

OPHAVSRETTLIG BESKYTTELSE AF DUFT OG GASTRONOMI
MED FOKUS PÅ DEN BESKYTTELSE SOM TILBYDES UNDER BERNERKONVENTIONEN
I EUROPA OG USA

GASTRONOMY
WITH FOCUS ON THE PROTECTION ACCORDED UNDER THE BERNE CONVENTION
IN EUROPE AND THE U.S.

af DORTHE GRAVGAARD

Ophavsretten har traditionelt beskyttet værker, som kunne kategoriseres som værende enten et litterært værk eller et kunstnerisk værk. Med tiden er flere og flere værker omfattet af den beskyttelse som ophavsretten tilbyder, men der findes endnu ingen klar afgrænsning af beskyttelsesområdet. I dette speciale undersøges det, hvorvidt værkstyper som er omfattet af kategorierne parfume og gastronomi kan være beskyttet efter de ophavsretlige regelsæt. I specialet gennemgås mulighederne for at beskytte disse værksarter og der foretages en vurdering af, hvilke andre beskyttelsesmuligheder der alternativt vil kunne finde anvendelse. Ved behandlingen heraf fokuseres der på de beskyttelseskriterier som skal være opfyldt for at et værk kan være ophavsretligt beskyttet. Derudover foretages en sammenligning af retsstillingen i forskellige jurisdiktioner, hvor relevant retspraksis inddrages. I tilknytning hertil undersøges krænkelsesspørgsmålet og de særlige omstændigheder som gør sig gældende for disse værksarter.

Copyright law has traditionally been protecting works that could be categorized as either a literary work or an artistic work. In time, more and more works has qualified for copyright protection, but still there is no clear definition of the scope of the copyright protection. This thesis examines whether works in the categories of perfumes and gastronomy can be offered the protection of copyright laws. In addition, this thesis examines the different possibilities available to protect these types of works and makes an assessment of which laws could alternatively be applied. This thesis will focus especially on the protection criteria which must be met in order to achieve copyright protection. Additionally, a comparison will be made between the legal position in different jurisdiction and relevant case law will be discussed. In this connection the question of infringement will be discussed and it will be examined, whether the special nature of these types of works makes it difficult or even impossible to apply the rules of infringement.

INDHOLDSFORTEGNELSE

KAPITEL 1. INDLEDNING.....	1
1.1 BAGGRUND OG INTRODUKTION	1
1.2 PROBLEMFORMLERING	2
1.3 AFGRÆNSNING	3
KAPITEL 2. RETSGRUNDLAG.....	3
2.1 INTERNATIONALT, HERUNDER BERNERKONVENTIONEN	3
2.2 REGIONALT, HERUNDER EU-DIREKTIVERNE	4
2.3 NATIONALT, HERUNDER DEN DANSKE OPHAVSRETSLOVGIVNING.....	4
KAPITEL 3. AFGRÆNSNING OVERFOR ALTERNATIVE BESKYTTELSESMULIGHEDER	5
3.1 VAREMÆRKERETTLIG BESKYTTELSE	6

3.2 PATENTRETSLIG BESKYTTELSE OG BESKYTTELSE AF ERHVERVSHEMMELIGHEDER	7
3.3 MARKEDSFØRINGSRETSLIG BESKYTTELSE	10
KAPITEL 4. BESKYTTELSESKRITERIER.....	11
4.1. NATIONALE <i>OPEN LIST</i> OG <i>CLOSED LIST</i> SYSTEMER	11
4.2 FIKSERINGSKRAVET	12
4.3 ORIGINALITETSKRAVET	14
4.3.1 CIVIL LAW.....	16
4.3.2 COMMON LAW	16
4.3.3 GENERELLE PRINCIPPER.....	18
4.3.3.1 OPHAVSMANDENS EGEN FREMBRINGELSE	18
4.3.3.2 KVANTITET OG KVALITET	18
4.3.3.3 DOBBELTFREMBRINGELSESLÆREN OG NYHEDSKRAV	19
KAPITEL 5. OPHAVSRETSLIG BESKYTTELSE AF DUFT	20
5.1 HVAD KAN BESKYTTES, VÆSKEN ELLER DUFTEN.....	24
5.2 ORIGINALITET.....	25
5.3 RETSPRAKSIS FRANKRIG	26
5.3.1 SOCIÉTÉ BELLURE MOD L'ORÉAL M.FL.	26
5.3.2 BSIRI-BARBIR MOD HAARMANN & REIMER	28
5.3.3 BEAUTE PRESTIGE INTERNATIONAL MOD SENTEUR MAZAL.....	29
5.3.4 AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER	30
5.4 RETSPRAKSIS HOLLAND	30
5.4.1 LANCÔME PARFUMS ET BEAUTÉ MOD KECOFA	30
5.5 BESKYTTELSE I ANDRE JURISDIKTIONER	32
5.5.1 USA.....	33
5.5.2 ENGLAND	34
5.5.3 DANMARK	35
KAPITEL 6. OPHAVSRETSLIG BESKYTTELSE AF GASTRONOMI.....	35
6.1 HVAD ØNSKES BESKYTTET	36
6.2 ORIGINALITETSKRAVET	37
6.3 DANMARK.....	38
6.3.1 OPSKRIFTER	38
6.3.2 DEN TILBEREDEDTE ANRETNING.....	40
6.4 USA	41
6.4.1 OPSKRIFTER	41
6.4.1.1 PUBLICATION INTERNATIONAL MOD MEREDITH CORPORATION	42
6.4.1.2 LAMBING MOD GODIVA	43
6.4.2. DEN TILBEREDEDTE ANRETNING	44
6.5 ENGLAND	47
6.5.1 OPSKRIFTER	47
6.5.2 DEN TILBEREDEDTE ANRETNING.....	48
KAPITEL 7. KRÆNKELSE.....	49
7.1 GASTRONOMI.....	51
7.2 DUFT	52
KAPITEL 8. KONKLUSION.....	53
KAPITEL 9. LITTERATURLISTE	53
9.1 LOVGIVNING OG ADMINISTRATIVE FORSKRIFTER	
9.2 RETSPRAKSIS	
9.3 LITTERATUR.....	

Kapitel 1. Indledning

1.1 Baggrund og introduktion

Den juridiske begrundelse for ophavsrettens eksistens skal søges i den omstændighed, at ophavsrettens beskyttelsesområde er intellektuelle præstationer, som ikke i tilstrækkelig grad er omfattet af den almindelige ejendomsret. Omfanget af den ophavsretlige beskyttelse er en afvejning mellem hensynet til ophavsmændene og hensynet til samfundets interesser, idet begge parter skal drage fordel heraf. Ophavsretten skal give ophavsmændene incitament til at investere tid og energi i at frembringe ny kunst og litteratur, fordi de så til gengæld tilbydes en beskyttelse af deres økonomiske og personlige interesser. Samfundet får på den måde udviklet den fælles kulturelle masse, hvilket er et af ophavsretten primære formål.

De økonomiske og ideelle rettigheder kan variere alt efter hvilket lands lovgivning man ser på, samt alt efter hvilken værkstype der er tale om. De økonomiske rettigheder knytter sig til ophavsmandens ret til at høste den økonomiske fortjeneste som kommer af hans værk, hvorimod de ideelle rettigheder knytter sig til ophavsmandens egen personlighed og er af mere moralsk karakter. De økonomiske rettigheder kan for eksempel være eksemplar fremstillingsretten, spredningsretten, visningsretten, retten til offentlig fremførelse, retten til at adaptere værket osv. De ideelle rettigheder kan for eksempel være retten til at bestemme hvor og hvornår værket skal udgives første gang, retten til at trække sit værk tilbage, integritetsretten samt faderskabsretten.

Udgangspunktet for den ophavsretlige beskyttelse er de litterære og kunstneriske værker, ophavsrettens klassiske kerneområde.¹ I dag ydes der dog beskyttelse til en lang række mere utraditionelle værksarter hvilket har medført, at den ophavsretlige objektlære er blevet et mere kompliceret anliggende end før i tiden. Denne vanskeliggøres yderligere af, at lovreglerne på området er uspecificerede og at det i sidste ende er op til de nationale domstole, at fortolke hvilke værker der kan nyde ophavsretlig beskyttelse efter den pågældende lovgivning. Hvad der kan henregnes under begrebet litterære eller kunstneriske værker giver meget sjældent anledning til tvivl i det klassiske kerneområde, men afgrænsningen er i øvrigt meget fri og begrebets indhold varierer således efter den til enhver tid gældende kunstopfattelse.

I nutiden har man et meget liberalt syn på de kunstneriske udtryksformer og måden hvorpå kunst opfattes. Begrebet har derfor i sin abstrakte afgrænsning en betydelig bredde. Det er dog vigtigt

¹ Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005, s. 54 ff.

at holde for øje, at der i denne sammenhæng er tale om et juridisk begreb, som i den moderne ophavsret har sit eget selvstændige retsindhold.²

Den internationale udvikling på ophavsretten område har været stigende de sidste mange årtier. Denne udvikling har givet sig udslag i nye og ændrede internationale konventioner, herunder TRIPS aftalen indenfor WTO og to WIPO traktater. Den vigtigste internationale konvention på ophavsrettens område er Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker fra 1886.

Derudover er der vedtaget en del nye direktiver indenfor Europa, alle sammen i et forsøg på at harmonisere ophavsretten indenfor EU. Flere af direktiverne har haft fokus på at harmonisere beskyttelsen af særlige værksarter, men der er stadig langt fra tale om en fuldstændig harmonisering indenfor EU. En meget vigtig dom fra EU Domstolen er Phil Collins-afgørelsen, som vedrører ophavsrettens gensidighed indenfor EU og EØS. Dommens centrale budskab er, at et EU-land ikke må diskriminere statsborgere fra andre EU-lande med hensyn til den ophavsretlige beskyttelse, hvert land skal altså beskytte andre EU borgere som de gør deres egne. Såfremt den ophavsretlige beskyttelse i et EU-land afgøres på grundlag af retsstillingen i værkets hjemland, så er det diskrimination.

Uden for EU og EØS, men indenfor WTO og Bernerkonventionen, er princippet om national behandling ligeledes gældende. I dette tilfælde mellem konventionens borgere. Her gælder dog visse undtagelser, som tillader at en ophavsmand kan udsættes for indskrænkninger i beskyttelsen, såfremt hans hjemland ikke tilbyder en ligeså fordelagtig beskyttelse, som det land hvori beskyttelsen påberåbes.

Udover Bernerkonventionen, TRIPS aftalen, WIPO traktaterne og de EU retlige regelsæt, så findes der adskillige internationale og regionale ophavsretlige aftaler. Alle disse internationale regelsæt medvirker til, at en undersøgelse af det ophavsretlige beskyttelsesområde dårligt kan afgrænses til de enkelte nationale jurisdiktioner, men med stor fordel må ansues i et større perspektiv.

1.2 Problemformulering

Nærværende specialeafhandling vil undersøge, hvorvidt værkstyper som er omfattet af kategorierne parfume og gastronomi kan være beskyttet efter de ophavsretlige regelsæt. Specialet vil

² Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005, s. 60 ff.

gennemgå mulighederne for at beskytte disse værksarter samt vurdere, hvilke andre beskyttelsesmuligheder der alternativt vil kunne finde anvendelse. Afhandlingen vil navnlig fokusere på de beskyttelseskriterier som skal være opfyldt for at et værk kan være ophavsretligt beskyttet, og i forbindelse hermed vil der ske en sammenligning af retsstillingen i forskellige jurisdiktioner. Specialet vil desuden undersøge den relevante retspraksis og der vil ske en gennemgang af de mest relevante afgørelser. Slutteligt vil specialet koncentrere sig om krænkelsspørgsmålet og se på, hvilke særlige problematikker som opstår i forbindelse med disse værkstyper. Afhandlingen vil berøre den ophavsretlige beskyttelse i nationalt, regionalt samt internationalt perspektiv.

1.3 Afgrænsning

Specialet vil fokusere på de materielle regler vedrørende den ophavsretlige beskyttelse. Ved behandlingen af retspraksis vil de procesretlige aspekter blive udeladt, medmindre de har en særlig relevans for netop ophavsretten.

Kapitel 2. Retsgrundlag

2.1 Internationalt, herunder Bernerkonventionen

Bernerkonventionens artikel 1 har følgende ordlyd: *"The countries to which this Convention applies constitute a Union for the protection of the rights of authors in their literary and artistic works."*³

Artikel 2(1) bestemmer, at udtrykket "litterære og kunstneriske værker" omfatter enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen. Desuagtet de mange efterfølgende eksempler, er der ikke tale om en udtømmende bestemmelse og derfor er det op til hver enkelt medlemsstat, at fortolke hvilke værker, som kan være genstand for ophavsretlig beskyttelse efter den nationale lovgivning.

Det er altså ikke konventionsbestemt, hvilke værksarter som kan beskyttes og denne fraværelse af international harmonisering medfører, at der fra stat til stat er stor forskel på omfanget af den ophavsretlige beskyttelse. Følgelig kan det ikke afgøres alene efter Bernerkonventionen, hvorvidt værksarter som duft og gastronomi, kan være genstand for ophavsretlig beskyttelse.

³ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 9. September 1886:
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P19_78

Konventionen indeholder hverken et direkte krav om kreativitet eller originalitet. Alligevel er det almindeligt accepteret, at der i en eller anden udstrækning indfortolkes sådanne krav, men det vil altid være op til hver enkelt stat at definere. Et sådant krav, samt dets nærmere indhold, vil være af stor betydning for hvilke værksarter som kan beskyttes i den pågældende stat.

Artikel 2(2) indeholder følgende bestemmelse: "*It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.*" Såfremt en medlemsstat har vedtaget et krav om fiksering opstår spørgsmålet, hvorvidt værksarterne kan siges at opfylde dette krav. Dette spørgsmål vil blive nærmere behandlet i afhandlingens relevante afsnit om duft og gastronomi.

2.2 Regionalt, herunder EU-direktiverne

I EU er der gennem direktiver sket en vis harmonisering af, hvilke værksarter der kan være genstand for ophavsretlig beskyttelse. Der er imidlertid kun vedtaget direktiver som vedrører andre konkrete værksarter og der findes således ikke direkte hjemmel i nogen af EU-direktiverne til beskyttelse af duft og gastronomi.

Af direktiverne kan dog udledes en formulering på det EU-retlige originalitetskrav, der defineres som "ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse". Denne formulering findes i edb-direktivets art. 1, stk. 3⁴, beskyttelsesdirektivets art. 6⁵ og database-direktivets art. 3, stk. 1.⁶

Hvad der nærmere skal forstås ved denne formulering er overladt til hvert enkelt unionsland at definere og fortolke, og der er langt fra tale om en fuldstændig harmonisering. Dette afspejler sig tydeligt i den udvalgte retspraksis, som vil blive behandlet undervejs i denne afhandling.

2.3 Nationalt, herunder den danske ophavsretslovgivning

På nationalt plan afgøres spørgsmålet om, hvilke værksarter der kan nyde ophavsretlig beskyttelse, efter den danske lov om ophavsret.⁷ OHL § 1 omhandler ophavsrettens genstand og bestemmelsen svarer på den måde til Bernerkonventionens artikel 2(2). OHL § 1, stk. 1 opregner de beskyttede værksarter og bestemmer, at den som frembringer et litterært eller kunstnerisk værk,

⁴ Direktiv 91/250 af 14. maj 1991

⁵ Direktiv 2006/116 af 12. december 2006

⁶ Direktiv 96/9 af 11. marts 1996

⁷ Lovbekendtgørelse nr. 202 af 27. februar 2010

har ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde.

Der er ikke tale om en udtømmende bestemmelse, opregningen af værksarter er således udelukkende eksemplificerende, jf. 1961 lovmotiverne. Dette kan ligeledes udledes af den i bestemmelsen anvendte formulering: ” [...] eller det er kommet til udtryk på anden måde.” Ifølge 1995 lovmotiverne, så gælder værksbeskyttelsen uanset et værks nærmere fremtrædelsesform.⁸

Der er ikke eksempler i dansk retspraksis på ophavsretlig beskyttelse af værker, som falder uden for den i bestemmelsen anførte opregning og derfor er det stadig uafklaret i dansk ret, hvorvidt andre værksarter kan nyde ophavsretlig beskyttelse.

Den ophavsretlige grundbetingelse for værksbeskyttelse i dansk ret er, at værket er originalt.⁹ Man kan formulere, hvad der ligger i originalitetskravet på forskellige måder, men de jævnligt anvendte udtryk er ”ophavsmandens personlige skabende indsats” eller ”ophavsmandens egen åndelige frembringelse”.¹⁰ Disse definitioner kan nemt sammenlignes med det udtryk som anvendes i EU. Hvad der nærmere ligger i det ophavsretlige originalitetskrav varierer desuden meget alt efter værkets art, kategori og karakter og kan derfor ikke generelt defineres, men må bedømmes individuelt i hver enkelt sag.

Uanset at der i Bernerkonventionen findes en hjemmel hertil, så stilles der i dansk ret intet krav om, at et værk skal være fikseret for at kunne nyde ophavsretlig beskyttelse. Dette betyder, at selv flygtige værker som kun eksisterer i en kortere tidsperiode vil kunne beskyttes, såfremt at der er tale om et originalt værk.

Kapitel 3. Afgrænsning overfor alternative beskyttelsesmuligheder

En litterær eller kunstnerisk frembringelse kan efter de nærmere omstændigheder opnå en alternativ eller supplerende beskyttelse efter andre regelsæt end ophavsretslovgivningen. Der er i dansk ret intet generelt forbud mod kumulativ beskyttelse. Hvorvidt værksarterne duft og gastro-

⁸ Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008, side 97.

⁹ I nærværende afhandling anvendes terminologien *originalitet*, men nogle danske forfattere anvender stadig terminologien *værkshøjde*.

¹⁰ Morten Rosenmeier, *Værkslæren i Ophavsretten*, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001, side 91.

nomi kan være beskyttet efter andre immaterialretlige regelsæt eller eventuelt helt andre lovregler vil blive diskuteret i dette kapitel.

3.1 Varemærkeretlig beskyttelse

Varemærkeretten adskiller sig fra de øvrige immaterialretsdiscipliner ved kun at tilkende indehaveren en eneret til et bestemt kendetegn for produktet og ikke for produktet som sådan. Til gengæld er en opnået varemærkeret i princippet evigtvarende og kan derfor tilbyde en længere beskyttelsesperiode end ophavsretten.

TRIPS aftalens artikel 15, 4. led har følgende ordlyd: *"Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible"*. I EU har man vedtaget et sådant krav både i varemærkeforordningen og i varemærkedirektivet, hvori der opstilles et krav om, at et varemærke skal kunne *"gengives grafisk"*.

Denne formulering er ligeledes anvendt i den danske varemærkelovs § 2, stk. 1, som har følgende ordlyd: *"Et varemærke kan bestå af alle arter tegn, der er egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, og som kan gengives grafisk [...]"*.¹¹ Dette krav om grafisk gengivelse har vist sig, at være en hindring for registrering af duft- og smagsmærker.

Problemstillingen vedrørende duftmærker er blevet behandlet af EU-domstolen i blandt andre Sieckmann-dommen, som indtil nu er den afgørende dom på området.¹² Domstolen præciserede i denne afgørelse, at *"et tegn, som ikke i sig selv kan opfattes visuelt, kan udgøre et varemærke, såfremt tegnet kan gengives grafisk, særligt ved brug af figurer, linjer eller skriftegn, og gengivelsen er klar og præcis, kan stå alene, er let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv"*.¹³ Domstolen konkluderede, at på trods af at der i forbindelse med ansøgningen om registrering af duftmærket var indleveret en duftprøve, en angivelse af stoffets strukturformel samt en beskrivelse af duften, så opfyldte mærket ikke kravet om grafisk gengivelse.¹⁴

OHIM's registreringspraksis forud for Sieckmann-dommen kan betegnes som liberal, men efterfølgende er ingen duftmærker blevet registreret og det må antages, at med de nuværende tekniske muligheder vil det være meget vanskeligt at registrere et duftmærke i EU.¹⁵ I USA er situatio-

¹¹ Lovbekendtgørelse nr. 90 af 28. januar 2009

¹² Sag C-273/00 – Sieckmann

¹³ Sag C-273/00 – Sieckmann, præmis 55

¹⁴ Sag C-273/00 – Sieckmann, præmis 69-73

¹⁵ Catherine Seville, Copyright in perfumes: Smelling a Rat, The Cambridge Law Journal, 2007, s. 49-52.

nen en anden og der er flere eksempler på registrering af duftmærker. I visse lande har smagsmærker været registreret, blandt andet i Benelux. En sådan praksis kan dog næppe opretholdes i EU efter Sickmann-dommen på grund af, at en indleveret smagsprøve eller litterær beskrivelse af mærket ikke er tilstrækkeligt til at opfylde kravet om grafisk gengivelse.

3.2 Patentretlig beskyttelse og beskyttelse af erhvervshemmeligheder

Indholdet af den patentretlige beskyttelse er, at patenthaveren ved patenteringen opnår en eneret til at udnytte sin opfindelse erhvervsmæssigt, for eksempel ved fremstilling, anvendelse eller import. Opnåelse af patentretlig beskyttelse er modsat ophavsretlig beskyttelse strengt forbundet og kræver registrering. Der er adskillige omkostninger forbundet med at erhverve en patentret og beskyttelsestiden er langt kortere end den ophavsretlige beskyttelse, idet et patents maksimale beskyttelsestid er 20 år regnet fra den dag, hvor patentansøgningen bliver indleveret.¹⁶

Den patentretlige beskyttelse kan kun opnås, såfremt der er tale om en opfindelse. TRIPS aftalens artikel 27, 1. led har følgende ordlyd: *“Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.”* I noten hertil står der: *“For the purposes of this Article, the terms “inventive step” and “capable of industrial application” may be deemed by a Member to be synonymous with the terms “non-obvious” and “useful” respectively”*. Ifølge TRIPS aftalen skal alle opfindelser, på alle teknologiske områder, forudsat at de er nye og forudsat at de omfatter en egentlig opfindsom nyskabelse og kan udnyttes industrielt, altså principielt kunne patenteres.

Artikel 27 er nu inkorporeret i den europæiske patentkonventions artikel 52, 1. led som har følgende ordlyd: *“European patents shall be granted for any inventions which are susceptible of industrial application, which are new and which involve an inventive step.”*

Den danske patentlov indeholder ikke nogen eksplicit definition af opfindelsesbegrebet, men indeholder dog i §§ 1-2 en række bestemmelser, som kan bidrage til fortolkning. Patentlovens § 1, stk. 1 har følgende ordlyd: *“Den, der har gjort en opfindelse, som kan udnyttes industrielt, eller den, til hvem opfinderens ret er overgået, har i overensstemmelse med denne lov ret til efter ansøgning at få patent på opfindelsen og derved opnå eneret til at udnytte den erhvervsmæssigt”* og § 2, stk. 1 har følgende ordlyd: *“Patent meddeles kun på opfindelser, som er nye i forhold til, hvad*

¹⁶ Dog har man ved EU-forordningerne 1768/92 af 18.6.1992 og 1610/96 af 23.7.1996 indført særlige regler om supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler og plantebeskyttelsesmidler. Disse regler findes i dansk lovgivning i lovebekendtgørelse nr. 93 af 29. januar 2009 om patenter og beskyttelsescertifikater.

der var kendt før patentansøgningens indleveringsdag, og som tillige adskiller sig væsentligt derfra." Derudover skal opfindelsen være beskrivelig og reproducerbar.¹⁷

Opfinderbegrebet i den danske patentlov er i overensstemmelse med artikel 52 i EPK og der foreligger kun en opfindelse, som kan udnyttes industrielt, hvis opfindelsen har teknisk karakter, teknisk virkning og kan reproducere.¹⁸ Dufte og parfume kan såfremt produktet opfylder de patentretlige betingelser, opnå patent registrering.¹⁹ Det er den kemiske sammensætning af stoffer som kan beskyttes. I Danmark kunne der tidligere ikke gives patent på næringsmidler og heller ikke på fremgangsmåder ved fremstilling af næringsmidler. Dette blev ændret i 1988, hvorefter der ikke findes særregler på området.²⁰

Uanset at de patentretlige regelsæt giver en eneretsbeskyttelse, så undlader mange at patentere deres opfindelse. Væsentlige årsager hertil er at det kan være et tidkrævende projekt og at omkostningerne kan være mange. En yderligere årsag er ofte, at patenteringsproceduren indebærer en offentliggørelse af opfindelsen som den potentielle rettighedshaver ikke er interesseret i. Med henblik på denne offentliggørelse skal patentansøgningen indeholde en beskrivelse af opfindelsen, som skal være så tydelig at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen.²¹ Princippet om offentliggørelse har den effekt, at andre straks får kendskab til opfindelsen og dermed undgår at spille tid og penge på at opfinde det samme. Princippet medfører ligeledes, at opfindelsen kan blive anvendt af enhver når patentet udløber.

For at undgå denne situation kan man vælge at beskytte sin opfindelse som en erhvervshemmelighed. Man opnår da den beskyttelse som lovgivningen tilbyder erhvervshemmeligheder og bevarer forsat muligheden for senere patentering, såfremt hemmeligheden stadig er bevaret og nyhedskravet dermed opfyldt. Såfremt det er muligt at bevare hemmeligheden, så kan beskyttelsen altså være uden tidsbegrænsning. I sagens natur kan langt fra alle opfindelser udnyttes i hemme-

¹⁷ Lovbekendtgørelse nr. 91 af 28. januar 2009

¹⁸ Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005, s. 194 ff.

¹⁹ Både WIPO's internationale klassifikationsskema:

<http://www.wipo.int/ipcpub/#&version=20110101&symbol=C11B0009000000¬ion=scheme&initial=P&cwid=224184458&refresh=page> og EPO's europæiske klassifikationssystem:

http://worldwide.espacenet.com/eclsrch?classification=ecla&locale=en_EP&ECLA=C11B9/00 registrer *parfumer og essentielle olier* under C11B 9/00 ff.

²⁰ Både WIPO's internationale klassifikationsskema:

<http://www.wipo.int/ipcpub/#refresh=page¬ion=scheme&version=20110101&symbol=A> og EPO's europæiske klassifikationssystem:

http://worldwide.espacenet.com/eclsrch?classification=ecla&locale=en_EP&ECLA=A23L3 registrerer *food and food stuff* under A: Human necessities.

²¹ Lovbekendtgørelse nr. 91 af 28. januar 2009

lighed. Typisk er det opfindelser som har karakter af fremgangsmåder til fremstilling af produkter, f.eks. kemiske forbindelser og sammensætninger til for eksempel parfume, idet sådanne fremgangsmåder kan udnyttes bag virksomhedens lukkede døre. En væsentlig svaghed ved denne løsning er, at hemmelighedsbeskyttelsen langt fra har den juridiske styrke som patentretten og ophavsretten har.²²

I dansk ret findes der en regel om erhvervshemmeligheder i markedsføringslovens § 19, som har følgende ordlyd: *”Den, der er i tjeneste- eller samarbejdsforhold til en virksomhed eller udfører et hverv for denne, må ikke på utilbørlig måde skaffe sig eller forsøge at skaffe sig kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder.*

Stk.2. Har den pågældende fået kendskab til eller fået rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder på retmæssig måde, må den pågældende ikke ubeføjet viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Forbuddet vedvarer i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør.

Stk.3. Reglerne i stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på andre personer, der har lovlig adgang til virksomheden.

Stk.4. Den, der i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign., må ikke ubeføjet benytte sådant materiale eller sætte andre i stand hertil.

Stk.5. Erhvervsdrivende må ikke benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de ovenfor nævnte bestemmelser.”²³

Som udgangspunkt gælder fristen i stk. 2, altså de fastsatte 3 år, men er der tale om en særlig erhvervshemmelighed om et produkt, så gælder der ingen tidsbegrænsning. Derudover findes der regler i straffeloven om industrispionage, særligt § 264, stk. 2 er relevant.²⁴

Internationalt er der en meget begrænset regulering af den beskyttelse som omfatter erhvervshemmeligheder. Pariserkonventionens artikel 10b har følgende ordlyd: *”Unionslandene er pligtige at tilsikre enhver, som tilhører unionen, en virksom beskyttelse imod illoyal konkurrence. Ved illoyal konkurrence forstås enhver i konkurrenceøjemed foretagen handling, som strider mod hæderlig*

²² Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005, s. 214 ff.

²³ Lovbekendtgørelse nr. 839 af 31. august 2009

²⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1235 af 26. oktober 2010

forretningsskik i industri- og handelsforhold [...].²⁵ Der kan ikke udledes konkrete forpligtelser af denne bestemmelse og den er i virkeligheden mere udtryk for den standard af minimumsforpligtelser som påhviler unionslandene. TRIPS aftalens artikel 39 vedrører "protection of undisclosed information" og henviser til artikel 10b i Pariserkonventionen. Bestemmelsen er mere uddybende end artikel 10b, men heller ikke i denne bestemmelse kan der indfortolkes en forpligtelse til at beskytte på et bestemt niveau eller på en særlig måde.²⁶

Det mest kendte eksempel på en virksomhed som har valgt ikke at patentere deres produkt, er Coca Colas og deres opskrift på cola. I stedet er opskriften på den verdenskendte drik en beskyttet erhvervshemmelighed.

3.3 Markedsføringsretlig beskyttelse

Den markedsføringsretlige beskyttelse er ikke en immaterialretlig eneretsbeskyttelse. Den danske markedsføringslovs generalklausul i § 1 forbyder handlinger, som strider imod god markedsføringskik.²⁷ Denne bestemmelse beskytter blandt andet imod illoyale efterligninger og slaviske kopier. Dog er det den illoyale markedsføring af efterligningsprodukterne eller den illoyale markedsfortrængning som sker herved, der søges forhindret. Dette står i modsætning til ophavsretten, som forbyder selve efterligningen af produktet.²⁸ Såfremt en frembringelse ikke opfylder betingelserne for at nyde ophavsretlig beskyttelse, er der med hjemmel i markedsføringslovens generalklausul mulighed for, at forhindre at andre erhvervsdrivende snylter på ens arbejde.

Det markedsføringsretlige efterligningsværn kan minde om den fremtoningsbeskyttelse som gives produkter efter ophavsretsloven. En væsentlig forskel er dog, at såfremt der består en ophavsret til et produkt, så er der etableret en ubetinget og eksklusiv ret til at reproducere og sælge produktet i erhvervsmæssig øjemed. Modsat kræves der til aktivering af det markedsføringsretlige produkt efterligningsværn både illoyalitet, efterligningshensigt og markedsfortrængning. En anden væsentlig forskel er, at overtrædelse af markedsføringslovens § 1, modsat ophavsretslovens bestemmelser, ikke er direkte strafsanktioneret.²⁹

²⁵ Bekendtgørelse af Pariserkonventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret som revideret senest i Stockholm 14. juli 1967.

²⁶ Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2005, s. 214 ff.

²⁷ Lovbekendtgørelse nr. 839 af 31. august 2009

²⁸ Palle Bo Madsen, Markedsret del 2, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007, s. 24 ff. + 40 ff.

²⁹ Palle Bo Madsen, Markedsret del 2, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007, s. 129 + 149 ff.

Der kan statueres overtrædelse af markedsføringsloven som supplement til ophavsretsloven, men det vil i de fleste tilfælde være unødvendigt. I sager hvor udnyttelsen af et værk er tilladt efter ophavsretsloven, idet værkets beskyttelsestid er udløbet, tillades det normalt ikke, at markedsføringsloven anvendes til at forbyde produktefterligninger. Årsagen til dette er, at en sådan beskyttelse reelt set vil være en forlængelse af den ophavsretlige beskyttelsestid, hvilket strider imod princippet om, at et værk efter beskyttelsestidens udløb er i public domain.³⁰

Markedsføringsloven kan heller ikke anvendes som hjemmel til at udvide den ophavsretlige beskyttelse af værker, som i henhold til ophavsretsloven §§ 85, 86 og 88 ikke nyder beskyttelse i Danmark. Omfanget af den internationale beskyttelse er således udtømmende fastlagt i ophavsretslovgivningen.

Kapitel 4. Beskyttelseskriterier

4.1. Nationale *open list* og *closed list* systemer

Som følge af at opregningen af værksarter i Bernerkonventionens artikel 2(1) ikke er udtømmende, er det op til de enkelte medlemslande at fortolke bestemmelsen ved udformningen af deres nationale love. Forskellige systemer er derfor opstået og man taler ofte om enten et *open list* eller et *closed list* system af værksarter. De fleste civil law lande har et *open list* system, hvilket vil sige, at der i den nationale ophavsretslovgivning ikke findes en udtømmende liste af beskyttede værksarter.

Dette system har flere fordele. For det første opnår man et mere fleksibelt og rummeligt ophavsretssystem. Man undgår at et værk som ellers opfylder de ophavsretlige betingelser, falder udenfor beskyttelsesområdet alene af den grund, at det ikke kan falde ind under en af de værksarter som er opregnet i lovgivningen. For det andet så kan dette system ofte være mere simpelt og tilgængeligt at anvende. Ved afgørelsen af om et værk kan opnå ophavsretlig beskyttelse, er det ikke en nødvendighed indledningsvis at fortolke sig frem til, hvilken en af de opregnede kategorier af værksarter det givne værk kan være omfattet af.

Fleksibilitet og rummelighed må først og fremmest konkluderes at være en fordel. Det kan dog ikke udelukkes, at der samtidig opstår negative følger deraf. Særligt lider sammenhængen i den ophavsretlige beskyttelse samt forudsigeligheden et nederlag ved *open list* systemet.

³⁰ Palle Bo Madsen, Markedsret del 2, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007, s. 129 ff.

Frankrig er det bedste eksempel på et land med et gennemført *open list* system. Artikel L112-1 i den franske *Intellectual Property Code*, beskytter "*the rights of authors in all works of the mind, whatever their kind, form of expression, merit or purpose*".

Anderledes er *closed list* systemet, som oftest findes anvendt i common law lande. Lovgivningen i de lande som anvender dette ophavsretssystem, indeholder en udtømmende liste med værskategorier som kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Såfremt et givent værk ikke kan falde ind under mindst en de respektive værskategorier, enten direkte eller ved en udvidet fortolkning, så kan det ikke opnå ophavsretlig beskyttelse.

En væsentlig fordel ved *closed list* systemet er forudsigelighed. Rettighedshaverne kan på grund af den udtømmende opregning i lovgivningen opnå vished omkring, hvorvidt deres værk er beskyttet eller ej. Hertil kommer de lovfæstede definitioner, som i varierende grad uddyber hvilke konkrete værker der er omfattet af opregningen.

Et eksempel herpå findes i den engelske *Copyright Design and Patents Act*, som ud over at opregne otte værskategorier også har udvidede definitioner af hvilket indhold disse kategorier har. England er generelt et godt eksempel på et land som anvender *closed list* systemet. Der findes i engelsk retspraksis talrige eksempler på, at værker er blevet nægtet ophavsretlig beskyttelse som følge af, at de ikke er omfattet af en af de otte kategorier.

USA er et eksempel på et common law land som ikke anvender *closed list* systemet. I den amerikanske *Copyright Act*, bestemmer § 102(a), at "*Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.*"

Det kan altså ikke konkluderes, at civil law lande har et *open list* system, mens common law lande har et *closed list* system - men det kan til et vist punkt være en rettesnor.

4.2 Fikseringskravet

Ifølge Bernerkonventionen er det ikke tilladt for medlemsstaterne, at vedtage formalitetskrav til opnåelse af ophavsret. Et eksempel på et formalitetskrav som ikke er tilladt kan være et krav om registrering. Forud for at USA tiltrådte Bernerkonventionen i 1987 var den ophavsretlige beskyttelse betinget af at der blev foretaget en registrering.

Denne formfrihed indebærer at retsbeskyttelsen opstår i og med værkets frembringelse og at ophavsmanden straks kan hævde sin ophavsret til værket.³¹

Der findes en enkelt undtagelse til dette forbud. Det er således tilladt at opstille et krav om, at et givent værk skal være fikseret for at kunne opnå ophavsretlig beskyttelse. Dette følger direkte af Bernerkonventionens artikel 2(2), som har følgende ordlyd: *"It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form."*

At et værk skal være fikseret vil sige, at det skal have en materiel form. Det skal med andre ord være håndgribeligt. *US Copyright Act § 102(a)* anvender formuleringen: *"Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device"*. Bestemmelsen i § 101 definerer fiksering som følgende: *"A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration."*

Sagt meget generelt, så er det hovedsageligt common law lande som benytter muligheden for at etablere et fikseringskrav. Udover USA kan nævnes England. I den engelske *Copyright Design and Patents Act* bestemmes det i § 3(2), at: *"copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded"*. Årsagen til at kunstværker ikke er omfattet af bestemmelsen antages at være, at man fra lovgivers side er gået ud fra, at alle de værker som er nævnt i § 4 nødvendigvis må være fikserede for at eksistere. Her skal man huske på, at England anvender *closed list* systemet.

Hvorvidt en national ophavsretslov har et fikseringskrav eller ej, har stor betydning for hvilke værker der kan beskyttes, da visse værkstyper straks vil være udelukket som følge af deres flygtige karakter.

For så vidt angår parfume kan det konstateres, at uanset at duftmolekyler er usynlige, uhåndgribelige og flygtige, så er det medie hvori de er fikserede, nemlig væsken, cremen eller lignende,

³¹ Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011, s. 62.

både synlig, håndgribelig og varig. Ofte vil der være tale om en væske indeholdende en stor mængde alkohol som indkapsler og afgiver duften i flere år, og denne periode må bestemt siges at opfylde kravet om "[...] a period of more than transitory duration". Ophavsretlig beskyttelse af parfume kan altså ikke afvises alene med den begrundelse, at fikseringskravet ikke er opfyldt.³² Gastronomiske frembringelser kan komme i adskillige afskygninger, hvoraf nogle vil kunne opfylde et fikseringskrav, mens andre muligvis vil være for flygtige.

4.3 Originalitetskravet

Originalitetskravet kan formuleres og defineres på mange forskellige måder og ofte er disse både flertydelige og abstrakte. Dette medvirker til, at originalitetskravet er et af de mest komplicerede principper som findes i ophavsretten. Det er imidlertid også et af de mest centrale og vigtige principper i ophavsretten og derfor ofte genstand for retlige tvister.

Manglen på klarhed og ensartethed har medført, at der ofte er blevet spekuleret i at afskaffe originalitetskravet og erstatte det med andre mere klare, faste og ikke mindst ensartede regler. Dette er dog endnu ikke blevet til noget og bliver det højst sandsynligt heller ikke.

Hverken Bernerkonventionen, TRIPS aftalen eller andre internationale konventioner indeholder et generelt krav om, at ophavsretlig beskyttelse er betinget af originalitet. Ligeledes findes der heller intet krav om, at der skal være tilføjet en vis grad af kreativitet.

Formålet med Bernerkonventionen er imidlertid, at tilbyde ophavsmændene beskyttelse af deres intellektuelle kreationer. Dette kan blandt andet udledes af konventionens artikel 2(5) om samleværker, som indeholder følgende formulering: "*Collections of literary or artistic works [...] which, by reason of the selection and arrangement of their content, constitute intellectual creations shall be protected as such [...].*"

Der er altså et krav i artikel 2(5) om, at et værk for at opnå beskyttelse skal være en intellektuel kreation. Heri ligger at værket skal være resultatet af ophavsmanden egen intellektuelle indsats, og at det derfor for ham er originalt.

At formuleringen "intellectual creation" alene fremkommer i konventionens artikel 2(5) om samleværker kan ikke fortolkes således, at dette krav ikke er gældende for alle andre værkskategorier. Årsagen til denne opbygning af artikel 2 må derimod være, at man har anset det for nødvendigt at

³² Charles Cronin, *Genious in a Bottle: Perfume, copyright and human perception*, Copyright Society of the U.S.A., volume 56, 2009, s. 451.

gøre det særligt klart vedrørende disse værker. Sandsynligheden for manglende originalitet formodes formentlig at være langt større når indsatsen består i, at lave en samling af allerede bestående værker.³³

Problemstillingen kan sammenlignes med det ovenfor beskrevne vedrørende det engelske fikseringskrav og kunstværker, da det formentlig også her har været antaget, at det givne krav er en selvfølge for værkets eksistens.

Dette understøttes af forberedelserne til Bruxelles revisionen af Bernerkonventionen.³⁴ Her fremsatte flere lande forslag om præcisering af originalitetskravet. Det blev blandt andet foreslået, at indsætte ordene *which have the character of a personal creation* og *which constitute an intellectual creation* efter ordene *literary, scientific and artistic domain*. Et andet forslag gik på, at ordet *production* blev udskiftet med ordet *creation*.

Forslagene blev under konferencen diskuteret og overvejet, men blev i sidste ende afvist. Hovedårsagen hertil var tilsyneladende den generelle opfattelse, at den konventionelle definition af hvilke værker der omfattes af konventionens beskyttelse, ikke knytter sig til ordet *productions*, men derimod til ordene *literary and artistic works*. Og følgelig, at forslagernes indhold allerede lå implicit i denne formulering.³⁵

Konkluderende kan det siges, at selvom Bernerkonventionen ikke indeholder et udtrykkeligt originalitetskrav, så er kravet om at der skal være tale om en *intellectual creation* gældende for alle værkskategorier der kan beskyttes af konventionen.

Da der ikke findes en international definition på originalitet er det op til hvert enkelt land at afgøre, hvilket indhold et sådant originalitetskrav skal have. Det er sjældent at de nationale love indeholder en definition af originalitet og/eller kreativitet og det er derfor overladt til teoretikere og i sidste ende domstolene, at fastslå indholdet og betydningen af disse termer.

Der er forskel på tilgangen til originalitet og kreativitet i henholdsvis common law og civil law lande. Denne forskel gør at beskyttelsesomfanget er varierende og at en situation kan opstå, hvor et værk som er beskyttet i et common law land ikke opfylder originalitetskravet i et civil law land. Dette scenarie kan dog også udspille sig mellem to civil law eller to common law lande, der er ingen klare grænser når det kommer til det ophavsretlige originalitetskrav. I det hele taget er der ta-

³³ Sam Ricketson and Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, volume 1, 2. edition. Oxford University Press, 2006, s. 402-406 + 488-490.

³⁴ Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948

³⁵ Sam Ricketson and Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, volume 1, 2. edition. Oxford University Press, 2006, s. 403.

le om meget abstrakte og generelle antagelser, hvortil der næsten altid findes undtagelser, modifikationer eller særlige regler.

4.3.1 Civil Law

I civil law stilles der generelt større originalitetskrav end i common law, hvilket særligt afspejles i kravet om kreativitet. Traditionelt siges det at hovedvægten lægges på ophavsmandens individualitet, således at ophavsmandens værk afspejler hans personlighed. Det er ikke arbejdspræstationen eller den ydede indsats som i sig selv udløser den ophavsretlige beskyttelse. Derimod skal ophavsmanden udføre en aktivitet som er af en særligt skabende art og dette skal afspejle sig i værket.

Den franske domstol *Cour de Cassation* har udtrykt, at et værk er originalt når det "*bears the mark of the personality of its author and confers on the created object a specific aspect*". Ligeledes er der blandt andre blevet brugt udtryk som "*imprint of the personality of the author*", "*imprint of creative personal talent*" og "*reflection of the personality of the author*".³⁶

I tysk ret opereres med princippet om "*personal intellectual creation*" og således anvendes samme formulering som i EU-direktiverne nævnt ovenfor.³⁷

4.3.2 Common law

I common law har der ikke været tradition for at forbinde originalitetskravet med et krav om kreativitet. Med tiden er der dog opstået forskellige retninger indenfor common law og man kan derfor ikke tale om en generel common law definition af originalitet. I dette afsnit skildres kort den engelske samt den amerikanske retsstilling, for at illustrere den diversitet som eksisterer i common law. Ligeledes redegøres der for, hvorledes dette system adskiller sig fra civil law.

Det engelske originalitetskrav består hovedsageligt af to principper, som begge skal være opfyldt. For det første må der ikke være tale om en kopi af et allerede eksisterende værk og for det andet skal der være investeret en vis mængde "*skill, judgement or labour*". Der er således en meget lav tærskel for hvornår et værk kan siges at være originalt. Det skal bemærkes at der ikke stilles krav om, at alle tre kriterier skal være opfyldt. Derimod er betingelserne for beskyttelse opfyldt, såfremt der er præsteret en tilstrækkelig mængde arbejde.

³⁶ J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 3. edition, Sweet & Maxwell, 2008, s. 338-339.

³⁷ J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 3. edition, Sweet & Maxwell, 2008, s. 344-345.

I dommen *University of London Press v University Tutorial Press*, udtaler dommer Peterson J. følgende: *“The word original does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought. The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author”*.³⁸

Han mener således ikke at ordet originalt indebærer, at værket skal være udtryk for en original eller opfindsom tanke som udvikles og udtrykkes i et værk. Derimod mener han, at originalitet skal defineres sådan at værket skal stamme fra forfatteren og ikke være en kopi af et tidligere værk.

Ligeledes udtaler han den berømte og ofte citerede sætning: *“what is worth copying is prima facie worth protecting”*. Ud fra denne tankegang er alt hvad der er værd at kopiere, værd at beskytte. Såfremt alt hvad der er genstand for kopiering per definition også skulle være genstand for ophavsretlig beskyttelse, ville der ikke være noget behov for originalitetskravet og beskyttelseskriterierne. Denne sætning regnes da heller ikke for en retsregel, men er ind i mellem anvendt i praksis, som en del af en samlet vurdering af krænkelssituationen.

I amerikansk ret anvendte man tidligere et lignende originalitetskrav. I vurderingen af om et værk opfyldte originalitetskravet eller ej, så man på hvor stor en arbejdsindsats eller hvilken mængde kreativitet der var lagt i værket. Det var altså muligt at opnå ophavsretlig beskyttelse på baggrund af en vis arbejdsindsats, uanset om der ligeledes var tale om kreativitet.

Dette krav defineres i amerikansk ret som *“sweat of the brow”*, altså et meget billedligt udtryk for at have sved på brynene som følge af hårdt arbejde. Denne definition på originalitet kan på mange punkter sammenlignes med det engelske originalitetskrav *“skill, judgement or labour”*.

I amerikansk ret har man imidlertid bevæget sig væk fra denne retstilling og det accepteres ikke længere, at beskyttelse kan opnås udelukkende på baggrund af en vis arbejdsindsats.

Dette blev endeligt slået fast i 1991 i afgørelsen *Feist Publication Inc. mod Rural Telephone Service Company Inc.* Domstolen afviste at beskytte nogle sider i en telefonbog idet det anførtes, at ophavsretten udelukkende beskytter de dele af et værk som er originale og kreative.³⁹ Domstolen

³⁸ *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd (1916) 2 Ch.601*

³⁹ *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)*

underkendte altså sweat of the brow-doktrinen og gjorde det klart, at der altid må præsteres en eller anden grad af kreativitet for at opnå beskyttelse.

Den amerikanske tilgang til originalitetsbedømmelsen minder efter afgørelsen i *Feist* betydeligt mere om den som anvendes i civil law, end den som anvendes i England og de andre common law lande.

4.3.3 Generelle principper

På trods af det ovenfor anførte skal man stadig holde sig for øje, at der er flere ligheder end forskelle mellem originalitetskravet i de to retssystemer.

4.3.3.1 Ophavsmandens egen frembringelse

Originalitetskravet betyder først og fremmest, at der skal være en sådan forbindelse imellem ophavsmanden og værket, at han kan siges at have skabt det.⁴⁰ Kun menneskeskabte frembringelser kan derfor anses for værker i ophavsretlig forstand, hvilket betyder at såvel dyreskabte som naturskabte fænomener ikke kan beskyttes. Ligeledes kan rent computergenerede værker heller ikke beskyttes.

Af samme årsag beskyttes naturligvis heller ikke helt nøjagtige kopier af noget som allerede findes. Derimod kan et værk som er skabt med udgangspunkt i et andet værk beskyttes, såfremt det i sig selv er originalt. Et sådant krænkende værk kan dog ikke udnyttes, medmindre der gives tilladelse fra den oprindelige rettighedshaver.

Der er ikke noget til hinder for at tilfældig kunst kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Der stilles ikke noget krav om, at et værk skal være frembragt ved en bevidst handling for at være beskyttet.

4.3.3.2 Kvantitet og kvalitet

Fælles for civil law og common law er princippet om at originalitetskravet ikke indeholder et kvalitetskrav. Det er som udgangspunkt forkert at tage hensyn til et værks kvalitet eller mangel på samme. Dette er fornuftigt fordi, at ophavsretten udgør det juridiske eksistensgrundlag for en række betydningsfulde industrier, hvor den afgørende vægt ikke altid lægges på kunstnerisk kvalitet.

⁴⁰ Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterielret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011, s. 63 ff.

Et kvalitetskrav kan i sin videste udstrækning være hæmmende for en funktionsdygtig ophavsret og fjerne dens fornuftige samfundsmæssige funktion og som følge deraf udelukke en stor mængde værker fra beskyttelse.

Man kan dog ikke forvente at princippet følges strengt. Dette ville være urealistisk da originalitetskravet ofte defineres på en måde, hvor tankerne ledes hen på et kvalitetskrav. Eksempler herpå er at værket ikke må være banalt, af ren håndværksmæssig karakter, mekanisk eller rutinepræget. Udtalelser fra skøns- og fagmænd anvendes ofte i ophavsretssager og disse kan ligeledes medvirke til, at originalitetskravet kommer til at minde om et kvalitetskrav.

Det hænder at der i domspræmisser, juridiske fremstillinger og lovmotiver tages klart hensyn til kvalitet. Dette ændrer dog ikke ved den kendsgerning at det er et internationalt kendt princip, at der ikke findes et kvalitetskrav i ophavsretten. Man kan så sætte spørgsmålstegn ved hvorvidt dette princip trænger igennem i praksis, eller om der nærmere er tale om teoretisk ønsketænkning.⁴¹

Ligeledes findes der heller intet krav om værkers kvantitet. Det antages dog både i teori og praksis at jo kortere eller mindre omfangsrigt et værk er, des strengere er bedømmelsen af værkets originalitet.⁴²

4.3.3.3 Dobbeltfrembringelseslæren og nyhedskrav

Når man skal afgøre om et givent værk opfylder originalitetskravet kan man hente hjælp i dobbeltfrembringelseslæren. Det kan man på grund af at originalitetskravet indebærer, at der ikke må være en åbenlys risiko for dobbeltskabelser. Det taler således for et værks originalitet såfremt det virker usandsynligt, at samme værk kunne være skabt af flere ophavsmænd uafhængigt af hinanden. Omvendt taler det imod et værks originalitet hvis det vurderes, at der er risiko for dobbeltfrembringelser.⁴³

Dobbeltfrembringelseslæren medfører dog ikke at et værk automatisk er udelukket fra beskyttelse, såfremt et værk magen til allerede eksisterer. Årsagen hertil er at den ophavsretlige beskyttelse ikke er en prioritetsbeskyttelse. Såfremt ophavsmanden skaber værket selv uden at efterligne andre, så kan originalitetskravet godt være opfyldt selvom det viser sig, at et sådant værk allerede eksisterer. Det er tilstrækkeligt at ophavsmanden skaber værket selvstændigt og uafhængigt af andre værker.

⁴¹ Morten Rosenmeier, Værkslæren i Ophavsretten, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001, s. 63 ff.

⁴² Morten Rosenmeier, Værkslæren i Ophavsretten, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001, s. 62 ff.

⁴³ Morten Rosenmeier, Værkslæren i Ophavsretten, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001, s. 132.

Med udgangspunkt i det ovenfor anførte kan det konkluderes, at der i ophavsretten udelukkende er tale om et subjektivt nyhedskrav. Det vil sige at der kun opstår en krænkelssituation såfremt der er tale om en bevidst efterligning. Det vil dog altid være meget svært at løfte bevisbyrden for at man ikke har haft kendskab til et værk, såfremt man skaber hvad der ligner en efterligning. Yderligere skal man huske på, at opstår der to eller flere ens værker uafhængigt af hinanden så kan det blandt andet ifølge dobbeltfrembringelseslæren betyde, at værkerne ikke er originale.⁴⁴

Kapitel 5. Ophavsretlig beskyttelse af duft

En af de primære årsager til at ophavsretlig beskyttelse af duft og parfume giver anledning til debat og retslige tvister er, at denne type af værker ikke umiddelbart lader sig placere indenfor beskyttelsesområderne "litterære og kunstneriske værker".

Udtrykket "litterære og kunstneriske værker" omfatter ifølge Bernerkonventionens artikel 2 enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige og kunstneriske område, uanset udtryksmåden eller udtryksformen, såsom bøger, brochurer og andre skrifter; forelæsninger, taler, prædikener og andre værker af samme art; dramatiske eller musikdramatiske værker; koreografiske værker og pantomimer; musikalske kompositioner med eller uden ord; kinematografiske værker, hvorved sidestilles værker, som er kommet til udtryk gennem en fremgangsmåde, der er analog med kinematografi; tegninger, malerier, arkitekturværker, billedhuggerværker, gravurer og litografier; fotografiske værker, hvormed sidestilles værker, der er kommet til udtryk gennem en fremgangsmåde, der er analog med fotografi; brugskunst, illustrationer, kort, planer, skitser og tredimensionale værker vedrørende geografi, topografi, arkitektur eller videnskab.

Desuagtet at oplistningen af værker ikke er udtømmende og der er mulighed for at andre værker kan nyde ophavsretlig beskyttelse, så er det naturligvis nemmere at opnå beskyttelse af et værk som er direkte nævnt i konventionen. Dette gælder ligeledes på det regionale og internationale plan, hvor henholdsvis EU reguleringen og den nationale lovgivning giver anledning til den samme problematik.

En anden og meget betydelig årsag til at emnet er omdiskuteret og uafklaret er værkstypens fysiske form og den måde hvorpå vi mennesker opfatter værket. De traditionelle værkstyper, altså kunst, litteratur og musik er værker som vi mennesker opfatter med vores synssans og/eller vores høresans. Derimod er det vores lugtesans vi anvender når vi skal opfatte en duft eller parfume.

⁴⁴ Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008, s. 109 ff.

I sin artikel *Genious in a bottle* præsenterer forfatteren Charles Cronin to eksempler fra virkeligheden, som rammende illustrerer hvorledes vores evne til at opfatte og genkende duft adskiller sig fra vores evne til at opfatte og genkende de mere traditionelle værker.⁴⁵

I det følgende gengives eksemplerne kort:

- The New York Times introducerer i 2006 en klumme i The Sunday T Style magazine kaldet *Scent Strip*. Klummens indhold er anmeldelser af parfume og nyheder indenfor samme område. Forfatteren er journalisten Chandler Burr, som ligeledes har skrevet bogen *The Emperor of Scent*.

Som en del af reklameringen for *Scent strip* optrådte Chandler Burr i en udsendelse af NBC's *Today Show*. Chandler Burr fik i programmet den udfordring, at han skulle identificere de velkendte dufte som værterne forud for udsendelsen havde taget på. Den første duft var en af Hermés klassiske parfumedufte, mens den anden var et antibakterielt hånd desinfektionsmiddel som var allestedsnærværende i New York. Han var ikke i stand til at gennemføre udfordringen hvilket formentlig resulterede i, at den nyudnævnte parfumekritiker mistede troværdighed blandt sine læsere.

- Radiostationen 105,3 KISS afholdte en konkurrence for deres lyttere. Konkurrencen gik ud på, at stationen spillede et stykke fra starten af en sang – et halvt sekund – og så skulle lytterne ringe ind hvis de kunne genkende fra hvilken sang stykket kom. Charles Cronin hører denne konkurrence i radioen hos sin frisør, som straks svarer, at musikstykket stammer fra sangen *Stayin' Alive* med *The Bee Gees*. Dette svar var korrekt.⁴⁶

Disse to eksempler illustrerer tydeligt den varierende grad af skarphed der er på de menneskelige sanser når det kommer til genkendelighed. Det er ofte lettere at genkende en sang man har hørt få gange, end en duft man har duftet få gange. Årsagen hertil er formentlig, at vores opfattelse af dufte er bestemt af vores hjernes genkendelse, anerkendelse og reaktion på de kemiske elementer som udgør duften. Således er vores evne til at skabe eller genskabe en duft også underlegen i forhold til vores evne til at gengive eller skabe et billede eller en lyd.⁴⁷

⁴⁵ Charles Cronin, *Genious in a Bottle: Perfume, copyright and human perception*, Copyright Society of the U.S.A., volume 56, 2009, s. 427-483.

⁴⁶ Charles Cronin, *Genious in a Bottle: Perfume, copyright and human perception*, Copyright Society of the U.S.A., volume 56, 2009, s. 442 ff.

⁴⁷ Charles Cronin, *Genious in a Bottle: Perfume, copyright and human perception*, Copyright Society of the U.S.A., volume 56, 2009, s. 445 ff.

Både høresansen, synssansen og lugtesansen er fjernsanser hvilket vil sige, at kroppen ikke behøver at være i fysisk kontakt med et objekt for at sanse det. På trods af at sanserne har dette til fælles, så har vi større mulighed for at kontrollere hvad vi ser og hører end hvad vi dufter. Ligeledes har vi også bedre muligheder for at kontrollere hvordan vi reagerer på det vi ser og hører end på det vi dufter. Årsagen hertil er blandt andet, at dufte stimulerer øjeblikkeligt og direkte idet vi kommer i kontakt med dem, hvorimod andre værker som for eksempel musik og billedkunst fremkalder en bevidst manipulation som træder i stedet for den direkte påvirkning.

Lugtesansen adskiller sig altså på flere måder fra de andre fjernsanser og dette er i væsentlig grad er med til, at vanskeliggøre praktiseringen af den ophavsretlige beskyttelse, når der er tale om et værk som opfattes primært ved hjælp af denne sans. En holdning blandt teoretikere er, at ophavsretten ikke skal være værn til beskyttelse af værker som opfattes med andre sanser end synssansen og høresansen. Deres begrundelse er at disse værkstyper ikke passer ind i det ophavsretlige system, og at det aldrig har været hensigten med ophavsretten at beskytte denne type værker.

En af disse kritikere er Herman Cohen Jehoram, som er forfatter til den kritiske artikel *The Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*. Han fremfører i sin artikel følgende argument: *"From the whole list of enumerated examples of protected works in article 2 of the Berne Convention as well as article 10 of the Dutch Copyright Act it can be deduced that the framers of these texts only had those works in mind which can be perceived by two of the five human senses, sight and/or hearing. [...]As a consequence, many further provisions of the Treaty and the Act simply cannot be applied to "works" of smell, touch and taste."*⁴⁸

Ifølge Herman Cohen Jehoram, så kan det udledes af oplistningen i Bernerkonventionens artikel 2 og oplistningen i den hollandske ophavsretslov, at lovgiverne kun har haft intentioner om at beskytte værker som kan opfattes med to af de fem menneskelige sanser, nemlig synssansen og høresansen. Han vurderer at konsekvensen heraf er, at mange bestemmelser i Bernerkonventionen og den hollandske ophavsretslov ikke kan anvendes i praksis hvis der er tale om værker som skal opfattes med andre sanser.

Den hollandske Højesteret anerkender i dommen Lancôme mod Kecofa, at det samme problem eksisterer i relation til den hollandske ophavsretslov. Retten kommer i sin afgørelse alligevel frem til, at parfume ikke er udelukket fra beskyttelse efter den hollandske Copyright Act:

⁴⁸ Herman Cohen Jehoram, *The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of Perfume. The Flying Dutchman: All sails, No Anchor*, *European Intellectual Property Review*, volume 28, issue 12, 2006, s. 629-631.

*"The description of works laid down in article 10 of the Copyright Act, next to the non-exhaustive list of types of works, of what must be understood to be a 'work' in the sense of this Act, has been generally worded and does not prevent from comprising a scent."*⁴⁹

Retten fastslår yderligere:

*"The circumstance that the specific nature of scents has the results that not all provisions and limitations of the Copyright Act can unrestrictedly apply does not detract from this. One could think for instance of the use of a perfume which cannot be denied to the normal user and which by its nature necessarily implies spreading of the scent."*⁵⁰

Ifølge den hollandske Højesteret, så er det ikke til hinder for ophavsretlig beskyttelse af parfume, at visse af ophavsretslovens bestemmelser ikke kan anvendes direkte og umiddelbart. Bestemmelserne skal således tilpasses den særlige værkstype, hvad enten der må ske en indskrænkning, udvidelse eller begrænsning af bestemmelsen og dette er ifølge domstolen ikke i strid med de ophavsretlige regelsæt.⁵¹

Som et eksempel på en situation, hvor det ikke er muligt at anvende ophavsretten uden modifikationer, fremfører domstolen det de udtrykker som *spreading of the scent*. Ophavsmanden har som udgangspunkt eneretten til at gøre værket tilgængelig for almenheden, men i en praktisk situation kan denne rettighed ikke altid håndhæves når værket er en parfume. Den normale anvendelse af en parfume er at påføre den, hvilket i sagens natur indebærer at duften spredes hvor end bæreren af parfumen færdes.

5.1 Hvad kan beskyttes, væsken eller duften

For at afgøre om et værk kan beskyttes af ophavsretten skal man først og fremmest definere, hvad det præcist er man ønsker at beskytte. Ophavsretligt skelner man mellem værkets immaterielle repræsentation og dets materielle udformning. Ophavsretten beskytter udelukkende værkets immaterielle repræsentation.

⁴⁹ Den hollandske bestemmelse har følgende ordlyd: "[...] and in general every product in the field of literature, science or art, in whichever form it has been expressed."

⁵⁰ Herman Cohen Jehoram, The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of Perfume. The Flying Dutchman: All sails, No Anchor, European Intellectual Property Review, volume 28, issue 12, 2006, s. 630.

⁵¹ Herman Cohen Jehoram, The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of Perfume. The Flying Dutchman: All sails, No Anchor, European Intellectual Property Review, volume 28, issue 12, 2006, s. 629 ff.

Retten til et værk kan derfor deles op i to individuelle rettigheder: retten til det fysiske eksemplar, det vil sige ejendomsretten, og den immaterielle rettighed. Dette er altid relevant, men særligt hvor der er tale om et værk som findes i mere end et eksemplar, da der i så fald kan være mange rettighedshavere til de fysiske eksemplarer, men muligvis kun en rettighedshaver af værkets immaterielle rettigheder.⁵²

Dette princip anvendes generelt i ophavsretten og det følger direkte deraf, at ved salg af et ophavsretligt beskyttet værk, overdrages medmindre andet er aftalt kun det fysiske eksemplar. Såfremt indehaveren af den immaterielle rettighed ønsker at overdrage sin eneret skal det være særskilt aftalt. Denne sondring mellem selve værket og værkets *material carrier* giver sjældent anledning til forvirring. Et eksempel på en sondring kan være et litterært værk: ophavsretten beskytter ikke de fysiske trykte sider, men beskytter derimod indholdet som er legemliggjort i de trykte sider.

For så vidt angår parfume er der imidlertid større forvirring end ved de mere traditionelle værkstyper. Spørgsmålet som opstår er hvorvidt det er væsken, den duft som væsken udsender eller begge dele som kan beskyttes. Følger man det ovenfor beskrevne princip kommer man umiddelbart frem til, at det er selve duften og ikke det legemliggjorte produkt, som indeholder duften, der kan beskyttes af ophavsretten. Så simpelt var det dog ikke i dommen *Lancôme mod Kecofa*:

I sagen skal den hollandske appelret, *Herzogenbosch Court of Appeal*, tage stilling til hvorvidt parfume kan beskyttes efter den hollandske ophavsretslov. Domstolen starter med at undersøge om der er tale om en værkstype, som opfylder kravene til ophavsretlig beskyttelse. Domstolen vurderer at det er nødvendigt for at kunne træffe denne afgørelse, at foretage en sondring i mellem på den ene side den olfaktoriske substans (den væske eller lignende som på grund af sin kemiske komposition udsender en duft), og på den anden side selve duften som den olfaktoriske substans udsender og som kun kan opfattes via lugtesansen.

Retten kommer frem til den konklusion at det ikke er nødvendigt at diskutere, hvorvidt en individuel duft kan beskyttes efter de hollandske regler. Rettens begrundelse er, at *Lancôme* efter retens mening ikke påstår beskyttelse heraf. Retten mener derimod, at *Lancôme* påstår beskyttelse af kompositionen af den olfaktoriske substans, altså væsken i parfumeflasken som sælges under varemærket *Trésor*. Alligevel fastslår domstolen at duften i sig selv er for flygtig, omskiftelig og afhængig af det omkringværende miljø, til at den kan beskyttes af ophavsretten. Materialet som af-

⁵² J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 3. edition, Sweet & Maxwell, 2008, s.253-254.

giver duften, er derimod tilstrækkeligt konkret og stabilt og kan derfor betragtes som et værk i den hollandske ophavsretslovs forstand.⁵³

Den hollandske Højesteret, *Hoge Raad der Nederlanden*, er uenig i den fortolkning af Lancôme's påstand som appelretten når frem til. Højesteret finder ikke at fortolkningen er baseret på fakta og er samtidig ikke af den opfattelse, at det er væsken som Lancôme ønsker at beskytte. Højesteret mener derimod at påstanden skal fortolkes således, at Lancôme ønsker at beskytte den individuelle duft som netop parfumen Trésor udsender. Dette bliver sagens kerne. Dommen gennemgås i detaljer under afsnit 5.4.

5.2 Originalitet

Som beskrevet i afsnit 4.3, så er originalitetskravet meget abstrakt og kan formuleres og defineres på utallige måder. Idet hverken Bernerkonventionen, TRIPS aftalen eller andre internationale konventioner indeholder et generelt krav om at ophavsretlig beskyttelse er betinget af originalitet, findes der heller ikke en generel definition.

Som følge heraf er det overladt til lovgivningen i hvert enkelt land samt hver enkelt domstol at afgøre, hvorvidt duft og parfume opfylder originalitetskravene i den pågældende jurisdiktion. De jurisdiktioner som følger *closed list* systemet beskytter kun parfume, såfremt værket passer ind i en af de kategorier af værker som lovgivningen opremser. Er der på den anden side tale om et land som benytter *open list* systemet, så skal der i hver enkelt sag foretages en bedømmelse af om netop dette værk kan beskyttes.

Der er imidlertid anlagt meget få søgsmål vedrørende ophavsretlig beskyttelse af parfumer, hvilket medfører at retspraksis på området er begrænset. I de følgende afsnit vil udvalgte domme blive gennemgået for på den måde at illustrere, hvorledes forskellige jurisdiktioner definerer originalitet i forhold til beskyttelse af parfume. De mere processuelle aspekter af sagerne vil blive udeladt.

5.3 Retsspraksis Frankrig

Den første retssag i Frankrig som behandler spørgsmålet om ophavsretlig beskyttelse af parfume, er sagen *Rochas mod De Laire* fra 1975.⁵⁴ Den franske parfume producent De Laire indgår aftale med Rochas, et fransk couture hus, om at udvikle et antal nye dufte og oplyse Rochas formularen

⁵³ Dutch Copyright Act of 1912

⁵⁴ Rochas mod De Laire, *Cour d'appel de Paris*, 3. Juli 1975.

dertil. Parterne aftaler ligeledes, at for de næste ti år skal De Laire være den eneste leverandør af dufte til Rochas, som så skal tilføje disse dufte til deres sortiment. De Laire leverer som aftalt den første duft, men får ingen ordre om at sætte den i produktion. I forlængelse heraf erfarer De Laire, at Rochas selv har iværksat produktion af en identisk duft og de anlægger sag med påstand om, at Rochas har krænket deres ophavsret til den pågældende duft.⁵⁵ Retten afviser at en duft kan nyde ophavsretlig beskyttelse og tilføjer, at den relevante beskyttelse burde være patentretten.

I 1999 kommer *Tribunal de Commerce Paris* til det modsatte resultat, nemlig at en parfume kan nyde ophavsretlig beskyttelse i Frankrig.⁵⁶ Den franske designer Thierry Mugler anlægger sag mod parfume huset Molinard med påstand om, at Molinard krænker Muglers ophavsret til parfumen Angel. Årsagen hertil er, at Molinard har produceret en næsten identisk parfume kaldet Nirmale og markedsført den som en smell-alike til parfumen Angel. Retten finder at de parfumer som introducerer nye kompositioner af dufte, som adskiller sig væsentlig fra hvad der tidligere er kendt og som opfylder originalitetskravet, kan beskyttes af den franske ophavsretslov.

Fransk retspraksis har lige siden den første dom blev afsagt, været alt andet end ensartet. Nedenfor gennemgås tre nyere afgørelser som afspejler den usikkerhed der stadig er på området for ophavsretlig beskyttelse af parfume.

5.3.1 Société Bellure mod L'Oréal m.fl.

Dommen er afsagt af den franske *Cour d'appel de Paris* den 25. januar 2006.

L'Oréal lægger sammen med fem andre franske parfume producenter sag an mod Bellure, en belgisk parfume producent.⁵⁷ Dette gør de ved *Tribunal de Grande Instance de Paris*, som er første instansen for større sager. Her nedlægger de påstand om at Bellure krænker flere af deres immaterielle rettigheder, samt har gjort sig skyldig i illoyal markedsføring. I dette afsnit gennemgås den ophavsretlige del af sagen.

Retten finder Bellure skyldig i krænkelser af ophavsretten til følgende parfumer: Trésor Lancôme, Miracle, Anais Anais, Noa, Romance, Aqua Di Gio, Emporio Armani og Drakkar Noir. Bellure appellerer denne afgørelse til *Cour d'appel de Paris*, som den 25. januar 2006 stadfæster afgørelsen.

⁵⁵ Charles Cronin: Genius in a bottle: Perfume, copyright, and human perception. *Journal of the Copyright society of the U.S.A.* 2009, volume 56, side 435-436.

⁵⁶ *Mugler v Molinard*, Tribunal de commerce [T.Com.] [Commerce C t.] Paris, 15e ch., Sept. 24, 1999, *Gaz. Pal.* 2001, 17-18.01, no. 17-18.

⁵⁷ Lancôme, Prestige, Parfums Cacharel, Parfums Ralph Lauren og Parfums Guy Laroche.

Bellure påstår frikendelse og anfører for det første, at fransk ophavsret udelukkende beskytter værker som opfattes med synssansen og høresansen og at parfume som følge deraf ikke kan være beskyttet. Bellure ræsonnerer sig frem til dette argument ved at fortolke på bestemmelsen i artikel L112-2, som indeholder en udelukkende eksemplificerende opstilling af værker som kan beskyttes. Retten afviser dette og slår fast at den ikke-udtømmende liste ikke har til formål at udelukke bestemte værksarter, heller ikke værker som opfattes med andre sanser som for eksempel lugtesansen og smagssansen.

Dernæst fastslår retten at der i fransk ophavsret ikke eksisterer et fikseringskrav, men at det er tilstrækkeligt at værkets form er synlig. Ifølge retten er dette tilfældet, da en dufts olfaktoriske komposition er bestemmelig.

Uanset hvilken værksart der er tale om, så skal værket selvfølgelig opfylde originalitetskravet. Bellure erkender at en parfumes endelige resultat kan fremstå æstetisk men anfører samtidig, at det er og forbliver en opfindelse af teknisk karakter som i stedet opfylder betingelserne for patentbeskyttelse. Retten tager ikke stilling til hvorvidt parfumerne opfylder betingelserne for patentretlig beskyttelse eller ej, men nøjes med at pointere at den ene beskyttelse ikke udelukker den anden. Konkluderende fastslår retten, at den finder at sagsøgernes parfumer er originale og demonstrerer udviklerens kreativitet og som følge deraf er beskyttet af den franske ophavsretslovs bestemmelser.

Dernæst afgør retten, om Bellures parfumer krænker denne ophavsret. Ved hjælp af kemiske analyser dokumenteres den lighed der er imellem sagsøgernes parfumer og de parfumer som Bellure har produceret og solgt. Sagsøgerne fremlægger dokumentation i form af kemiske analyser af de forskellige parfumer, hvori der er foretaget en sammenligning med de påståede smell-alikes. Et eksempel på en sammenlignende analyse er den af parfumen Noa fra Parfums Cacharel med Bellures Sweet Pearl. Ifølge analysen så indeholder Sweet Pearl 18 af de 19 komponenter som findes i Noa, hvilket ifølge analysens producent er en ekstraordinær høj procentsats. Bellure fremlægger ingen dokumentation for deres påstand om, at parfumerne sammensætninger er ordinære og efter deres vurdering i public domain.

Retten tilføjer at selvom der eksisterer kendte parfumekategorier og selvom en given parfume på grund af sine dominante komponenter falder ind under en af disse kategorier, så udelukker dette ikke automatisk den pågældende parfume fra ophavsretlig beskyttelse. Såfremt parfumen stadig er et udtryk for en ny kombination af duft essenser på en sådan måde, at de resulterende olfakto-

riske noter afspejler udviklerens kreative indsats, så kan parfumen stadig være tilstrækkelig original til at opnå ophavsretlig beskyttelse.

I tillæg til den kemiske analyse udarbejdes en spørgeundersøgelse vis formål er at skildre, hvorledes den gængse kvindelige forbruger opfatter de to parfumer. Anvender vi igen eksemplet med de to parfumer, Noa og Sweet Pearl, så blev resultatet af undersøgelsen at 79 procent af de adspurgte kvinder mente at de to parfumer var ens.

For at understøtte deres påstand om at disse ligheder ikke er rene tilfældigheder som skyldes parfumerens manglende originalitet, henleder sagsøgerne rettens opmærksomhed på den internet-side hvorpå Bellure præsenterer deres produkter. På denne side sammenkæder Bellure deres produkter med sagsøgernes, idet de bruger sagsøgernes parfumer til at beskrive deres egne parfumer og henviser direkte til disse.

Cour d'appel de Paris konkluderer på baggrund af ovenstående, at Bellures parfumer krænker sagsøgernes ophavsret.

5.3.2 Bsiri-Barbir mod Haarmann & Reimer

Dommen er afsagt af den franske højesteret Cour de Cassation den 13. juni 2006.

Nejla Bsiri-Barbir er en tidligere ansat ved firmaet Haarmann & Reimer, et firma som udvikler duft- og smagsstoffer. Hun har under sin ansættelse i firmaet været beskæftiget med at udvikle adskillige parfumedufte. Nejla Bsiri-Barbir påstår at de udviklede parfumer er beskyttet af ophavsret, at hun er rettighedshaver dertil og at hun derfor er berettiget til kompensation. Haarmaann & Reimer afviser hendes krav og hun anlægger derfor sag mod dem ved *Cour de' appel de Versailles*.

Den 5. marts 2002 afviser retten hendes påstand med den begrundelse, at parfume ikke er et værk indenfor rammerne af den franske ophavsret.

Rammerne findes særligt i to bestemmelser i den franske Intellectual Property Code: Artikel L112-1 beskytter "*the rights of authors in all works of the mind, whatever their kind, form of expression, merit or purpose*" og artikel L112-2 indeholder en ikke-udtømmende liste af eksempler på hvad der kan betragtes som *a work of the mind*.

Bsiri-Barbir appellerer denne afgørelse til den franske højesteret med påstand om omstødelse, da hun mener at *Cour d'appel* har misfortolket de to bestemmelser i ophavsretsloven og som følge deraf har afsagt en forkert afgørelse. Højesteret afviser hendes påstand. Ifølge højesteret er ud-

viklingen af en parfume alene resultatet af anvendt knowhow og teknik og kan ikke opfattes som *a work of the mind*.⁵⁸

Retten udtaler blandt andet følgende: "*Perfumes are not eligible for protection under French copyright law because they are a product of purely technical knowledge and lack, therefore a discernable association with the individual personalities of their creators*". Højesteret mener således ikke, at parfume kan kvalificere sig til ophavsretlig beskyttelse, da en mærkbar tilknytning til skaberen af parfumen er fraværende.⁵⁹

5.3.3 Beaute Prestige International mod Senteur Mazal

Dommen er afsagt af den franske højesteret *Cour de Cassation* den 1. juli 2008.

Beaute Prestige International anlægger sag ved førsteinstansen i Paris med påstand om, at Senteur Mazal ved deres markedsføring af parfumerne L'homme og Inmate for Men, krænker ophavsretten til parfumen Le Mâle. Dette får de medhold i, men sagen appelleres til *Cour d'appel de Paris*.⁶⁰

Desuagtet at *Cour de Cassation* i Bsiri-Barbir finder at parfume ikke kan beskyttes efter de franske ophavsretlige regler, så vælger *Cour d'appel de Paris* den 14. februar 2007, at stadfæste førsteinstansens afgørelse.

Senteur Mazal anfører, at en parfume udelukkende er resultatet af anvendt knowhow og at den som følge deraf ikke kan betragtes som et ophavsretligt beskyttet værk. Beaute Prestige anfører, at en parfume er et værk i overensstemmelse med den franske ophavsretslovs artikel L112-1 og L112-2 og at originalitetskravet er opfyldt.

Retten finder ikke at den eksemplificerende liste i L112-2 har til formål at udelukke bestemte værksarter. Dernæst fastslår retten at der i fransk ret ikke eksisterer et fikseringskrav, men at det er tilstrækkeligt at værkets form er synlig og kan opfattes af mennesker.

Beaute Prestige fremlægger en kemisk analyse af parfumerne foretaget af firmaet Shiseido. Denne analyse viser at der er 80 procent lighed i mellem parfumen Le Mâle og parfumen Inmate for Men og 66 procent lighed mellem parfumen Le Mâle og parfumen L'homme. En sagkyndig fra Shi-

⁵⁸ Mme Nejla Bsiri-Barbir mod Sté Haarmann et Reimer, 2006 E.C.D.R. 28.

⁵⁹ David A. Einhorn og Lesley Portnoy, *The copyrightability of Perfumes: I smell a symphony*. Intellectual Property Today, April 2010.

⁶⁰ SA Beaute Prestige International v Ste Senteur Mazal (Unreported, February 14, 2007) (Cour d'Appel de Paris): ICC 2008, 39(1), 113-114.

seido udtaler, at denne lighed i parfumerens olfaktoriske komponenter ikke kan være en tilfældighed.

Cour d'appel de Paris giver Beaute Prestige medhold i at deres parfume Le Mâle er ophavsretligt beskyttet. Ligeledes får de medhold i at Senteur Mazal krænker denne ophavsret ved at importere og markedsføre de to parfumer på det franske marked. Senteur Mazal appellerer denne afgørelse til *Cour de Cassation*.

Cour de Cassation omstøder appelrettens afgørelse og frifinder Senteur Mazal i krænkelsspørgsmålet. Retten finder ikke, at en parfume kan være et ophavsretligt beskyttet værk og bekræfter dermed den fortolkning af ophavsretslovgivningen, som kom til udtryk i Bsiri-Barbir sagen. Her fastslog retten som ovenfor nævnt, at udviklingen af en parfume alene er resultatet af anvendt knowhow og teknik og derfor ikke kan beskyttes af ophavsretten.

5.3.4 Afsluttende bemærkninger

Med de to afgørelser, Bsiri-Barbir mod Haarmann & Reimer og Beaute Prestige International mod Senteur Mazal, har den franske højesteret *Cour de Cassation* fastslået sin position i relation til ophavsretlig beskyttelse af parfumer. Alligevel fortsætter flere af de lavere retsinstanser med at afsige afgørelser som ikke er i overensstemmelse med højesterets praksis. Særligt synes *Cour d'appel de Paris* at fortolke de to bestemmelser L112-1 og L112-2, langt mere udvidende end *Cour de Cassation*. Uanset denne splittelse i den franske retspraksis må konklusionen dog på nuværende tidspunkt være, at parfume ikke er ophavsretligt beskyttet i Frankrig.

5.4 Retspraksis Holland

5.4.1 Lancôme Parfums et Beauté mod Kecofa

Dommen er afsagt af den hollandske højesteret den 16. juni 2006.

Lancôme markedsfører og sælger parfume under varemærket Trésor. Parfumen sælges blandt andet i Holland, hvor Lancôme er eksklusiv rettighedshaver. Kecofa har siden 1993 markedsført og solgt parfume under varemærket Female Treasure.

Fra 1994 til 1997 fører Lancôme sag mod Kecofa med påstand om, at Kecofas parfume og varemærke Female Treasure krænker deres varemærke Trésor. Lancôme bygger deres påstand på at der er en sådan lighed imellem de to varemærker, at forbrugerne kan forveksle de to og uretmæssigt vil forbinde Female Treasure med Trésor og Lancôme. Derudover påstår de vildledende markedsføring. Både *Amsterdam District Court* og *Amsterdam Court of Appeal* afviser Lancômes påstand med den begrundelse at der ikke er risiko for forveksling.

I 2000 anlægger Lancôme igen sag imod Kecofa. Denne gang ved *District Court of Maastricht* og med påstand om ophavsretlig krænkelse. Lancôme påstår at Kecofas parfume Female Treasure krænker ophavsretten til duften af deres parfume Trésor. Ved en foreløbig afgørelse den 18. april 2002 pålægger retten Lancôme, uden at tage direkte stilling til om parfume er et ophavsretligt beskyttet værk, at bevise at duften som sælges under varemærket Trésor opfylder betingelserne for beskyttelse. Særligt at Trésor er et værk der er beskyttet af ophavsretslovgivningen, at Lancôme er ophavsmand til værket og at Female Treasure er i strid med denne ophavsret.

Lancôme appellerer denne afgørelse til *Hertogenbosch Court of Appeal*, som den 8. juni 2004 omstøder afgørelsen. Appelretten undersøger hvorvidt parfume er en værkstype som kan beskyttes ophavsretligt, om originalitetskravet er opfyldt samt om værket bærer skaberens personlige aftryk. For så vidt angår den første del, så fortolker retten Lancômes påstand således, at der påstås beskyttelse af det materiale som afgiver duften. Retten vurderer at dette materiale, altså den duftende væske, er tilstrækkeligt konkret og stabilt til at kunne betragtes som et værk i den hollandske ophavsretslovs forstand.⁶¹

Til at understøtte sin påstand om at parfumen er original, anfører Lancôme følgende: Parfumen er resultatet af en kreativ proces, denne kreative proces har ført til en særlig komposition af ingredienser, formålet har været at kreere en markant og individuel duft og at denne duft er særligt populær og har været det lige siden den kom på markedet. Retten finder at disse forhold i princippet opfylder originalitetskravet i tilstrækkelig grad og at Kecofa ikke har fremført tilstrækkelige beviser for det modsatte.

Kecofa anfører at Trésor er sammenlignelig med en ældre parfume, Eternity af Calvin Klein, og at dette efter deres vurdering er et væsentlig argument for at Trésor ikke er original. Dette argument afviser retten, idet den udtaler: "*Copyright protection does not require the work to be new in the objective sense but only that it be original from the point of view of the creator.*"⁶² Retten afviser påstanden med den begrundelse, at Kecofa ikke har ført tilstrækkeligt bevis for at Trésor er en efterligning eller en bearbejdelse af Eternity. Derimod har Lancôme fremlagt tilfredsstillende dokumentation på parfumens udviklingsproces og originalitet. Retten kommer efter en samlet vurdering frem til den afgørelse, at parfumen Trésor kan anses for et værk i ophavsretslovens forstand og at parfumen er original.

⁶¹ Dutch Copyright Act of 1912

⁶² International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2006, 37(8), s. 999.

Retten afgør herefter krænkelsspørgsmålet og tager stilling til, hvorvidt Female Treasure krænker Lancôme's ophavsret til parfumen Trésor. Hertil anvender retten en rapport som er udarbejdet af det franske firma Breese and Majerowicz og rekvireret og fremlagt af Lancôme. Retten anvender rapporten selvom Kecofa anfører, at den ikke er udarbejdet af en upartisk virksomhed. Årsagen hertil er ifølge retten selv, at Kecofa hverken anfægter virksomhedens ekspertise eller rapportens indhold.⁶³

Rapportens konklusion er at Kecofas parfume Female Treasure krænker Lancôme's ophavsret til parfumen Trésor. Rapporten indeholder en analyse af de to parfumeres kemiske sammensætning og komposition af stoffer samt en spørgeundersøgelse med 66 deltagende personer. Resultatet af den kemiske analyse er at Female Treasure indeholder 24 ud af de 26 olfaktoriske elementer der også er til stede i Trésor, hvilket ifølge rapporten næppe er en tilfældighed. Her henses til den specielle komposition samt parfumens meget karakteristiske og særprægede duft.

Med rapporten som det utvivlsomt mest vægtige bevis afsiger appelretten sin afgørelse og giver Lancôme medhold i deres påstand om ophavsretlig beskyttelse af Trésor. Kecofa appellerer afgørelsen til den hollandske højesteret, som den 16. juni 2006 stadfæster appelrettens afgørelse. Højesteret kommer dog, modsat appelretten til den konklusion, at det er duften som Lancôme ønsker at beskytte. Dette emne er nærmere behandlet ovenfor under 5.1.

Kecofa protesterer imod at appelretten baserer sin afgørelse på baggrund af B&M rapporten. Deres påstand er at retten selv skulle have foretaget en empirisk undersøgelse af de to parfumer, i stedet for udelukkende at lægge rapportens indhold til grund. Højesteret fastslår at appelretten var berettiget til at anvende B&M rapporten og basere deres afgørelse derpå. Højesteret finder ikke at en undersøgelse foretaget af dommerne selv, skulle være mere troværdig eller korrekt end den professionelle undersøgelse af de 66 uvildige personer.

5.5 Beskyttelse i andre jurisdiktioner

5.5.1 USA

Den amerikanske ophavsretslov beskytter ifølge bestemmelsen i § 102 "*original works of authorship fixed in any tangible medium of expression.*" Et værk skal ifølge bestemmelsen opfylde tre betingelser for at kunne opnå ophavsretligt beskyttelse, det skal være originalt, det skal være et *work of authorship* og det skal være fikseret.

⁶³ Hoge R aad der N ederlanden [HR] [Supreme Court of the N etherlands], 16 June 2006, N J 585European Copyright and Design Reports, Sweet and Maxwell, 2006, volume 26.

Først og fremmest skal parfume kunne opfylde originalitetskravet for at være beskyttet. Det amerikanske originalitetskrav indebærer at der skal være præsteret et minimum af kreativitet, hvilket følger af *Feist*. Kravet om kreativitet blev tilføjet til den tidligere definition, *sweat of the brow*, for at undgå at alt hvad der havde krævet en arbejdsindsats som følge deraf kunne beskyttes. Desuagtet at originalitetskravet i USA er blevet skærpet, så må det stadig betragtes som mildt. På baggrund af det netop anførte må parfume ifølge min vurdering kunne antages, at opfylde det amerikanske originalitetskrav. Dels på grund af den væsentlige arbejdsindsats som ligger i produktionen af en parfume, samt den mængde kreativitet som udvises i den enkelte duft.

For det andet skal der vær tale om et *work of authorship*. Duft og parfume er ikke blandt de værskategorier som er oplistet i den amerikanske ophavsretslovs § 102. Denne bestemmelse op-
lister otte kategorier af værker: *"Works of authorship include the following categories: literary works; musical works, including any accompanying words; dramatic works, including any accompanying music; pantomimes and choreographic works; pictorial, graphic, and sculptural works; motion pictures and other audiovisual works; sound recordings; and architectural works."* Det følger dog ikke heraf at parfume ikke kan beskyttes i USA, da listen ikke er udtømmende. Bestem-
melsen er udformet således at der er mulighed for at beskytte nye værkstyper, såfremt de med tiden måtte opstå. Ligeledes er der mulighed for at beskytte allerede kendte værkstyper, selvom de ikke er nævnt i bestemmelsen.⁶⁴

For det tredje skal værket være fikseret. For så vidt angår parfume kan det konstateres, at uanset at duftmolekyler er usynlige, uhåndgribelige og flygtige, så er det medie hvori de er fikserede, nemlig væsken, cremen eller lignende, både synlig, håndgribelig og varig. En påstand om ophavs-
retlig beskyttelse af parfume, bør derfor ikke afvises alene med den begrundelse, at fikseringskra-
vet ikke er opfyldt.

⁶⁴ United States House of Representatives. House Report No. 94-1498: *"Authors are continually finding new ways of expressing themselves, but it is impossible to foresee the forms that these new expressive methods will take. The bill does not intend either to freeze the scope of copyrightable subject matter at the present stage of communications technology or to allow unlimited expansion into areas completely outside the present congressional intent. Section 102 implies neither that subject matter is unlimited nor that new forms of expression within that general area of subject matter would necessarily be unprotected. The historic expansion of copyright has also applied to forms of expression which, although in existence for generations or centuries, have only gradually come to be recognized as creative and worthy of protection. The first copy-
right statute in this country, enacted in 1790, designated only 'maps, charts, and books'; major forms of ex-
pression such as music, drama, and works of art achieved specific statutory recognition only in later enact-
ments. Although the coverage of the present statute is very broad, and would be broadened further by the explicit recognition of all forms of choreography, there are unquestionably other areas of existing subject matter that this bill does not propose to protect but that future Congresses may want to."*

Ingen af de tre lovmæssige betingelser stiller sig umiddelbart i vejen for, at parfume kan være ophavsretligt beskyttet i USA. Hvorvidt en amerikansk domstol vil nå til den fortolkning, at det er korrekt at beskytte parfume er dog uafklaret.

5.5.2 England

England benytter sig som tidligere nævnt af *closed list* systemet. Den engelske *Copyright Design and Patents Act* oplister otte værskategorier, som har udvidede definitioner af hvilket indhold disse kategorier har. Som følge heraf er parfumer kun beskyttet efter engelske regler, såfremt de kan falde ind under en af de førnævnte kategorier. Dette kan for eksempel være tilfældet hvis parfumens kemiske komposition nedskrives i et litterært værk eller udtrykkes grafisk. Dette ville samtidig fikserer værket, hvilket er et krav for at opnå ophavsretlig beskyttelse i England.

En litterær beskrivelse af en parfume kan muligvis siges at være en opskrift eller en manual, altså en bestemt type af litterært værk. Dette værk vil således kunne være beskyttet, såfremt de øvrige ophavsretlige krav er opfyldt. Beskyttelsen strækker sig imidlertid kun til det litterære værk og ikke til selve parfumen. At reproducere parfumen vil derfor ikke kunne betragtes som en krænkelse, da ophavsretten ikke strækker så vidt. Følgelig er ophavsretten ikke et anvendeligt redskab for parfume producenterne.⁶⁵

Hvis man derimod skulle vurdere muligheden for at beskytte parfume udelukkende efter det engelske originalitetskrav, så ville situationen formentlig se noget anderledes ud. Det engelske originalitetskrav kan som tidligere nævnt defineres som *skill, judgment or labour*. Umiddelbart kan det ikke være svært at bevise, at man ved fremstillingen af en parfume har investeret en tilstrækkelig mængde af en eller flere af disse betingelser. Dette sammenholdt med at der ikke er et krav om kreativitet, taler for at det engelske originalitetskrav er opfyldt.

5.5.3 Danmark

Den danske ophavsretslovs § 1, stk. 1 oplister som ovenfor nævnt en række beskyttede værksarter. Der er ikke tale om en udtømmende liste da opregningen udelukkende er eksemplificerende. Den ophavsretlig beskyttelse er derfor ikke begrænset til bestemte typer af værker, men derimod afhænger beskyttelsen udelukkende af hvorvidt der er tale om et originalt værk. Da der indtil nu

⁶⁵ Estelle Derclaye, One on the nose for Bellure: French appellate court confirms that perfumes are copyright protected, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 30. Marts 2006.

ikke har været anlagt et søgsmål i Danmark om ophavsretlig beskyttelse af parfume, er det stadig uafklaret hvorledes domstolene vil stille sig overfor dette spørgsmål.

Flere danske teoretikere og forfattere nævner kort problematikken i den juridiske litteratur, men ender med den samme konstatering, nemlig at det i dansk ret er uafklaret om dufte og parfume kan nyde beskyttelse efter den danske ophavsretslov.⁶⁶ Ifølge 1995 lovmotiverne, gælder værksbeskyttelsen dog uanset et værks nærmere fremtrædelsesform. Beskyttelse er derfor ikke udelukket som følge af, at parfume har en anden fremtrædelsesform end de mere traditionelle værker.

I dansk ret defineres originalitetskravet for eksempel som *ophavsmandens personlige skabende indsats og ophavsmandens egen åndelige frembringelse*.⁶⁷ Der stilles krav om at ophavsmanden har præsteret en kreativ indsats og at værker afspejler hans personlighed. I praksis foretages der i hver enkelt sag en individuel bedømmelse af om det pågældende værk opfylder originalitetskravet og denne er i Danmark forholdsvis mild. Der er i hvert fald ikke tale om en så streng bedømmelse at det må antages at være utænkeligt, at en parfume kunne betragtes som værende original.

Spørgsmålet er nok nærmere, om en dansk domstol overhovedet vil anse en parfume for et værk i ophavsrettens forstand. Dette spørgsmål bliver formentlig først besvaret i det tilfælde, at der bliver afsagt en dom på området.

Kapitel 6. Ophavsretlig beskyttelse af gastronomi

Ved undersøgelsen og analysen af den ophavsretlige beskyttelse af gastronomi er det fordelagtigt at foretage en mere detaljeret opdeling af emnet. Der fokuseres i det følgende primært på den ophavsretlige beskyttelse af madopskrifter samt den tilberedte ret. Derudover foretages en geografisk opdeling således, at problematikkerne bliver diskuteret ud fra udvalgte jurisdiktioners retsgrundlag og retspraksis. Årsagen hertil er at der er stor forskel på, hvorledes de forskellige retssystemer fortolker den ophavsretlige beskyttelse af gastronomi, samt hvilke problematikker der har været behandlet i forskellige jurisdiktioner.

Helt generelt så er en af de væsentligste årsager til hvorfor ophavsretlig beskyttelse af gastronomi er problematisk, at flere af de potentielle værker indenfor denne kategori ikke umiddelbart lader

⁶⁶ Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008.

⁶⁷ Morten Rosenmeier, *Værkslæren i Ophavsretten*, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001, s. 118 ff.

sig placere indenfor beskyttelsesområderne *litterære og kunstneriske værker*. De gastronomiske værkers fysiske form og den måde hvorpå vi opfatter værkerne, er meget forskellig fra den måde hvorpå vi opfatter for eksempel et kunstværk eller musikværk.

Madkunst opfattes primært med smagssansen som ligesom lugtesansen er en kemisk sans. Smagssansen involverer opfattelsen af smagsstoffer igennem smagsløgene, hvilke primært er lokaliseret på tungen overflade samt i halsen og ganens slimhinder og som sender impulser til smagscenteret i hjernen. Smagsløgene er specialiserede hvilket vil sige, at hvert smagsløg kun kan opfange en smag. Forrest på tungen findes flest af de smagsløg som opfanger sødt og salt, mens bittert og surt hovedsageligt opfanges bagerst på tungen. Smagsløgene er ikke ene om at bestemme hvad vi mennesker kan smage, for eksempel kan munden og madens temperatur, mængden af maden samt varigheden have en vis indflydelse. Derudover varierer smagssansen fra person til person og det er bevist, at ydre faktorer som for eksempel rygning, graviditet og medicin kan påvirke smagssansen.⁶⁸

Smagssansen har tillige en udtalt samordning med lugtesansen, hvilket er med til at give smagsoplevelserne flere nuancer da mennesket kan opfatte væsentligt flere dufte end smagsstoffer. Både høresansen, synssansen og lugtesansen er fjernsanser, hvilket vil sige, at kroppen ikke behøver at være i fysisk kontakt med et objekt for at sanse det. Smagssansen er anderledes, idet en fysisk kontakt netop er nødvendig.

6.1 Hvad ønskes beskyttet

For at afgøre om et værk kan beskyttes af ophavsretten skal man først og fremmest definere hvad det præcis er man ønsker at beskytte. Ophavsretligt skelner man mellem værkets immaterielle repræsentation og dets materielle udformning, hvor ophavsretten udelukkende beskytter værkets immaterielle repræsentation. For så vidt angår ophavsretlig beskyttelse af gastronomi giver dette særligt anledning til nærmere undersøgelse, når man skal skelne i mellem beskyttelsen af en opskrift og selve den ret som opskriften beskriver. Ligeledes skal man skelne i mellem de forskellige former som opskrifter kan komme i, det være sig litterære, ikke litterære og samlinger af opskrifter i kokebøger. Den ophavsretlige beskyttelse er i høj grad afhængig af hvilken form opskriften kommer i, hvilket kan udledes af de udvalgte afgørelser som behandles i det følgende.

I denne afhandling skelnes der i mellem opskriften og selve retten. Disse to betragtes altså hver for sig, som to individuelle frembringelser. Denne metode er også anvendt af domstolene. Særligt

⁶⁸ Morten Meilgaard, Gail Civile og Thomas Carr, *Sensory Evaluation Techniques*, 2. udgave, CRC Press Inc., 2000.

i USA har der været ført retssager omkring beskyttelsen af ikke-litterære opskrifter, hvor domstolene er kommet frem til resultatet, at disse ikke kan opfattes som ophavsretlige beskyttede værker.⁶⁹

Det er blevet anført af flere amerikanske juridiske forfattere, at dette ikke er den korrekte måde at behandle den ophavsretlige beskyttelse af gastronomiske frembringelser på.

Den amerikanske Ph.d. Christopher Buccafusco anfægter i sin afhandling at man betragter opskriften og retten for sig, hvilket ifølge ham er en begrebsmæssig fejltagelse.⁷⁰ Ifølge ham så forveksler både domstolene og forfattere, særlig henviser han til den amerikanske advokat og forfatter Melville B. Nimmer, det ophavsretlige beskyttede værk med instruktionerne om hvordan man udfører det.⁷¹ Han anfører følgende: *"To say that a recipe is an uncopyrightable procedure or process is the same as saying that a schematic rendering of dance steps is a procedure or, more clearly, that the required instruments and notes for a symphony constitute a process. In truth, the recipe, the drawing, and the musical notation are simply means for fixing a work (the the dish, the dance, or the symphony) in a tangible medium of expression."*⁷² Buccafusco opfatter altså opskriften og retten som et og samme, hvor retten er værket og opskriften er værkets fiksering og instruktionen til at udføre værket. Denne slutning medfører at opskriften ikke er et selvstændigt værk, men derimod er fikseringen af et andet værk nemlig selve retten.

6.2 Originalitetskravet

I originalitetskravet ligger blandt andet det princip, at værket skal være menneskeskabt og at ophavsretten derfor ikke beskytter naturskabte værker. Værket skal derudover have en vis nyhed og adskille sig fra det allerede kendte, i hvert fald på en sådan måde at der ikke er tale om en efterligning af noget som er alment kendt. Dette betyder også at et værk kan ligne noget naturligt så meget, at det ikke kan beskyttes ophavsretligt.

Fødevarer som findes direkte i naturen, det være sig alt fra kød til frugt og grøntsager, kan derfor ikke beskyttes ophavsretligt. De er umiddelbart ikke værker selvom de tilberedes i et køkken, men

⁶⁹ Christopher Buccafusco, On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be *per se* copyrightable?, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007.

⁷⁰ J. Austin Broussard, An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009.

⁷¹ Melville Bernard Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender.

⁷² Christopher Buccafusco, On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be *per se* copyrightable?, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, s. 1131.

forbliver derimod naturligt skabte. Ligeså vel som man ikke kan gå ud og finde en sten og opnå ophavsretlig beskyttelse til den, uanset at den muligvis er speciel og har et kunstnerisk udtryk, så kan man ikke opnå ophavsretlig beskyttelse til naturlige fødevarer. Bearbejder man derimod stenen, for eksempel ved at hugge den til en skulptur, så kan man opnå ophavsretlig beskyttelse her til. Spørgsmålet er så, om man ved at bearbejde fødevarer og kreere en original ret, kan opnå den samme ophavsretslige beskyttelse som stenhuggeren.

6.3 Danmark

6.3.1 Opskrifter

Opskrifter kan i visse tilfælde nyde ophavsretlig beskyttelse i Danmark.⁷³ Der har endnu ikke været ført sager vedrørende ophavsretlig beskyttelse af madopskrifter i Danmark, men en vis vejledning på området kan dog hentes i en lidt ældre dom omhandlende ophavsretlig beskyttelse af en strikkeopskrift.⁷⁴ Firmaet Gaveboden forhandler blandt andet strikkegarn og har i den forbindelse fremstillet arbejdsanvisninger til strikkede beklædningsgenstande. Disse arbejdsanvisninger udleveres til firmaets kunder ved køb af strikkegarn og er originale modeller udarbejdet af Gaveboden. Gaveboden bliver bekendt med, at H.C. Hansen i sit forretningsvindue har udstillet en jumper strikket efter en af deres strikkeanvisninger og at de sælger kopier af flere forskellige strikkeanvisninger. Gaveboden anlægger sag mod H.C. Hansen med påstand om, at H.C. Hansen skal erkende at være uberettiget til at fremstille strikkeanvisninger og strikkede beklædningsgenstande efter Gavebodens arbejdsanvisninger. Sagsøger har til støtte for sin påstand anført at strikkeanvisningerne er undergivet sagsøgers ophavsret, at de af sagsøgte forhandlede strikkeanvisninger ikke alene er enslydende med sagsøgers, men også har de samme fremhævelser og at de derfor må være direkte kopier.⁷⁵

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse men bestrider ikke, at de af sagsøgte forhandlede strikkeanvisninger er identiske med sagsøgers. I stedet anfører sagsøgte at strikkeanvisningerne ikke er værker der er beskyttet efter reglerne i Lov om forfatterret og kunstnerret, idet tilvejebringelsen af en sådan anvisning ikke er udtryk for nogen åndsvirksomhed. Sagsøger redegør gennem vidneførelse for hvorledes strikkeanvisningerne bliver til og påstår, at de er originale og netop derfor er omfattet af loven og bør nyde den beskyttelse som medfølger deraf.

⁷³ Peter Schønning, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008, s. 111.

⁷⁴ U1941.454 Ø

⁷⁵ I dommen anvendes terminologien *forfatterret* i stedet for *ophavsret*, da den gældende lov på daværende tidspunkt var Lov om Forfatterret og Kunstnerret.

På baggrund af sagsøgers vidneforklaring om skabelsen af strikkeanvisningerne finder retten, at strikkeanvisningen må anses for at være et litterært værk der er beskyttet efter reglerne i Lov om forfatterret og kunstnerret. Som følge deraf tages sagsøgers påstand om, at sagsøgte ikke må kopiere sagsøgers strikkeanvisninger til følge. Retten finder derimod ikke at påstanden om, at sagsøgte skal være uberettiget til at strikke beklædningsgenstande efter den i sagen omhandlede strikkeanvisning kan tages til følge. Ifølge retten har denne påstand ikke hjemmel i loven.

Det kan udledes af dommen at såfremt en opskrift er original og ikke blot en opstilling af fakta, så kan den som helhed beskyttes som et litterært værk. Dette betyder følgelig at ingredienslisten, som udelukkende er fakta, altså ikke kan beskyttes ophavsretligt. Ifølge dommen er det tilladt at kreere det værk som opskriften beskriver uden risiko for, at gøre sig skyldig i en ophavsretlig krænkelse. Dette betyder at enhver har ret til at kreere en ret ud fra en opskrift uden at dette får ophavsretlige konsekvenser for udøveren.

Selvom der ikke har været retslige tvister i Danmark vedrørende beskyttelse af madopskrifter, så er der stadig eksempler på at opskriftsforfattere har reageret imod at få deres opskriftsartikel kopieret. Et eksempel herpå er madbloggeren Kasper Bergholt som blogger om gastronomi på sin internetblog *Bergholts opskrifter*.⁷⁶ Han har adskillige gange oplevet at de artikler og billeder som han bringer på sin blog og er ophavsmand til, bliver kopieret og distribueret. Ifølge Kasper Bergholt så spænder udnyttelsen af hans blog lige fra småbloggere som bruger hans billeder og tekst på deres egne hjemmesider, til folk der udnytter hans opskrifter til at deltage i opskriftskonkurrencer og helt til større kommercielle internetsider, som ifølge ham udnytter indholdet på hans blog med henblik på at tjene penge via omkringliggende reklameblokke. Han har blandt andet oplevet at to franske kokke som drev cateringsvirksomhed, udnyttede en af hans opskrifter med billede og layout og anvendte den i deres virksomhed. Han henvendte sig til dem og de indgik aftale om, at såfremt de fjernede hans opskrift ville sagen ikke gå videre.

Senest har Kasper Bergholt erfaret at den selvsamme opskrift har været bragt på Nordjyske Mediers hjemmeside igennem mere end et år. Ligeledes erfarer han at denne opskrift var krediteret kokken Johan Bülow fra Nordens Folkekøkken og at denne kok havde modtaget betaling for at levere den gastronomiske artikel og opskrift. Ligeledes har artiklen været optrykt i Nordjyske Mediers avisformat. Nordjyske Medier, som er et stort kommercielt foretagende med et millionstort overskud i 2010, forklarede overfor Kasper Bergholt at de havde været uvidende om at han var

⁷⁶ <http://bergholt.net/gastronomi/>

ophavsmand til gastronomiartiklen. De havde i 2010 hyret kokken Johan Bülow til at levere weekendmenuer til avisens trykte lørdagsmagasin og indrømmede, at de havde stølet blindt på denne og derfor ikke havde foretaget nogen former for baggrundstjek af opskrifterne forud for publicering.

Nordjyske Medier skrev følgende til Kasper Bergholt: *"Weekendmenuen skrives ikke af os selv, men leveres af en ekstern leverandør, typisk en eller flere kokke fra samme spisested. I dette tilfælde har Johan Bülow fra Nordens Folkekøkken leveret teksten. Vi beder om forståelse for, at tekster leveret fra eksterne kilder ikke med rimelighed kan eftertjekkes for brud på ophavsret. Vi har som udgangspunkt en forventning om, at de tekster vi får leveret er originale. Vores weekendredaktør tager naturligvis en snak med Nordens folkekøkken om det passerede."*⁷⁷

Kasper Bergholt indgik forlig med Nordjyske Medier, som udbetalte ham en kompensation for at have bragt hans ophavsretligt beskyttede artikel i deres medier uden hans forudgående tilladelse. Selvom denne sag ikke blev ført i retten kan der næppe herske tvivl om, at Kasper Bergholt blev udsat for en ophavsretlig krænkelse. Nordjyske Medier anerkendte deres ansvar i forbindelse med krænkelsen, hvilket gav Kasper Bergholt den oprejsning han forlangte.

6.3.2 Den tilberedte anretning

Spørgsmålet om hvorvidt en tilberedt ret kan beskyttes ophavsretligt i Danmark har ikke været indbragt for domstolene. Umiddelbart er det heller ikke et spørgsmål som fylder den danske juridiske litteratur og det er derfor ikke så enkelt at give et klart svar herpå. Ud fra de generelle ophavsretlige principper kan man dog gøre sig nogle tanker. Ifølge 1995 lovmotiverne, gælder værksbeskyttelsen uanset et værks nærmere fremtrædelsesform. Umiddelbart er en madret altså ikke udelukket, blot fordi den fremtræder i en anden form end de mere traditionelle værker.

Originalitetskravet der for eksempel defineres som *ophavsmandens personlige skabende indsats og ophavsmandens egen åndelige frembringelse* må umiddelbart også kunne siges at være opfyldt såfremt retten er innovativ, kreativ og adskiller sig fra det gængse. Spørgsmålet er nok nærmere, om en dansk domstol overhovedet vil anse en kulinarisk anretning for et værk i ophavsrettens forstand. Ordet kogekunst er ofte brugt om madlavning og selvom der ikke ligger noget nærmere definerende i udtrykket, så er det alligevel et signal om at skaberen af en madret udøver en vis form for kreativitet. Min vurdering er alligevel, at en sådan ret formentlig ikke vil kunne beskyttes op-

⁷⁷ <http://mediebevaegelsen.dk/nordjyske-medier-ophavsret>

havsretligt i Danmark. Årsagen hertil er, at den simpelthen falder udenfor hvad der efter danske ophavsretlige regler anses for ophavsrettens beskyttelsesområde.

6.4 USA

6.4.1 Opskrifter

Uanset at madopskrifter og madretter ikke er omfattet af oplistningen i den amerikanske ophavsretslovs § 102, så er dette ikke ensbetydende med at disse værker ikke kan beskyttes, da USA har et *open list system*. Udelukket fra beskyttelse af amerikansk ophavsret er dog udtrykkeligt "*any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained illustrated, or embodied.*" Disse undtagelser til den ophavsretlige beskyttelse udbygges yderligere i *The Code of Federal Regulations*, som nægter beskyttelse til "*mere listing of ingredients or contents*".⁷⁸

På hjemmesiden for The U.S. Copyright Office findes forskellige faktablade om ophavsretlige emner. Der findes blandt andet et om opskrifter, som har følgende indhold: "*Copyright law does not protect recipes that are mere listings of ingredients. Nor does it protect other mere listings of ingredients such as those found in formulas, compounds, or prescriptions. Copyright protection may, however, extend to substantial literary expression—a description, explanation, or illustration, for example—that accompanies a recipe or formula or to a combination of recipes, as in a cookbook.*"⁷⁹ Som følge heraf vil en kogebog med opskrifter kunne beskyttes, men for den enkelte opskrift er retsstillingen mindre klar.

Vigtig er det dog at oplistning af ingredienser i en opskrift kan opfylde de krav, samt leve op til den standard af originalitet, som er fastsat i *Feist*. Altså således at der skal være udvist et minimum af kreativitet ved udvælgelsen af ingredienserne for at opnå beskyttelse. Umiddelbart må det antages, at udvælgelsen af ingredienser ikke sker automatisk – i hvert fald ikke automatisk på den måde, som man udvælger navne til en telefonbog. For at udforme en brugbar opskrift må der foretages flere valg: udvælgelse af ingredienser, mængde af hver ingrediens, sammensætning og rækkefølgen heraf og så videre.

6.4.1.1 Publication International mod Meredith Corporation

Dommen er afsagt af *United States Court of Appeal For the Seventh Circuit* den 8. Juli 1996.

⁷⁸ C.F.R. § 202.1(a) (2007)

⁷⁹ <http://www.copyright.gov/fls/fl122.html>

Parterne er begge forlæggere af blade og bøger indeholdende madopskrifter, som bliver solgt i supermarkeder og andre lignende steder. Meredith Corporation har udgivet en bog med adskillige opskrifter som alle har basis i en bestemt type yoghurt. Titlen på bogen er *Discover Dannon – 50 fabulous recipes with Dannon*, hvortil der er blevet registreret ophavsret.

Meredith Corporation påstår, at Publication International siden 1992 har publiceret 12 udgivelser indeholdende opskrifter fra Discover Dannon og at de som følge deraf har krænket deres ophavsret. En af disse udgivelser indeholder 22 ud af de 50 opskrifter som var udgivet i den første samling, hvilket vil sige at næsten halvdelen af Meredith Corporations værk er anvendt. Publications International kalder blandt andet udgivelserne for *Dannon Healthy habit cookbook – great tastings recipes lower in fat and calories* (1993) og *Taste why it's Dannon – collection of great tasting recipes* (1995). Derudover bruger Publications International Dannons varemærke til at markedsføre deres produkter, præcis ligesom Meredith Corporation har gjort det.

Det bliver ikke bestridt at opskrifterne som har samme overskrifter er ens på det funktionelle plan, altså at de fører til det samme gastronomiske resultat. Derimod er der forskelle i oplysnin-gen af ingredienser, anvisningerne er ikke helt ens og næringsbeskrivelserne er på visse punkter forskellige.⁸⁰ Under sagen anfører retten som et obiter dictum, at ophavsretlig beskyttelse af opskrifter kan være hensigtsmæssigt i tilfælde hvor "*authors lace their directions for producing dishes with musings about the spiritual nature of cooking or reminiscences they associate with the wafting odors of certain dishes in various stages of preparation.*" Derudover tilføjer retten, at forfattere til opskrifter ind i mellem kommer med gode råd til anretning af maden, kommer med forslag til hvilken vin der komplimenterer retten eller ideer til hvor maden med fordel kan nydes og til hvilken musik.

Retten finder, at alle disse yderligere litterære indsatser i en opskrift kan medføre at opskriften kan beskyttes som et litterært værk. Retten fremhæver dog, at selvom en opskrifts- eller kogebogsforfatter udformer sin opskrift på en sådan måde at den bliver et ophavsretligt beskyttet værk, så medfører denne beskyttelse ikke at rettighedshaveren kan forbyde andre i at tilberede den ret som opskriften beskriver.

Rettens afviser Merediths påstand idet den ikke finder, at opskrifterne opfylder betingelserne for ophavsretlig beskyttelse herunder særligt kravet om originalitet. Lovgivningen har traditionelt be-tragtet opskrifter som værende rene fakta, der udelukkende er sammensat for at opfylde visse

⁸⁰ Publication Int'l, Ltd. Mod Meredith Corp., 88 F.3d 473, 482 (7th Cir. 1996).

funktionelle formål og nå et bestemt resultat. Rene fakta kan aldrig beskyttes ophavsretligt, hvilket blev slået fast i *Feist* og begrundet med, at *"the sine qua non of copyright is originality."*⁸¹ Publication International har derfor ikke begået en ophavsretligt krænkende handling ved at trykke opskrifterne fra Meredith Corporations bog.

Ifølge Christopher Buccafusco og J. Austin Broussard begår retten en fejltagelse ved at anskue gastronomien i et for snævert perspektiv.⁸² Forfatterne anfægter ikke umiddelbart at de pågældende opskrifter ikke opfylder originalitetskravet, men de mener at retten burde have foretaget en mere omfattende vurdering. Broussard anfører følgende: *"By focusing on recipes that are admittedly in the culinary public domain, such as macaroni and cheese and apple pie, rather than considering recipes of modern, experimental grande cuisine, Melville B. Nimmer and the Meredith court neglected to consider genuinely the possibility of originality in culinary arts."*⁸³ Buccafusco fremfører følgende: *"The first conceptual mistake the authorities make is to focus their attention on recipes for dishes already in existence rather than on novel creations [...] The Meredith court makes the same mistake when it notes that the recipes "were at some time original"."*⁸⁴ Han fortsætter: *"The appropriate subject matter for considering whether recipes are expressive works of authorship or merely functional statements of preexisting facts are dishes like Thomas Keller's Oysters and Pearls."*⁸⁵

Ifølge Buccafusco og Broussard undlader domstolen i *Meredith* at behandle essensen, nemlig om det overhovedet er muligt efter amerikansk lovgivning at beskytte en opskrift, som udelukkende består af nyskabende sammensætninger af ingredienser. Min vurdering er dog, at domstolen tager stilling til det som er forelagt den. Derudover tilbyder lovgivningen og de forskellige administrative forskrifter vejledning indenfor området, som kan træde i stedet for domstolens måske manglende generelle iagttagelser.

⁸¹ *Feist Publications Inc. mod Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)

⁸² J. Austin Broussard, *An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation*, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009, s. 716 ff. og Christopher Buccafusco, *On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?*, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, s. 1130 ff.

⁸³ J. Austin Broussard, *An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation*, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009, s. 716.

⁸⁴ Christopher Buccafusco, *On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?*, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, s. 1130.

⁸⁵ Christopher Buccafusco, *On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?*, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, side 1130 ff. Retten er en kombination af tapioca pudding, malpeque østers og kaviar. Retten er fra Thomas Kellers kogebog *The french laundry cookbook 23*, 1999.

6.4.1.2 Lambing mod Godiva

Dommen er afsagt af *United States Court of Appeal For the sixth Circuit* den 6. februar 1998.

Laming anlægger sag mod Godiva Chocolatier med påstand om, at Godiva har kopieret opskriften og designet til hendes chokoladetrøffel med navnet "Davids Trinidad".⁸⁶ Retten afviser Lamings påstand med en kortfattet begrundelse, hvori retten citerer fra *Meredith* og konkluderer, at opskrifter ikke kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Retten tilføjer: "*The identification of ingredients necessary for the preparation of food is a statement of facts. There is no expressive element deserving copyright protection in each listing. Thus, recipes are functional directions for achieving a result and are excluded from copyright protection under 17 U.S.C. § 102(b).*"⁸⁷

Retten finder altså, at opskriften udelukkende er en oplistning af fakta som er nødvendig for at opskriften kan fungere som en sådan. Retten finder ingen kreative elementer som kan medføre at ophavsretlig beskyttelse alligevel kan opnås.

6.4.2. Den tilberedte anretning

Selve den kulinariske anretning som man frembringer på baggrund af en opskrift, *the dish itself*, er ikke anerkendt som værende en ophavsretlig beskyttet værksart. Årsagen hertil er primært at det er rettens opskrift og ikke selve retten, som anses for at være genstanden for den ophavsretlige beskyttelse. Anskues den ophavsretlige beskyttelse af kulinariske frembringelser på denne måde, kan den færdige anretning således ikke være genstand for ophavsretlig beskyttelse.

Ifølge Broussard burde man i stedet fortolke den ophavsretlige beskyttelse således: "*Conceptually and legally, the dish itself should be considered "the work of authorship" under § 102(a), with the recipe for the dish existing only to satisfy the statutory requirement of fixation. Thus, a recipe merely represents a dish's fixation in a copy that endures for a period of more than a transitory duration (i.e., even after the dish has been eaten).*"⁸⁸

At betragte den ophavsretlige beskyttelse på denne måde, medfører dog visse begrebsmæssige udfordringer. Både filosofiske samt juridiske spørgsmål opstår, såfremt madretten skal betragtes

⁸⁶ Christopher Buccafusco, On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be *per se* copyrightable?, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, s. 1129.

⁸⁷ Lambing mod Godiva Chocolatier, No. 97-5697, 1998 U.S. App. LEXIS 1983 (6th Cir. Feb. 6, 1998).

⁸⁸ J. Austin Broussard, An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009, s. 716.

som et værk i ophavsrettens forstand. Fra en juridisk synsvinkel opstår spørgsmålet, hvorledes man kan indpasse disse værker i *The Copyright Act*. Filosofisk kan man spørge, hvorvidt en kulinarisk anretning med rette kan betragtes som *work of art*.

Broussard besvarer sidsnævnte spørgsmål bekræftende. Han mener ikke, at de begrænsninger som naturligt vil opstå i sammenhæng med at udtrykke sig via mad, skal afskære den ophavsretlige beskyttelse fra at finde anvendelse. Han argumenterer: "*Culinary dishes, expressively cooked and plated, have the practical potential to communicate just as much information to an attentive eater as does music to a close listener. The aesthetic expressiveness of a particular culinary dish is in many ways no less communicative than a Miles Davis jazz piece or the vibrant colors of a Mark Rothko painting, even if the description of the dish cannot be easily couched in traditional emotional idiom*".⁸⁹

Han mener altså at selvom meningen bag nogle retter kan være svær at konkretisere og udtrykket svært at definere, så er det udtrykte indhold i nogle af de mere traditionelle værksarter til tider mindst lige så udfordrende at definere. Kulturelt og historisk set er musik og billedkunst altid blevet betragtet som værker fulde af udtryk og der bliver sjældent sat spørgsmålstejn ved disse værksarter. Årsagen til, hvorfor dette ikke gør sig gældende for mad kan ifølge Buccafusco muligvis spores tilbage til den forhistoriske filosofiske tro på hierarki iblandt sanserne. Siden oldtidens græske filosofi, har den vestlige verden rangeret de menneskelige sanser ud fra kriteriet om, hvilke sanser der var mest epistemologisk vigtige: synssansen, høresansen, følesansen, lugtesansen og smagssansen.⁹⁰

På grund af at synssansen og høresansen ifølge grækerne leverede de mest objektive informationer og derfor bidrog mest til at mennesker kunne anskaffe sig viden, ansås disse to sanser for de mest vigtige. Smagssansen derimod kræver at der skal være nærhed mellem mennesket og det objekt som skal kunne opfattes, hvilket ifølge grækerne spolerer objektiviteten. Smagssansen blev derfor betragtet som værende ukvalificeret til at sanse æstetik, med den konsekvens at mad ikke blev betragtet som en kunstform. En anden grund til hvorfor mad ikke blev betragtet som kunst, er den direkte sammenhæng der er i mellem indtagelsen af mad og menneskelig overlevelse, hvilket fik grækerne til at betragte maden som værende nødvendig næring i stedet for ikke kunst.

⁸⁹ J. Austin Broussard, *An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation*, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009, s. 719 ff.

⁹⁰ Christopher Buccafusco, *On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable?*, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007, s. 1140 ff.

Broussard er uenig i dette syn på gastronomien og anfører: *"Even though taste has been disparaged as a lesser aesthetic sense and cooking as a minor art form, food's alleged limitations as an artistic medium should not exempt it from legal protection under copyright law. [...] Food should be considered art when it is intended to be aesthetically, and a chef may create works of art worthy of copyright protection when he designs expressive dishes"*.⁹¹

Der er ikke nogen simpel måde at definere kunst på og derfor heller ikke nogen nem løsning på, hvorledes man definerer hvilke frembringelser der kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Såfremt man anvender teorien om, at noget er kunst når netop dette har været intentionen med frembringelsen, kan madretter formentlig ofte betragtes som kunst. I denne teori kan nogen vejledning muligvis hentes, men så heller ikke mere. Selvom en frembringelse ifølge skaberen er kunst, så er dette dog ikke ensbetydende med at denne kunst også er ophavsretligt beskyttet. Det er langt fra sikkert at de øvrige betingelser er opfyldt og særligt, at frembringelsen er original. I USA er originalitetskravet dog forholdsvist lavt, hvilket vil sige at såfremt der er udøvet en vis arbejdsindsats samt udvist et minimum af kreativitet, vil værket være formentlig være originalt.

Fra en mere konkret juridisk synsvinkel opstår spørgsmålet hvorledes man kan indpasse disse kulinariske værker i *The Copyright Act*. Som tidligere nævnt har USA et *open list* system således at opstillingen af værksarter i § 102(a) ikke er udtømmende. Den ophavsretlige beskyttelse er dog begrænset af den amerikanske forfatning, nærmere bestemt artikel 1, afsnit 8, klausul 8, som har følgende ordlyd: *" [The Congress shall have Power...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."*⁹²

Hvorvidt ophavsretlig beskyttelse af kulinariske frembringelser falder ind under denne bestemmelse er tvivlsomt. Man kan stille spørgsmålet om det vil fremskynde kreativiteten og produktiviteten hos kokke, at give dem mulighed for at beskytte deres frembringelser af ophavsretten? Jeg tror det næppe. Restaurationsbranchen har traditionelt praktiseret en slags *open source* model hvor alle kan låne ideer fra hinanden og lade sig inspirere af de ideer, retter, produkter og opskrifter som allerede eksisterer. Mange opskrifter og retter er derfor en videreudvikling af en tidligere ret, som ligeledes er en videreudvikling af en tidligere ret, og så videre. Man kan derfor argumen-

⁹¹ J. Austin Broussard, *An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation*, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009, s. 720-721.

⁹² <http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>

tere for, at denne model skaber udvikling og fremgang på det gastronomiske område og at den er til gavn for såvel den kulinariske branche som samfundet.

Såfremt kulinariske frembringelser skal forsøges klassificeret i den amerikanske lovgivning må det formentlig blive under § 102(a)(5): pictorial, graphic, and sculptural works. Denne bestemmelse omfatter også anvendt kunst, i USA kaldet *applied art* eller *useful article*, som defineres således: "A "useful article" is an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information. An article that is normally a part of a useful article is considered a "useful article".⁹³ Definitionen indikerer at det udelukkende er de æstetiske træk ved en frembringelse som kan beskyttes og således ikke de træk, som udelukkende er bestemt af funktionsmæssige årsager.

Dette vil i gastronomisk sammenhæng stille store krav til kreativiteten da man ofte vil kunne argumentere for, at mange af de elementer som en ret består af er bestemt af dens formål - nemlig at skulle kunne spises. Det vil således kun være de træk som kan defineres som æstetiske udtryk og som kan separeres fra det funktionelle formål som vil kunne beskyttes og dette kræver, at domstolene kommer frem til at kulinariske frembringelser er egnede til netop dette.

Tilbage står dog stadig det problem, at rammerne for ophavsretten samt den specifikke lovbestemmelse, umiddelbart kun kan rumme beskyttelsen af rettens visionære udtryk og ikke smagen og duften. Gastronomi omfatter langt mere end blot det visuelle udtryk, idet der er tale om sansestimulering af smagssansen og lugtesansen og disse er stadig efterladt uden ophavsretlig beskyttelse.

6.5 England

6.5.1 Opskrifter

Litterære værker er naturligvis omfattet af den ophavsretlige beskyttelse ifølge den engelske *Copyright, Design and Patents Act*. I England er selv litterære værker uden nærmere udprægede litterære egenskaber beskyttede, for eksempel tv oversigter og spillekuponer. Såfremt der er udvist den fornødne *labour, skill and judgement* er det engelske originalitetskrav opfyldt. Tabeller, ske-

⁹³ Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Circular 92. <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

maer og oplistninger kan således være beskyttet, dog ikke såfremt *"the list is automatic and only requires painstaking accuracy"*.⁹⁴

Oplistingen af ingredienser i en opskrift burde opfylde det engelske originalitetskrav, da en sådan ikke er automatisk – i hvert fald ikke i den forstand som forstås i *Cramp mod Smythson*, hvor der var tale om en kronologisk opstilling af ferier i en dagbog. Udledes af dette kan yderligere, at litterære opskrifter som er mere end blot en opstilling af ingredienser, ligeledes er beskyttet af den engelske ophavsretslov som værende et litterært værk.

6.5.2 Den tilberedte anretning

Som nævnt ovenfor er det foreslået at litterære opskrifter skal anses for fikseringen af et kunstnerisk værk, nemlig den færdige anretning. Hvis dette er tilfældet så kan en koks kulinariske kreatio-ner anses for en kunstnerisk frembringelse, uanset om der er nedfældet en litterær opskrift eller ej. Dette betyder således, at en kok som efterligner en konkurrents ret og reproducerer den i sin egen restaurant, krænker ophavsretten til den originale ret. Der opstår dog to væsentlige problemer, såfremt man vælger at anskue den ophavsretlige beskyttelse af gastronomi således. For det første så er det ikke afklaret i engelsk ret, hvorvidt mad kan betragtes som kunst. For det andet, så vil det umiddelbart være vanskeligt at indpasse madretter i en af de forskellige kategorier af værksarter som findes i den engelske ophavsretslov.

For så vidt angår det første spørgsmål, om mad kan betragtes som kunst, henvises der til afsnit 6.4.2 vedrørende amerikansk ret. Den filosofiske diskussion af hvad begrebet kunst dækker over er universal og der er utallige definitioner og teorier. En nærmere konklusion på dette område forsøges derfor ikke nået i denne afhandling.

For det andet er spørgsmålet, om mad er et kunstværk i ophavsretslovens forstand. Den engelske *Copyright, Design and Patents Act* opregner otte værkskategorier med dertil hørende udvidede definitioner af, hvilket indhold disse kategorier har. England anvender som tidligere nævnt *closed list* systemet hvilket betyder, at opstillingen i lovbestemmelsen er udtømmende og at mad kun kan beskyttes, såfremt det kan klassificeres ind i en af de otte kategorier. De otte kategorier er: *"original literary, dramatic, musical or artistic works, sound recordings, films or broadcasts, and the typographical arrangement of published editions."*⁹⁵

⁹⁴ G A. Cramp & Sons Ltd. mod Frank Smythson Ltd., 1944.

⁹⁵ Copyright, designs and patents Act, 1988. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/4>

Kunstværker er den eneste relevante kategori, såfremt man skal indfortolke madretter i en af disse kategorier. Kunstneriske værker er i engelsk ret inddelt i tre underkategorier: *“graphic works, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality; a work of architecture being a building or a model for a building; work of artistic craftsmanship.”*⁹⁶ I England kan brugskunst og anvendt kunst beskyttes, men ligesom det er beskrevet ovenfor, dækker beskyttelsen kun de æstetiske træk og ikke de træk som er bestemt af funktionalitet. I og med, at originalitetskravet er meget lavt i England, så vil beskyttelsen af mad kunne blive særdeles omfangsrigt såfremt man kommer frem til, at disse værker kan indfortolkes i den engelske ophavsretslovs beskyttelsesområde.

Tilbage står igen den hindring, at rammerne for ophavsretten umiddelbart kun kan rumme beskyttelsen af rettens visionære udtryk, og ikke smagen og duften. På baggrund af ovenstående må det derfor konkluderes, at madretter prima facie ikke er beskyttet efter engelsk ret.

Kapitel 7. Krænkelser

I Bernerkonventionens artikel 5(2) er det bestemt, at medlemslandene ikke kræve registrering som en betingelse for at opnå ophavsretlig beskyttelse. Ordlyden af bestemmelsen er følgende: *“The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality.”* Det vil sige at ophavsretten, modsat andre immaterielle rettigheder, ikke er genstand for en administrativ registreringsproces og derfor heller ikke udsættes for en prøvelse af rettighedens eksistens. Dette betyder således at omfanget af et værks ophavsretlige beskyttelse først endeligt fastlægges, når eller såfremt, der bliver anlagt en sag ved domstolene. Der skal altså en krænkelssag til før rettighedshaver kan få afklaret, hvorvidt hans værk er beskyttet eller ej.

Det er således domstolenes opgave at vurdere, om et påstået ophavsretligt beskyttet værk opfylder beskyttelseskriterierne samt at skønne, hvorvidt et påstået krænkende værk rent faktisk krænker det første værk. Det skøn som domstolene skal foretage er et blandet juridisk/æstetisk skøn. I juridisk henseende drejer det sig om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang at det ophavsretlige værn bliver effektivt, dog uden at hindre andres rimelige krav på udfoldelse. I æstetisk henseende drejer det sig om at fastlægge de værksstrukturer der er egnede til genkendelse og anerkendelse.⁹⁷ Domstolene skal derudover altid have med i deres overvejelser, at den ophavsretlige beskyttelse ikke er en prioritetsbeskyttelse. En ophavskrænkelssag forudsætter således altid, at

⁹⁶ CDPA, 1988.

⁹⁷ Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005.

krænkeren på en eller anden måde har benyttet, eller i hvert fald kendskab til det oprindelige værk.

Særligt vigtig ved krænkelserbedømmelsen er grundsætningen om, at der alene ydes beskyttelse for værket i dets konkrete form og ikke for dets idéindhold, dets motiv eller de almene principper der måtte ligge bag værket. I *TRIPS aftalens* artikel 9(2) er princippet om den manglende idébeskyttelse formuleret på følgende måde: "*Copyright protection shall extend to expression and not ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.*" En næsten identisk formulering er ligeledes anvendt i *WIPO copyright treaty* fra 1996. Denne grundsætning om manglende idébeskyttelse må ikke misfortolkes således, at idéen bag værket ikke har nogen indflydelse, når man skal foretage den ophavsretlige sammenligningsproces.

Tværtimod, så vil det ofte være idéen eller motivet der er det bærende element i et værk og som giver det dets identitet. Princippet formål er at sikre, at såfremt to værkers konkrete form er forskellig så er det ikke tilstrækkeligt til at konstatere krænkelser, at det kan bevises at det er den samme idé eller det samme motiv som ligger bag værket. At beskyttelsen retter sig mod værkets konkrete form er ikke ensbetydende med, at denne form skal kunne findes i det krænkende værk i samme fremtrædelsesform. For eksempel er filmatiseringen af et litterært værk omfattet af det litterære værks beskyttelse.⁹⁸

I teorien virker princippet forholdsvis klart. I praksis kan det dog til tider være uklart både hvad idéen i værket er og hvorledes denne adskiller sig fra det konkrete udtryk og den konkrete form. Idébeskyttelsen forstås i dag på den måde, at man ikke beskytter svævende, uhåndgribelige og abstrakte fænomener, såsom bagvedliggende idéer, stilarter, metoder egenskaber og så videre.⁹⁹

Situationer kan opstå hvor ophavsmanden kun har ganske få kombinations- og valgmuligheder når han skaber et værk. Dette er særligt tilfældet ved brugskunst. I sådanne tilfælde er sandsynligheden for dobbeltfrembringelser større end ellers hvilket kan medføre, at den ophavsretlige beskyttelse bliver en urimelig indskrænkning i andres muligheder for at skabe noget. I mange jurisdiktioner vil man i sådanne tilfælde argumentere for, at værket ikke er originalt eller vælge at anlægge en meget snæver krænkelserbedømmelse. Se ovenfor under afsnit 4.3.3.3 om dobbeltfrembringelseslæren.

⁹⁸ Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005, s. 150 ff.

⁹⁹ Morten Rosenmeier, *Værkslæren i Ophavsretten*, Jurist- og økonom Forbundets Forlag, 2001, s. 66 ff.

I USA har man derimod opstillet et såkaldt "merger" princip. Dette princip går ud på at idéen og udtrykket smelter sammen, hvis den til grund for værket liggende idé, kun kan realiseres eller udtrykkes på nogle ganske få måder. Såfremt domstolene konkluderer at et værk er omfattet af merger-princippet, kan værket ikke nyde ophavsretlig beskyttelse.

7.1 Gastronomi

Det er usikkert hvorvidt der er tale om en ophavskrænkelse i det tilfælde, hvor en opskrift reproduceres med andre ord end dem der er anvendt i den oprindelige opskrift. Følger man grundsætningen om at det er det konkrete udtryk og ikke idéen som er beskyttet, så er listen af ingredienser og metoden til at fremstille retten ikke er beskyttet imod, at opskriften reproduceres med andre ord.

Værdien i en gastronomisk opskrift er i bund og grund det resultat, som opskriften sigter til at nå. Sammensætningen af ingredienser sigter således til at nå et bestemt mål, for eksempel en kreativ eller nyskabende ret. Man kan derfor argumentere for at fokus er lagt forkert, såfremt man anser opskriften for det krænkende element. Dette afhænger dog igen af hvordan og hvorledes man fortolker opskriften og retten som tilberedes på baggrund heraf, i forhold til de ophavsretlige regelsæt.

Hvis en ophavsretligt beskyttet opskrift eller gastronomisk artikel kopieres ord for ord krænkes rettighedshaverens eneret. I sådanne tilfælde er der overensstemmelse mellem værkernes konkrete form og såfremt indholdet er ens kan der næppe være tvivl om, at der er foretaget en krænkende handling. De mere komplicerede situationer opstår når formen er ens, men indholdet er ikke fuldstændig identisk. For eksempel i den situation hvor store dele af en opskrift eller gastronomisk artikel reproduceres, men der er foretaget få ændringer for at skjule sammenhængen mellem de to. I sådanne tilfælde opstår spørgsmålet, hvor stor en lighed der skal være imellem to frembringelser før at man kan statuere krænkelse.

Det generelle princip herom går ud på, at sagsøgte skal have taget en væsentlig eller en betydelig del af sagsøger værk for at kunne dømmes for ophavsretlig krænkelse. Ved vurderingen er det kun den ophavsretligt beskyttede del af sagsøgers værk som man sammenligner med. I enkelte jurisdiktioner er dette princip direkte lovfæstet, men ofte er det fastslået igennem retspraksis.

Hvad der præcis ligger i begreberne *væsentlig del*, *betydelig del* og *substantial taking* er forholdvist usikkert.¹⁰⁰ Dette bliver bedømt fra sag til sag og vurderingen sker ud fra de specifikke detaljer som er relevante for den pågældende sag. Der kan altså ikke opstilles faste krænkelser kriterier som kan anvendes i bedømmelsen, for eksempel i form af procentsatser for hvor stor en del af ordene der er ens i to litterære værker, eller hvor stor en del af et maleri der er identisk med et andet maleri.

Årsagen hertil er at det hovedsageligt er kvaliteten og ikke kvantiteten af det anvendte, som man lægger vægt på. Følgelig, hvor sagsøgte tager hjertet eller essensen af sagsøgerens værk så kan dette sagtens være en krænkelse af sagsøgers ophavsret, uanset om der kun er anvendt enkelte linjer eller enkelte elementer fra sagsøgerens værk.

Hvorvidt det kan anses for en ophavsretlig krænkelse at følge en litterær opskrift, må besvares benægtende. De engelske domstole anvender ofte et eksempel om at bage en kage: *“Baking a cake according to instructions will not infringe those instructions, as the cake in its physical form is not objectively similar to the written recipe. In other words, only the literary expression of the written recipe is protected under copyright law and as the cake is not a literary work, it cannot infringe the written recipe.”*¹⁰¹

I afgørelsen *Plix Products Ltd mod Frank Michael Winston*, anførte dommeren at det at lave en budding ved at følge en opskrift ikke vil krænke ophavsretten til den litterære opskrift, da selve buddingen ikke er objektivt sammenlignelig med det litterære udtryk i den skrevne opskrift. Den ovenfor nævnte danske dom vedrørende en strikkeopskrift er et eksempel på, at retstillingen er den samme i Danmark som i England. Derfor er ophavsretten ikke til megen hjælp for de kokke, som ønsker at beskytte deres retter mod reproduktion.

7.2 Duft

Den ophavsretlige beskyttelse af duft og parfume giver som ovenfor nævnt anledning til problemer. Såfremt det bestemmes at en parfume nyder ophavsretlig beskyttelse, er krænkelssituationen ligeledes problematisk. Problematikken består hovedsageligt i, at det er duften som beskyttes. Dette betyder at man ikke kan sammenligne to forskellige parfumer på samme måde som man ville gøre det med to litterære tekster eller to kunstværker - nemlig ved at kigge på dem.

¹⁰⁰ J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 3. edition, Sweet & Maxwell, 2008, s. 624.

¹⁰¹ E.I.P.R. 2008, 30(3), 93-101. E.I.P.R. 2008, 30(3), 93-101.

I den ovenfor gennemgåede retspraksis fra Frankrig og Holland illustreres det, hvorledes domstolene har afgjort krænkelssagerne vedrørende beskyttelse af parfume. I begge lande anvender domstolene bevismaterialer i form af analyser af parfumerens kemiske sammensætninger samt spørgeundersøgelser. Der er således tale om mere end blot et fagligt baseret skøn, idet bevismaterialerne er af mere matematisk karakter. Vurderingen af hvor stor en lighed der må være i mellem parfumerne, før retten kommer frem til at der er sket en ophavskrænkelse, er dog stadig et almindeligt ophavsretligt skøn.

I den gennemgåede hollandske afgørelse anvender retten en rapport, som indeholder en analyse af de to parfumeres kemiske sammensætning og komposition af stoffer. Resultatet af den kemiske analyse er, at sagsøgtes parfume indeholder 24 ud af de 26 olfaktoriske elementer der også er til stede i sagsøgers parfume. Det fastslås at der næppe kan være tale om en tilfældighed, idet der henses til den specielle komposition, samt parfumens meget karakteristiske og særprægede duft. Retten kommer frem til, at der er tale om en ophavskrænkelse, hvilket indikerer at parfumerne skal have en stor lighed.

I de franske afgørelser anvender domstolene samme fremgangsmåde og afgør ved hjælp af kemiske analyser, hvorvidt der er sket ophavskrænkelser. Sagsøgerne fremlægger dokumentation i form af kemiske analyser af de forskellige parfumer, hvori der er foretaget en sammenligning med de påståede smell-alikes. For eksempel indeholder en af sagsøgtes parfumer 18 af de 19 komponenter som findes i sagsøgers parfume. Dette er ifølge eksperter en ekstrem høj lighed, hvilket fører til at sagsøgte dømmes for ophavskrænkelser af sagsøgers produkter.

I tillæg til de kemiske analyser udarbejdes der spørgeundersøgelser. Deres formål er at skildre, hvorledes den gængse forbruger opfatter parfumerne og om de vurderer at der er en lighed. En af undersøgelserne viste for eksempel, at 79 procent af de adspurgte kvinder mente, at to parfumer var ens.

Kapitel 8. Konklusion

Efter at have undersøgt, hvorvidt frembringelse, som er omfattet af kategorierne parfume og gastronomi kan være beskyttet efter de ophavsretlige regelsæt, så står det klart at der intet enkelt svar kan findes herpå. Traditionelt set er disse værker ikke omfattet af ophavsrettens beskyttelsesområde, men dette udelukker ikke i sig selv muligheden for beskyttelse. Mange forskellige værksarter er igennem tiden blevet accepteret som værende en del af det ophavsretlige beskyttelsesområde. Disse kan groft sagt deles op i to forskellige kategorier.

Den første kategori værende værker som først er kommet til eksistens senere hen, for eksempel værker af mere elektronisk karakter, som computerprogrammer og lysshow. Den anden kategori værende værker vis eksistens ikke som sådan er ny, men som først senere hen er blevet betragtet som værker der kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Både duft og gastronomi kan høre ind under denne sidste kategori, idet de har eksisteret så længe ophavsretten har eksisteret, men først senere er blevet betragtet som potentielle ophavsretligt beskyttede værker.

Der findes forskellige muligheder for, at beskytte disse værksarter efter andre regelsæt end ophavsretten. Ingen af disse andre regelsæt sigter dog til at beskytte præcis det samme som ophavsretten. Når man ønsker at beskytte en parfumes duft eller en gastronomisk smag, så eksisterer der næppe andre beskyttelsesmuligheder end ophavsretten. Det har dog vist sig ved undersøgelsen foretaget i denne afhandling, at heller ikke ophavsretten kan tilbyde tilstrækkelig beskyttelse til alle disse værksarter.

En væsentlig forudsætning for at den ophavsretlige beskyttelse kan træde i kraft er, at beskyttelseskriterierne er opfyldt. Da disse varierer alt efter hvilket land man påstår beskyttelse i, kan der ikke gives et generelt og afklarende svar på, om duft og gastronomi opfylder disse kriterier. Det har vist sig, ved gennemgangen af den sparsomme retspraksis som findes på områderne, at den ophavsretlige beskyttelse i høj grad afhænger af hvor man påstår beskyttelse. Særligt afhænger mulighederne for beskyttelse af, om beskyttelsen påstås i et land med et *open list* eller et *closed list* system, da disse frembringelser kan være svære at placere i *closed list* lovgivningens kategorier af værksarter. Retspraksis viser, at parfume kan beskyttes i Holland. I Frankrig har retsstillingen mildest talt været rodet, da de franske domstole har været uenige om spørgsmålet. Disse to lande er dog de eneste, som har retslige afgørelser der dokumenterer ophavsretlig beskyttelse af parfume.

Problemstillingen vedrørende beskyttelseskriterierne er for så vidt ens hvad angår gastronomien. Gastronomi dækker dog over adskillige forskellige udformninger af frembringelser, hvilket gør den ophavsretlige beskyttelse heraf mere kompleks. I afhandlingen er opskrifter og madretter behandlet hver for sig, men sammenhængen imellem de to viser sig hele tiden. Min undersøgelse af retsstillingen for opskrifter har vist, at opskrifter ofte kan beskyttes som et litterært værk, såfremt originalitetskravet er opfyldt. For så vidt angår den ophavsretlige beskyttelse af selve den færdige anretning, altså madretten med dens tekstur og smag, så må det konkluderes at ophavsretten ikke yder et tilstrækkeligt værn.

For så vidt angår krænkelsspørgsmålet, så står det klart at flere af de ophavsretlige bestemmelser ikke kan finde direkte anvendelse på værksarterne duft og gastronomi. Det er simpelthen ikke praksis muligt at anvende de samme regler, som man gør ved de mere traditionelle værksarter. Dette mener jeg ikke nødvendigvis medfører, at man alene på baggrund heraf, skal udelukke den ophavsretlige beskyttelse for disse værker. Dog skal ophavsretten formål og beskyttelsesområde holdes for øje, således at man ikke ender med et system, hvor stort set alle kreative frembringelser kan beskyttes. Min vurdering er, at dufte og gastronomi ikke er værker i ophavsretslovens forstand. Dermed mener jeg ikke, at de i en hver forstand skal kunne udnyttes uden begrænsninger. De mere kommercielle regler, som sigter til at beskytte erhvervsdrivende mod at andre snylter, kunne for eksempel tilpasses således, at disse regler yder den tilstrækkelige beskyttelse for denne type af værker.

Kapitel 9. Litteraturliste

9.1 Lovgivning og administrative forskrifter

Internationalt

- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, of September 9, 1886, completed at PARIS on May 4, 1896, revised at BERLIN on November 13, 1908, completed at BERNE on March 20, 1914, revised at ROME on June 2, 1928, at BRUSSELS on June 26, 1948, at STOCKHOLM on July 14, 1967, and at PARIS on July 24, 1971, and amended on September 28, 1979
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994.
- Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948

EU

- Direktiv 91/250 af 14. maj 1991
- Direktiv 2006/116 af 12. december 2006
- Direktiv 96/9 af 11. marts 1996

- Forordningerne 1768/92 af 18.6.1992
- Forordning 1610/96 af 23.7.1996

Danmark

- Lovbekendtgørelse nr. 202 af 27. februar 2010
- Lovbekendtgørelse nr. 1235 af 26. oktober 2010
- Lovbekendtgørelse nr. 90 af 28. januar 2009
- Lovbekendtgørelse nr. 91 af 28. januar 2009
- Lovbekendtgørelse nr. 93 af 29. januar 2009
- Lovbekendtgørelse nr. 839 af 31. august 2009

Frankrig

- Intellectual Property Code

Holland

- Copyright Act of 1912

England

- Copyright, Designs and Patents Act, 1988

USA

- Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Circular 92.
- United States House of Representatives. House Report No. 94-1498

9.2 Retspraksis

EU Domstolen

- C-273/00, Ralf Sieckmann [2002] ECR I-11737

Danmark

- U1941.454 Ø

Frankrig

- Rochas mod De Laire, *Cour d'appel de Paris*, 3. Juli 1975.
- Mugler v Molinard, Tribunal de commerce [T.Com.] [Commerce Ct.] Paris, 15e ch., Sept. 24, 1999, Gaz. Pal. 2001, 17-18.01, no. 17-18.
- Mme Nejla Bsiri-Barbir mod Sté Haarmann et Reimer: 2006 E.C.D.R. 28.
- Societe Bellure v SA L'Oreal et al., Cour d'appel de Paris, January 25, 2006.
- SA Beaute Prestige International v Ste Senteur Mazal (Unreported, February 14, 2007) (Cour d'Appel de Paris): ICC 2008, 39(1), 113-114.

England

- University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd (1916) 2 Ch.601
- G A. Cramp & Sons Ltd. mod Frank Smythson Ltd., 1944.

USA

- Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)
- Publication Int'l, Ltd. Mod Meredith Corp., 88 F.3d 473, 482 (7th Cir. 1996).
- Lambing mod Godiva Chocolatier, No. 97-5697, 1998 U.S. App. LEXIS 1983 (6th Cir. Feb. 6, 1998)

Holland

- Hoge Raad der Nederlanden [HR] [Supreme Court of the Netherlands], 16 June 2006, NJ 585: European Copyright and Design Reports, Sweet and Maxwell, 2006, volume 26.

9.3 Litteratur

Danmark

- Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, 2005
- Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 4. udgave, Forlaget Thomson, 2008
- Morten Rosenmeier, Værkslæren i Ophavsretten, Jurist- og Økonom Forbundets Forlag, 2001.
- Palle Bo Madsen, Markedsret del 2, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007
- Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, Immaterialret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

EU

- Estelle Derclaye, Research Handbook on the future of EU copyright, Edward Elgar Publishing, 2009
- Estelle Derclaye, One on the nose for Bellure: French appellate court confirms that perfumes are copyright protected, Journal of Intellectual Property Law and Practice, 30. Marts 2006
- Herman Cohen Jehoram, The Dutch Supreme Court Recognises Copyright in the Scent of Perfume. The Flying Dutchman: All sails, No Anchor, European Intellectual Property Review, volume 28, issue 12, 2006
- Catherine Seville, Copyright in perfumes: Smelling a Rat, The Cambridge Law Journal, 2007

USA

- J.A.L. Sterling, World Copyright Law, 3. edition, Sweet & Maxwell, 2008, s. 624.
- Sam Ricketson and Jane C Ginsburg, International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond, volume 1, 2. Edition, Oxford University Press, 2006

- Morten Meilgaard, Gail Civille og Thomas Carr, Sensory Evaluation Techniques, 2. udgave, CRC Press Inc., 2000
- Charles Cronin, Genius in a Bottle: Perfume, copyright and human perception, Copyright Society of the U.S.A., volume 56, 2009
- Christopher Buccafusco, On the legal consequences of sauces: Should Thomas Keller's recipes be *per se* copyrightable?, J.D. University of Georgia School of Law, Ph.D. candidate, University of Chicago, 2007
- J. Austin Broussard, An Intellectual Property Food Fight: Why copyright law should embrace culinary innovation, J.D. Candidate, Vanderbilt University Law School, 2009
- David A. Einhorn og Lesley Portnoy, The copyrightability of Perfumes: I smell a symphony. Intellectual Property Today, April 2010