumentos entrelazados, lo que permite aventurar que la prueba de la originalidad en materia de perfumería será el verdadero caballo de batalla en futuros procedimientos judiciales.

6. LA DEMOSTRACIÓN DEL PLAGIO. LA COMPARACIÓN DE LAS FRAGANCIAS IMPLICADAS

Confrontada a la espinosa cuestión acerca de cómo determinar las similitudes entre las fragancias de actoras y demandada (recordemos que la comparación de las fórmulas no siempre arrojará un resultado que pueda considerarse definitivo) la C.A.P. resuelve ponerse en manos de la tecnología, de los estudios demoscópicos y de la opinión de los expertos.

Un análisis «psico-químico», por un lado, revelará la composición olfativa de las fragancias de actoras y demandada, mientras que a través de una encuesta («análisis sensorial») se intentará, por otro lado, poner de relieve qué grado de similitud percibe el público relevante.

Las tasas de correlación entre los componentes olfativos de las fragancias de *Bellure* y los de *L'Oréal* (o de alguna de sus filiales) que resultan del análisis «psico-químico» son, en todos los casos, elevadas. De los 30 componentes olfativos del producto de *Lancôme*, 26 se encuentran en el equivalente de *Bellure*; las cifras del resto de fragancias litigiosas hablan por sí mismas: de los 19 componentes olfativos del perfume de *Cacharel*, 18 se encuentran en el de *Bellure*, 50 de los 52 del de *Ralph Lauren*, 28 de 28, 47 de 50, etc. Los expertos calificarán estas correlaciones de «excepcionalmente elevadas».

De igual modo, la percepción de la similitud entre las fragancias por parte del público consumidor (el llamado «análisis sensorial») arroja, en todas las parejas de fragancias analizadas, porcentajes elevados de personas para quienes las parejas de fragancias presentadas son «próximas en el plano olfativo», siendo esa proximidad en ocasiones considerada como «muy fuerte».

La C.A.P., ayudada por el hecho de que, de forma muy reveladora, dicha semejanza se había puesto de relieve en la página web en la que la sociedad *Bellure* presentaba sus fragancias, concluye que dichos parecidos no pueden ser «fortuitos» y condena en consecuencia a la demandada al pago provisional de 80.000 € por fragancia plagiada, a la espera del informe del experto en el que se cuantificarán con exactitud los perjuicios ocasionados bajo este concepto.

V. CONCLUSIÓN

La protección del perfume por el derecho de autor no es un despropósito. El estudioso que analice las causas que justifican el posicionamiento de la industria del perfume encontrará interesantes paralelismos entre las reivindicaciones de librereros e impresores que llevarían, tras la invención de la imprenta, al nacimiento del derecho de autor, y las reclamaciones actuales de la industria del perfume en busca de protección en un contexto tecnológico en el que el desarrollo de las técnicas analíticas de laboratorio permiten averiguar la composición de un perfume y, por lo tanto, llevar a cabo su multiplicación sin el consentimiento de quien primero invirtió tiempo, esfuerzo y dinero en su elaboración. En un contexto así, el secreto (esa técnica ancestral a la que durante siglos los perfumistas confiaron la protección de sus creaciones) sucumbe irremisiblemente frente a la tecnología y, con ello, las reclamaciones actuales de la industria del perfume cobran pleno significado. Por lo tanto, si el contexto económico provocado en el marco de la industria editorial tras la invención de la imprenta justificó en su día la aparición de las formas más arcaicas de protección frente a la multiplicación no consentida de la obra literaria, ¿por qué hoy el desarrollo de las técnicas de laboratorio y la consiguiente posibilidad de erosionar la inversión y el es-

fuerzo ajenos no justificarían algún tipo de protección para la industria del perfume? Por supuesto no se trata de confinar el debate a lo meramente económico: como se tuvo ocasión de analizar en estas mismas páginas, la creación en materia de perfumería satisface plenamente los criterios para ser considerada *obra* en el sentido de los derechos de autor. Desde esta perspectiva, el recelo demostrado hasta fechas recientes por parte de los tribunales a la hora de reconocerle el estatus de «obra protegible» resulta difícil de explicar, en particular, cuando desde hace ya mucho tiempo a nadie sorprende ver cómo croquis, manuales de instrucciones, folletos publicitarios y otro tipo de creaciones en mayor o menor medida «banales» (en cualquier caso, creaciones que revelan un «esfuerzo creativo» o «carga intelectual» por regla general inferior al que requiere la creación de un perfume) encuentran amparo bajo el paraguas del derecho de autor. De igual modo, ya nadie se rasga las vestiduras al ver cómo creaciones de naturaleza «técnica» o «utilitaria» (como es el caso de los programas de ordenador y, en cierto modo, de las bases de datos) encuentran ese mismo amparo siendo así que éstas —a diferencia de las anteriores— suponen, debido a su carácter «utilitario» y por definición escasamente «creativo», una desvirtuación flagrante de los fundamentos que animan la protección por el derecho de autor.

Tras numerosos asaltos infructuosos, las casas de perfume por fin han conseguido, recientemente, importantes victorias para sus aspiraciones. Entre esas victorias se cuenta la sentencia en el caso *L'Oréal c. Bellure*, que ha sido objeto de este comentario.