

UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES

TOULOUSE I

LA PROTECTION JURIDIQUE D'UN PARFUM



MEMOIRE DE MASTER 2 DROIT FONDAMENTAL DES AFFAIRES

SOUTENU PAR STEPHANIE DELANNOY

SOUS LA DIRECTION DE MONSIEUR LE PROFESSEUR JACQUES LARRIEU

ANNEE UNIVERSITAIRE 2006 – 2007

UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES

TOULOUSE I

LA PROTECTION JURIDIQUE D'UN PARFUM



MEMOIRE DE MASTER 2 DROIT FONDAMENTAL DES AFFAIRES

SOUTENU PAR STEPHANIE DELANNOY

SOUS LA DIRECTION DE MONSIEUR LE PROFESSEUR JACQUES LARRIEU

ANNEE UNIVERSITAIRE 2006 – 2007

SOMMAIRE

INTRODUCTION	P.8
TITRE I : LES PROTECTIONS JURIDIQUES DU PARFUM COMMUNEMENT ADMISES	P.20
CHAPITRE I : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES ET DES INVENTIONS	P.20
SECTION 1 : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES PAR LE SECRET	
SECTION 2 : LA PROTECTION DES INVENTIONS PAR LE BREVET	
CHAPITRE II : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE ET D'UN SIGNE DISTINCTIF	P.40
SECTION 1 : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE PAR LE DROIT DES DESSINS ET MODELES	
SECTION 2 : LA PROTECTION D'UN SIGNE DISTINCTIF PAR LE DROIT DES MARQUES	
TITRE II : LES PROTECTIONS JURIDIQUES CONTROVERSEES POUR LA FRAGRANCE D'UN PARFUM	P.63
CHAPITRE I : LA MARQUE OLFACTIVE	P.63
SECTION 1 : UNE PROTECTION ADMISE...QU'EN THEORIE	
SECTION 2 : UNE PROTECTION DIFFICILE EN PRATIQUE ; DIFFICULTES SOLUBLES POUR L'AVENIR	
CHAPITRE II : LA FRAGRANCE D'UN PARFUM ET LE DROIT D'AUTEUR	P.78
SECTION 1 : LES ŒUVRES PROTEGEABLES PAR LE DROIT D'AUTEUR	
SECTION 2 : L'OUVERTURE DE LA PROTECTION DE LA FRAGRANCE AU DROIT D'AUTEUR	
CONCLUSION	P.101
ANNEXES 1, 2, 3, 4, et 5	
INDEX	
BIBLIOGRAPHIE	

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	P.3
SOMMAIRE.....	P.4
TABLE DES MATIERES.....	P.5
INTRODUCTION.....	P.8
<i>I / L'HISTOIRE DU PARFUM, UNE PARURE ETERNELLE.....</i>	<i>P.8</i>
<i>II / LA DEFINITION DE LA NOTION DE PARFUM.....</i>	<i>P.11</i>
<i>III / L'IMPACT ECONOMIQUE ET SES ENJEUX.....</i>	<i>P.17</i>
<i>IV / LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DU PARFUM.....</i>	<i>P.19</i>
TITRE I : LES PROTECTIONS JURIDIQUES DU PARFUM COMMUNEMENT ADMISES.....	P.20
CHAPITRE I : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES ET DES INVENTIONS.....	P.20
SECTION 1 : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES PAR LE SECRET.....	P.20
<i>I / LES ELEMENTS PROTEGES PAR LE SECRET : LE SAVOIR-FAIRE ET LE SECRET DE FABRIQUE.....</i>	<i>P.21</i>
A) La notion de savoir-faire.....	P.21
1) Définitions.....	P.21
2) Eléments caractérisant le savoir faire.....	P.22
B) La notion de secret de fabrique.....	P.24
<i>II / LES EFFETS DE LA PROTECTION RESULTANT DU SECRET.....</i>	<i>P.25</i>
A) Les protections conférées par le savoir-faire.....	P.25
1) La protection par les règles relatives au vol.....	P.25
2) La protection par les règles relatives au droit des contrats.....	P.25
3) La protection par les règles de la responsabilité civile.....	P.26
4) La protection par les règles spécifiques relatives au secret de fabrique.....	P.26
B) Les protections conférées par le secret de fabrique.....	P.26
SECTION 2 : LA PROTECTION DES INVENTIONS PAR LE BREVET.....	P.28
<i>I / LES INVENTIONS PROTEGEES PAR LE BREVET.....</i>	<i>P.29</i>
A) Les conditions d'accès à la protection par le brevet.....	P.29
1) Les conditions tenant à la qualité de l'objet protégeable.....	P.29
2) Les caractères de l'invention brevetable.....	P.30
B) La place du brevet en matière de protection juridique des parfums.....	P.32
1) Les éléments périphériques dérivant de l'acception large du parfum.....	P.32
2) Les éléments relevant de l'acception étroite du parfum.....	P.33
<i>II / LES EFFETS DE LA PROTECTION PAR LE BREVET.....</i>	<i>P.34</i>
A) Les droits attachés au brevet.....	P.34
1) Les prérogatives du breveté.....	P.34
2) Les obligations attachées aux prérogatives.....	P.35
B) La défense du droit appartenant au titulaire d'une invention brevetée.....	P.36
1) Le titulaire du brevet.....	P.36
2) Les atteintes portées aux droits du propriétaire d'un brevet.....	P.37
CHAPITRE II : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE ET D'UN SIGNE DISTINCTIF.....	P.40
SECTION 1 : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE PAR LE DROIT DES DESSINS ET MODELES.....	P.40
<i>I / L'ACCES A LA PROTECTION DU DROIT DES DESSINS ET MODELES.....</i>	<i>P.41</i>
A) La notion de dessin et modèle, objet de la protection.....	P.41
B) Les conditions ouvrant droit à la protection.....	P.42
<i>II / LES CONSEQUENCES DE LA PROTECTION PAR LE DROIT DES DESSINS ET MODELES.....</i>	<i>P.45</i>
A) Les effets de la protection du droit des dessins et modèles.....	P.45
B) La défense du droit appartenant au titulaire d'un dessin ou modèle protégé.....	P.47
SECTION 2 : LA PROTECTION D'UN SIGNE DISTINCTIF PAR LE DROIT DES MARQUES.....	P.50
<i>I / L'ACCES A UNE PROTECTION PAR LE DROIT DES MARQUES.....</i>	<i>P.50</i>
A) Les notions et types de marques.....	P.50
B) Les conditions d'accès à la protection de la marque.....	P.52
<i>II / LES EFFETS DE LA PROTECTION PAR LE DROIT DES MARQUES.....</i>	<i>P.55</i>
A) Les effets de la protection des marques.....	P.55
B) Les moyens de protection.....	P.57
TITRE II : LES PROTECTIONS JURIDIQUES CONTROVERSEES POUR LA FRAGRANCE D'UN PARFUM.....	P.63
CHAPITRE I : LA MARQUE OLFRACTIVE.....	P.64

SECTION 1 : UNE PROTECTION ADMISE...QU'EN THEORIE.....	P.64
<i>I / UNE PROTECTION ADMISE PAR LES TEXTES ET LA JURISPRUDENCE.....</i>	P.65
A) Une reconnaissance par les textes internationaux, communautaires et nationaux des marques olfactives.....	P.66
B) Une jurisprudence favorable.....	P.67
1) Les décisions administratives.....	P.67
2) Les décisions jurisprudentielles.....	P.68
<i>II / UNE DIFFICULTE D'APPLICATION EN PRATIQUE.....</i>	P.68
A) L'absence de référence dans les textes des modalités de l'enregistrement.....	P.69
B) Le problème de l'admission de la représentation graphique de la marque olfactive dans les décisions jurisprudentielles.....	P.69
 SECTION 2 : UNE PROTECTION DIFFICILE EN PRATIQUE ; DIFFICULTES SOLUBLES POUR L'AVENIR.....	P.71
<i>I / LE RENVOI A DES REFERENCES INDIVIDUELLES ET/OU COLLECTIVES.....</i>	P.72
A) L'appel aux connaissances de chaque individu.....	P.72
B) Les références établies collectivement.....	P.74
<i>II / LE RENVOI A DES REFERENCES DEGAGEES PAR DES PROCEDES TECHNIQUES.....</i>	P.75
A) L'analyse chromatographique en phase gazeuse.....	P.75
B) La représentation graphique d'une odeur sous forme de « matrice colorée ».....	P.76
 CHAPITRE II : LA FRAGRANCE D'UN PARFUM ET LE DROIT D'AUTEUR.....	P.78
 SECTION 1 : LES ŒUVRES PROTEGEABLES PAR LE DROIT D'AUTEUR.....	P.78
<i>I / UNE PREMISSE QUI DEVRAIT ETRE ADMISE : UNE NON EXCLUSION DE PRINCIPE A LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR.....</i>	P.79
A) Notion d'œuvre protégeable.....	P.79
B) Conditions pour la protection d'une œuvre.....	P.81
<i>II / LES CONSEQUENCES DE LA PROTECTION DE LA FRAGRANCE PAR LE DROIT D'AUTEUR.....</i>	P.84
A) Le statut du compositeur – créateur.....	P.84
1) L'existence d'un seul auteur.....	P.84
2) La pluralité d'auteurs.....	P.85
B) Les droits de l'auteur.....	P.86
1) Le droit moral de l'auteur.....	P.87
2) Les droits patrimoniaux de l'auteur.....	P.88
 SECTION 2 : L'OUVERTURE DE LA PROTECTION DE LA FRAGRANCE AU DROIT D'AUTEUR...	P.90
<i>I / LES ELEMENTS OBJECTES POUR EVINCER UNE TELLE PROTECTION ; ELEMENTS SUSCEPTIBLES D'ETRE ECARTES</i>	P.90
A) Les éléments fondant le rejet d'une telle protection.....	P.91
B) Les éléments susceptibles d'être écartés.....	P.92
<i>II / UNE SOLUTION : UNE NON APPLICATION SYSTEMATIQUE DE LA PROTECTION</i>	P.95
A) Un examen approfondi de chaque espèce.....	P.96
B) Les solutions en cas de non protection de la fragrance par le droit d'auteur.....	P.98
 CONCLUSION.....	P.101
 ANNEXE 1.....	P.104
ANNEXE 2.....	P.110
ANNEXE 3.....	P.111
ANNEXE 4.....	P.112
ANNEXE 5.....	P.113
 INDEX.....	P.114
 BIBLIOGRAPHIE.....	P.117

« *Voyez-vous, un parfum éveille la pensée* »

Victor Hugo

Les rayons et les ombres, XXVIII

INTRODUCTION

Issu d'une tradition pluriséculaire, le parfum peut faire l'orgueil de la Nation Française et de son économie, de par la qualité de ses fragrances et de la beauté de ses ornements. Ce phénomène de société connaît un vif succès. Or, qui dit succès, dit protection juridique nécessaire et adéquate...

I / L'HISTOIRE DU PARFUM, UNE PARURE ETERNELLE

1. La Préhistoire. - Le mot parfum vient du latin *per fumum*, à travers la fumée¹. Dès la préhistoire, les hommes comprirent qu'en brûlant des bois et des résines, ils amélioraient le goût des aliments. Croyant que la fumée servait de "passeur" pour les âmes des morts, ils allaient très vite joindre l'agréable à l'utile en brûlant leurs défunts avec divers bois, ce qui exhalait une bonne odeur. Ce parfum était une façon de se présenter avec élégance aux esprits de l'au-delà.

2. L'Antiquité. – Il y a cinq mille ans, en Mésopotamie, les premiers appareils à distiller furent fabriqués et eurent donné lieu à la composition de baumes et de résines odorants.

Les Egyptiens utilisaient huiles parfumées, onguents et fards tant pour procéder à la toilette de leurs statues divines et à celle des femmes, qu'à des fins thérapeutiques ou pour l'embaumement de leurs morts.

Néfertiti, la « belle des belles », prenait des bains de jasmin, avant d'oindre son corps d'huile de santal et d'ambre.

Deux techniques de fabrication du parfum existaient en Egypte. La première consistait dans le dépôt de bois, épices, fruits ou résines sur une source de chaleur d'où s'échappait alors le parfum. La deuxième consistait dans le fait d'employer de l'huile végétale ou de la graisse animale dans laquelle des fleurs ou des résines étaient immergées. Après une longue macération et plusieurs affinages, les huiles et les graisses étaient parfumées.

¹ Emission Les Maternelles, « Le parfum, une parure éternelle », France 5, 1^{er} janvier 2004.

Les odeurs les plus recherchées étaient le lotus, le lys et l'iris. La première eau de toilette s'appelait le *Kyphi* et était la résultante d'un mélange de miel de vin, de raisin, de myrrhe, de genêt, de safran et de genièvre.

Les Grecs se faisaient enterrer avec leur flacon de parfum dans des lindeuls odorants. Ils donnèrent également au parfum une utilité au quotidien. Après les repas, il était d'usage de s'enduire le corps d'huiles et d'onguents parfumés, par hygiène et par plaisir. Lors des banquets, les pieds des convives étaient baignés en signe d'hospitalité ; convives à qui des guirlandes de fleurs étaient offertes. Pour parfaire l'ambiance, des tourterelles étaient plongées dans du parfum et s'envolaient ensuite au-dessus des invités.

Le parfum était aussi médicament : Hippocrate conseille des remèdes à base de mauve et de cumin.

Chez les Romains, le parfum s'est démocratisé. Dans les thermes pauvres ou riches pouvaient venir se laver. Les Romains inventèrent le *sapo*, pâte moussante à base de graisse de chèvre et de cendres de saponaires, ancêtre du savon.

Les Romaines faisaient des orgies d'essences. Un parfum sur chaque partie de leur corps : la menthe pour les bras, l'huile de palmier pour les joues et la poitrine, la pommade à la marjolaine pour les sourcils et les cheveux, l'essence de lierre pour les articulations et le cou. Elles allaient jusqu'à parfumer les semelles de leurs chaussures.

A cette époque, Rome était considérée comme la capitale du parfum car les animaux domestiques, les chevaux, les rideaux, les chandeliers et même les domestiques : tout était parfumé !

3. Le Moyen-Age. – Si au XI^e siècle les Croisés amenèrent l'envie de plaire, de séduire, et que les parfums en crème ou en baume accompagnent alors les toilettes, ce n'est qu'au moment de la « réinvention » par les Arabes de l'alambic (*al'inbiq* signifiant « le vase ») d'Inde d'origine², qu'est ouverte la porte aux parfums modernes. En effet, l'alambic se perfectionne avec un système de refroidissement qui facilite la distillation.

La technique de la distillation est développée par le grand médecin Avicenna, également chimiste, dont l'eau de rose avait une grande réputation.

Le commerce du parfum a également fait la prospérité des villes Phéniciennes et Grecques. C'est le cas notamment de Chypre, où de nouveaux parfums à base principalement de fleurs telles la rose, l'iris, le jasmin, le lys, ont été mis à la mode ; ou de Corinthe qui

² E. Roudnitska, « Le parfum », P.U.F., coll. Que sais-je ?, 5^{ème} édition, Paris, 1996, p.7.

commercialisait les flacons. Les Romains continuèrent à utiliser les parfums et eurent procédé au remplacement de la terre cuite par le verre pour la confection des flacons.

A la fin du Moyen-Age, les produits étaient broyés, pilés, bouillis, imprégnés de matières grasses et les fixateurs étaient composés essentiellement par des écorces, des résines, des racines ou des matières animales.

Les odeurs les plus appréciées étaient l'encens, le cinnamome, l'acanthé, la myrrhe, le nard, l'aloès, le safran ou le roseau odorant.

Au XIV^e siècle, Venise est au cœur de l'évolution de la parfumerie³. En effet, les ingénieurs Vénitiens améliorent l'alambic, le nombre d'essences s'accroît et la découverte de l'alcool éthylique permet de donner au parfum un support autre que des huiles ou des graisses. Le premier alcoolat célèbre est « L'Eau de la Reine de Hongrie » datant du XIV^e siècle, préparation à base de romarin et d'essence de térébenthine.

C'est le début de la parfumerie alcoolique qui, d'Italienne deviendra Française⁴.

4. De la Renaissance au Siècle des Lumières. - Au XVI^e siècle, Catherine de Médicis encourage, par le port de gants parfumés, le développement de l'industrie du parfum à Grasse, dorénavant surnommée la capitale mondiale du parfum. En effet, la culture des plantes aromatiques Grassoises, de grande qualité, fournit aux tanneries les matières premières pour parfumer le cuir. Au fil des ans et des siècles, le statut des parfumeurs se dissociera de celui des tanneurs-parfumeurs puis de celui des gantiers-parfumeurs, pour devenir autonome.

A cette époque et jusqu'au XVIII^e siècle, pour pallier l'absence d'hygiène les subterfuges parfumés sont abondamment utilisés !

Au XVII^e siècle, Louis XIV, qui se baignait tous les quatre ans, s'inonde de parfum. A la Cour de Versailles, pour camoufler les odeurs nauséabondes, sont suspendues au plafond des pâtes parfumées en forme d'oiseaux. L'eau des fontaines du palais est également parfumée.

En 1714, fut créée « l'Eau de Cologne » par un chimiste Italien, Jean-Marie Farina, aujourd'hui commercialisée par la Maison Française Roger & Gallet⁵.

Au XVIII^e, l'hygiène est de mise. La Cour de Louis XV est baptisée la "Cour parfumée". L'usage d'un parfum différent chaque jour est prescrit pour les courtisans. C'est l'avènement des préparations fleuries.

³ N. de Barry, M. Turonnet, G. Vindry, « L'ABCDAire du parfum, Flammarion, Paris, 1998, p.15.

⁴ N. de Barry, M. Turonnet, G. Vindry, « L'ABCDAire du parfum, Flammarion, Paris, 1998, p.15.

⁵ Site Internet de la Maison RogeR & Gallet.

5. La Révolution Française. - La Révolution française jette un froid sur la parfumerie. D'après la légende, Louis XVI et Marie-Antoinette auraient été rattrapés à Varennes en raison des effluves capiteux laissés par la Reine dans son sillage⁶.

6. La Révolution Industrielle et les Temps Modernes. - Grâce à Napoléon, qui consommait l'eau de Cologne au litre, la parfumerie retrouve un nouvel élan.

Au XIX^e siècle, des conséquences considérables résultent de l'essor industriel. Ainsi les conditionnements sont fabriqués en série ; le vaporisateur est créé ; les grands magasins apparaissent et surtout les premiers produits de synthèse, liés au développement de la chimie organique, sont créés.

Cette chimie de synthèse de la parfumerie moderne permet de stabiliser les arômes.

Aimé Guerlain, fils du parfumeur Pierre-François qui a ouvert un magasin à Paris en 1828, a créé, en 1889, « Jicky » considéré comme le premier grand parfum français qui allie des essences naturelles aux éléments de synthèse, aux notes dominantes de vanilline et de coumarine.

Après ses vertus divines et thérapeutiques, le parfum, en tant que produit de luxe, s'est tout de même démocratisé au XX^e siècle mais il a gardé son divin pouvoir de séduction.

Le pouvoir de séduction du parfum se traduit tout aussi bien à travers sa fragrance qui en constitue l'âme mais encore au travers de ses ornements tels son nom, son flacon, son emballage, sa publicité...

II / LA DEFINITION DE LA NOTION DE PARFUM

7. L'acception étroite de la notion de parfum. – Bien que son usage soit ancestral, le mot parfum est apparu tardivement dans la langue française puisqu'il n'en existe aucune mention avant 1528. C'est au XVII^e siècle que ce terme a pris son sens actuel. Dérivé du verbe *fumer*, ce mot a d'abord évoqué des substances odoriférantes qui se brûlaient à l'exemple de l'encens. Aujourd'hui, le parfum est avant tout un « jus », et une forme olfactive, « une fragrance ».

8. Le jus. – Selon la définition donnée par le magazine « Le Point » de 1988, définition insérée dans le dictionnaire « Le Petit Robert », le jus pourrait être composé par « les différents dosages d'alcool, de colorants et de parties parfumantes ». En d'autres termes, le jus

⁶ Mémoire de M. Dubarry, « La protection juridique d'une fragrance », 1998-1999, Univ. de Toulouse 1, p.7.

d'un parfum pourrait également se traduire comme étant une substance aromatique agréable à l'odorat, liquide ou solide, d'origine naturelle ou artificielle⁷.

Cette substance odorante ou ce mélange de substances odorantes⁸ procède du savant assemblage de milliers de constituants composés eux-mêmes de molécules et d'éléments⁹. Autrement dit, la substance aromatique ou la source odorante¹⁰ du parfum est créée à partir de matériaux, de produits naturels ou chimiques odorants¹¹. La formule du parfum est la description écrite de cette composition¹².

9. - Les matières premières dont disposent les compositeurs-parfumeurs se concrétisent par les produits naturels et les produits de synthèse.

Les **produits naturels** sont ceux d'origine végétale extraits de boutons de fleurs, de fruits, de graines, de racines, de bois, de mousses par exemple, et ceux d'origine animale tels, notamment, l'ambre, le castoréum, la civette, le musc.

Quant aux **produits de synthèse**, en plus de leur stabilité et de leur prix de revient compétitif, permettent à la palette du parfumeur de s'enrichir d'un nombre considérable de notes inconnues ou connues de celles créées par les produits naturels. Ainsi, notamment, grâce à la chimie, il est possible de reproduire des odeurs insusceptibles d'être capturées naturellement soit parce que le produit naturel refuse de livrer sa fragrance tel le muguet ou le gardénia fleur rétive à l'extraction ; soit parce que le produit naturel est rare ou coûteux telles la vanille reproduite par la vanilline, la fève tonka reproduite par la note de coumarine ou encore la violette reproduite par l'ionone ; soit parce que ledit produit est interdit d'extraction, c'est le cas du musc issu du chevrotin, animal protégé par la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction dite Convention de Washington de 1973, ou encore du cachalot dont est secrété l'ambre, produit qui met des années à sécher au soleil avant qu'une essence parfaite ne soit atteinte pour la parfumerie.

10. Le taux de concentration. - Une fois ces diverses essences obtenues et conceptualisées mentalement par le parfumeur, il appartiendra à ce dernier d'élaborer le jus en mélangeant les ingrédients par de savants dosages et en les mêlant à un excipient, en principe de l'alcool, avec une concentration plus ou moins forte selon le produit souhaité.

⁷ Site Internet de l'Institut National de la Langue Française.

⁸ Site Internet de la Société Française des Parfumeurs.

⁹ J.-Ch. Galloux, « Profumo di diritto – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur » Recueil Dalloz 2004, p.2642.

¹⁰ P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006, p.3.

¹¹ J. Sainte Rose, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2555 du 2 et 3 Août 2006.

¹² J.-Ch. Galloux, « Profumo di diritto – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur » Recueil Dalloz 2004, p.2642.

L'appellation précise de la composition se définit dans le pourcentage du concentré de substances qu'elle contient. Selon ce dernier, elle sera qualifiée de parfum, de soie de parfum, d'eau de parfum, d'eau de toilette, d'eau de Cologne ou encore d'eau tonique¹³. Son prix sera fonction de sa concentration et la durabilité de la fragrance sera elle-même dépendante de cette concentration.

Ainsi, le PARFUM ou EXTRAIT DE PARFUM est la préparation la plus concentrée de la famille : entre 20 et 40 % de concentré odorant dilué dans une solution d'alcool à 90°. Il a une durée de vie comprise habituellement entre 4 et 8 heures. C'est le produit le plus coûteux, mais quelques gouttes suffisent à imprégner la peau d'une fragrance durable et raffinée.

Quant à la SOIE DE PARFUM, son concentré odorant se situe entre 15 et 18 % dilué dans une solution d'alcool à 90°. Son action est prévue pour durer entre 3 et 6 heures.

L'EAU DE PARFUM a un taux de concentration compris entre 12 et 15 % dilué dans une solution d'alcool à 90 %. Son sillage dure 3 ou 4 heures. Elle se volatilise plus rapidement que le Parfum.

L'EAU DE TOILETTE a une concentration qui se situe entre 8 et 12 % diluée dans une solution d'alcool à 90°. Ses effluves se font sentir environ 2 heures.

L'EAU DE COLOGNE est dosée à environ 7 % dans une dilution alcoolique à 70°.

Enfin, l'EAU FRAICHE ou l'EAU TONIQUE est, comme son nom l'indique, une eau rafraîchissante, parfumée très légèrement de senteurs fruitées (agrumes), bien adaptées à la vie en plein air et aux activités sportives. Elle agit entre 1 et 2 heures. Il convient toutefois de ne pas l'utiliser au soleil, car si elle présente une concentration d'extrait très faible (entre 1 et 3 %), sa dilution est faite à l'alcool à 70 ou 80° ; par conséquent, une utilisation au soleil pourrait entraîner une pigmentation irrégulière de la peau. C'est pourquoi, il existe aujourd'hui de nombreuses eaux fraîches sans alcool.

Dans le contexte linguistique, le mot parfum ayant pour connotation immédiate celle de son jus, se trouve également défini par son odeur, sa fragrance, c'est-à-dire la forme olfactive offerte par la source odorante.

¹³ Site Internet de la Société Française des Parfumeurs.

11. La fragrance. – Le parfum se caractérise encore par l'odeur. Cette odeur, agréable et pénétrante d'origine naturelle ou artificielle¹⁴, sera traduite par le message olfactif qui émane de la source odorante « qui va être la cause du phénomène de conscience de la fragrance »¹⁵.

A noter que dans le domaine particulier de la parfumerie, il est impropre de définir la fragrance d'un parfum par le terme réducteur « d'odeur » puisque ce dernier fait référence à un composé simple, à une odeur primaire qui ne reflète pas toute la richesse de la fragrance. Celle-ci se détermine donc comme étant un message olfactif qui se traduit par une multitude d'odeurs plus ou moins complexes¹⁶.

La fragrance, c'est ce que nous sentons¹⁷. De cette rencontre olfactive, il est possible de classer un parfum selon sa famille (les floraux, chyprés, fougères, cuirs, boisés, orientaux, hespéridés) et de le décrire en fonction des notes de tête (liées à la première impression olfactive et les plus volatiles), des notes de cœur (constituant le cœur du parfum et demeurant perceptibles plusieurs heures), des notes de fond (celles qui persistent longtemps après que le parfum ait été vaporisé et pouvant rester plusieurs jours sur un vêtement). Au-delà de cette première rencontre, il est important qu'une telle création olfactive émette un message olfactif déterminé¹⁸ ; message qui crée une sensation chez l'individu qui le perçoit¹⁹ peu important qu'elle soit différemment perçue²⁰.

Toutefois, le parfum ne se réduit pas qu'au produit et à sa fragrance. En effet, ses ornements jouent un rôle considérable dans l'attrait que le parfum -dans son ensemble- exercera sur le consommateur.

12. L'acception large de la notion de parfum. - La parfumerie, qui n'est pas simplement une industrie ou une science mais également un art, met en scène des acteurs très différents²¹ mais dont les rôles sont interdépendants. Autres que les industriels des matières premières ou les créateurs de parfums, les créateurs de flacons et leurs maître verriers, les

¹⁴ Site Internet de l'Institut National de la Langue Française.

¹⁵ P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006, p.3.

¹⁶ P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006, p.3.

¹⁷ Site Internet de la Société Française des Parfumeurs.

¹⁸ P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur » Recueil Dalloz Affaires 1998, p.559.

¹⁹ J-Ch. Galloux, « Profumo di diritto – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur » Recueil Dalloz 2004, p.2642.

²⁰ A. Maffre-Baugé, Droit de la Propriété Littéraire et Artistique, Leçon n°2 « L'objet du droit d'auteur », p.6, Université Numérique Juridique Francophone, 2006.

²¹ Musée International de la Parfumerie, 8 place du Cours, 06130 Grasse.

cartonniers ou les publicitaires pour ne citer qu'eux, jouent également un rôle considérable dans l'appréciation, qui se voudra proche du sublime, du produit final.

13. Le flacon. – *« L'aurait-on un instant rêvée que l'irréelle réalité du parfum se serait imposée : il n'est qu'un instant de temps odorant retenu dans un flacon. Ce flacon, veuf et unique témoin de son compagnon, nous avons choisi aussi de vous le montrer, pour retrouver le rêve et l'émotion que sont les parfums ».*

Jean-François BLAYN (avant-propos du Dictionnaire du Langage Parfumé).

Alors que jadis seul le jus semblait compter, voici qu'à l'aube du XXe siècle un homme allait révolutionner l'emballage des fragrances les plus subtiles : François COTY²². Ce créateur-parfumeur de talent concevait la parfumerie, "le parfum et son emballage", comme une entité artistique. En s'associant avec René Lalique, il donne ainsi une nouvelle vocation au flacon de parfum et fait de lui un objet exceptionnel présentant un contenu également exceptionnel.

L'art du flaconnage prend alors toute sa place parmi les arts décoratifs, car s'il est de simples bouteilles, il est aussi de beaux flacons et le flacon appartient à la nature ou au rêve évoqué à travers la mémoire.

Aujourd'hui, le flacon est un ambassadeur déclinant le message du parfum ; parfois le précédant même. Il est souvent un instrument de communication, d'expression, de séduction.

Dans la publicité d'un parfum, le consommateur voit d'abord le flacon qui joue le rôle le plus déterminant. En effet, représenter matériellement la fragrance reste impossible. Conjointement à l'emballage et, naturellement, au concept marketing qui a précédé à sa création, il se fait en quelque sorte messenger du parfum.

La démarche de l'utilisateur diffère, lorsqu'il achète pour la seconde fois le même produit. A ce moment-là, c'est la fragrance même, et non plus le flacon, qui l'a convaincu. Aussi, les deux composants parfum-flacon constituent bien une entité indissociable qui conditionne la pérennité d'un parfum et témoigne d'une époque²³.

Dès le début du XIXe siècle, l'étiquette occupe une place très importante dans l'histoire du flaconnage et les flacons s'ornent d'étiquettes qui peuvent être complexes, riches ou sobres.

²² Musée International de la Parfumerie, 8 place du Cours, 06130 Grasse.

²³ Musée International de la Parfumerie, 8 place du Cours, 06130 Grasse.

14. L'étiquette. - A l'origine essentiellement utilitaire, l'étiquette devient au XIXe siècle pure illustration, stimulant l'imagination des dessinateurs romantiques : bouquets haut en couleurs, paysages lointains que l'on ne connaît qu'en rêve...

L'étiquette se fait aussi l'écho de l'actualité politique, portraiturant les souverains, ou artistique avec les effigies d'actrices souriantes.

Aujourd'hui, le parfum acquiert un véritable statut d'œuvre d'art dont le nom et le flacon évoquent la fragrance. L'étiquette illustrée disparaît au profit d'une étiquette traduisant plus un style, un nom, une marque.

15. Un nom, une marque. – Selon les créateurs de noms de marque, « le nom d'un parfum doit faire corps avec son époque, l'univers de sa marque mère et au final avec d'autres corps, ceux des hommes et des femmes qui porteront le parfum [...] Un nom, c'est déjà de la matière, déjà l'évocation d'une forme, de couleurs »²⁴.

Il est nécessaire que le nom, la forme d'un flacon et le jus d'un parfum forment un ensemble cohérent, que chaque élément renforce les autres... Tout n'est que question d'équilibre, dont l'harmonie est mise en scène par un publicitaire, par un concept marketing.

16. Un concept marketing, la publicité. – Un bon parfum n'a aucune chance sans une bonne campagne de communication. Chaque année, 220 millions d'euros sont dépensés en publicité, avec parfois des budgets hollywoodiens ou volontairement provocateurs²⁵.

Affiches, dépliants, encarts publicitaires, slogans, photographies, spot publicitaire télévisuel ou encore publicité conçue et réalisée comme un film²⁶... Quelle que soit sa forme, quelle que soit la voie médiatique choisie, tout nous rappelle que la publicité doit être le vecteur d'un message fort : celui de la séduction afin de conquérir la clientèle visée.

Lorsque la campagne publicitaire est prête à passer les changements de tendances sans en subir les conséquences, c'est une campagne réussie selon les professionnels de la communication. La stratégie commerciale aujourd'hui est de plaire et capter la clientèle la plus large à travers le monde.

La publicité a un impact considérable qui contribue à l'impact économique de la parfumerie française.

²⁴ C. Gaillard, créateur de noms de marque, Agence BENEFIK, entretien publié dans COSMEO, 10 novembre 2006.

²⁵ Emission C'est Notre Affaire, « Parfum, luxe et marketing », France 5, 23 juin 2005.

²⁶ Tel l'exemple de la publicité pour le parfum N°5 de Chanel réalisée en 2004 par Jacques Helleu, Directeur artistique de la Maison Chanel ; coût de cette campagne publicitaire 20 millions d'euros.

III / L'IMPACT ECONOMIQUE ET SES ENJEUX

17. Quelques chiffres. - Les Françaises sont les femmes les plus parfumées au monde du fait de l'histoire de la parfumerie en France et de ses traditions. En effet, les trois quart d'entre elles utilisent un parfum au moins une fois par semaine.

Tous les jours dans notre pays, se vendent quelques 170 000 flacons de parfum et malgré la conjoncture, le **marché progresse de 2 à 3 % par an**²⁷, et ce depuis la fin des années 90 (à noter qu'il était de 12,3 % en 1991).

Chaque année 150 à 200 nouveaux parfums sont mis sur le marché. Au total, ce ne sont pas moins de **2 000 références disponibles en magasin**, pour un **chiffre d'affaires, en 2003, de près de 6,5 milliards d'euros.**

Outre les marques traditionnelles et reconnues ainsi que les nouveaux parfums « classiques » mis sur le marché chaque année, il est de bon ton dorénavant que les stars du spectacle aient un parfum à leur nom (opération « juteuse » pour la star qui ne se donne le mal...que de récupérer les royalties !). Il en résulte que, face à cette offre particulièrement large, il est parfois difficile pour la consommatrice de s'y retrouver et il n'est pas rare qu'elle se vaporise en moyenne de cinq effluves différents...Ce qui engendre une moins grande fidélité de la consommatrice à une fragrance.

10 % à 15 % des nouveautés disparaissent à tout jamais dans les deux ans qui suivent leurs sorties. Atteindre le **seuil de rentabilité** devient donc difficile. Il est en général **atteint après avoir vendu 1 à 2 millions de flacons.**

Le plus souvent, la matière première comprend 40 % du prix de revient bien que le prix des essences soit très variable (pour exemple, le kilogramme de vanille coûte 75 €, l'extrait de rose 1 500 €, celui de l'essence d'iris pouvant atteindre 4 500 € !) ; **la fabrication 30 % et le packaging 30 %.**

18. Les enjeux. – En tant qu'industrie exportatrice, la parfumerie française se place au 3^{ème} rang après l'aéronautique et l'automobile.

Dans le domaine de la parfumerie de luxe, la France occupe le premier rang mondial en raison du prestige de ses grandes marques et de la qualité de ses produits²⁸.

²⁷ Emission C'est Notre Affaire, « Parfum, luxe et marketing », France 5, 23 juin 2005.

²⁸ Site Internet www.diplomatie.gouv.fr, « Le parfum, un secteur phare de l'industrie française ».

Les parfums de luxe font, pour la plupart, l'admiration des concurrents nationaux ou étrangers. Or, qui dit admiration, dit désir d'imitation. Cette imitation constitue un véritable fléau dans la commercialisation des parfums et prend le nom de contrefaçon.

19. La contrefaçon et le plagiat. – Alors que la contrefaçon est un acte répréhensible, le plagiat n'est pas une infraction et se définit comme « le fait de reprendre la substance d'une œuvre tout en lui apportant un tour personnel, sans reproduire l'œuvre originale²⁹ ». Les professionnels de la parfumerie font preuve de tolérance à l'égard du plagiat puisque certaines fragrances présentant de très fortes similitudes seront tout de même considérées comme étant le fruit d'un effort créatif et non comme de parfaites copies.

20. Le délit de contrefaçon. – Cet acte répréhensible est constitué par la servilité de la copie. Or, la copie à l'identique de la fragrance, constituant une contrefaçon au sens du droit, représente 35 % de l'industrie de luxe³⁰. Sept marques contrefaites sur dix sont des marques françaises de luxe puisque la France détient environ la moitié du marché mondial du luxe³¹. Et si le commerce des produits contrefaits représentait 5 % du commerce mondial en 2000, le chiffre atteint aujourd'hui les 10 %³².

Ces actes délictueux sont préjudiciables tant sur le plan moral que sur le plan financier et ce, quel que soit le droit à protéger : droits appartenant à la protection des brevets, des dessins et modèles, des marques ou encore ceux relevant du droit d'auteur.

Ce phénomène nuit gravement à l'industrie de la parfumerie puisqu'il constitue un frein à la création, l'innovation, la recherche qui sont pourtant les moteurs d'une économie moderne. Sans omettre le fait que, dès lors qu'il y a contrefaçon d'une marque internationale de prestige, l'image de celle-ci se trouve dépréciée et la banalisation d'une telle marque peut se traduire en perte d'emplois ainsi qu'en une diminution de la balance extérieure³³.

Toutefois, depuis la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, une plus grande sévérité à l'encontre des contrefacteurs quant aux sanctions civiles et pénales qu'ils encourent, concrétise l'action de lutte contre la contrefaçon menée depuis des années notamment par l'Association de « l'Union des fabricants » ou la Commission des Marques de la Fédération des Industries de la Parfumerie par exemple.

²⁹ Ph. M., « La parfumerie doit-elle se protéger ? », *Parfums Cosmétiques Actualités*, n°141, juin-juillet 1998, p.31.

³⁰ Musée de la Contrefaçon, 16 rue de la Faisanderie, Paris 11^{ème}.

³¹ Musée de la Contrefaçon, 16 rue de la Faisanderie, Paris 11^{ème}.

³² B. Brochand, Assemblée nationale, 23 novembre 2004, C. Druez-Marie « La lutte contre la contrefaçon », *Débat Assemblée Nationale*, 9 mars 2005.

³³ C. Vilmart, « La répression de la contrefaçon dans l'industrie de luxe », *L'Actualité Fiduciaire*, n°827, mars 1999, p.5.

Or, il convient de s'interroger sur l'existence et l'efficacité des instruments juridiques susceptibles de protéger le parfum dans son acception large.

IV / LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DU PARFUM

21. Plusieurs moyens juridiques adéquats de protection d'un parfum. – De par leur succès, tous les éléments d'un parfum sont susceptibles de faire l'objet de convoitise et d'appropriation illégale par des imitations frauduleuses. Il peut en être ainsi du procédé d'extraction des essences, du pressoir d'un bouchon de parfum, de la formule du parfum, de son jus, de sa fragrance, de son nom, de sa marque, de son flacon, de son emballage...

Il existe donc des outils juridiques de lutte qui sont communément admis par tous et qui ne posent généralement pas de difficultés en pratique, à condition néanmoins d'avoir correctement déterminé l'objet de la protection. Pour exemple, il en est ainsi de la formule chimique susceptible d'être protégée par le droit des brevets ; du nom du produit et du nom des fabricants, protégés par le droit des marques ; du flacon et de l'emballage du parfum, protégés par le droit des dessins et modèles ainsi que par le droit des marques...

Seront donc envisagés, dans un premier temps, les instruments juridiques non contestés – conférant des droits non privatifs et privatifs sur les objets de la protection – pouvant constituer des moyens efficaces de lutte contre la contrefaçon (TITRE I).

22. La problématique protection de la fragrance. – Il reste toutefois un élément majeur du parfum qui pose des difficultés quant à une protection juridique par un droit privatif, c'est la fragrance. Or, les odeurs constituent, à notre époque, un indéniable élément marketing au fort pouvoir attractif du consommateur³⁴ et en raison des avancées technologiques actuelles, il devient relativement aisé d'imiter une fragrance qui, se révélant véritablement originale, constituerait une création artistique. Il conviendra donc, dans un second temps, de s'interroger sur les entraves que rencontre la fragrance à être protégée tant par le droit des marques que par le droit d'auteur (TITRE II).

A noter que, dans cette étude, ces entraves ne paraîtront pas justifiées mais là encore, tout comme l'assemblage du jus à un nom et à un flacon, ce n'est qu'une question d'équilibre entre les faits, les droits et obligations qui légitimerait la protection de la fragrance par ces deux fondements juridiques.

³⁴ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.299.

TITRE I : LES PROTECTIONS JURIDIQUES DU PARFUM COMMUNEMENT ADMISES

Il est communément admis par tous les acteurs du monde juridique que les éléments du parfum tenant aux connaissances techniques et aux inventions (Chapitre I) aux créations ornementales et aux signes distinctifs de ce produit (chapitre II), sont et doivent être protégés.

CHAPITRE I : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES ET DES INVENTIONS

La protection de certaines informations ou connaissances techniques s'effectue au travers du secret qui ne constitue pas un droit privatif (Section 1). Dès lors, les effets de la protection conférés par le secret se concrétiseront en aval contrairement aux droits privatifs dont peuvent se prévaloir les titulaires d'une invention dans le domaine de la parfumerie (Section 2).

SECTION 1 : LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES PAR LE SECRET

*« Seul l'homme bien doué sait taire le secret.
Seuls savent tenir une promesse les meilleurs des humains.
Chez moi le secret est enfermé dans une maison aux solides cadenas
dont la clef est perdue et la porte scellée. »*

Les Mille et une nuits.

Selon Pierre Breese, « l'immatériel prend une importance croissante dans la création de valeur, et les entreprises doivent se préoccuper à donner une réalité juridique par

conséquent économique à leurs avantages "intangibles". C'est le rôle de la propriété intellectuelle, ainsi que de l'organisation du secret des informations stratégiques »³⁵. Alors que le recours à la propriété intellectuelle oblige à une inévitable publicité, certaines entreprises, notamment dans le domaine de la parfumerie, peuvent préférer se tourner vers la protection conférée par le secret afin de ne pas révéler trop rapidement une innovation technique ou une formule par exemple.

I / LES ELEMENTS PROTEGES PAR LE SECRET : LE SAVOIR-FAIRE ET LE SECRET DE FABRIQUE

23. – Les informations, désignées par "secrets d'affaires" ou "trade secret"³⁶ peuvent prendre diverses formes tel un processus de fabrication ; une organisation de la distribution ; les identité et spécification des clients et fournisseurs ou encore des formulations chimiques pour ne citer que ces exemples.

Ces secrets d'affaire constituent, sous certaines conditions, un savoir-faire (A), notion qu'il convient de distinguer du secret de fabrique (B), également protégé par le secret.

A) La notion de savoir-faire

1) Définitions

24. Par les textes³⁷. – Selon un arrêté du 12 janvier 1973³⁸, le savoir-faire se définirait comme étant « une habilité acquise par l'expérience ; une connaissance pratique ». Réglementant le droit de la concurrence, la Directive communautaire n° 4087/88 du 30 novembre 1988, quant à elle, envisage le savoir-faire comme « un ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ». Cette définition a été complétée par un Règlement d'exemption n° 772/2004 en date du 27 avril 2004. Par conséquent, le savoir-faire est « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est : secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;

³⁵ P. Breese, « Stratégies de propriété industrielle », Dunod, 2002.

³⁶ P. Breese, « Stratégies de propriété industrielle », Dunod, 2002.

³⁷ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.532.

³⁸ JO du 19 janvier 1973.

substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels ; identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

La jurisprudence française fait parfois application de cette définition³⁹.

Toutefois, nombre de décisions s'inspirent également de la définition doctrinale française formulée par Monsieur le Professeur Mousseron en 1972.

25. Définition doctrinale. – Ainsi, le savoir-faire ou know-how⁴⁰, qui, sémantiquement allie la connaissance à l'action, est « une connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée⁴¹ ; qui consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à verser une certaine somme⁴² ».

Il résulte de l'ensemble de ces définitions des éléments communs caractérisant le savoir-faire.

2) Eléments caractérisant le savoir faire

26. Une connaissance. – En tant que connaissance, le savoir-faire revêt une forme immatérielle, intellectuelle qui peut donc se dissocier de son support matériel que peuvent représenter les cahiers de laboratoires, les manuels opératoires ou les plans par exemple. Cette connaissance se traduit par des éléments qui permettent l'optimisation des résultats. Ainsi, pour une entreprise de parfumerie, les connaissances représenteront les formules d'un mélange ou d'un jus ; les procédés de fabrication ; le choix des matières premières ; les températures et les degrés optimaux ; les meilleures conditions de fabrication...

Il est encore admis que le savoir-faire peut se traduire par « la connaissance des erreurs à ne pas commettre⁴³ ».

27. Un caractère technique. – Excluant les connaissances trop abstraites, le caractère technique suppose que le savoir-faire « incarne une expérience technique réelle, c'est-à-dire éprouvée, et non des idées ou des principes⁴⁴ ».

³⁹ Paris, 5 mai 2004, PIBD 2004, n°796, III, p.636.

⁴⁰ Abréviation de « know-how to do it », expression apparue pour la première fois dans le vocabulaire juridique américain en 1916.

⁴¹ J.-M. Mousseron, « Aspects juridiques du know-how », in *Le Know-How*, Cahier du droit de l'entreprise, n°1, 1972, p.2 et 6.

⁴² J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, 1984, n°12, p.18.

⁴³ J. Azéma, *Propriété industrielle*, in *Lamy droit commercial*, 1996, n°1517.

⁴⁴ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », *Précis Dalloz*, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.534.

28. Une connaissance non brevetée. – Pour être protégeable comme savoir-faire, il est unanimement admis, tant par les textes que par la doctrine ou encore la jurisprudence, que l'information technique peut ne pas être brevetable.

Nonobstant ce principe, les informations pouvant relever de la protection de droits intellectuels tels que le brevet, le droit des dessins ou modèles ou bien du droit d'auteur, sont susceptibles d'être protégées par le secret en tant que savoir-faire. Ce choix relève de la stratégie de l'entreprise.

29. Un caractère secret. – Lorsque certains auteurs envisagent le caractère secret au travers de la notion de nouveauté, celle-ci n'est que relative et se détache de la nouveauté exigée en matière de brevet. En effet, le caractère secret révèle en fait une information, une connaissance technique qui peut être connue par plusieurs personnes – comme dans le cas des **Ecoles de formation des parfumeurs**– mais qui s'avère être une information inconnue du public, non facilement accessible au tiers et qui semble, ensuite, aller au-delà des connaissances habituelles, généralement connues de personnes spécialisées dans le domaine concerné (même si les tribunaux ne se livrent pas à une analyse de l'état de l'art antérieur comme c'est le cas en matière de brevet)⁴⁵.

A noter également qu'aucune exigence tenant à un quelconque caractère inventif n'est imposée pour la protection du savoir-faire, au contraire de ce qui est exigé en droit des brevets.

30. Un caractère substantiel. – L'ensemble des informations constituant le savoir-faire doit être substantiel c'est-à-dire utile soit à la mise en œuvre du procédé soit à la fabrication du produit protégé, en l'espèce, du parfum.

31. Un caractère identifiable. – Cette condition peut être remplie par la transcription du savoir-faire dans des manuels ou tout autre document écrit, ou bien par le biais d'une formation dont le personnel transmettra le savoir-faire aux disciples. Dans ces deux cas, le savoir-faire fera l'objet d'une description générale.

32. Un caractère transmissible. – Cette transmissibilité doit se définir par la notion de communication du savoir-faire à autrui. Par ce caractère, il est possible de distinguer la compétence et l'expérience qui appartiennent en propre au salarié d'une entreprise, au contraire du savoir-faire qui appartient à l'entreprise.

⁴⁵ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.536.

Ce qu'il ressort de la définition du savoir-faire est que cette connaissance technique répondant à certains critères, protégée par le secret, représentant une valeur économique certaine, sera monnayée par l'entreprise auprès de tiers. L'acquis économique d'une entreprise va ainsi être communiqué à un tiers qui va à son tour en retirer un avantage économique. C'est cette fonction économique, cette fonction de la commercialisation recherchée qui distingue le savoir-faire du secret de fabrique, notions qui ont pour caractère commun le secret.

B) La notion de secret de fabrique

33. Distinction d'avec le savoir-faire. – Selon Messieurs Chavanne et Burst, si par nature le secret de fabrique n'est rien d'autre qu'un savoir faire, tout savoir faire n'est pas nécessairement un secret de fabrique.

Le secret de fabrique désigne le secret que l'entreprise tient à conserver en maintenant la confidentialité pour s'en réserver le bénéfice alors que le savoir-faire désigne le secret que l'entreprise envisage de communiquer à des tiers à titre onéreux. La différence entre le secret de fabrique et le savoir-faire résiderait dans le fait que le premier relèverait d'une situation purement interne à l'entreprise alors que le second serait tourné vers l'extérieur.

34. Définition. – Cette perception de la notion semble d'ailleurs corroborée par la définition qu'en donne le Doyen Roubier. Pour lui, le secret de fabrique se détermine comme « tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents⁴⁶ » ; définition maintes fois reprises par les tribunaux⁴⁷.

35. Caractères⁴⁸. – Il s'agit donc d'un **moyen industriel de fabrication** dont la **technique** -connaissances autres que celles relatives à la commercialisation ou à la gestion- est gardée **secrète**, signifiant non connue de tous mais pouvant être communiquée aux salariés de l'entreprise tenus à une obligation de secret ; moyen industriel qui doit encore présenter un caractère défini qualitativement et quantitativement, ce qui se traduit par le fait que le secret de fabrique **ne peut consister en « une pratique empirique faite d'habileté et d'expérience⁴⁹ »**.

⁴⁶ P. Roubier, « Le droit de la propriété industrielle », Tome 2, Sirey 1954, p.370.

⁴⁷ Crim. 29 mars 1935, Gaz. Pal. 1935 (1), p. 928 ; Crim. 29 juin 1960, Bull. crim. p. 360 ; Crim. 12 juin 1974, Bull. crim. n°218 ; CA Limoges 1er juillet 1981, ann. 1981, 332.

⁴⁸ A. Bertrand, « La propriété intellectuelle », Livre II, Marques, Brevets, Dessins et Modèles, Delmas 1995, p.267 et 268.

⁴⁹ CA Nancy 14 février 1995, Jurisdata, n°40.471.

Après avoir cerné ces deux notions, dont la différence essentielle réside dans une fonction économique puisque le savoir-faire peut être l'objet de contrat de communication, il convient à présent d'aborder les effets qu'accorde cette protection par le secret.

II / LES EFFETS DE LA PROTECTION RESULTANT DU SECRET

Ce sont les effets qui résultent des deux éléments protégés par le secret qui sont primordiaux et qui intéressent les entreprises notamment de parfumerie.

En tant que droits non privatifs, la protection qui découle aussi bien du savoir-faire (A) que du secret de fabrique (B) sera mise en œuvre en aval, c'est-à-dire à la suite d'une faute, d'une violation du secret par une personne qui en était détentrice.

A) Les protections conférées par le savoir-faire

Les protections conférées par le savoir-faire seront mises en œuvre par application des règles de droit commun relatives au vol (1), au droit des contrats (2), à la responsabilité civile (3), enfin par application des règles spécifiques tenant à la divulgation du secret de fabrique (4).

1) La protection par les règles relatives au vol

36. – Comme en principe une information est un bien intellectuel détachable de son support, le vol de l'information sans le support est théoriquement condamnable. En réalité, il n'existe pas ou peu de "vol d'information" sans vol du support matériel. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence retient cette incrimination dès lors que la personne qui a eu connaissance de l'information secrète l'a reproduite à des fins personnelles et contre le gré du détenteur légitime de ladite information⁵⁰ ou encore lorsqu'un « employé a recopié des formules de fabrication confidentielles⁵¹ ».

2) La protection par les règles relatives au droit des contrats

37. – Dès lors que le savoir-faire doit être partagé ou transmis soit aux salariés de l'entreprise détentrice du secret, soit à des personnes ou entreprises tierces dans le cadre d'un

⁵⁰ Crim. 29 avril 1986, Recueil Dalloz 1987, p.131 ; Crim. 9 septembre 2003, pourvoi n°02-87.098.

⁵¹ CA Lyon 24 février 1988, PIBD 1988, III, p.225.

accord de coopération technique ou commerciale, il est nécessaire que le détenteur du secret impose une obligation de confidentialité par le biais d'une clause de secret, de discrétion ou de confidentialité. Même si certains auteurs⁵² considèrent qu'une telle obligation est implicite, mieux vaut la concrétiser par une stipulation expresse dont le respect se transforme assurément en une obligation de résultat. Cette obligation se décompose notamment en deux obligations majeures : celle de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire révélé et celle de ne pas exploiter le secret à d'autres fins que celle exigée par le contrat.

3) La protection par les règles de la responsabilité civile

38. – Face à une faute de ses concurrents, le détenteur du secret qui subit un préjudice du fait de cette faute peut exercer **l'action en concurrence déloyale ou parasitaire**.

Globalement, la faute consiste en un manquement à l'usage commercial qui veut que soit respecté le secret des activités industrielles d'autrui, le préjudice se traduit par la perte de la situation privilégiée que procurait au détenteur du secret l'exclusivité de sa connaissance.

Face à des non-concurrents fautifs, le détenteur du secret pourra exercer l'action en responsabilité civile de droit commun dont l'objectif de l'acte fautif n'est pas similaire aux faits fautifs de la concurrence déloyale ou parasitaire qui, eux, consisteront en des actes d'imitations, de dénigrement, de désorganisation de l'entreprise détentrice du secret convoité par exemple.

4) La protection par les règles spécifiques relatives au secret de fabrique

39. – Le détenteur d'un savoir-faire peut donc se prévaloir des dispositions de l'article L.621-1 du Code de Propriété Intellectuelle (CPI).

B) Les protections conférées par le secret de fabrique

40. – **Le délit de révélation d'un secret de fabrique.** – Tout détenteur d'une information secrète aussi bien définie comme un savoir-faire que comme un secret de fabrique, peut se prévaloir des dispositions de **l'article L.621-1 du CPI**. Ce dernier réprime la divulgation du secret de fabrique par un salarié. En effet, cet article, faisant référence aux

⁵² J.-M. Mousseron, Traité des brevets, 1984, n°32.

dispositions de l'**article L.152-7 du Code du Travail**, énonce que « le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ».

41. Les éléments constitutifs du délit. – Le délit suppose la tentative de communication ou la communication faite par le directeur ou un salarié d'une entreprise, d'une information couverte par le secret à un tiers extérieur à l'entreprise. Dès lors que le salarié fautif fait usage du secret pour son propre compte, il n'y a pas **divulgation** au sens du délit de révélation d'un secret fabrique⁵³.

L'auteur de la divulgation sera **toute personne** qui est ou aura été **liée au détenteur du secret de fabrication par un lien de subordination au moment où elle a reçu ce secret**.

Toutefois, le **délit** étant **intentionnel**, l'auteur doit avoir manifesté une intention frauduleuse c'est-à-dire une intention de nuire, ce qui n'est pas le cas lorsque le salarié a agi par simple inadvertance ou par légèreté ou lorsqu'il n'avait pas conscience du caractère secret du procédé qu'il a révélé⁵⁴.

42. – Quant au **bénéficiaire de mauvaise foi** de la divulgation, ce dernier pourra être poursuivi comme **complice** de l'infraction au titre de l'article 121-7 du Nouveau Code Pénal « s'il a sciemment aidé et assisté l'employé dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le délit commis par celui-ci⁵⁵ ». Ledit bénéficiaire peut **même** être qualifié de **receleur** en application des articles 321-1 à 321-3 du NCP.

En conclusion : 43. – Une approche harmonisée de la protection de tout renseignement non divulgué dont le savoir-faire et le secret de fabrique, s'est concrétisée au plan international dans l'article 39 de l'Accord ADPIC (Accord relatif aux aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce) qui assure donc l'effectivité d'une protection par le secret.

44. – Le recours au secret est particulièrement recommandé lorsque la connaissance technique ou le procédé de fabrication n'est pas brevetable ; lorsqu'il existe une forte probabilité que les renseignements pourront être tenus secrets pendant une longue période ; lorsque le secret

⁵³ Paris 30 juin 1876, Ann. Propr. Ind. 1876, p.197.

⁵⁴ Crim. 14 février 1970, Bull. crim. p.292.

⁵⁵ Crim. 20 juin 1973, Ann. Propr. Ind. 1974, p.86.

d'affaires n'est pas considéré comme possédant une valeur telle qu'il soit nécessaire de le breveter ; lorsque la preuve de la contrefaçon d'un brevet est trop difficile à établir.

45. – Une voie alternative, proposée par un conseil en propriété industrielle, peut également être envisagée. Cette voie consiste à divulguer volontairement le secret, afin qu'il soit opposable à un tiers qui serait susceptible de déposer une demande de brevet ultérieurement. Il convient toutefois de veiller à ce que cette divulgation se fasse par des voies "discrètes" dont les tiers n'auraient normalement pas connaissance, par le biais, par exemple, d'une publication détaillée dans une revue d'une association savante de rayonnement très modeste⁵⁶.

Le secret protégeant les connaissances techniques est ce qu'il est possible de qualifier un périphérique du brevet.

SECTION 2 : LA PROTECTION DES INVENTIONS PAR LE BREVET

« Le parfum était ignoblement bon. Ce misérable Pélissier était un artiste [...]. C'était absolument classique, rond et harmonieux. Et pourtant d'une nouveauté fascinante. [...].

Amor et Psyché est un parfum qui n'est pas indifférent. C'est un produit tout à fait réussi. Une combinaison habile. [...] Au travail, maintenant, Baldini ! [...] D'ici ce soir, il faut que tu sois en possession de la formule ! [...].

La voix grinçante de Grenouille lança : – Je ne sais pas ce que c'est qu'une formule, Maître [...].

– Une formule est l'alpha et l'oméga de tout parfum, rétorqua Baldini sévèrement [...]. C'est l'indication minutieuse des proportions dans lesquelles il faut mélanger les différents ingrédients pour obtenir le parfum qu'on souhaite et qui n'est semblable à aucun autre ; c'est cela la formule. C'est la recette, si tu préfères ce mot. »

Patrick Süskind, *Le Parfum. Histoire d'un meurtrier.*

Le savoir-faire est constitué d'éléments qui permettent d'optimiser les résultats tant dans le choix ou l'extraction de matières premières, que la composition de la formule du parfum ou encore le procédé de fabrication de son jus.

⁵⁶ P. Breese, « Secrets et propriété intellectuelle : complémentaires ou opposés ? », Analyse publiée sur le Site Internet "legalbiznext", 19 novembre 2002.

A certaines conditions, ces éléments techniques, aboutissant à une invention, sont brevetables (I) et peuvent donc prétendre aux effets de cette protection juridique offerte par le droit des brevets (II).

I / LES INVENTIONS PROTEGEES PAR LE BREVET

Pour que les procédés ou produits envisagés puissent être protégés par le droit des brevets, encore faut-il que ces éléments répondent à certaines conditions (A). Il sera ensuite intéressant d'aborder la place et le rôle du brevet en parfumerie (B).

A) Les conditions d'accès à la protection par le brevet

Les conditions tiennent à la qualité de l'objet de la protection (1) et aux caractères que doit revêtir l'invention concernée (2).

1) Les conditions tenant à la qualité de l'objet protégéable

46. Des réalisations techniques. – Sur le plan international harmonisé par l'article 27 de l'ADPIC, deux concepts d'invention ont été retenus, ceux de produit et de procédé susceptibles d'application industrielle.

De ce fait, tant au plan international que national, se trouvent exclus du champ de la brevetabilité les idées, les théories scientifiques, les méthodes et autres concepts qui ne se situent pas dans le domaine des réalisations techniques.

47. Un produit. – Est un produit un objet matériel résultant impérativement, dans le domaine du brevet, d'une opération technique. C'est donc une « chose matérielle ayant une composition mécanique et/ou une structure chimique particulière qui la distinguent des autres corps⁵⁷ ».

A noter que seul le produit est susceptible d'être breveté, non son résultat.

48. Exclusion des matières premières naturelles. – Les produits ne résultant que d'un processus naturel telles les obtentions végétales composant les matières premières de la parfumerie ne sont pas des produits pouvant prétendre à la protection conférée par le brevet⁵⁸.

⁵⁷ P. Roubier, « Le droit de la propriété industrielle », Tome 2, Sirey 1954, p.68.

⁵⁸ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.136.

Le jus d'un parfum, en tant que substance et mélange chimique, est un produit au sens du droit des brevets susceptible d'accéder à la protection qui en découle.

48. Un procédé. – Est un procédé « un moyen de fabrication qui permet d'obtenir un produit ou un effet technique particulier »⁵⁹ ; autrement dit, c'est une façon de faire, une manière d'opérer. Ce procédé, donc ce moyen, se définit alors par l'application qui en est faite ; et l'application n'est rien d'autre que la mise en œuvre du moyen⁶⁰.

En parfumerie, il est possible d'envisager ce terme sous l'angle, notamment, d'un procédé qui permettrait l'étanchéité d'un bouchon, un presseur ou un mode d'extraction nouveau qui permettrait d'obtenir certains composants du jus...

Toutefois ce produit ou ce procédé doit encore répondre à certaines conditions exigées en la matière pour pouvoir prétendre à sa brevetabilité.

2) Les caractères de l'invention brevetable

49. L'article L.611-10 du CPI. – Outre une invention devant répondre aux conditions tenant au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (ce qui ne devrait pas poser de difficulté dans le domaine des parfums), l'article L.611-10 du CPI énonce que l'invention doit répondre à trois conditions cumulatives. Par conséquent l'invention doit être nouvelle, résulter d'une activité inventive et enfin être susceptible d'application industrielle.

50. La nouveauté. – Ce critère est essentiel puisqu'il incite à la recherche. Selon l'article L.611-11 du CPI, « une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans **l'état de la technique** », lui-même constitué par « tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ».

Il ressort alors de cette accessibilité au public de certaines connaissances, le problème de l'antériorité de l'invention.

51. L'antériorité. – Celle-ci résulte de la publicité de l'invention avant le dépôt de la demande de brevet. Dès lors que l'invention relève ou est "tombée" dans le domaine public ou dès lors que l'inventeur effectue lui-même une divulgation avant le dépôt de sa demande

⁵⁹ Site Internet de l'IRPI (Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle).

⁶⁰ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.143.

de brevet, et ce, quelque soit le moyen de communication, l'invention sera mise à la disposition du public et ne pourra plus être protégée en tant qu'invention nouvelle ; en effet, cette antériorité sera destructrice de la nouveauté.

En somme, dans le domaine de la parfumerie, cette exigence de nouveauté sera facilement remplie puisque, dès lors qu'un jus ou une formule de parfum ne se retrouve pas à l'identique dans les produits déjà fabriqués et commercialisés, il y aura nouveauté.

52. Une activité inventive. – L'article L.611-14 du CPI dispose qu'une invention est considérée comme impliquant une activité inventive lorsqu'elle ne découle pas d'une manière évidente, pour un **homme du métier**, de l'état de la technique.

Par conséquent, relevant du pouvoir d'appréciation des juges du fond, le caractère inventif de l'invention est recherché par comparaison entre l'invention et ce qui existe déjà dans le domaine technique concerné. Le caractère inventif est généralement retenu lorsque l'invention procure un avantage économique, lorsqu'elle réalise un progrès technique important, lorsqu'elle résulte de techniques nouvelles, lorsqu'elle résulte d'une combinaison nouvelle de moyens connus, lorsque le résultat de cette invention est surprenant, lorsque l'invention n'apparaît pas comme le résultat d'une simple application des connaissances de l'homme du métier⁶¹ ... Il ressort de ces deux derniers exemples que les formules des eaux fraîches et des eaux de Cologne auront peut être plus de difficultés à répondre à cette exigence d'activité inventive. De l'ensemble de la jurisprudence découle un principe : l'activité inventive suppose et suppose seulement la non-évidence –qui doit être caractérisée– si faible que soit l'effort de création⁶².

A noter qu'il peut est « délivré par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), à la requête de toute personne intéressée ou sur réquisition de toute autorité administrative, un avis documentaire citant les éléments de l'état de la technique pouvant être pris en considération pour apprécier, au sens des articles L. 611-11 et L. 611-14, la brevetabilité de l'invention », conformément à l'article L612-23 du CPI.

53. Une invention susceptible d'application industrielle. – Conformément à l'article L.611-15 du CPI, « une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». Au sens des directives relatives au brevet européen, le terme « industrie » s'entend comme l'exercice de toute activité physique à caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève

⁶¹ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.176 et 177.

⁶² Notamment TGI Paris, 30 septembre 1976, Dossiers Brevets 1977, IV, 8 ; Com. 4 janvier 1994, PIBD 1994, 563, III, p.171.

du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts ; qui implique également la recherche d'un but lucratif excluant alors la mise en œuvre de l'invention dans un cadre strictement privé ou à titre personnel⁶³.

Le domaine de la parfumerie répond incontestablement à cette exigence d'application industrielle.

Il est possible de remarquer que les termes « susceptible » d'application industrielle et « ou » à propos de l'aptitude de l'invention à la fabrication ou à l'utilisation, employés par l'article, permettent d'appliquer la protection conférée par le brevet aux produits intermédiaires, à condition toutefois de répondre également aux autres exigences posées par les textes.

Dès lors que les conditions d'accès à la protection par le brevet ainsi que l'objet de la protection sont bien définis, il n'existe aucune difficulté à appliquer le droit des brevets aux parfums.

B) La place du brevet en matière de protection juridique des parfums

Aucune contestation n'est soulevée lorsque l'élément brevetable relève de l'acception large de la notion de parfum et répond aux conditions d'accès à la protection (1) ; il en va différemment lorsque l'élément brevetable renvoie à l'acception étroite du parfum (2).

1) Les éléments périphériques dérivant de l'acception large du parfum

54. Les accessoires techniques. – La protection par le droit des brevets n'amène à aucune contestation s'agissant des accessoires du parfum, accessoires qui font partie intégrante de l'acception large du terme parfum. En conséquence, le vaporisateur par exemple, né au XIX^e siècle, dont le mécanisme était une véritable découverte à cette époque et qui apportait une solution à un problème technique, celui de la pulvérisation en fines gouttelettes d'un parfum, n'est pas contesté en tant qu'objet brevetable.

55. Les procédés techniques d'extraction. – Il en est de même des procédés destinés à produire des substances odorantes ou à en améliorer la qualité⁶⁴. Il en a été ainsi des procédés permettant d'extraire les essences tels les procédés de distillation à vapeur d'eau, de

⁶³ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.152.

⁶⁴ J. Sainte Rose, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2558 du 2 et 3 Août 2006.

rectification à basse température, de l'enflourage à froid ou à chaud ou encore ceux permettant l'extraction des essences par solvants.

56. Les composants du jus. – Aussi, les nouveaux composants odorants sont brevetables. Par conséquent, tout matériau relevant de la création technique peut faire indéniablement l'objet d'un brevet. Ainsi, les produits de synthèse sont brevetables et il est possible de citer le brevet Baur portant sur du musc synthétique, le brevet Tiemann portant sur l'ionone⁶⁵ ou encore le brevet Erox portant sur les phéromones⁶⁶.

Ce qui pose quelques difficultés en matière de brevet est la confusion effectuée entre les termes de formule, jus et fragrance.

2) Les éléments relevant de l'acception étroite du parfum

57. Le jus. – Le jus est un produit brevetable mais, comme nous venons de le voir, qu'au travers de ses composants de synthèse.

58. La formule, élément brevetable – Sachant qu'un produit ou procédé brevetable inclut un degré plus ou moins important de savoir-faire, ce dernier est d'ailleurs souvent considéré comme l'accessoire d'un objet brevetable⁶⁷, la formule d'un parfum peut être protégée par le dépôt d'une demande de brevet lorsque ladite formule contient une combinaison chimique nouvelle par exemple, qui ne relève pas de l'évidence, qui ne se retrouve pas à l'identique dans les produits déjà fabriqués et commercialisés ; formule qui procurera un avantage économique ou bien encore lorsque le résultat de cette formule est surprenant.

59. Le résultat de la formule. – La formule d'un parfum n'est autre chose qu'une technique industrielle élaborée en laboratoire⁶⁸. Or, il est de principe que le résultat d'un produit ou d'un procédé technique n'est pas protégeable par le droit des brevets. Il est donc permis de déduire que la formule chimique, sorte de "recette" protégeable du parfum, a pour résultat une fragrance et que ce résultat non protégeable par le droit des brevets, est dissociable du procédé qui lui a permis de se concrétiser.

60. Une dissociation formule-fragrance. – Cette dissociation permet d'apporter un éclaircissement sur l'idée qui ressortait de la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris

⁶⁵ J.-P. Pamoukdjian, « Le droit du parfum », LGDJ, 1982, p.377.

⁶⁶ P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006, p.3.

⁶⁷ P. Mathély, « Le nouveau droit français des brevets d'inventions », Journal des Notaires et des Avocats, p.42.

⁶⁸ J. Sainte Rose, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2557 du 2 et 3 Août 2006.

du 26 janvier 1978⁶⁹ aux travers de ses termes confus (en rapport avec l'exigence d'une activité inventive) puisque, selon cette décision, « l'odeur d'un parfum résultant d'une combinaison, dans certaines proportions, de produits odorants naturels ou chimiques déjà connus ; les parfums pouvaient facilement découler de l'état de la technique pour tout homme de l'art "normalement compétent" », concluant alors qu'un nouveau parfum ne constituait nullement un apport technique à l'état de la technique⁷⁰.

61. – Cette dissociation étant démontrée par l'impossibilité de breveter une fragrance puisque celle-ci, en tant qu'odeur, ne répond pas aux conditions sus-étudiées ouvrant droit à un dépôt de brevet, ainsi que par le principe qu'un résultat d'un produit ou procédé technique (différent de son application) n'est jamais brevetable ; la fragrance, ne formant donc pas un amalgame avec la formule, est dès lors un élément à part entière. Ce constat est important puisqu'il permettra, ultérieurement, de nuancer la formulation lapidaire des Hauts Magistrats dans leur décision du 13 juin 2006 relative à la non protection de la fragrance par le droit d'auteur⁷¹.

Après avoir défini les conditions ouvrant droit à la protection d'une invention brevetable, il convient à présent d'aborder les effets d'une telle protection.

II / LES EFFETS DE LA PROTECTION PAR LE BREVET

A) Les droits attachés au brevet

Dès lors que les conditions sont réunies et les formalités valablement accomplies, le titulaire d'un brevet détient de larges prérogatives (1) mais il doit également observer certaines obligations qui découlent de ses droits (2).

1) Les prérogatives du breveté

62. Jouissance d'un monopole d'exploitation. – Le brevet confère un droit exclusif sur l'invention qui permet à son titulaire d'interdire tout acte d'exploitation de celle-ci sans son consentement.

⁶⁹ TGI Paris 26 janvier 1978, PIBD 1978, 222, III, p.349.

⁷⁰ J. Lesueur, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2560 du 2 et 3 Août 2006.

⁷¹ 1^{ère} Civ. 13 juin 2006, n° de pourvoi : 02-44.718.

63. Durée de 20 ans. – Ce droit privatif, qui se limite au territoire national, prend effet à la date du dépôt. Sa durée est de vingt ans maximum, sous réserve de payer régulièrement les annuités.

64. Extension de la protection au-delà du territoire national. – Si le breveté souhaite étendre la protection de son invention à l'étranger, ses démarches relatives à l'extension de la protection seront facilitées par les Conventions de l'Union de Paris, celle de Munich sur le brevet européen et le Traité de Washington pour toute demande internationale de brevet.

65. L'étendue de la protection. – L'étendue de la protection est déterminée par le contenu des revendications, éventuellement interprétées en tenant compte des descriptions et des dessins que contient la demande de brevet.

66. Détermination des prérogatives du breveté. – Conformément aux articles L.613-3 et L.613-4 du CPI, l'exclusivité de l'exploitation du brevet permet à son titulaire d'interdire la fabrication, l'utilisation, la vente ou la détention de son produit ou de son procédé breveté ; l'importation d'objets en violation d'un brevet français (alors que la fabrication faite à l'étranger en violation du brevet français n'est pas condamnable en France) ; la mise dans le commerce sous une autre forme que la vente ou la mise en vente (notamment sous forme de location ou de prêt) d'un objet fabriqué par le breveté ; la livraison à un contrefacteur de moyens permettant la mise en œuvre d'une invention brevetée.

Toutefois, ces prérogatives sont la contrepartie d'obligations dont doit s'acquitter le titulaire du brevet.

2) Les obligations attachées aux prérogatives

67. Paiement d'annuités. – Le breveté doit payer les annuités dont le montant s'accroît au fur et à mesure que le brevet avance en âge ; à défaut il perd ses droits sur le brevet (article L.613-22 du CPI). A noter qu'un délai de grâce de six mois peut être accordé pour le paiement de la redevance annuelle mais moyennant le paiement d'une surtaxe de retard.

68. L'obligation d'exploitation. – Le breveté a l'obligation d'exploiter l'invention, à défaut, une licence obligatoire pourrait être octroyée à un tiers. Ainsi, le brevet doit être exploité soit dans un délai de trois ans à compter de sa délivrance, soit dans un délai de quatre ans à compter du dépôt de la demande ; à savoir qu'en principe, c'est le délai le plus favorable

au breveté qui sera retenu. Cette obligation d'exploiter l'invention découle de la volonté de l'État de faire profiter la société de l'invention.

69. – L'exploitation doit être suffisante, c'est-à-dire correspondre à un effet normal de fabrication sur l'un des territoires de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Si le breveté ne peut faire valoir aucune excuse légitime (force majeure, obstacle économique, juridique, technique...), tout intéressé pourra se voir concéder une licence obligatoire par le tribunal de grande instance (articles L.613-11 et suivants du CPI).

Dès lors que le breveté s'acquitte de ses obligations, le brevet lui confère un droit privatif exclusif que les tiers sont contraints de respecter. En cas de manquement au respect dudit monopole, le titulaire du brevet possède une arme de défense.

B) La défense du droit appartenant au titulaire d'une invention brevetée

Au préalable, il convient de préciser la notion de titulaire d'un brevet (1) pour ensuite envisager les moyens de défense de ses droits (2).

1) Le titulaire du brevet

70. Le propriétaire. – Le propriétaire d'un brevet peut exploiter ce dernier personnellement ou en autoriser l'exploitation à des tiers par une cession ou une licence.

71. Dans le cas d'un contrat de cession. – Dans le cas d'un contrat de cession, qui vaut vente d'un bien, la propriété du brevet et l'ensemble des droits et obligations qui s'y attachent seront transférés au cessionnaire en contrepartie du paiement d'un prix.

72. Dans le cas d'un contrat de licence. – Quant au contrat de licence, qui s'apparente à la location d'un bien, le déposant conserve la propriété de son brevet mais en accorde l'exploitation au licencié en contrepartie d'une redevance.

73. Dans le cas d'une copropriété. – Lorsque plusieurs personnes concourent à la réalisation d'une invention en dehors de tout contrat, cette invention leur appartient en copropriété. Le Code de la propriété intellectuelle institue un régime général de copropriété d'une demande de brevet ou de brevet aux articles L.613-29 et suivants du CPI.

74. Dans le cas d'une invention de salariés. – Les inventions de salariés bénéficient, à défaut de stipulations contractuelles plus favorables, d'un régime spécial énoncé à l'article

L.611-7 du CPI. Ainsi la loi distingue les inventions de mission appartenant à l'employeur, réalisées par le salarié dans l'exécution soit de son contrat de travail comportant une mission inventive, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, et qui ouvrent droit à une rémunération supplémentaire au bénéfice du salarié ; et les autres inventions, qui appartiennent en principe au salarié, à moins qu'elles aient été réalisées durant les heures de travail ou par des moyens propres à l'entreprise. Dans cette hypothèse, l'employeur peut se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention du salarié, moyennant le versement d'un juste prix.

2) Les atteintes portées aux droits du propriétaire d'un brevet

75. Un acte de contrefaçon. – Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet constitue une contrefaçon qui engage la responsabilité de son auteur, à charge pour le demandeur à l'action de prouver la contrefaçon par tous moyens et d'agir dans un délai de trois ans à compter des faits qui en sont la cause.

76. – Ainsi, tout acte d'exploitation de l'une des inventions brevetées effectué sans le consentement du breveté constitue une contrefaçon. Cet acte d'exploitation se définit aussi bien par la fabrication, l'importation ou la commercialisation de l'invention (produit ou procédé).

77. – Par conséquent, l'action en contrefaçon est exercée par le propriétaire du brevet. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du brevet n'exerce pas cette action. A noter également dans le cas d'une copropriété que chaque copropriétaire peut exercer une action en contrefaçon après avoir notifié l'assignation aux autres copropriétaires mais chacun d'eux ne pourra demander réparation que dans la limite de ses droits.

78. Effets de l'action en contrefaçon : une action civile. – Par le biais de cette action exercée par le titulaire d'un brevet victime d'actes de contrefaçon, le tribunal pourra interdire la poursuite des actes de contrefaçon, le cas échéant sous astreinte ; ordonner la confiscation des objets contrefaisants, éventuellement celle des moyens ayant permis la réalisation de la contrefaçon ; fixer le montant de l'indemnisation destinée à réparer le préjudice subi du fait de la contrefaçon (gains manqués, trouble commercial, frais du procès...), soit encore ordonner la publication de sa décision dans la presse ou dans les locaux du contrefacteur.

Le propriétaire du brevet détient également la possibilité d'exercer une action pénale.

79. Une action pénale. – La victime du contrefacteur, par le biais d'une action pénale, pourra obtenir du tribunal que soit prononcé, outre l'interdiction de poursuivre les actes illicites, éventuellement sous astreinte, ou la confiscation des objets contrefaisants et des instruments ayant permis la contrefaçon, ainsi que la publication de sa décision ; la sanction du comportement du contrefacteur. Par conséquent, « quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet est puni d'une amende de 7 500 euros. En cas de récidive -lorsqu'il a déjà été rendu une condamnation pour le même délit contre le prévenu dans les cinq années antérieures- l'amende peut être portée au double » (article L.615-12 du CPI). Les actes de contrefaçon, quant à eux, sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ; peines portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende lorsque le délit a été commis en bande organisée (article L.615-14 du CPI). A noter que, en cas de récidive pour chacun des cas prévus par l'article L.615-14 du CPI, les peines encourues sont portées au double.

« Les coupables peuvent, en outre, être privés pendant un temps qui n'excédera pas cinq ans du droit d'élection et d'éligibilité pour les tribunaux de commerce, les chambres de commerce et d'industrie et les chambres de métiers, ainsi que pour les conseils de prud'hommes » (article L.615-14-1).

80. Les tribunaux. – Les actions en contrefaçon de brevet ainsi que les actions mettant en jeu une contrefaçon de brevet et une question de concurrence déloyale connexe, sont de la compétence exclusive du tribunal de grande instance (article L.615-19 du CPI).

Quant à l'action pénale, celle-ci doit être intentée devant le tribunal correctionnel.

Il convient de préciser que les tribunaux apprécient la contrefaçon en tenant compte des ressemblances et non des différences de détails puisque la contrefaçon consiste dans la reproduction des éléments essentiels de l'invention.

En conclusion : 81. – Deux praticiens du droit, Pierre Breese⁷² et Arnaud Michel⁷³, émettent quelques réticences envers ce moyen juridique de protection et estiment, d'une part, que « la formule ne répond pas aux critères de brevetabilité puisqu'une invention n'est brevetable que lorsqu'elle ne découle pas de façon évidente de l'état de la technique ; une invention devant correspondre à une contribution technique dépassant la simple adaptation de moyens techniques connus, pour produire un effet technique nouveau, un résultat de nature technique

⁷² P. Breese, « La parfumerie doit-elle se protéger ? », Parfums cosmétiques actualités, n°141, juin-juillet 1998.

⁷³ A. Michel, « Les droits de propriété intellectuelle sont-ils applicables à la protection des odeurs ? », Paris, Conférence du 20 février 1997.

et non pas esthétique, dès lors la création en matière de parfumerie ne répond pas à une finalité technique, mais esthétique⁷⁴ » ; d'autre part, que le brevet peut être inadapté à la protection du parfum puisque la durée de la protection est limitée à 20 ans⁷⁵ ; enfin que lors du dépôt de la demande de brevet à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI), il y a divulgation de la formule.

82. – S'agissant de la première critique, il est possible de faire remarquer que la notion "état de la technique" n'est autre chose que le critère de nouveauté par rapport aux antériorités existantes, notion qui ne pose donc pas de difficulté ; que, comme nous avons pu le constater, la jurisprudence interprète avec souplesse la condition d'activité inventive dont découle le principe de « non-évidence » et qu'enfin, il conviendrait à nouveau de bien dissocier les applications d'un produit ou procédé technique, du résultat obtenu (plus ou moins directement par ailleurs puisque la fragrance ne serait-elle pas plutôt le résultat direct du produit brevetable qu'est le jus ?) Par conséquent, la fragrance, en tant que résultat d'un produit ou d'un procédé technique, n'est pas brevetable mais n'empêche nullement la possibilité de breveter une formule ou un jus sous certaines conditions comme nous l'avons vu précédemment. Et c'est cette fragrance qui est susceptible de donner au "parfum" sa qualité de création esthétique, de création artistique...

83. – S'agissant de la seconde critique, bien que le parfum ait une durée de vie supérieure à 20 ans pour certains auteurs, il convient tout de même de rappeler que 10 % à 15 % des nouveautés disparaissent à tout jamais dans les deux ans qui suivent leurs sorties⁷⁶.

84. – Cette remarque quant à la durée limitée de la protection à 20 ans, rejoint également la troisième critique relative à la divulgation de la formule. Ainsi, pour reprendre le noms de grands parfums tels *N°5* de Chanel créé en 1921, *Mitsouko* ou *Shalimar* de Guerlain créés respectivement en 1919 et 1925, *Femme* de Rochas créé en 1944 ou encore *Miss Dior* créé en 1947, ne peut-on penser que les consommatrices fidèles à ces sublimes créations le sont tout autant à la marque et au prestige qu'entourent ces grands parfums ? Et nous soutiendrons encore l'idée que ces fragrances, véritables mythes de la parfumerie, effectivement originales, pourraient prétendre à la protection conférée par le droit d'auteur ; d'autant que rien n'empêche le cumul des protections offertes par le droit des brevets (pour les aspects

⁷⁴ P. Breese, « Le droit du parfum », p.8, 1^{er} octobre 2005, site Internet.

⁷⁵ Mémoire de M. Dubarry, « La protection juridique d'une fragrance », 1998-1999, Univ. de Toulouse 1, p.17 et 18.

⁷⁶ Emission C'est Notre Affaire, « Parfum, luxe et marketing », France 5, 23 juin 2005.

techniques du parfum) et par le droit d'auteur (pour la forme olfactive dudit parfum)⁷⁷, et que, ce qui fait le parfum, en d'autres termes son élément principal, c'est sa fragrance.

Hors les quelques remarques tenant à l'acception étroite de la notion de parfum et la confusion de ses éléments qui, une fois dissociés lève toutes difficultés, la protection par le brevet est communément admise en pratique⁷⁸. Il en est de même des créations ornementales du parfum et des signes distinctifs constituant la marque dont la protection est admise sans contestation.

CHAPITRE II : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE ET D'UN SIGNE DISTINCTIF

La protection d'une création ornementale se trouve à la croisée de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique⁷⁹. Nonobstant cela, il est unanimement reconnu par tous les acteurs du monde juridique qu'une création ayant un objet utilitaire exprimé sous une forme esthétique est protégeable par le droit des dessins et modèles (Section 1). De même, dès lors qu'un signe distinctif permet à la clientèle de reconnaître les parfums de telle ou telle société, ce signe sera protégeable par le droit des marques (Section 2).

SECTION 1 : LA PROTECTION D'UNE CREATION ORNEMENTALE PAR LE DROIT DES DESSINS ET MODELES

Précédant les effets conférés par le droit des dessins et modèles (II), il convient d'aborder les conditions auxquelles devra répondre la création ornementale pour bénéficier d'une telle protection (I).

⁷⁷ P. Breese, « Une fragrance constitue-t-elle une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur ? », p.5, Site Internet.

⁷⁸ La S.A GLB Molinard, Parfumeur à Grasse depuis 1849, protège essentiellement ses parfums par le droit des brevets, dont leur célèbre « *Habanita* » crée en 1921 composé de plus de 300 essences... Et toujours inégalé !

⁷⁹ H. Gaumont-Prat, « Droit de la propriété intellectuelle », avril 2005, Litec, p. 111.

I / L'ACCES A LA PROTECTION DU DROIT DES DESSINS ET MODELES

Avant d'aborder les conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de la protection réservée aux dessins et modèles (B), il convient d'envisager la notion même de « dessin et modèle », préalable à toutes autres conditions (A).

A) La notion de dessin et modèle, objet de la protection

85. – Depuis l'Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, transposant la Directive communautaire n° 98/71 du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins et modèles, ayant pour finalité l'harmonisation des droits national et communautaire, la distinction entre dessin ou modèle semble désormais vidée de son intérêt puisque « la protection des dessins et modèles s'applique à toute apparence d'un objet ou d'une partie d'objet »⁸⁰. Pour mémoire, le dessin est une forme à deux dimensions tel l'assemblage de traits ou de couleurs opéré sur une surface quelconque et produisant un effet décoratif ou visuel particulier, alors que le modèle désigne une forme à trois dimensions tel un emballage, un flacon.

86. – Par conséquent, conformément à l'actuel article L.511-1 du CPI, le dessin ou modèle est constitué par l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux ; et doit être regardé comme un produit tout objet industriel ou artisanal tels les pièces conçues pour être assemblées en un produit complexe, les emballages, les présentations, les symboles graphiques et les caractères typographiques (à l'exclusion des programmes d'ordinateur).

Il ressort alors de cette définition deux termes importants : l'apparence et le produit.

87. Notion d'apparence. – Cette notion recouvre « toutes les manifestations de formes et d'aspects possibles d'un objet, pour autant qu'elles soient perceptibles aux yeux » et même si « la loi évoque la texture ou les matériaux d'un produit, éléments accessibles au sens du toucher⁸¹ », c'est leur aspect visuel qui prime dans ce droit des dessins et modèles.

88. Notion de produit. – Le produit sera une création naissant d'une activité quelconque de l'homme et qui résultera de l'intervention de ce dernier.

⁸⁰ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.653.

⁸¹ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.653.

Malgré ces définitions larges, le Code de la Propriété Intellectuelle procède à quelques exclusions.

89. Les créations exclues de la protection par dessin ou modèle. – Il en est ainsi des apparences dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit (article L.511-8-1° du CPI), dans ce cas, seule une protection par le droit des brevets d'invention peut être envisagée si les conditions de brevetabilité sont réunies ; de même l'exclusion concerne les modèles d'interconnexion mécanique, autrement dit, les raccords ou pièces mécaniques interchangeables ou interconnectables, en somme, les formes des pièces d'assemblage (article L.511-8-2° du CPI) ; les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (article L.511-7 du CPI) ou encore l'apparence d'un logiciel (article L.511-1 du CPI).

Dès lors que nous sommes en présence d'un dessin ou modèle, faut-il encore que celui-ci réponde aux conditions posées par ce droit spécifique afin de pouvoir bénéficier de la protection qu'il confère.

B) Les conditions ouvrant droit à la protection

90. – Pour accéder à la protection, au-delà de la nécessité d'être visible, le dessin ou modèle doit être nouveau et présenter un caractère propre (article L.511-2 du CPI). Ces conditions cumulatives sont suffisantes depuis 2001 ; en effet, les caractères de recherche esthétique et d'ornement du produit ne sont plus exigés en tant que tels.

91. Un caractère visible. – Cette nécessité fait référence aux caractères apparent et concret de l'objet qui eux-mêmes renvoient aux sens de la vue et du toucher. Aussi, dès lors que l'objet est une pièce (donc visible lors de sa mise en vente) qui est destinée à être incorporée dans un produit complexe (c'est-à-dire composé de pièces multiples qui peuvent être remplacées), à l'intérieur duquel ladite pièce ne sera plus visible pour le consommateur en situation normale d'utilisation, cet objet ne sera plus protégeable par le droit des modèles (article L.511-5 du CPI). De rares décisions émanant des juridictions du fond estimaient que le caractère apparent du modèle s'appréciait lors de l'offre en vente de la pièce mais non lors de l'offre en vente du produit dans lequel la pièce était incorporée. Il en fut ainsi décidé par la Cour d'appel de Douai pour un flacon de recharge de parfum le 9 mai 2003. Toutefois, cette tendance jurisprudentielle s'avèrerait contraire aux dispositions de l'article L.511-5 du CPI.

C'est pourquoi la Cour de cassation a, le 20 février 2007, désormais consacré l'interprétation légale en se référant à l'appréciation du caractère du produit au moment de l'offre en vente pour l'utilisateur final⁸².

92. Un caractère nouveau. – L'article L.511-3 du CPI énonce que le dessin ou modèle est nouveau si, à la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. La nouveauté doit donc être entendue comme l'absence de divulgation d'un dessin ou modèle identique.

93. La divulgation. – Un dessin ou modèle est réputé divulgué s'il a été rendu accessible au public par tout moyen notamment par une publication, une exposition ou un usage commercial, antérieurement à la date du dépôt de la demande envisagée ou de la priorité revendiquée.

Cependant, il n'y a pas divulgation lorsque le dessin ou modèle n'a pu être raisonnablement connu, selon la pratique courante des affaires dans le secteur intéressé, par des professionnels exerçant leur activité dans la Communauté européenne.

94. Antériorités privées d'effet destructeur de la nouveauté. – Aussi, bien que représentant une divulgation, certaines d'entre elles, de par la loi, sont privées de tout effet destructeur de la nouveauté (article L.511-6 du CPI).

Il en va ainsi de la divulgation faite à un tiers sous condition, implicite ou explicite, de secret ; celle intervenue dans les douze mois précédant la date du dépôt de la demande d'enregistrement, lorsqu'elle est le fait soit du créateur lui-même, soit d'un tiers, à partir d'informations fournies ou d'actes accomplis par le créateur ; enfin, la divulgation qui est la conséquence d'un abus ou d'une fraude, à condition que le dépôt de la demande d'enregistrement du dessin ou modèle soit effectué dans les douze mois qui la suivent.

Il est vivement conseillé, afin d'éviter des litiges ultérieurs, de procéder à une recherche d'antériorités qui permettra ainsi au déposant de s'assurer que le dessin ou modèle est bien nouveau et ne porte pas atteinte aux droits de tiers. En effet, l'INPI, lors de la procédure d'enregistrement, ne procède à aucune recherche de ce type. En effet, l'Administration n'effectue qu'une vérification de la régularité formelle du dossier et de la conformité de la demande à l'ordre public et aux bonnes mœurs mais aucun contrôle relatif à la nouveauté ou au caractère propre du dessin ou modèle. Aussi le titre, pourtant enregistré, pourra-t-il faire l'objet d'une annulation devant les tribunaux.

⁸² Ph. Rodhain, « Dessins & Modèles : fini de jouer à cache-cache ! », Analyse publiée sur le Site Internet "Legalbiznext", 3 juillet 2007.

95. Un dessin ou modèle identique. – La similitude exigée du dessin ou modèle à une antériorité s’apprécie au regard des ressemblances des objets comparés, desquelles se déduit une identité absolue ou une quasi-identité desdits objets. En somme, un dessin ou modèle est considéré comme identique à l’antériorité lorsque ses caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants, c’est-à-dire par des variations et modifications secondaires.

96. Un caractère propre. – Le dessin ou modèle doit encore avoir un caractère propre (article L.511-4 du CPI).

Cette exigence est remplie lorsque le dessin ou modèle concerné suscite chez l’observateur averti une impression visuelle d’ensemble qui diffère de celle produite par les dessins ou modèles antérieurs. Autrement dit, l’impression de “déjà vu” exclut le caractère propre.

97. L’observateur averti. – Cette personne, se tenant « entre l’homme de l’art propre au brevet et le consommateur d’attention moyenne propre aux marques⁸³ » est défini par la jurisprudence comme « un utilisateur doté [...] d’une vigilance particulière, que ce soit en raison de son expérience professionnelle ou de sa connaissance étendue du secteur considéré⁸⁴ ».

98. Une impression visuelle d’ensemble. – Pour apprécier le caractère propre du dessin ou modèle concernée, il convient de se référer à une impression globale du produit et non à chacun de ses éléments pris isolément. Il a donc déjà été jugé pour déterminer le caractère propre d’un emballage de parfum que « le propre d’un parfum est d’être offert à la vue de celui qui veut l’acquérir et l’utiliser ; dès lors le fait de cacher totalement ledit parfum dans son emballage pour créer une impression de mystère donne à ce dernier une physionomie nouvelle⁸⁵ ».

99. – Nonobstant cela, il est tout de même tenu compte de la liberté laissée au créateur dans sa réalisation (article L.511-4, al.2 du CPI). Ainsi par exemple, la liberté d’un créateur de flacon de parfum sera nécessairement réduite, car cet objet devra invariablement comporter un bouchon et avoir une forme qui lui permettra de contenir le précieux liquide d’autant que l’expression du parfum peut se trouver affectée par la forme du flacon⁸⁶ ...Par conséquent, les quelques différences qui existent entre le nouveau modèle et tout autre modèle divulgué antérieurement prennent toutes leur importance. En d’autres termes, plus la liberté du créateur est limitée par des contraintes techniques ou commerciales, plus les petites différences ou les

⁸³ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.660.

⁸⁴ TGI Paris 15 février 2002, Rev. Propr. Intell. 2002, n°80 ; CA Douai 11 mars 2004, PIBD 2004, n°792, III, p.487.

⁸⁵ TGI Paris 15 février 2002, Rev. Propr. Intell. 2002, n°80, précité.

⁸⁶ J.-Ch. Galloux, « Profumo di diritto – Le principe de la protection des fragrances par le droit d’auteur » Recueil Dalloz 2004, p.2644.

variations légères seront prises en compte pour l'appréciation de l'impression visuelle d'ensemble du dessin ou modèle nouvellement créé.

Une fois que la demande déposée est acceptée, l'enregistrement du dépôt du dessin ou modèle produit des effets protecteurs dont le titulaire de ce droit spécifique peut se prévaloir.

II / LES CONSEQUENCES DE LA PROTECTION PAR LE DROIT DES DESSINS ET MODELES

100. – C'est en principe au créateur du dessin ou modèle qu'est accordée la protection conférée par ce droit spécifique. Toutefois, la qualité de créateur n'étant pas vérifiée par l'INPI, le titulaire de la demande d'enregistrement, personne physique ou moral, est présumé avoir droit à la protection du dessin ou modèle. Cette protection qui s'acquiert par l'enregistrement est importante puisqu'elle confère à son titulaire un droit de propriété (A) dont il peut assurer la défense par l'action en contrefaçon (B).

A) Les effets de la protection du droit des dessins et modèles

101. Bénéfice de la protection qu'après paiement de redevances. – Le titulaire d'une protection dégagée par le droit des dessins et modèles ne pourra se prévaloir de celle-ci qu'après s'être acquitté régulièrement de redevances. Ces dernières se décomposent d'une redevance fixe de dépôt et d'une redevance qui varie en fonction du nombre et de la nature des reproductions des dessins et modèles.

102. – Il existe une procédure de dépôt simplifié pour les industries qui renouvellent fréquemment l'apparence de leurs produits⁸⁷, comme les industries de la mode dont dérive la parfumerie. En effet, les magistrats eux-mêmes ont affirmé « qu'une tendance générale à la diversification a amené de grands couturiers à créer des bijoux et des parfums⁸⁸ ».

Il résulte de cette procédure simplifiée des formalités allégées et une redevance due moins élevée que pour le dépôt classique.

103. Effet et durée du dépôt en France. – Conformément aux articles L.511-9 et L.513-1 du CPI, l'enregistrement du dessin ou modèle confère à son titulaire un monopole

⁸⁷ Site Internet de l'INPI.

⁸⁸ Com. 16 janvier 1990, n° 88-10856.

d'exploitation pour une période de cinq années, période qui peut être prorogée tous les cinq ans jusqu'à la durée maximale de 25 ans.

104. – Pour mémoire, la durée maximale prévue par le droit antérieur à la transposition de la Directive communautaire de 1998 par l'Ordonnance de 2001 était de 50 ans.

105. Protection en dehors du territoire national⁸⁹. – Alors que le déposant français acquiert une protection qui diffuse ses effets sur l'ensemble du territoire national, un dessin ou modèle communautaire peut bénéficier d'une protection unitaire sur tout le territoire de l'Union européenne après en avoir fait la demande auprès de l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) ou de l'INPI. Pour une protection envisagée dans plusieurs pays qui n'appartiennent pas tous à l'Union européenne, le dépôt de la demande devra être effectué soit auprès des offices nationaux de chacun des pays où le titulaire souhaite protéger son dessin ou modèle, soit auprès de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). A noter que le dépôt international permet, par le biais d'une procédure centralisée, d'obtenir une protection dans plusieurs pays.

106. Etendue de la protection. – La protection conférant un droit privatif traduit par un monopole d'exploitation, permet au propriétaire du dessin ou modèle protégé d'interdire à quiconque, sans son autorisation, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant son dessin ou modèle (article L.513-4 du CPI).

107. Quelques limites légales. – Cependant, le propriétaire ne pourra interdire les actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales ; pas plus que les actes accomplis à des fins expérimentales ; ou encore les actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement, si ces derniers actes, cumulativement, mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire des droits, sont conformes à des pratiques commerciales loyales et ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin ou modèle (article L.513-6 du CPI).

Même s'il existe quelques limites aux droits dont jouit le titulaire d'un dessin ou modèle protégé, le monopole d'exploitation demeure une large protection dont toute violation par un tiers non autorisé, amène le propriétaire à défendre son droit privatif.

⁸⁹ Site Internet de l'IRPI.

B) La défense du droit appartenant au titulaire d'un dessin ou modèle protégé

Dès lors que les droits du propriétaire sont violés par des actes constitutifs de contrefaçon, ledit propriétaire pourra engager une action dite en contrefaçon.

108. Une nécessité : la publicité du dépôt. – Au préalable, il convient de préciser qu'un dessin ou modèle déposé n'est opposable, dans le cadre d'une action en contrefaçon, qu'à compter de sa date de publicité. Si le dessin ou modèle a été déposé au secret, le titulaire devra tout d'abord faire procéder à la publicité de ce produit avant d'intenter toute action en contrefaçon, sauf s'il parvient à rapporter la preuve que le contrefacteur était de mauvaise foi.

109. La contrefaçon. – Ce délit correctionnel et fait générateur de responsabilité civile s'apprécie selon les ressemblances et non selon les différences.

Il n'est pas non plus nécessaire que soient reproduits tous les éléments constituant le produit ; en effet, une contrefaçon peut être partielle dès lors que la reproduction illicite porte sur les éléments caractéristiques du dessin ou modèle protégé. Par ailleurs, il y a également contrefaçon à reproduire une partie seulement d'un tout, telle la reproduction de stries d'un bouchon ou flacon de parfum protégé. De plus, le changement de support, de matière ou de destination est indifférent. Il a donc été reconnu par les magistrats que « le fait de reproduire sur des tee-shirts des flacons de parfums constitue la contrefaçon de ces modèles⁹⁰ ».

Dès lors que de tels actes sont constitués, l'action en contrefaçon peut être intentée.

110. Le titulaire de l'action en contrefaçon. – Cette action est naturellement réservée à la personne qui détient les droits sur le dessin ou modèle ; il peut donc s'agir du créateur, du titulaire du dépôt ou bien du cessionnaire qui a acquis les droits d'exploitation par un contrat de cession comme c'est souvent le cas en matière de créations de flaconnages⁹¹. En revanche, le licencié, même exclusif, ne peut pas agir en contrefaçon puisqu'un tel contrat ne permet à ce tiers que l'utilisation et l'exploitation du dessin ou modèle concerné mais la propriété demeure au déposant.

111. – Selon l'article L.513-3 du CPI, « tout acte modifiant ou transmettant les droits attachés à un dessin ou modèle déposé n'est opposable aux tiers que s'il a été inscrit au Registre national des dessins ou modèles » tenu par l'INPI. À défaut, il ne sera pas possible pour celui qui a acquis un dessin ou modèle régulièrement d'intenter une action en contrefaçon.

⁹⁰ CA Paris 19 mars 1992, PIBD 1992, p.444.

⁹¹ P. Breese, « La création d'un parfum enfin protégée », 1999, Site Internet.

112. – Des poursuites peuvent également être engagées par des syndicats professionnels, lorsque les intérêts de la profession qu'ils représentent sont en jeu, ou par des sociétés de gestion collective.

113. La charge de la preuve. – En plus d'avoir la qualité pour agir, faut-il encore que le propriétaire d'un dessin ou modèle protégé prouve les actes faits en fraude de ses droits pour intenter une action en contrefaçon recevable mais tous les moyens de preuve sont admis pour établir la contrefaçon. Il pourra donc se prévaloir d'un exemplaire contrefaisant, d'un constat d'achat dressé par un huissier, d'un catalogue ou document commercial mis à la disposition du public, d'un article de presse rendant compte de la commercialisation du dessin ou modèle contrefaisant, ou encore de l'aveu du contrefacteur pour exemple.

114. La saisie-contrefaçon. – Cependant, la preuve de la contrefaçon a été davantage facilitée par la mise en place d'une procédure de saisie-contrefaçon (article L.521-1 du CPI). Pour cela, le demandeur doit présenter une requête au président du tribunal de grande instance du lieu où la saisie doit être effectuée. Selon le contenu de l'autorisation, la saisie, qui sera opérée par un huissier, consistera soit uniquement dans la description des objets suspects, soit également dans leur saisie réelle.

Le requérant dispose d'un délai de 15 jours, à compter du jour de la saisie, pour assigner en contrefaçon devant les juridictions. Passé ce délai, la saisie est nulle de plein droit.

115. La retenue en douanes des marchandises contrefaisantes. – Par ailleurs, le propriétaire du dessin ou modèle peut présenter à l'administration des douanes une demande écrite en vue de la retenue des marchandises contrefaisantes lors des contrôles qu'elle effectue (article L.521-7 du CPI). Le demandeur doit ensuite introduire une action auprès du tribunal ou demander une saisie dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la notification de la retenue en douanes.

116. Le défendeur. – La poursuite en contrefaçon peut être dirigée contre n'importe quel maillon de la chaîne des opérateurs économiques qui sont intervenus pour mettre sur le marché le dessin ou modèle contrefaisant, il peut donc s'agir du fabricant, du commanditaire, du grossiste, du distributeur ou de l'importateur.

117. Action en contrefaçon : choix entre voie civile ou voie pénale. – L'action civile vise à réparer le dommage qu'a subi le propriétaire du dessin ou modèle protégé.

L'action pénale a pour objectif, en plus de réparer le préjudice subi, de sanctionner le comportement du contrefacteur.

118. Compétences d'attribution et territoriale du tribunal. – S'agissant de la compétence d'attribution, les règles de droit commun s'appliquent (TGI chambre civile si le défendeur est

non commerçant ou tribunal de commerce si le défendeur est commerçant pour la voie civile ; TGI chambre correctionnelle pour la voie pénale).

Quant à la compétence territoriale, le demandeur peut choisir entre le tribunal du lieu du domicile ou siège social ou établissement du défendeur ; le tribunal du lieu où les actes de contrefaçon ont été réalisés ; ou bien le tribunal du lieu où le préjudice est subi.

119. Les conséquences de l'action en contrefaçon. – Les sanctions de l'action civile seront concrétisées par le prononcé de dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi du fait de la contrefaçon ; la confiscation des objets contrefaisants et des instruments ayant permis leur fabrication ; ainsi que la publication de la décision judiciaire.

Quant aux sanctions pénales, le tribunal pourra infliger des peines d'amende dont le montant peut atteindre 300 000 € ; des peines d'emprisonnement d'une durée maximale de 3 ans ; et prononcer la confiscation des produits contrefaisants et des instruments ayant servi à leur fabrication ; ou encore la fermeture, totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée n'excédant pas 5 ans, des établissements ayant servi à commettre la contrefaçon.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement et être condamnées à une amende pouvant aller jusqu'au quintuple du montant retenu pour une personne physique ainsi qu'à des mesures de dissolution et d'interdictions diverses (article L.521-5 du CPI).

En conclusion : 120. – Le dessin ou modèle peut également être protégé au titre du droit d'auteur. En effet, une forme protégeable par le droit spécifique des dessins et modèles pourra être cumulativement protégée par le droit d'auteur qui ne distingue pas entre l'art pur et l'art appliqué à l'industrie⁹². Dans ce cas, faut-il encore que la création réponde à la condition d'originalité⁹³. Par conséquent, le créateur d'un dessin ou modèle qui n'aura pas procédé au dépôt pourra tout de même invoquer la protection conférée par le droit d'auteur qui s'acquiert du seul fait de la création.

121. – Nonobstant cela, si des boîtes ou flacons conditionnant le parfum ne sont pas couverts par un droit privatif, l'imitation de tels produits par un concurrent peut être constitutive de concurrence déloyale qui sera sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi mais aussi par le prononcé de la destruction des produits incriminés. En effet, en matière d'imitation de produits les magistrats peuvent ordonner une

⁹² Nombreux exemples émanant de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25 janvier 2006, Société Bellure / SA L'Oréal.

⁹³ Pour exemple : Crim. 20 février 2001 n°00-81051, Flacon de parfum « Pyramide » de la Société Parfums Secrets.

telle destruction qui tend à faire cesser les comportements déloyaux pour l'avenir⁹⁴. Il en a été ainsi jugé dans l'affaire SARL Parfums Ungaro dont le conditionnement du parfum « DIVA » avait été imité⁹⁵.

Ce qui importe dans la concurrence déloyale sera surtout la recherche d'un risque de confusion. C'est pourquoi l'imitateur cherchera, certes, à imiter le jus du parfum mais il essaiera surtout d'opérer, pour le consommateur, un rattachement immédiat de son produit avec le parfum convoité. Ainsi ce rattachement s'effectuera par l'imitation du conditionnement, emballage, flacon, étiquette ou par d'autres références illicites qui peuvent également constituer une atteinte à la marque d'un parfum concurrent...

SECTION 2 : LA PROTECTION D'UN SIGNE DISTINCTIF PAR LE DROIT DES MARQUES

Les parfums sont, à l'heure actuelle, essentiellement protégés par le biais de leurs flacons et de leurs marques. Les flacons, pouvant être protégés par le droit des dessins et modèles et/ou par le droit d'auteur, peuvent également constituer un signe distinctif protégeable par le droit des marques mais seulement si ce signe particulier répond aux conditions ouvrant droit à une telle protection (I) dont les effets sont remarquables (II).

I / L'ACCES A UNE PROTECTION PAR LE DROIT DES MARQUES

Dans le secteur de la parfumerie notamment, un signe distinctif se doit d'être protégé juridiquement en raison de ce qu'il représente. En effet, ce signe distinctif, appelé "marque", est un signe matériel qui accompagne un produit (ou un service) ou qui est apposé sur lui, et qui constitue aujourd'hui le support essentiel de la publicité. Il est donc nécessaire d'approfondir cette notion même de marque au travers de la diversité des signes pouvant constituer une marque (A) avant d'aborder les conditions d'accès à la protection de ce signe distinctif (B).

A) Les notion et types de marques

⁹⁴ Pour exemple : Com. 31 mars 1965, Bull. Civ. III, p.219, n°246.

⁹⁵ Com. 6 mai 1991 n° 89-16048.

122. Notion. – Selon l’article L.711-1 du CPI, la fonction essentielle de la marque est de distinguer les produits ou services d’une personne physique ou morale de ceux de ses concurrents par le biais d’un signe susceptible de représentation graphique.

Par conséquent, la marque est un élément qui appartient à une personne dont les produits seront reconnaissables et distincts des autres produits par cet élément susceptible d’être représenté visuellement.

123. Types. – Il en résulte que différents signes peuvent constituer une marque. Sont notamment envisagés par l’article L.711-1 du CPI : *les marques nominales ou verbales* admises par les dénominations sous toutes les formes telles que mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles, slogans ; *les marques sonores* constituées par des sons ou phrases musicales ; *les marques figuratives* exprimées par des dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ou encore constituées par des dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ; sans oublier *les marques tridimensionnelles* que représentent les formes du produit ou de son conditionnement par exemple.

124. Exemples. – Ainsi fut admis en tant que marque un chiffre pour Chanel et son célèbre parfum n° 5 ; un nom géographique pour Guy Laroche et son parfum Fidji ; un nom de personne tel le parfum ‘‘Hugo Boos’’, une nuance de couleur tel le « rose pantone 1555 C » caractérisant le parfum Trésor⁹⁶ de Lancôme ou encore une forme tels les flacons de parfum représentant des bustes féminin et masculin de Jean-Paul Gaultier. A noter que de nombreux flacons de parfums sont déposés au titre des marques⁹⁷. Il convient de distinguer entre la notoriété du nom et celle du flacon déposé à titre de marque car l’étendue de la protection ne sera pas la même. La protection des marques de parfums notoires sera plus étendue puisque « si ‘‘Diva’’, ‘‘Shalimar’’ et ‘‘Magie Noire’’ ont une renommée mondiale, les flacons de ces parfums déposés comme marque ou modèle ne sont pas en eux-mêmes largement connus du grand public⁹⁸ ».

125. – Il est également possible d’associer différents éléments tels que les mots, les formes ou dessins pour constituer une *marque dite complexe*. Dans ce cas, il est recommandé d’effectuer le dépôt non seulement de l’ensemble de la marque mais aussi de chacun des éléments principaux qui la composent, afin d’en assurer une protection plus efficace.

⁹⁶ CA Versailles 15 mai 2001, SA Jeanne Arthes c/ SNC Lancôme parfums et beauté & Cie.

⁹⁷ Pour un flacon de parfum Givenchy CA Paris 29 mars 1989, PIBD 1989, III, p.420 ; pour le flacon N°5 de Chanel TGI Paris 28 novembre 1997, PIBD 1998, III, p.178.

⁹⁸ CA Paris 19 mars 1992 Paolo c/ Ungaro, Guerlain et Lancôme, PIBD 1992, III, p.445.

Toutefois, pour bénéficier de la protection conférée par le droit des marques, il faudra que le ou les signes distinctifs répondent à certaines conditions.

B) Les conditions d'accès à la protection de la marque

Pour qu'un signe constitutif d'une marque puisse remplir sa fonction, celle de différencier les produits ou services d'une personne physique ou morale des autres produits ou services concurrents, il doit être distinctif, disponible et licite.

126. Un signe distinctif. – Conformément à l'article L.711-2 du CPI, la marque est distinctive dès lors qu'elle ne correspond pas à la désignation ordinaire du produit, c'est-à-dire qu'elle est arbitraire⁹⁹ par rapport au produit ou service qu'elle désigne. Par exemple, est déclaré valable le modèle déposé à titre de marque représentant un flacon en forme de cigare pour désigner un produit de parfumerie¹⁰⁰.

127. – Ce caractère arbitraire exclut donc en tant que marques celles qui sont génériques, banales ou nécessaires qui désignent le produit en lui-même. Au sein d'une jurisprudence abondante, il est possible de citer l'exemple significatif de rejet en tant que marque générique des termes « Eau de voyage » pour des produits de parfumerie¹⁰¹.

128. – Le caractère arbitraire exclut également les marques descriptives lorsque le terme choisi indique la qualité ou une caractéristique essentielle du produit. Il a ainsi été déclaré nul le terme « Alcool » en tant que marque de parfum.

129. – De même, l'alinéa c) de l'article L.711-2 du CPI prohibe, pour manquement à l'exigence de distinctivité, « les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle ».

130. – Le caractère distinctif s'apprécie donc à l'égard des produits ou services désignés dans le dépôt. Ainsi, un même signe peut être distinctif pour certains produits et ne pas l'être pour d'autres. A noter que cette caractéristique de la marque s'apprécie à la date d'acquisition du droit c'est-à-dire au moment du dépôt et de l'enregistrement.

131. Un signe disponible. – Au caractère distinctif s'ajoute celui de la disponibilité du signe choisi. En la matière, disponible signifie qu'un tiers ne doit pas avoir déjà acquis de droits sur ce même signe protégé sur le territoire français.

⁹⁹ M.-A. Pérot-Morel, « Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire », RDI 1996, partie I, p.260.

¹⁰⁰ CA Paris 14 février 2003, PIBD 2003, III, p.325.

¹⁰¹ CA Paris, 23 janvier 1979, Ann. Propr. Ind. 1979, p.157.

132. – Pour déposer une marque avec sécurité, il est préférable d’effectuer une recherche d’antériorités par les conseils en propriété industrielle, les cabinets spécialisés et l’INPI puisque sans démarche expresse en ce sens, cette administration ne vérifie pas la disponibilité du signe. A noter que pour faciliter la recherche d’antériorités, une liste administrative regroupant les produits ou services en 45 classes a été établie. Mais ces classes n’ont aucune valeur juridique. Si un contentieux survient ce sont les produits ou services mentionnés dans le dépôt qui importent¹⁰².

133. Les antériorités. – Parmi les droits antérieurs susceptibles de constituer une antériorité pour la marque envisagée, le législateur a dressé une liste à l’article L.711-4 du CPI. Il ressort de cette liste que les antériorités pouvant faire échec au dépôt du signe concernent les *marques –en tant que telles– antérieures*, toutefois, cette indisponibilité ne sera effective que dans le même secteur d’activité en raison du principe de spécialité. Il s’agira de même des *dénominations ou raisons sociales*, des *noms commerciaux* ou des *enseignes* connus sur l’ensemble du territoire national s’il existe un risque de confusion dans l’esprit du public. Ce risque de confusion dans l’esprit du public vaut également pour le cas des marques notoirement connues.

134. Marque notoire. – Consacrées par l’article 6 Bis de la Convention d’Union de Paris et par l’article L711-4 du CPI, la marque notoire est celle qui, bien que non déposée, est connue par une large fraction du grand public, c’est-à-dire de la population lambda, du fait d’une publicité intense et/ou d’une diffusion massive du produit. Par conséquent, le titulaire d’une telle marque pourra s’opposer à l’enregistrement du signe par un tiers ou agir en nullité de cet enregistrement dans un délai de cinq ans, délai prorogé si le déposant est de mauvaise foi, ce qui est le plus souvent le cas (articles L.711-4 et L.714-3 du CPI).

135. Marque jouissant d’une renommée. – De la marque notoire il convient de distinguer la marque jouissant d’une renommée prévue à l’article L.713-5 du CPI. A la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, cette dernière s’entend d’une marque connue d’une partie significative du public –qui peut ne pas être le grand public– pour les produits (ou services) couverts par elle dont la connaissance ne peut déroger au principe de spécialité. A noter que l’emploi d’une marque notoire ou jouissant d’une renommée pour des produits non similaires à ceux désignés dans l’enregistrement n’engagera la responsabilité civile de son auteur que s’il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière. C’est ce

¹⁰² Site Internet de l’IRPI.

qu'a rappelé l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 7 février 2006 à propos de la dénomination « L'Air du temps » des parfums Nina Ricci.

136. – De la liste légale énumérée à l'article L.711-4 du CPI, ressort également des « droits d'une autre nature auxquels le dépôt du signe à titre de marque ne saurait porter atteinte, quels que soient les produits (ou services) visés par le dépôt. Ainsi en est-il des *droits d'auteur* ou de *ceux résultant d'un dessin ou modèle protégé*, des *droits de la personnalité et, en particulier, du droit au nom* mais encore des *appellations d'origine*. Et dans ces cas, la recherche d'antériorités doit s'effectuer au-delà du même secteur d'activité. Les magistrats parisiens ont d'ailleurs appliqué ce principe dans l'affaire qui opposait la Société Yves Saint Laurent Parfums à l'Institut National des Appellations d'Origine au titre du terme « Champagne ». Ils ont prononcé la nullité de la marque « Champagne » applicable à un parfum, sur le fondement que « nul ne peut normalement s'approprier une appellation d'origine protégée, en particulier au moyen d'un dépôt de marque¹⁰³ ».

A la différence du caractère disponible du signe choisi, l'INPI assure un contrôle du caractère licite dudit signe.

137. Un signe licite. – Au travers de l'article L.711-3 du CPI, la loi vise expressément les *signes illicites* ne pouvant constituer une marque valable. Il s'agit des *signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou interdits expressément par une loi ou par la Convention d'Union de Paris*.

S'agissant des exclusions légales, peuvent être signalées les interdictions d'utiliser des drapeaux de pays, des sigles d'appartenance à une organisation internationale tels que l'ONU, l'UNESCO ou leur emblème telle que la croix rouge sur fond blanc de l'organisation éponyme pour ne citer que cela.

Quant à l'interdiction générale relative à l'ordre public et aux bonnes mœurs, cette interdiction regroupe, par exemple, les signes particulièrement choquants du fait de leur grossièreté ou de leur obscénité, les incitations à la violence ou à la haine raciale... Il n'existe que peu de jurisprudence en la matière s'agissant du caractère licite d'une marque de parfum. Toutefois, il est possible de faire référence à la marque « Opium » d'Yves Saint-Laurent où l'administration avait rejeté ce qu'elle présentait comme une incitation à la drogue du même nom voire, plus généralement, à l'usage de stupéfiants. Pareille décision a cependant été

¹⁰³ CA Paris 15 décembre 1993, Sté Yves Saint Laurent Parfums et autres c/ Institut National des Appellations d'Origine et autres ; même raisonnement concernant également l'appellation « Champagne » pour l'affaire des Parfums Caron, CA Paris 12 septembre 2001 ; Com. 18 février 2004, PIBD 2004, 787, III, p.331.

annulée par les juges du fond¹⁰⁴...Et pourtant la signature d'Yves Saint Laurent mentionne "Opium, pour celles qui s'adonnent à Yves Saint Laurent" dont le message est clair : Opium est un parfum de dépendance...d'autant qu'un spot publicitaire télévisuel met en scène Linda Evangelista dans une cité d'Asie à la recherche de sa dose...

138. – L'article L.711-3 du CPI déclare également que seront nulles comme étant illicites les *marques frauduleuses ou déceptives* qui sont donc « de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou service ». La déceptivité s'apprécie par rapport au signe en lui-même, au regard des produits (ou services) qu'il désigne.

Ainsi, si la marque répond à l'ensemble de ces conditions, elle pourra être enregistrée à l'INPI et bénéficier de la protection offerte par ce droit.

II / LES EFFETS DE LA PROTECTION PAR LE DROIT DES MARQUES

139. – Le droit sur la marque s'acquiert par l'enregistrement conformément à ce qu'énonce l'article L.712-1 du CPI. Le nom du déposant apparaît dans l'acte de dépôt et c'est cette personne, physique ou morale, qui sera considérée comme le propriétaire de la marque.

140. – La marque peut être acquise en copropriété, dans ce cas, mieux vaut organiser la copropriété en établissant un règlement précisant les droits et obligations de chacun des partenaires, notamment en matière d'exploitation de la marque et de défense du droit.

141. Procédure. – Le déposant remettra la demande d'enregistrement en cinq exemplaires, la justification du paiement des redevances et le pouvoir du mandataire le cas échéant, soit à l'INPI à Paris soit auprès de l'une de ses représentations en province.

142. – L'INPI procède alors à un examen de forme pour les éventuelles irrégularités matérielles, et de fond pour vérifier si le signe peut constituer une marque valable au regard des caractères exigés, hors celui de l'antériorité. Si le dossier est régulier, l'INPI procède à l'inscription de la marque au Registre national des marques (RNM) et à sa publication au Bulletin officiel de la propriété industrielle (BOPI). L'enregistrement produit ses effets à compter du jour du dépôt de la demande.

A) Les effets de la protection des marques

¹⁰⁴ CA Paris 7 mai 1979, Ann. Propr. Ind. 1979, p.306.

143. Durée de la protection. – Si la marque n'a pas fait l'objet d'une procédure d'opposition pendant la phase de son dépôt et qu'aucune contestation ultérieure n'a été formée devant les tribunaux par toute personne qui a un intérêt à agir, la marque est protégée pour une période décennale, indéfiniment renouvelable. Le renouvellement de l'enregistrement n'étant pas automatique, il faut en faire la demande et pour que la protection soit de nouveau accordée, le signe ne doit pas avoir été modifié, ni la liste des produits ou services étendue. Dans le cas contraire, il sera nécessaire de procéder à un nouveau dépôt.

144. L'étendue de la protection. – La protection conférée par le droit des marques ne s'étend qu'au territoire national. Il est cependant possible de protéger la marque visée en effectuant des dépôts nationaux dans les pays où une protection est souhaitée ou bien d'envisager le dépôt communautaire à l'OHMI, réalisé directement auprès de cet office ou par l'intermédiaire de l'INPI, qui confère alors une protection sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Par un dépôt international il est possible d'obtenir par un seul dépôt effectué auprès de l'OMPI des droits de marque dans un certain nombre d'autres pays.

145. Une protection accordée au propriétaire de la marque. – Pour revendiquer la protection relative aux marques, encore faut-il avoir la qualité de propriétaire de ces dernières. Cependant, le propriétaire peut exploiter lui-même sa marque ou autoriser d'autres personnes à le faire. Ainsi, la qualité de titulaire appartiendra au cessionnaire dès lors qu'il y aura eu contrat de cession assimilable à une vente qui peut être totale ou partielle selon qu'elle est consentie pour tous les produits (ou services) protégés par la marque ou seulement pour certains d'entre eux. S'agissant des concessions de licence, assimilable à la location d'un bien, elles permettent à un tiers d'utiliser et d'exploiter la marque mais cette dernière demeure la propriété de son titulaire. Comme la cession, la licence peut être totale ou partielle, selon qu'elle est consentie pour tous les produits (ou services) ou seulement pour certains d'entre eux. La rémunération du propriétaire de la marque consiste généralement en un pourcentage du chiffre d'affaires. A noter que les contrats de licence ne doivent pas aboutir à des pratiques restrictives de concurrence en France ou dans l'Union européenne qui seront sanctionnées. Un accord de franchise peut encore être envisagé par le propriétaire mais ce contrat n'est en fait qu'un contrat qui comprend une licence de marque et la fourniture d'un savoir-faire. Enfin, une marque peut être apportée à une société en voie de constitution ou à une société déjà existante. Si l'apport est fait en pleine propriété, la marque devient alors la propriété de la société ; si l'apport est effectué en jouissance, le propriétaire reprendra l'exploitation de sa marque s'il quitte la société ou que celle-ci est dissoute.

Quel que soit le contrat existant, il devra en être fait mention sur le RNM.

146. Les droits du propriétaire sur la marque. – Le droit de marque confère au propriétaire un monopole d'exploitation sur le signe, lui permettant par exemple d'apposer la marque sur des produits, conditionnements, étiquettes, mais également de commercialiser, importer ou exporter les produits revêtus de la marque. Si le propriétaire de la marque désire conserver ce droit exclusif, il doit exploiter en continu la marque et l'empêcher de devenir usuelle ou trompeuse dont le but est d'induire le consommateur en erreur sur la qualité, la provenance géographique ou la nature du produit. Par rapport aux tiers, le titulaire de la marque a le droit de s'opposer à toute reproduction, usage, apposition, suppression ou modification de sa marque par une personne qui n'a pas sollicité son accord. L'étendue de la protection se limite aux produits ou services (identiques ou similaires) désignés par la marque, protection étendue dès lors que la marque est notoirement connue.

147. Quelques dérogations aux droits du propriétaire de la marque. – A l'inverse de cette extension de protection, il existe des exceptions qui limitent le monopole du titulaire de la marque, en dispensant le tiers d'une autorisation pour exploiter le signe, à condition qu'il le fasse de bonne foi, si avant l'enregistrement de la marque le tiers utilisait un signe identique ou similaire à titre de dénomination sociale, nom commercial, enseigne ou nom patronymique, sans qu'il puisse exister un risque de confusion dans l'esprit du public ; et si la marque est une référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service tel le cas d'un accessoire ou d'une pièce détachée. Toutefois, le titulaire de la marque peut demander la limitation, voire l'interdiction de cette utilisation, s'il est porté atteinte à ses droits.

B) Les moyens de protection

148. Moyens de protection contre une marque non enregistrée. – Il existe tout d'abord deux moyens pour veiller à ce que de nouvelles marques identiques ou similaires à celle du propriétaire ne soient enregistrées. Par conséquent, le titulaire d'une marque enregistrée pourra, au préalable, formuler des observations au directeur de l'INPI ou exercer une action en opposition ; premiers moyens de défense qu'il détient des articles L.712-3 et L.712-4 du CPI.

149. Moyens de protection contre une marque enregistrée. – Les articles L713-2 et L.713-3 du CPI édictent les actes qui portent atteinte aux prérogatives du titulaire de la marque dès lors qu'un tiers commet de tels actes sans autorisation du propriétaire. Sont donc

interdits la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement, qu'il résulte ou non de ces actes un risque de confusion dans l'esprit du public ; l'usage d'une marque reproduite ; la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée ou encore l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

L'article L.716-1 du même code précise que la commission de tels actes constitue une « contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ». Par conséquent, la protection de la marque est normalement assurée par l'action en contrefaçon.

150. – Cependant, dans certaines situations le tiers utilise la marque d'autrui sans porter directement atteinte au droit existant sur cette marque. Il est alors possible de citer l'exemple de celui qui emploie le signe pour désigner des produits totalement différents de ceux pour lesquels la marque a été déposée et enregistrée ; ou bien de celui qui cite un produit sous la marque qui le protège ; ou encore de celui qui fait référence dans sa publicité à la marque d'autrui...De telles pratiques peuvent être préjudiciables au titulaire de la marque mais constituant davantage une atteinte à la valeur de la marque qu'une réelle atteinte au droit¹⁰⁵, certaines décisions judiciaires ont sanctionné de tels comportements par la mise en œuvre des mécanismes de la responsabilité civile délictuelle et plus spécifiquement ceux de la concurrence déloyale ou parasitaire. Toutefois, comme le relèvent si justement Messieurs Azéma et Galloux, « cette protection de la marque par l'action en concurrence déloyale demeure marginale en raison de la conception extensive que la jurisprudence retient de la contrefaçon en général et du délit d'usage de marque en particulier¹⁰⁶.

151. – La contrefaçon de marque, qu'il existe ou non un risque de confusion, peut revêtir l'une des trois formes suivantes.

152. La reproduction frauduleuse de la marque. – La reproduction peut consister non seulement dans la copie servile (**reproduction à l'identique**) mais également dans la copie quasi-servile (**reproduction par imitation**), constituée par un signe différent mais suffisamment proche pour être susceptible d'être confondu avec la marque authentique. Elle peut être totale ou partielle, dès lors qu'il s'agit de la partie essentielle et caractéristique de la marque. La jurisprudence a forgé la théorie du « tout indivisible », en vertu de laquelle ne sera pas constitutive de contrefaçon l'adjonction qui modifie la partie essentielle et distinctive de

¹⁰⁵ J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6^{ème} édition, octobre 2006, p.837.

¹⁰⁶ Ibid.

la marque. Il résulte notamment de l'arrêt rendu le 2 décembre 1974 par la Cour de cassation, que la dénomination « Eau de Roche » de la Société Parfums Marcel Rochas ne contrefait pas la marque « Roche » déposée, entre autres, pour des produits de parfumerie par la Société Hofmann La Roche, puisque, dans la combinaison créée, chacun des mots composant la marque perd son individualité et son pouvoir distinctif propre. Ainsi, l'expression formée par cette combinaison acquiert une signification propre, indépendante des mots qui la composent¹⁰⁷.

La contrefaçon est également réalisée dès lors que la marque d'autrui est matériellement reproduite, indépendamment de tout usage. La seule fabrication des étiquettes ou emballages comportant la marque contrefaite constitue l'infraction même si en pratique, c'est souvent l'usage qui révélera cette contrefaçon.

153. L'usage frauduleux de la marque. – L'usage d'une marque sans l'autorisation de son propriétaire, même avec l'adjonction de mots tels que formule, façon, système, imitation, genre, est un acte répréhensible et ce, quel qu'en soit le support. A noter toutefois que l'usage d'une marque fait par des fabricants d'accessoires pour indiquer la destination du produit n'est pas punissable.

154. L'apposition frauduleuse d'une marque appartenant à autrui. – Cet acte de contrefaçon consiste à utiliser la marque d'un tiers pour des produits autres que ceux auxquels la destinait son propriétaire. En d'autres termes, l'usurpateur utilise ses produits revêtus de la marque d'un concurrent. Cette contrefaçon peut encore s'entendre de l'acte supprimant ou modifiant une marque régulièrement apposée. Ainsi, par exemple, le contrefacteur pourrait réaliser la suppression en altérant la marque par grattage ou la modifier à l'aide d'une tâche.

155. Certains de ces actes nécessitent la preuve du risque de confusion. – Il s'agit, dès lors, de la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services *similaires* à ceux désignés dans l'enregistrement. On parle de produits similaires (ou services) lorsqu'ils sont substituables, complémentaires, dérivés... Cette nécessité ne se retrouve pas lorsque la reprise à l'identique de la marque s'exerce sur des produits ou services *identiques* puisque, dans ce cas, la violation du droit du titulaire de la marque est manifeste mais elle se retrouve en cas d'imitation frauduleuse de produits identiques ou similaires.

Cette confusion, constitutive d'une contrefaçon, s'apprécie par rapport aux ressemblances et non aux différences.

¹⁰⁷ En ce sens également CA Paris 20 mai 1998 où la marque « Lady First » n'est pas une contrefaçon de la marque « First » des parfums Van Cleef et Arpels ; Com. 27 mai 1997, PIBD 1997, III, p.434.

156. La contrefaçon indirecte. – Les articles L.716-9 et L.716-10 du CPI érigent en délits correctionnels un certain nombre de faits de nature à porter atteinte à la marque. Il s'agit de la détention, sans motif légitime, de produits revêtus d'une marque contrefaite ; de la mise en vente, fourniture ou offre de fourniture de produits ou de services sous une marque contrefaite ; ou encore de la livraison d'un produit ou la fourniture d'un service autre que celui qui aura été demandé sous une marque enregistrée. C'est pourquoi, les tableaux de concordance, principalement utilisés dans le secteur de la parfumerie -permettant d'orienter le consommateur d'un produit renommé vers son prétendu équivalent, détenu par le revendeur- relève d'une pratique condamnée par les magistrats. En effet, de tels tableaux entraînent le rattachement du produit incriminé à un produit de marque et constituent, de plus, l'instrument du délit de substitution de produit sanctionné à l'article L.716-10 d) du CPI¹⁰⁸. De même, l'importation et l'exportation des marchandises présentées sous une marque contrefaite, bien qu'étant des délits douaniers, sont passibles des mêmes peines que la contrefaçon. Hormis la détention, les autres actes supposent un élément intentionnel puisqu'ils doivent avoir été accomplis sciemment.

157. L'exercice de l'action en contrefaçon. – Le titulaire d'une marque enregistrée a le droit d'intenter une action dans les 3 ans à compter de la connaissance du délit de contrefaçon, contre tous ceux qui portent atteinte à la marque de bonne ou de mauvaise foi, sous quelque forme que ce soit.

Les poursuites sont, en principe, engagées par le propriétaire de la marque. Elles peuvent l'être également par le titulaire d'une demande publiée ainsi que par le licencié exclusif, à condition que cette faculté ne lui ait pas été retirée et qu'il ait préalablement demandé au propriétaire d'agir sans que cette démarche ait été suivie d'effet.

Cette action pourra être exercée à l'encontre de l'auteur de la contrefaçon mais aussi envers les intermédiaires qui, d'une manière quelconque et en connaissance de cause, ont facilité l'usurpation de la marque ou en ont fait usage dans le commerce ; il pourra s'agir notamment des vendeurs, représentants, imprimeurs, graveurs...

158. – C'est à celui qui engage l'action qu'il appartient de faire la preuve de la contrefaçon. Tous les moyens de preuve sont admis (témoignages, correspondances, achats par un huissier de produits contrefaisants...) mais le moyen de preuve le plus sûr reste la saisie-contrefaçon (article L.716-7 du CPI). A noter que pour que l'action aboutisse, les produits contrefaisants

¹⁰⁸ Com. 27 janvier 1981 condamnant les tableaux de concordance des produits de la Sté Parfums Fabiani d'avec les produits de la Sté Parfums Christian Dior et autre ; Com. 16 octobre 1985, Rochas, Ann. 1986, 133 ; CA Paris 30 mai 1985, Chanel, Ann. 1986, 137.

doivent avoir fait l'objet d'une mise sur le marché suivie de ventes sur le territoire français. Or, tel n'est pas le cas d'une simple opération de transit qui fonda le rejet par la Cour de cassation, de la demande effectuée par la SA Parfums Christian Dior¹⁰⁹.

En outre, le titulaire de la marque contrefaite (ou le licencié exclusif) peut présenter à l'administration des douanes une demande écrite en vue de la retenue des marchandises contrefaisantes préalablement à l'exercice de l'action judiciaire (article L.716-8 du CPI).

159. – Classiquement, l'action en contrefaçon ouvre une voie civile où le tribunal s'attachera à réparer financièrement le dommage et une voie pénale où le tribunal pénal sanctionnera par ailleurs le comportement du contrefacteur.

160. Les sanctions. – Les *sanctions civiles* seront constituées par l'interdiction de poursuivre les activités contrefaisantes, assortie éventuellement de la radiation de la marque contrefaisante, de la confiscation ou la destruction des objets qui en sont revêtus, ainsi que de la confiscation des instruments ayant servi à réaliser la contrefaçon ; par l'octroi de dommages-intérêts et par la publication éventuelle de la décision.

Quant aux *sanctions pénales*, on constatera que l'importation, l'exportation ou la fabrication de produits de contrefaçon en vue de la vente ou de l'offre à la vente sont désormais passibles de 4 ans d'emprisonnement et de 400 000 € d'amende, et que la détention sans motif légitime ou la vente de marchandises présentées sous une marque contrefaite, sont passibles de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.

Dans les deux cas, les peines seront portées à 5 ans d'emprisonnement et à 500 000 € d'amende lorsque le délit aura été commis en bande organisée.

Le tribunal correctionnel peut également ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de 5 ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

Les personnes morales sont également pénalement responsables. Elles peuvent être sanctionnées d'une amende pouvant aller jusqu'au quintuple ; de mesures de dissolution ; d'interdictions diverses ; de fermeture du ou des établissements.

Des peines accessoires peuvent être infligées tels la confiscation des objets contrefaisants et des instruments ayant servi à la contrefaçon ; la publication du jugement dans les journaux ; l'affichage du jugement et pour les personnes morales, des mesures de dissolution, interdictions diverses voire fermeture du ou des établissements.

¹⁰⁹ Com. 7 juin 2006 n°04-12274 ; Com 28 février 2006 n°04-12334.

Les *sanctions douanières* peuvent prévoir une peine de prison ne dépassant pas 3 ans et il peut être prononcé la confiscation des objets contrefaisants ainsi qu'une amende allant de 1 à 2 fois la valeur de l'objet de la fraude.

En conclusion : 161. – Le droit des marques présente l'avantage d'une protection indéfinie puisque, la marque ayant vocation à la perpétuité, les renouvellements de l'enregistrement sont illimités. C'est la différence majeure qui existe entre les protections conférées par le droit des brevets et celui des dessins et modèles. Nonobstant cela, ces deux derniers droits aboutissent à un monopole absolu d'exploitation alors que le droit sur les signes distinctifs a un caractère plus relatif. En effet, il confère une exclusivité relative à la présentation vis-à-vis du public des produits (ou services), objets de ce droit. Les concurrents pourront vendre des produits de même nature mais sous une marque différente.

162. – Il peut être ingénieux également de concilier la protection conférée par le droit des marques avec celles des droits sur les créations nouvelles. En effet, un produit protégé par un brevet d'invention bénéficiera d'un monopole d'exploitation durant 20 ans. Passé ce délai, le produit concerné tombera certes dans le domaine public mais les consommateurs auront pris l'habitude de ne pouvoir se le procurer que sous la marque choisie par l'inventeur ; de ce fait, le public aura une tendance naturelle à réclamer ledit produit sous la marque qu'il connaît et à laquelle il se sera inconsciemment fidélisé.

163. – Un signe distinctif, pouvant encore être protégé en tant que création relevant du droit des dessins ou modèles et/ou du droit d'auteur, pourra tout de même voir sa protection conciliée avec celles conférées par les droits de la création dès lors que le créateur en autorisera le dépôt en tant que marque.

164. – La marque est un élément majeur du domaine de la concurrence et son importance économique est indéniable. Au regard de la pratique et des décisions jurisprudentielles, il est incontestable qu'elle protège la plupart des grands parfums. Cependant, il est possible de déplorer que cette protection n'envisage le parfum que dans son acception large. En effet, le parfum dans son acception étroite, en tant que fragrance, amène à d'importantes controverses au sujet de sa protection juridique.

TITRE II : LES PROTECTIONS JURIDIQUES CONTROVERSEES POUR LA FRAGRANCE D'UN PARFUM

Quel que soit l'élément tangible du parfum, une protection juridique de celui-ci paraît nécessaire et l'ensemble des acteurs, tant du monde juridique que professionnel, ne conteste nullement l'idée d'une telle protection et ce, quel que soit le moyen juridique choisi par le titulaire de l'élément à garantir. Il n'en est malheureusement pas de même pour l'élément principal du parfum. En effet, la fragrance, qui n'est autre que l'âme du parfum, amène à de véhémentes discussions quant à sa protection juridique au travers des droits relevant de la propriété intellectuelle. Ne répondant pas aux conditions ouvrant à la protection garantie par le droit des brevets d'invention ou par le droit des dessins et modèles, aucune discussion n'est envisageable. Il n'en est pas de même des conditions d'accès de la fragrance à la protection juridique relevant du droit d'auteur en tant que création (Chapitre II) ou relevant du droit des marques en tant que marque olfactive (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA MARQUE OLFACTIVE

« Cosette était pour lui un parfum et non une femme.

Il la respirait. »

Victor Hugo, *Les Misérables*, 1862

165. – Le parfum, hors fragrance, est largement protégé par le droit relevant des marques. En effet, dans son ensemble, c'est un signe incontestable de ralliement de la clientèle. La marque est un vecteur primordial de communication¹¹⁰. Or, pour marquer de son empreinte l'esprit du consommateur quoi de mieux qu'une empreinte olfactive qui s'imprime dans la mémoire du consommateur ? Ineffable fragrance ineffaçable... L'odorat est un sens remarquable concernant la mémorisation des parfums. En effet, que l'on aime, que l'on

¹¹⁰ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.299.

déteste, que l'on ne mémorise que par récurrence, les odeurs s'imprègnent en chacun de nous avec ou sans notre assentiment. Qui ne s'est jamais arrêté un instant lorsqu'un effluve porté à ses sens vient lui rappeler une situation, une personne, un objet, un lieu...A cet instant, les souvenirs nous envahissent...Et là, le parfum a rempli son rôle de "reconnaissance" tout comme n'importe quel autre signe distinctif. L'odeur, en tant que marque olfactive répond aux conditions liées à la protection offerte par le droit des marques. Ce principe ne pose d'ailleurs pas de difficulté en théorie mais les difficultés resurgissent dès lors qu'est envisagé le dépôt d'une marque olfactive (Section 1). Or, il convient de se demander si ces obstacles sont une réalité insurmontable (Section 2).

SECTION 1 : UNE PROTECTION ADMISE...QU'EN THEORIE

166. – La marque olfactive s'entend d'un signe distinctif au regard des produits ou services revendus. Comme tout autre signe ayant la même fonction, la marque olfactive doit répondre aux conditions posées par ce droit des marques. C'est pourquoi, au préalable, il est nécessaire de déterminer cette notion de "marque olfactive".

167. Les produits non naturellement odorants. – Cette dernière s'entend d'un signe permettant la reconnaissance d'un produit. Dès lors qu'un produit ne dégage pas naturellement ou selon les habitudes du commerce une odeur, il est possible de lui ajouter une odeur caractéristique aux fins d'identification du produit par rapport aux produits concurrents. Il peut s'agir tout aussi bien de papiers, d'un journal, de colles (rappelons l'irrésistible odeur d'amande amère de la colle blanche pour écoliers), de vêtements ou de fils par exemple. La fonction de distinctivité est donc remplie. Il en est de même pour les services dont la prestation n'est pas relative aux odeurs ; ainsi, certains magasins peuvent adopter une odeur d'ambiance les identifiant.

168. Les produits odorants suite à une nécessité technique ou aux usages commerciaux. – Toutefois, cette fonction aura beaucoup de difficultés à être considérée comme remplie lorsque les produits sont odorants à la suite de nécessités techniques ou d'usages commerciaux, tel le cas des lessives, assouplissants ou cosmétiques par exemple. Souvent les consommateurs ne percevront pas l'origine du produit par leur odeur.

169. Le parfum en tant que produit habituellement odorant. – N'oublions pas, non plus, que l'alinéa c) de l'article L.711-2 du CPI prohibe, pour manquement à l'exigence de

distinctivité, « les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle ». Serait donc valablement exclu l'enregistrement, à titre de marque olfactive, d'une odeur de café désignant...un café. Or, pour certains auteurs, le parfum –en tant que produit de beauté– s'entend d'un produit naturellement odorant et la protection à titre de marque doit être écartée dans la mesure où l'odeur elle-même confère la qualité substantielle du produit¹¹¹. Cependant, il convient de remarquer que l'odeur d'un parfum peut absolument constituer la signature du produit¹¹² ; signature qui permettra, d'une part, de le distinguer des autres produits et, d'autre part, permettra de déterminer le choix qu'effectuera le consommateur pour tel parfum. Quant à « la forme donnant au produit sa valeur substantielle », il convient de remarquer que ce critère d'exclusion n'est pas réellement défini et que les tribunaux ne répondent à cette exigence que par une analyse du comportement du consommateur. Par conséquent, si le consommateur choisit ce produit même revêtu d'une autre forme, cette dernière ne servant qu'à distinguer le produit d'un autre produit de même nature, peut alors être déposée en tant que marque...Mais la notion de forme fait référence, dans cet article L.711-2 c) du CPI à la notion de forme figurative et non olfactive. Il en résulterait donc qu'une fragrance spécifique d'un parfum, produit de beauté, pourrait être protégée par le droit des marques. Cette marque olfactive distinguant un parfum des parfums concurrents, s'intégrerait à la classe 3 désignant des produits de parfumerie de la classification de l'Arrangement de Nice¹¹³.

Quoiqu'il en soit, il est reconnu aujourd'hui qu'une odeur (qui est donc un parfum, une fragrance) est susceptible d'être protégée par le droit des marques à titre de marque olfactive (I), cependant, jusqu'à ce jour, une telle protection n'a pas été admise concrètement (II).

I / UNE PROTECTION ADMISE PAR LES TEXTES ET LA JURISPRUDENCE

En théorie, la protection d'une marque olfactive est admise par les textes (A) et la jurisprudence (B).

¹¹¹ Notamment N. Dreyfus, B. Thomas, « Marques, dessins et modèles : protection - défense – valorisation » 2^{ème} édition, mars 2006, Editions Delmas, p. 88 ; A. Michel, « Les droits de propriété intellectuelle sont-ils applicables à la protection des odeurs ? », Paris, Conférence du 20 février 1997.

¹¹² Cette idée est notamment soutenue par P. Breese.

¹¹³ Cette idée est notamment soutenue par P. Breese.

A) Une reconnaissance par les textes internationaux, communautaires et nationaux des marques olfactives

170. Le Traité de l'OMPI. – Jusqu'à la récente adoption du Traité de Singapour le 28 mars 2006 par plus de quarante Etats dont la France, le Traité sur le Droit des Marques de l'OMPI, plus connu sous le nom de Trademark Law Treaty (TLT) en date du 27 octobre 1994, excluait expressément toute possibilité d'enregistrer des marques sonores ou des marques olfactives en vertu de son article 2 alinéa premier.

Depuis le Traité de Singapour de 2006 révisant le TLT de 1994, le champ des marques susceptibles d'être enregistrées au niveau international est élargi. En effet, les marques visées ne sont plus uniquement celles qui consistent en des signes visibles mais peuvent intégrer les marques tridimensionnelles (tels les hologrammes) et surtout les marques consistant en des signes non visibles, tels les sons, les odeurs.

171. La Directive communautaire 89/104. – La Directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988, en son article 2, a proposé, à l'occasion de l'harmonisation des marques de chacun des Etats membres, une définition plus large et non limitative des signes pouvant constituer une marque susceptible d'être enregistrée. Dès lors, cette directive ne limite plus l'enregistrement des marques aux signes visuels. Elle laisse donc la possibilité aux Etats membres de prévoir dans leur loi de transposition, l'enregistrement de marques touchant au goût, à l'ouïe, au toucher et à l'odorat.

La directive exige tout de même le respect de deux conditions pour valider l'enregistrement de telles marques, celle relevant du caractère distinctif du signe et celle de sa représentation graphique.

172. L'article L.711-1 du CPI. – Suite à la faculté laissée aux Etats membres de prévoir, dans leur texte national de transposition de la Directive 89/104, l'enregistrement des marques sensorielles, la France a, par la loi du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce et de service codifiée à l'article L.711-1 du CPI, donné une définition plus large de la notion de marque. Celle-ci comprenant désormais les marques sonores, les marques tactiles et les marques composées d'une couleur. Certes, cet article du CPI ne fait pas référence aux marques olfactives mais celles-ci ne s'avèrent pas pour autant exclues. En effet, de par l'adverbe « notamment » employé dans le texte, il est indéniable que l'énumération légale n'est qu'indicative et non exhaustive.

Rien ne s'oppose donc, en théorie, à l'enregistrement d'une marque olfactive, ce que reconnaît volontiers la jurisprudence.

B) Une jurisprudence favorable

Avant même d'approfondir la position favorable des juridictions en tant que telles (2), il est nécessaire d'aborder les décisions prises par les administrations habilitées à l'enregistrement des signes distinctifs à titre de marques (1).

1) Les décisions administratives

173. Consécration de la possibilité d'enregistrer une marque communautaire olfactive par l'OHMI. – La possibilité d'enregistrer une marque olfactive a été consacrée pour la première fois par une décision de l'OHMI le 11 février 1999.

Dans cette affaire, la 2^{ème} Chambre de recours de l'OHMI a accepté d'enregistrer comme marque communautaire olfactive « l'odeur d'herbe fraîchement coupée » appliquée à une balle de tennis, déposée par la Société SENTA AROMATIC MARKETING le 11 décembre 1996.

Pour accepter un tel enregistrement, l'OHMI s'est fondé notamment sur le fait que « l'odeur d'herbe fraîchement coupée est une odeur distincte que tout le monde reconnaît immédiatement sur la base de ses souvenirs. Pour beaucoup, la senteur ou le parfum de l'herbe fraîchement coupée leur rappelle les pelouses tondues ou les aires de jeux au printemps ou en été, ou autres souvenirs agréables ». La 2^{ème} Chambre de recours de l'OHMI considère que le critère de distinctivité, auquel doit répondre cette forme olfactive, est respecté, puisque appliquée à des balles de tennis. Quant à la description graphique de la marque par des mots combinés avec une indication du type et une description qui définit pertinemment la marque, ladite description est considérée comme appropriée et répondant aux conditions de la représentation graphique exigée pour l'enregistrement d'une marque.

Cette marque communautaire a été enregistrée le 11 octobre 2000. Cette solution a été réaffirmée par la même Chambre de l'OHMI le 05 décembre 2001¹¹⁴.

174. L'enregistrement des marques olfactives par l'Office Britannique des Marques. – L'Office Britannique des Marques a déjà procédé à l'enregistrement de plusieurs

¹¹⁴ OHMI, 5 décembre 2001, PIBD 2002, 754, III, p.566.

marques olfactives telle « l'odeur florale de roses » pour des pneus¹¹⁵, déposée initialement par la Société DUNLOP puis cédée à SUMITOMO RUBBER en 2002, ou celle d'« une forte odeur de bières » appliquée à des ailettes de fléchettes¹¹⁶ déposée par la Société UNICORN Products Ltd. Toutes deux ont été déposées en 1994 et enregistrées en 1996.

Dans les années 90, la Société CHANEL avait déposé à titre de marque la forme olfactive de son parfum N°5. Toutefois, ce dépôt a été retiré pour des raisons connues des seuls déposants.

2) Les décisions jurisprudentielles

176. Aux Etats-Unis. – L'une des premières décisions mondiales en matière de marques olfactives nous fut donnée en 1990 par la Chambre de recours « Trademark Trial and Appeal Board » qui avait admis la recevabilité d'une marque olfactive déposée pour des fils de couture et de broderie¹¹⁷. La représentation graphique de cette marque était constituée par une désignation textuelle de la forme olfactive (« a high impact, fresh floral fragrance reminiscent of plumeria blossoms »). Cette marque a été enregistrée en 1991 mais fut abandonnée en 1997 pour défaut de production de la déclaration d'usage. Une autre marque américaine, constituée par l'odeur d'une fraise pour désigner des lubrifiants destinés aux véhicules automobiles, a été enregistrée le 28 juillet 1998.

177. La jurisprudence communautaire. – Les magistrats de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) confirment le principe de l'enregistrement des marques olfactives dans l'affaire SIECKMANN du 12 décembre 2002¹¹⁸.

Dans le même sens, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE) a rendu une décision le 27 octobre 2005¹¹⁹. Nonobstant cette reconnaissance explicite du principe de protection d'une marque olfactive à titre de marque, l'enregistrement de ce signe distinctif olfactif ne reste que théorique.

II / UNE DIFFICULTE D'APPLICATION EN PRATIQUE

En pratique, les juges communautaires n'admettent pas l'enregistrement d'une marque olfactive en raison de manquements à la condition de représentation graphique du signe visé

¹¹⁵ Marque n°2001416 déposée le 18 novembre 1994 et enregistrée le 09 avril 1996.

¹¹⁶ Marque n°2000234 déposée le 31 octobre 1994 et enregistrée le 26 juillet 1996.

¹¹⁷ Affaire Clarke, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990).

¹¹⁸ CJCE 12 décembre 2002, affaire C-273/00.

¹¹⁹ TPICE 27 octobre 2005, affaire T 305/04.

(B). Or, le problème peut avoir pour origine une absence de référence des modalités d'enregistrement dans les textes légaux (A).

A) L'absence de référence dans les textes des modalités de l'enregistrement

178. – L'ensemble des textes, tant internationaux que communautaires, que nationaux, exige, pour la validité d'un dépôt de marque olfactive, un enregistrement. Celui-ci est conditionné par une représentation graphique du signe touchant à l'odorat. Or ce critère n'étant pas précisément défini est le plus difficile à remplir dans le cas de l'enregistrement d'une marque sensorielle, a fortiori dans le cas d'une marque olfactive.

179. – L'article L.711-1 alinéa 1^{er} du CPI énonce que le signe protégeable à titre de marque doit être « un signe susceptible de représentation graphique ». L'article R.712-3 du CPI prévoit que « le dépôt comprend : 1° La demande d'enregistrement de la marque [...] précisant notamment : a) L'identification du déposant ; b) Le modèle de la marque, consistant dans la représentation graphique de cette dernière ; le modèle peut être complété par une brève description [...] ». Ce dernier article semble substituer le modèle en tant que tel, c'est-à-dire en tant que remise d'un exemplaire, par sa représentation graphique sans toutefois définir cette notion. Cependant, ce dernier article fait référence à l'arrêté du 31 janvier 1992 qui laisse entendre que, « d'ordinaire, c'est un véritable spécimen de la marque qui devrait être collé sur la demande ; ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourrait être recouru au dépôt d'une représentation¹²⁰ ».

Par conséquent, cette absence de détermination précise des formes de représentation graphique permet d'affirmer, que loin d'être une omission, le législateur n'a pas volontairement souhaité restreindre les formes de ladite représentation graphique susceptibles d'être employées pour permettre le dépôt d'une marque. Cette liberté devrait donc permettre un dépôt de marque olfactive dont la validité de l'enregistrement serait assurée. Cependant, la pratique est toute autre.

B) Le problème de l'admission de la représentation graphique de la marque olfactive dans les décisions jurisprudentielles

¹²⁰ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.392.

180. Les demandes d'enregistrement de marques olfactives en France. – A compter de novembre 1997, cinq demandes d'enregistrement de marques olfactives avaient été déposées ; les deux premières au nom de Lancôme¹²¹, puis une au nom de l'Institut pour la Protection des Fragrances, une autre au nom du grand compositeur de parfums Pierre Bourdon¹²² et enfin une au nom de la Société Laboratoire France Parfums. Or, l'INPI après avoir examiné la première demande d'enregistrement d'une marque olfactive constituée « d'une senteur florale, épicée, blanche, légèrement orientale » et s'être prononcée négativement, n'est toujours pas, à ce jour, revenue sur sa position¹²³. Ce qui est contestable, c'est que l'INPI a fondé son refus sur le fait que les conditions générales de validité liées à l'enregistrement d'une marque, tout particulièrement la représentation graphique, n'étaient pas réunies.

181. Pouvoir d'interprétation des textes. – En effet, il convient de noter qu'en France, l'INPI est un organisme chargé d'appliquer le Code de la Propriété Intellectuelle tel qu'il a été édicté par le pouvoir législatif. Il n'appartient pas à cette autorité administrative d'interpréter les textes en restreignant le champ d'application voulu par le législateur. Si une telle interprétation devait être envisagée, elle appartiendrait au pouvoir judiciaire et non pas à l'autorité administrative.

182. Les décisions jurisprudentielles. – Dans l'affaire SIECKMANN du 12 décembre 2002¹²⁴, la CJCE n'écarte pas la possibilité qu'une forme olfactive constitue une marque mais précise les conditions de représentation graphique requises pour le signe pour lequel une protection à titre de marque est demandée. Il résulte alors des conditions posées par cet arrêt que le signe olfactif en cause caractérisé par une représentation graphique constituée par « la formule chimique [...], l'indication de ce qu'exhale la formule « une senteur balsamique fruitée avec une légère note de cannelle », l'indication qu'un échantillon est disponible auprès d'un laboratoire local » s'avère insuffisante. Pour justifier l'interprétation restrictive qu'elle a retenue, la Cour s'est attachée à rappeler que la représentation graphique répond à un impératif de sécurité juridique, chacun devant pouvoir s'assurer avec clarté et précision des droits détenus par des tiers. De plus, en raison du caractère potentiellement perpétuel du droit des marques, cette représentation doit être durable. Enfin, elle ne doit pas prêter à confusion et écarter en conséquence tout élément de subjectivité dans le processus

¹²¹ Marques françaises n° 97705451 et 97705450.

¹²² Marque française n° 97698179.

¹²³ M. Raynaud, Dossier Euro Info Centres (EIC), Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI), 31 juillet 2006.

¹²⁴ CJCE 12 décembre 2002, affaire C-273/00.

d'identification et de perception du signe. Dans ces conditions, la Cour a conclu que toute représentation graphique doit être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective.

Dans le même sens, le TPICE, dans sa décision du 27 octobre 2005¹²⁵ relative à l'enregistrement d'un signe olfactif caractérisé par une « odeur de fraise mûre », estime que la description littérale « odeur de fraise mûre » n'est pas objective, claire et précise puisque selon les variétés de fraises, leurs odeurs sont distinctes et que, s'agissant de l'élément figuratif qui accompagnait la description littérale, l'image d'une fraise dont la variété n'était pas spécifiée ne permet pas d'identifier avec clarté et précision le signe olfactif revendiqué. Enfin, le Tribunal, appliquant la règle dégagée par la CJCE, rappelle que si plusieurs modes de représentation ne sont pas en eux-mêmes suffisants, leur combinaison ne constitue pas non plus une représentation graphique valable.

Ainsi donc, au regard de l'ensemble de cette situation, il est possible de remarquer que si le législateur n'a pas jugé opportun d'ajouter des critères restrictifs sur les représentations graphiques admissibles, les conditions dégagées par la jurisprudence communautaire paraissent d'une grande sévérité pouvant conduire, à l'heure actuelle, à l'impossibilité d'enregistrer des marques olfactives en pratique. Toutefois, est-ce une situation à ce point insoluble ?

SECTION 2 : UNE PROTECTION DIFFICILE EN PRATIQUE ; DIFFICULTES SOLUBLES POUR L'AVENIR

183. – Il est indéniable qu'une représentation graphique soit nécessaire pour la validité de l'enregistrement d'une marque olfactive toutefois, il convient de ne pas rejeter systématiquement les différents modes possibles de représentation ; d'autant que l'objet de la protection porte non pas sur la représentation graphique, ni sur la perception sensorielle ou intellectuelle de la marque mais sur le signe lui-même dont seule la publication porte sur une représentation graphique. Dans le cas d'une marque olfactive, le signe est une odeur spécifique, exhalé par une substance odorante perçue par l'odorat de tout individu. En somme,

¹²⁵ TPICE 27 octobre 2005, affaire T 305/04.

ce qui oblige à une représentation graphique d'un signe n'est pas la fonction de la marque mais les contraintes techniques liées au dépôt et à la publicité aux fins de preuve¹²⁶.

Le dépôt et la publicité de la marque olfactive supposent donc la remise à l'INPI d'une représentation graphique du signe or, le terme "représentation" signifie « présenter à l'esprit, rendre sensible un objet ou un concept en provoquant l'apparition de son image au moyen d'un autre objet qui lui ressemble ou qui lui correspond¹²⁷ ».

La représentation graphique peut donc prendre des formes diverses renvoyant soit à des connaissances admises individuellement ou collectivement (I), soit à des procédés techniques (II).

I / LE RENVOI A DES REFERENCES INDIVIDUELLES ET/OU COLLECTIVES

Ce renvoi à des références individuelles signifie que chaque individu devra effectuer un effort intellectuel pour la lecture du dépôt d'une marque olfactive (A) alors que le renvoi à des références établies collectivement supposera une lecture unique communément admise (B).

A) L'appel aux connaissances de chaque individu

184. – De par sa définition, la représentation s'accommode d'une différence de forme entre le signe représenté et sa traduction graphique. Elle suppose donc « la participation intellectuelle du lecteur, un effort d'interprétation de sa part. Or, il est désormais parfaitement admis qu'une portée musicale constitue la représentation graphique d'une musique. Ce qui est protégé, ce n'est pas la forme de l'écriture musicale mais ce qu'elle représente »¹²⁸, c'est-à-dire les sons. « C'est donc bien un phénomène de représentation intellectuelle qui a trouvé sa place dans le droit positif¹²⁹ ». De même, le dépôt d'une marque simple, en caractères d'imprimerie, a pour but de revendiquer, non pas la forme des lettres, mais le sens du mot. Il en va également ainsi de la marque olfactive où c'est l'odeur qui est protégeable bien qu'exprimée graphiquement par toute forme de représentation intellectuelle possible. Aussi, la transposition « graphique » en tant que « représentation par des lignes, des figures sur une

¹²⁶ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.392 ; opinion partagée également par P. Breese, Cabinet Breese – Derambure – Majerowicz.

¹²⁷ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹²⁸ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.392.

¹²⁹ Ibid.

surface plane¹³⁰ » d'une odeur ou de sons est techniquement possible ; « un son figurera sur papier par un spectrogramme, une odeur fera l'objet d'une transcription sous forme d'un profil chromatographique en phase gazeuse, de spectroscopie de masse ou de formule chimico-physique¹³¹ ». Toutefois, hors références à des procédés techniques, il est envisageable d'appréhender la représentation graphique comme le fait de « faire apparaître à l'esprit par le moyen du langage¹³² » quelque chose, au moyen d'une « écriture¹³³ » notamment. Or, la pratique habituelle des professionnels de la parfumerie consiste à décrire une fragrance par des mots. D'autant que la CJCE, dans son arrêt SIECKMANN¹³⁴, a posé comme principe que « peut constituer une marque un signe qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement, à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique. Cette représentation graphique doit permettre au signe de pouvoir être représenté visuellement, en particulier au moyen de lignes ou de caractères, de sorte qu'il puisse être identifié avec exactitude ». Cette perception de l'exigence de représentation graphique est conforme aux acceptions des termes et à ce que prévoit le législateur français.

185. – Malgré cela, la CJCE précise que les exigences qu'inclut la représentation graphique d'un signe olfactif ne seraient pas remplies par le dépôt de la formule chimique complétée par une description au moyen de mots écrits car peu de personnes reconnaîtraient l'odeur en question, ni par le dépôt d'un échantillon d'odeur, ni par la combinaison de ces éléments. La représentation graphique se devant d'être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective. Le TPICE ajoute que la description littérale d'une odeur telle que celle de « fraise mûre » n'est pas objective claire et précise puisque pouvant viser plusieurs variétés de fraises et donc plusieurs odeurs distinctes. Quant à l'élément figuratif, l'image d'une fraise, en l'espèce, qui n'était pas spécifiée alors qu'il existe plusieurs variétés de fraises, ne permet pas d'identifier avec clarté et précision le signe olfactif revendiqué. Et, rejoignant la CJCE, le TPICE énonce que si plusieurs modes de représentation ne sont pas en eux-mêmes suffisants, leur combinaison ne constitue pas non plus une représentation graphique valable.

186. – Or, tous ces critères ne paraissent pas justifiés. En effet, d'une part les critères d'accessibilité et d'intelligibilité sont synonymes et impliquent que toute personne devra

¹³⁰ P. Mathély, « Le nouveau droit français des marques », Editions JNA, p.30 ; A. Bertrand, « Marques, Brevets, Dessins et Modèles », II, Delmas 1995, 311.

¹³¹ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.392.

¹³² Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹³³ Définitions combinées des acceptions possibles de « représentation » et « graphique », Dictionnaire Le Robert.

¹³⁴ CJCE 12 décembre 2002, affaire C-273/00.

facilement associer intellectuellement le signe correspondant à sa représentation graphique. Comme cela a déjà été précisé, cette représentation intellectuelle ne pose pas de difficulté et cette association “signe-représentation” se retrouve, par exemple, dans le cas des marques nominales donnant lieu à une prononciation s’adressant à l’ouïe.

De plus, la portée de la marque s’effectuera par le signe olfactif et c’est cette odeur qui s’adressera au « consommateur d’attention moyenne », non sa représentation graphique. Donc, une formule chimique représentant la composition d’un parfum n’est pas plus difficile à appréhender intellectuellement pour le public concerné par la publication au BOPI de la marque olfactive, qu’une partition musicale qui, elle, est admise sans difficulté comme moyen valable de représentation graphique d’un signe sonore. Aussi, dès lors que la description de la formule chimique s’accompagne de mots constituant un ensemble aisément compréhensible par la majorité de personnes, donc des tiers à qui la marque olfactive est opposable, pour permettre une description de ladite formule, il n’apparaît pas justifié de rejeter une telle combinaison de modes de représentation graphique. La description littérale pourrait constituer un mode de représentation autonome dès lors que le déposant circonscrirait, sans ambiguïté possible, une idée précise en relation directe avec le signe olfactif et cette description littérale. Pour exemple, « l’odeur d’herbe fraîchement coupée » est intelligible, claire et précise puisque connue par tous et est sans ambiguïté, tout comme « l’odeur de fraise des bois » qui a une odeur caractéristique et unique.

D’autre part, les descriptions graphiques, élément figuratif ou description littérale, sont, sans conteste, des modes de représentation durable.

Enfin, s’agissant des critères de représentation graphique qui se devrait d’être « complète par elle-même et objective », il est possible d’objecter qu’il n’y a pas lieu d’imposer pour des marques olfactives des exigences dont sont dispensées les marques nominales ou figuratives depuis que le droit des marques existe, ou sonores à l’heure actuelle.

Ces modes de représentation graphique basés sur les connaissances de chaque individu, pourraient donc parfaitement se concilier entre eux ; tout comme un ou des modes de représentation graphique renvoyant à des références individuelles pourraient se concilier avec un mode dont les références seraient pré-établies collectivement.

B) Les références établies collectivement

187. – Pour remplir la condition d’objectivité, il est parfaitement possible d’envisager que la représentation figurant au BOPI permette une identification du signe par des moyens communément admis, s’appuyant par conséquent sur un langage commun. Ainsi, il ne pourrait plus être reproché à la marque olfactive de ne pas remplir son rôle en se fondant sur l’absence d’une perception constante et sûre de ladite marque¹³⁵.

Ce mode de représentation graphique semble même être suggéré par la décision du TPICE du 27 octobre 2005¹³⁶. En effet, il sous entend qu’il conviendrait d’approfondir le concept d’une classification internationale des odeurs, de nature, à l’instar des codes internationaux déjà existants pour les couleurs via le recours aux codes « pantone », à identifier objectivement et précisément un signe olfactif grâce à l’attribution d’une dénomination ou d’un code précis et propre à chaque odeur. D’ailleurs, il existe déjà une première étude en ce sens puisque la Commission Technique de la Société Française des Parfumeurs a édité une « Classification des Parfums¹³⁷ » en 1984 (complétée en 1990 et réactualisée chaque année), qui classe les fragrances en différentes familles d’odeurs, à l’intérieur desquelles existent des sous-familles. Cette représentation sous forme de mots s’applique déjà aux sons qui sont traduisibles en notes de musique ou en lettres tels le « rugissement du lion » ou le « cri de Tarzan¹³⁸ ».

Pour compléter cette représentation, qui peut ne pas être suffisamment précise pour distinguer deux marques proches dans une procédure en contrefaçon, il peut être fait référence à des modes de représentation graphique dégagés par la technique.

II / LE RENVOI A DES REFERENCES DEGAGEES PAR DES PROCEDES TECHNIQUES

Dès lors que l’état des connaissances scientifiques l’autorise, il doit être possible de recourir à un mécanisme technique qui a pour vocation de représenter les odeurs. Il existe deux moyens techniques d’identification que sont la chromatographie en phase gazeuse (A) et la représentation graphique d’une odeur sous forme de matrice colorée (B).

A) L’analyse chromatographique en phase gazeuse

¹³⁵ P. Mathély, « Le nouveau droit français des marques », Editions JNA, p.43 ; rappr. A. Chavanne et J.-J. Burst, « Droit de la propriété industrielle », Dalloz 1998, p. 898.

¹³⁶ Considérant n°34 de la décision T 305/04.

¹³⁷ Annexe 1.

¹³⁸ Cri de Tarzan, n° de demande OHIM 000736827.

188. – L'analyse physico-chimique de la composition d'un signe olfactif consiste à établir son profil par chromatographie en phase gazeuse (CPG).

La CPG est, comme toutes les techniques de chromatographie, une technique qui permet de séparer des molécules d'un mélange éventuellement très complexe de nature et de volatilité très diverses. Elle s'applique principalement aux composés gazeux ou susceptibles d'être vaporisés par chauffage sans décomposition. Elle est de plus en plus utilisée dans les principaux domaines de la chimie et sa relative facilité d'emploi font de la CPG une technique d'analyse de routine essentielle dans de nombreux laboratoires.

Le mélange à analyser est vaporisé à l'entrée d'une colonne, qui renferme une substance active solide ou liquide appelée phase stationnaire, puis il est transporté à travers celle-ci à l'aide d'un gaz porteur. Les différentes molécules du mélange vont se séparer et sortir de la colonne les unes après les autres après un certain laps de temps qui est fonction de l'affinité de la phase stationnaire avec ces molécules. Le résultat de l'analyse se concrétisera sur un graphique. En effet, l'odeur sera reconstituée à partir d'un schéma –un graphe– composé de pics plus ou moins élevés correspondant chacun à la qualité d'un composant précis de l'odeur. L'ensemble des pics est appelé chromatogramme.

Par ailleurs, une odeur déposée à titre de marque semble pouvoir être représentée sous forme de matrice colorée.

B) La représentation graphique d'une odeur sous forme de « matrice colorée »

189. – Cette technique est « la retranscription de mesures réalisées par un système de capteurs de gaz sans sélectivité, c'est-à-dire sans qu'il y ait de différenciation spécifique des substances utilisées pour constituer l'odeur finale¹³⁹ ». La matrice colorée comporte des identifications chiffrées en abscisse et en ordonnée. La lecture de cette matrice s'effectuera par l'appareil qui a établi la représentation, que l'on appelle couramment « nez électronique ». Techniquement, cet équipement, comportant une pluralité de capteurs sensibles chacun à une caractéristique physico-chimique d'une composition, délivrera des signaux qui seront analysés sur une période de temps au cours de laquelle l'échantillon analysé sera soumis à un gradient de température.

¹³⁹ J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.394.

190. – « Cette famille d'analyses comprend également l'analyse de l'espace de tête (headspace) par un spectromètre de masse à quadrupole. Dès lors, les intensités de masse ionique provenant des différents canaux sélectionnés sont stockées dans une base de données. Une intensité moyenne est calculée pour chaque canal, donnant ainsi un set de valeurs associées à l'échantillon analysé¹⁴⁰ ». En d'autres termes, les systèmes "d'espace de tête dynamiques" permettent d'analyser les composés volatils à partir d'échantillons liquides ou solides sans préparation préalable. Après avoir déterminé les facteurs à étudier (quantité d'échantillon, durée de désorption, température de désorption, pression du gaz de balayage), la modélisation est réalisée en utilisant une matrice (dite de Doehlert) qui transmet les données en étoile où les informations forment une sorte de Toile d'araignée ou par des courbes graphiques.

En conclusion : 191. – Bien qu'il puisse être objecté que dans ces deux modes techniques de représentation, la représentation graphique ne se suffit pas par elle-même puisque sa lecture suppose la connaissance d'autres paramètres tels que les protocoles observés pour sa réalisation ; et qu'il peut ne pas y avoir une concordance parfaite, absolue, entre le schéma proposé et l'odeur supposée représentée ; il est indéniable que les technologies s'affinent très rapidement et que bientôt les progrès techniques seront tels que ce genre de mode de représentation graphique d'une odeur surmontera ces imperfections et se suffira à lui-même.

192. – Aussi, pour répondre à l'ensemble des critères exigés par la CJCE, s'agissant de l'enregistrement d'une marque olfactive et de sa publicité, il ne peut être envisagé autre chose, en l'état actuel, qu'une conciliation de deux ou plusieurs modes de représentation graphique que nous venons d'exposer. Et, au risque de se répéter, il n'y a pas lieu d'imposer pour des marques olfactives des exigences dont sont dispensées les marques nominales ou figuratives ou sonores.

193. – Un autre fondement juridique, dont le bénéfice ne suppose pas qu'il soit procédé à une représentation ou description préalable puisque ne requérant pas de dépôt, est susceptible d'être envisagé pour permettre la protection d'une fragrance, c'est le droit d'auteur. Cependant, la fragrance en tant qu'œuvre protégeable par le droit d'auteur est un sujet soumis à controverses.

¹⁴⁰ P. Breese, « La difficile mais irréversible émergence des marques olfactives », 15 janvier 2005.

CHAPITRE II : LA FRAGRANCE D'UN PARFUM ET LE DROIT D'AUTEUR

*« Une œuvre d'art est le messenger du parfum du lotus caché,
la floraison invisible de l'esprit. »*

Écritures sanscrites

La fragrance en tant qu'œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur amène à une opposition entre la majorité de la doctrine et la jurisprudence des juges du fond d'une part et les magistrats de la Cour de cassation d'autre part. Ces derniers ont, dernièrement, refusé le bénéfice d'une telle protection à la fragrance d'un parfum. Or, ce refus, bien que compréhensible dans son idée, ne s'avère pas fondé dans tous les cas, au regard des conditions et de la notion d'œuvre protégeable par le droit d'auteur (Section 1). Il est donc possible d'avancer -et de démontrer- qu'un refus de principe à la protection du droit d'auteur de toute fragrance n'est ni justifié ni nécessaire (Section 2).

SECTION 1 : LES ŒUVRES PROTEGEABLES PAR LE DROIT D'AUTEUR

L'exclusion, qui se veut de principe, de la protection du droit d'auteur de la fragrance d'un parfum érigée par la décision de la Première Chambre Civile de la Cour de cassation en date du 13 juin 2006¹⁴¹, ne s'avère pas justifiée au regard de la notion même d'œuvre protégeable et des conditions d'accès à la protection conférée par le Livre Premier du CPI dès lors que lesdites notion et conditions sont présentées objectivement (I). Toutefois, ce refus de l'accès d'une fragrance au droit d'auteur a pour but d'écarter la fragrance du bénéfice étendu de la protection conférée par le droit d'auteur (II).

¹⁴¹ 1^{ère} Civ. 13 juin 2006 n°02-44718.

I / UNE PREMISSE QUI DEVRAIT ETRE ADMISE : UNE NON EXCLUSION DE PRINCIPE A LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR

Il résulte de la notion même d'œuvre au sens du droit d'auteur, une non exclusion de principe d'une fragrance de parfum (A) ; non exclusion de principe qui se confirme en étudiant les conditions d'accès à la protection conférée par le Livre Premier du CPI (B).

A) Notion d'œuvre protégeable

194. Les textes¹⁴². – Le législateur n'a pas posé de définition précise de l'œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur mais invite à suivre quelques lignes directrices. C'est ainsi que l'article **L.112-1 du CPI** dispose que sont protégées par le droit d'auteur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Cette définition permet d'appréhender largement la notion d'œuvre et l'article **L.112-2 du CPI** dresse une liste d'exemples. Par conséquent, « sont considérés *notamment* comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code : 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres oeuvres de même nature ; 3° Les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles ; 7° Les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8° Les oeuvres graphiques et typographiques ; 9° Les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les oeuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations, les cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou

¹⁴² La Convention de Berne régit la protection internationale de la propriété littéraire et artistique.

spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement ».

195. Commentaires. – Certes, il n'apparaît pas, en tant que telle la notion de fragrance ou d'œuvre olfactive. Toutefois, d'une part, du fait de l'adverbe "notamment", cette liste est indéniablement non exhaustive, ce que reconnaissent d'ailleurs de façon constante la jurisprudence et la doctrine. Le premier arrêt qui met en avant ce principe émane de la Cour d'Appel de Paris en date du 3 juillet 1975 et concerne l'affaire Parfums de Laire contre la Société Marcel Rochas¹⁴³. Il résulte de cette décision que « si l'article L.112-2 ne cite comme exemples d'œuvres de l'esprit que des œuvres perceptibles par la vue ou l'ouïe, la présence de l'adverbe « notamment » ne permet pas d'exclure *a priori* celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens ». Quant aux auteurs qui partagent cet avis, nous ne citerons que quelques éminents noms dont Madame Glemas et Messieurs Lucas, Pamoukdjian, Laligant, Bassard, Breese, Bruguière, Calvo, Sirinelli, Caron, Gaudrat, ou encore Galloux.

196. – D'autre part, il est possible de repérer les termes de mode et de parure employés à l'alinéa 14 de l'article L.112-2 du CPI. La mode se définit comme les habitudes passagères et collectives en matière vestimentaire. Or, en la matière, c'est parer le corps humain d'un vêtement, d'un objet, d'un ornement¹⁴⁴. Marilyn Monroe se vantait de porter en guise de pyjama quelques gouttes de Chanel N°5. Sans conteste, on porte un parfum sur soi, sur ses vêtements, tout comme un bijou. Le parfum et le bijou sont des ornements, des parures qui habillent la personne. De plus, les magistrats eux-mêmes reconnaissent que les parfums de luxe dérivent aujourd'hui des industries de la mode¹⁴⁵. En effet, « une tendance générale à la diversification a amené de grands couturiers à créer des bijoux et des parfums¹⁴⁶ ».

Le parfum pourrait donc être considéré comme une création émanant des industries de la parure.

197. – Cependant, même si une telle extension est envisageable, certains acteurs¹⁴⁷ du monde juridique pourraient objecter que le parfum est un élément particulier en raison de l'immatérialité de sa fragrance et du sens auquel cette forme olfactive s'adresse, l'odorat.

¹⁴³ CA Paris 3 juillet 1975, RJDA, janvier 1977, p.108 ; Ann. Propr. Ind. 1976, p.114 ; Recueil Dalloz 1976, somm.19 ; Gaz. Pal. 1976, 1, p.43 note Galvo et Morelle.

¹⁴⁴ Réflexion faite à partir des définitions de mode, parure et ornement notamment, données par le Dictionnaire Le Robert.

¹⁴⁵ A. Bertrand, « La mode et la loi », Cedat, coll. Théorie et Pratique, 1998.

¹⁴⁶ Com. 16 janvier 1990, n° 88-10856.

¹⁴⁷ Dont F. Pollaud-Dulian, « Le droit d'auteur », *Economica* 2005, n°153 ; les Hauts-Magistrats ayant prononcé la décision du 13 juin 2006.

Ce à quoi il est possible de répondre que la forme de l'œuvre de l'esprit est à dissocier de son support matériel. En effet, « l'article L.111-3 du CPI pose le principe fondamental de distinction entre propriété corporelle et propriété incorporelle. Le texte permet de dissocier le sort des droits de propriété intellectuelle relatifs à une œuvre de celui du support matériel dans lequel l'œuvre est incorporée¹⁴⁸ ». Pour exemple, s'agissant d'un roman, il convient de distinguer l'œuvre en tant que telle et le support papier. Il en est de même du parfum où l'œuvre est la fragrance et le jus, le support. C'est par ailleurs cette distinction qui permet l'accumulation des droits d'auteur avec les autres droits de propriété intellectuelle tels les droits des brevets ou encore des dessins et modèles lorsque les conditions sont réunies pour permettre un tel cumul. Il ressort également de ce principe que l'acquéreur du support de l'œuvre ne bénéficiera pas pour autant des droits d'auteur dont est propriétaire le créateur.

198. – Un autre argument, qui relève de la logique, consiste à se demander pourquoi écarter, par principe en raison de leur particularité, les œuvres olfactives de la protection du droit d'auteur alors que le législateur ne l'impose pas et que l'article L.112-2 du même Code ne fait qu'énoncer une liste non exhaustive d'exemples et que l'article L.112-1 du CPI édicte que toutes les œuvres de l'esprit sont protégeables, quels qu'en soient le mérite, la destination, le genre ou encore la forme d'expression. Or, en ce qui concerne la forme d'expression, cela signifie que sont indifférents « le procédé, l'art, la technique de création employée pour réaliser l'œuvre et la manière dont elle est communiquée au public¹⁴⁹ », en d'autres termes, le moyen permettant sa divulgation dont on peut également déduire l'indifférence du sens qui recevra la perception de l'œuvre par cette forme d'expression¹⁵⁰. Et donc rien n'interdit à notre odorat de percevoir une œuvre olfactive protégée par le droit d'auteur, à condition toutefois qu'elle réponde à certaines exigences.

B) Conditions pour la protection d'une œuvre

Pour permettre le passage d'une œuvre protégeable à une œuvre protégée, l'objet de la protection doit être une œuvre de l'esprit originale résultant d'une création.

¹⁴⁸ Code de la Propriété Intellectuelle, Dalloz, 7^{ème} Edition, 2007.

¹⁴⁹ F. Pollaud-Dulian, « Le droit d'auteur », *Economica* 2005, n°150.

¹⁵⁰ J. Sainte Rose, *Gazette du Palais*, Recueil Juillet-Août 2006, p.2555 du 2 et 3 Août 2006 ; O. Lalignant, « Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *RRJ* 1992, 1, p.99 et s.

199. Une création. – L'œuvre de l'esprit doit résulter d'une création comme l'exige l'article L.111-1 du CPI. Cela signifie que les idées, étant de libre parcours, échappent à toute appropriation si elles ne sont pas "travaillées" afin de donner naissance à une création qui fait suite à un **effort intellectuel**. La création doit produire une œuvre ; celle-ci étant définie comme un ensemble organisé de signes et de matériaux propres à un art, mis en forme par l'esprit du créateur¹⁵¹. La création ne doit pas être le fait du hasard, l'auteur doit avoir conscience de créer. Aussi, ne sera pas considéré comme une création ce qui ne résulte que d'un savoir-faire, d'une simple application de connaissances théoriques, techniques. La solution jurisprudentielle, devenue classique aujourd'hui, affirme que « la protection conférée par le droit d'auteur ne peut s'appliquer ni à une technique, ni à une méthode, ni à un procédé, ni à un système¹⁵² ». En effet, il ressort de l'énumération de ces exclusions que leur réalisation ne résulte que d'un savoir-faire, d'une technique qui ne donnera alors naissance qu'à une "création" technique et non une création esthétique.

200. Une œuvre de l'esprit. – La création sera donc le résultat d'une activité intellectuelle de l'homme qui relèvera du domaine de l'art, d'où l'emploi de **création esthétique**. Cette dernière notion renvoie, en effet, à celle d'art. L'esthétique est la science du beau dans la nature et dans l'art¹⁵³ ; c'est également l'ensemble des principes à la base de l'expression littéraire, musicale, artistique etc.¹⁵⁴. L'art, dans l'acception nécessaire au droit d'auteur, se définit comme l'ensemble de moyens, de procédés réglés qui tendent à une fin ; c'est l'expression par les œuvres de l'homme d'un idéal esthétique, c'est encore l'ensemble des activités humaines créatrices visant à cette expression¹⁵⁵. Comme le traduit si bien Balzac « la mission de l'art n'est pas de copier la nature, mais de l'exprimer ». Or qui mieux qu'un "nez", ce créateur de parfum, exprime la nature par ses multiples odeurs au travers de ses compositions ?.. Et pour arriver à ce résultat, l'auteur ne fait que joindre à son habileté la connaissance des moyens or, l'habileté jointe à la connaissance des moyens est une autre acception du terme "art"¹⁵⁶. Rien n'empêche dans l'art, dans l'esthétique, l'utilisation d'une petite dose de savoir-faire pour exprimer "l'œuvre d'art", notion qui manifeste la volonté esthétique du créateur et qui donne le sentiment de la valeur artistique, c'est-à-dire le sentiment de la beauté, de la perfection¹⁵⁷.

¹⁵¹ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹⁵² Jurisprudence constante depuis CA Paris 12 juillet 1974, Ann. Propr. Ind. 1975, 182.

¹⁵³ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹⁵⁴ Définition donnée par le Dictionnaire Larousse.

¹⁵⁵ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹⁵⁶ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

¹⁵⁷ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

201. La création d'une forme : la forme olfactive de l'œuvre de l'esprit. – Cette œuvre de l'esprit doit avoir une forme qui puisse être l'outil de son expression et donc de sa communication au public. La forme est la structure expressive de l'œuvre d'art¹⁵⁸. Cette forme (dont le support est indifférent selon l'article L.112-1 du CPI) s'adresse donc aux sens. Rien n'interdit à ce qu'une œuvre de l'esprit puisse s'adresser à notre sens olfactif, à notre odorat. En effet, la forme a pour fonction d'être perceptible et ce, par n'importe quel langage saisissable par les sens, odorat compris. Par ailleurs, cette argumentation a été développée dans le mémoire ampliatif de Monsieur l'Avocat général Jerry Sainte Rose à propos de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 13 juin 2006¹⁵⁹. Le parfum en tant que fragrance est une création de forme –la forme olfactive– perceptible par l'odorat de tout à chacun, hormis ceux victimes d'anosmie¹⁶⁰ mais ce dernier cas relève d'un état pathologique.

202. Une création esthétique originale. – C'est l'élément déterminant qui conditionne une œuvre esthétique à être protégée par le droit d'auteur. Ce critère est posé à l'article L.112-4 du CPI qui ne concerne que "le titre d'une œuvre de l'esprit" mais la jurisprudence a érigé ce caractère en principe fondateur d'une œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. Ainsi, une telle œuvre n'est protégée que si elle présente un caractère original. Ce critère s'analyse, selon une conception classique, subjective, par référence à « l'empreinte de la personnalité de l'auteur¹⁶¹ » que doit porter une œuvre de l'esprit. Selon une conception plus moderne, objective, une œuvre de l'esprit est originale dès lors qu'elle révèle un « apport intellectuel » de son auteur.

En somme, l'originalité d'une création esthétique suppose la démonstration de l'existence de « l'empreinte de la personnalité de son auteur » ou, à tout le moins d'un « apport intellectuel » se traduisant par la démonstration d'un « apport personnel » ou d'un « effort personnalisé¹⁶² ». Cette seconde conception est surtout envisagée lorsque la création dépasse le cadre des « Beaux-Arts » -arts qui ont pour objet la représentation du beau et spécialement du beau plastique qui touche à l'architecture, la gravure, la peinture et la sculpture- en devenant une création dont la vocation est moins esthétique qu'utilitaire.

¹⁵⁸ Définition donnée par le Dictionnaire Larousse.

¹⁵⁹ J. Sainte Rose, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, 2 et 3 Août 2006, p.2555 et suivantes.

¹⁶⁰ L'anosmie est la diminution ou la perte complète de l'odorat.

¹⁶¹ CA Paris 1^{er} avril 1957, Recueil Dalloz 1957, 436 (1^{ère} et 2^{ème} espèce) ; CA Paris 24 novembre 1988, Cah. dr. auteur, juin 1989, p.4 ; CA Paris 21 novembre 1994, RIDA avril 1995, p.243 ; 1^{ère} Civ. 17 février 2004, PIBD 2004, III, p.273.

¹⁶² 1^{ère} Civ. 10 mai 1995, RIDA octobre 1995, p.291 233

Une fois qu'il est établi qu'une œuvre de l'esprit est une création esthétique originale, il ne fait aucun doute à ce qu'elle puisse bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur.

II / LES CONSEQUENCES DE LA PROTECTION DE LA FRAGRANCE PAR LE DROIT D'AUTEUR

Le bénéfice de la protection conférée par le droit d'auteur amène à envisager le statut de l'auteur de l'œuvre de l'esprit (A) et aux droits que celui-ci détiendra sur sa création (B).

A) Le statut du compositeur – créateur

203. L'auteur. – Conformément à l'article L.113-1 du CPI, la qualité d'auteur, en sa qualité de créateur, compositeur, appartient à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée, sauf preuve contraire.

La situation ne pose pas de difficulté lorsque l'œuvre a été créée par une seule personne (1) mais elle se complique lorsqu'elle est le fait d'une pluralité d'auteurs (2).

1) L'existence d'un seul auteur

204. L'auteur, une personne physique. – Sauf exception légale, seule une personne physique peut se prévaloir, à titre originaire, de la qualité d'auteur.

205. – Certains liens contractuels peuvent cependant avoir une incidence sur la titularité des droits d'auteur. En effet, par un **contrat de commande**, l'auteur peut prendre l'engagement de réaliser une création et de la livrer à un tiers, aux conditions fixées dans le contrat et en contrepartie d'une rémunération fixée d'un commun accord. Selon l'article L.111-1 du CPI, la personne qui finance la réalisation de la création –et qui a donc commandé l'œuvre– n'est pas titulaire des droits d'auteur : en l'absence de dispositions spécifiques, la réalisation d'une création dans un tel cadre transfère seulement au commanditaire la propriété matérielle de celle-ci mais non un droit d'exploitation.

206. – S'agissant d'un **contrat de travail**, dès lors qu'une œuvre a été créée au cours de l'exécution d'un tel contrat, il convient de déterminer si l'employeur bénéficie d'une cession automatique des droits. En effet, au regard du droit français, le créateur salarié reste l'auteur de l'œuvre puisque l'article L.111-1 du CPI prévoit que l'existence ou la conclusion d'un

contrat de services n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit d'auteur. Cependant, il existe une clause, fréquente, de cession des droits à l'employeur. Nonobstant cela, seuls les droits pécuniaires seront cessibles, en aucun cas le droit moral.

2) La pluralité d'auteurs

Dans une telle situation, il est nécessaire de distinguer l'œuvre de collaboration, l'œuvre collective et l'œuvre composite. Ces conditions de création vont déterminer la personne qui sera titulaire des droits sur l'œuvre à l'élaboration de laquelle ont participé plusieurs personnes.

Les trois cas de figure dans lesquels une œuvre est créée par plusieurs auteurs sont définis à l'article L.113-2 du CPI.

207. L'œuvre de collaboration. – Est dite de collaboration, l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques. L'œuvre de collaboration se caractérise principalement par une contribution personnelle de la part de chaque intervenant, une communauté d'inspiration entre ceux-ci et une concertation. Les apports personnels des différents contributeurs peuvent ne pas être individualisables (tel un roman écrit à quatre mains) ou bien être identifiables (tel le cas d'un dessinateur et d'un scénariste créant une bande dessinée).

Dans le cas d'une œuvre de collaboration, les droits sur cette œuvre appartiennent à tous les coauteurs conformément à ce qu'énonce l'article L.113-3 du CPI. Ainsi l'œuvre est diffusée sous le nom de l'ensemble des coauteurs et elle est exploitée d'un commun accord entre ceux-ci, en indivision. Toutefois, si les différents apports restent individualisables, chaque contributeur a la qualité d'auteur sur sa propre contribution. Si les apports relèvent de genres différents, chacun des auteurs peut, sauf convention contraire, l'exploiter séparément, sous réserve de ne pas nuire à l'œuvre commune. Pour exemple, le parolier et le compositeur sont titulaires de l'ensemble des droits sur une chanson mais seul le compositeur détient des droits sur la musique prise isolément.

208. L'œuvre collective. – Dans l'hypothèse de l'œuvre collective, une personne physique ou morale joue le rôle de promoteur et de ce fait, elle prend l'initiative de la création, choisit différents contributeurs et regroupe leurs apports respectifs, harmonise le tout et diffuse l'œuvre finale. A la différence de l'œuvre de collaboration, les intervenants ne se concertent pas dans le cas d'une œuvre collective. Les journaux, les encyclopédies et les dictionnaires sont des exemples d'œuvres collectives. Conformément aux dispositions de

l'article L.113-5 du CPI, la personne qui est investie des droits d'auteur sur l'œuvre collective est la personne physique ou morale qui la divulgue sous son nom. Elle seule peut décider de l'exploitation de l'œuvre collective dans son entier (telle la société qui édite un journal).

En revanche, chaque auteur peut exploiter sa contribution prise isolément, à condition que cela ne nuise pas à la carrière de l'œuvre collective prise dans son ensemble (article L.121-8 du CPI). Ce peut être le cas d'un journaliste qui souhaite réunir ses articles dans un recueil.

209. L'œuvre composite. – Enfin, l'œuvre composite se définit comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière¹⁶³ ». L'utilisation d'une œuvre préexistante constituant une atteinte aux droits d'auteur relatif à celle-ci, ne peut être envisagée qu'avec l'accord de l'auteur de cette œuvre préexistante. Selon l'article L.113-4 du CPI, l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve du respect des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante, et les droits des deux auteurs coexistent dans la nouvelle œuvre.

210. – Dès lors que la qualité d'auteur est bien déterminée, l'auteur bénéficie des droits conférés par la protection énoncée au Livre Premier du Code de Propriété Intellectuelle dont la violation peut lui permettre d'engager une action en contrefaçon¹⁶⁴. L'action civile de cette action se prescrit par 10 ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ; délai ramené à 3 ans pour l'action pénale.

B) Les droits de l'auteur

211. Absence de dépôt obligatoire et de toute autre formalité. – Selon les dispositions légales¹⁶⁵, indépendamment de tout dépôt, l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Allant plus loin encore, le Code de la propriété intellectuelle dispose que l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. Il résulte de ces dernières dispositions que même un travail préparatoire, un brouillon par exemple, dès lors que la forme retenue, bien qu'inachevée, soit déjà porteuse d'une certaine originalité, empreinte de la personnalité de son créateur. Quant à l'absence de dépôt obligatoire, la formalité d'un dépôt

¹⁶³ Article L.113-2 alinéa 2 du CPI.

¹⁶⁴ La contrefaçon de droit d'auteur est prévue aux articles L.331-1 et suivants du CPI.

¹⁶⁵ Articles L.111-1 et L.111-2 du CPI.

volontaire peut permettre de donner date certaine aux créations. Toutefois, le titulaire de l'œuvre peut établir par tout autre moyen la préexistence de son œuvre sur une autre création.

Par conséquent, l'œuvre de l'esprit originale se trouvant protégée du seul fait de son existence, son auteur dispose de deux sortes de prérogatives sur la création : des prérogatives d'ordre moral (1) et des prérogatives d'ordre pécuniaire (2).

1) Le droit moral de l'auteur

212. Objectif. – Le droit moral est lié à la personnalité de l'auteur. Il lui permet de conserver une certaine maîtrise sur l'œuvre, quand bien même celle-ci aurait été acquise par un tiers ou largement diffusée.

213. Caractéristiques. – Les caractéristiques du droit moral sont énumérées à l'article L.121-1 du CPI. Il en résulte que le droit moral est :

- **perpétuel** : le droit moral ne s'éteint ni à la mort de l'auteur (il est transmis à ses héritiers), ni à l'expiration des droits pécuniaires qui, eux, sont limités dans le temps.
- **inaliénable** : l'auteur ne peut pas céder ce droit, pas plus qu'il ne peut y renoncer. Tout contrat stipulant le contraire serait nul.
- **imprescriptible** : l'auteur peut, quand bon lui semble, agir pour défendre son droit moral, sous réserve qu'il le fasse au cours des trente ans suivant l'atteinte.

214. Prérogatives. – Le droit moral se décompose en quatre grandes prérogatives :

- **Le droit de divulgation de l'œuvre**, énoncé à l'article L.121-2 du CPI, où seul l'auteur a le droit de décider du moment et des conditions dans lesquelles il communiquera son œuvre au public.
- **Le droit de paternité** résultant de l'article L.121-1 al 1^{er} du CPI, permet à l'auteur d'exiger que son nom soit apposé sur son œuvre, afin que le public sache qu'il en est l'auteur, ou bien, au contraire de signer sous un pseudonyme, voire de rester anonyme.
- **Le droit au respect de l'œuvre** ressort des dispositions de l'article L.121-1 du CPI. Ainsi, l'auteur peut s'opposer à toute dénaturation (adjonction, modification) ou mutilation (coupure) de son œuvre.
- Enfin, **le droit de repentir et de retrait**. Selon l'article L.121-4 du CPI, un créateur regrettant sa propre décision de divulgation de son œuvre peut parfaitement remettre en cause l'exécution d'un contrat d'exploitation préalablement consenti en retirant entièrement l'œuvre du commerce, c'est-à-dire en faisant cesser l'exploitation (retrait), ou en remaniant cette œuvre (repentir). Cependant, certaines contreparties ont été prévues afin que le cocontractant

du créateur ne soit pas lésé. Par conséquent, l'auteur devra préalablement indemniser le cessionnaire des pertes et gain manqué. De plus, s'il décide à nouveau de rendre son œuvre publique, le premier cocontractant sera prioritaire.

215. – Le droit moral n'est cependant pas dépourvu de limites. Ainsi, lorsque le créateur exerce son droit moral dans le but de nuire à autrui, il peut être sanctionné par les tribunaux.

2) Les droits patrimoniaux de l'auteur

216. Objectif. – Ces droits permettent à l'auteur de tirer des revenus de son travail créatif.

217. – Conformément aux dispositions de l'article L.123-1 du CPI, les droits patrimoniaux (ou pécuniaires) sont limités dans le temps. Ils durent cependant toute la vie de l'auteur et 70 ans après son décès à la suite de leur transmission aux héritiers. Passé le délai de protection, on considère que l'œuvre appartient au domaine public. Dès lors, et sous réserve du respect du droit moral, celle-ci peut être exploitée sans que l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ne soit requise.

218. – Les droits patrimoniaux consistent dans le droit exclusif d'autoriser et d'interdire toute exploitation d'une œuvre. Ils sont cessibles et permettent à l'auteur d'obtenir une rémunération en contrepartie des utilisations qui sont faites de sa création.

219. Prérogatives. – Les droits patrimoniaux se décomposent en trois grandes prérogatives.

- **Le droit de reproduction.** Conformément à la définition donnée par l'article L.122-3 du CPI, la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte. Elle peut prendre différentes formes et il y a reproduction de l'œuvre, quand bien même l'œuvre serait reproduite sur un support différent de son support original.

L'accord de l'auteur est nécessaire pour chaque type de reproduction de son œuvre hormis quelques exceptions légales limitativement énumérées à l'article L.122-5 du CPI.

- **Le droit de représentation.** En vertu de l'article L.122-2 du CPI, représenter une œuvre, c'est la communiquer au public par un procédé quelconque. Il peut s'agir tout aussi bien d'une communication directe que d'une communication indirecte de l'œuvre. Ce droit de représentation est donc indépendant de la fabrication de nouveaux exemplaires de l'œuvre qui traduit le droit de reproduction.

- **Le droit de suite**, envisagé à l'article L.122-8 du CPI, est le droit qu'ont les auteurs d'arts graphiques et plastiques de percevoir un pourcentage sur toutes reventes successives de leurs œuvres.

En conclusion : 220. – Quel que soit le statut de l'auteur, qu'il soit salarié, indépendant, prestataire, le droit d'auteur lui reconnaît l'ensemble des droits tant patrimoniaux que moraux. Cette situation peut paraître surprenante dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail puisque si le salarié est créateur, il a pour fonction de créer et n'est-ce pas là, la contrepartie de la rémunération perçue pour l'accomplissement de son travail ? Cependant comme le souligne Monsieur Breese¹⁶⁶, le droit en décide autrement et protège l'auteur en lui reconnaissant une situation particulière dérogeant au droit commun. Ceci pourrait expliquer, pour partie, les craintes des entreprises de parfumerie à envisager la protection du parfum par le droit d'auteur. En effet, des litiges dans l'organisation des relations commerciales peuvent naître lorsque la création est une œuvre collective ; ou encore se pose la question d'éventuels litiges concernant la rémunération des droits sur les œuvres olfactives.

221. – Toutefois, ces craintes paraissent exagérées car, d'une part, de nombreux secteurs d'activités fonctionnent parfaitement nonobstant la reconnaissance du statut spécifique de l'auteur salarié ; d'autre part les entreprises pourraient être fortement tentées de qualifier toute création de "création collective", afin de conclure qu'elle seule est propriétaire des droits. Cette solution permet certes d'éviter la négociation de la cession des droits des créateurs ayant contribué à la création mais elle n'est pas sans danger. En effet, si par voie judiciaire, cette qualification de création collective est remise en cause, l'entreprise ne dispose plus d'aucun recours et se voit définitivement dépossédée de tout droit. C'est pourquoi il convient de bien analyser la situation et de n'invoquer la création collective que dans les cas où les circonstances sont incontestables. Par conséquent, mieux vaut recourir dans la plupart des cas à l'organisation contractuelle des droits de chacun des créateurs individuels ou indivis qui permettra la cession précise de droits. Il serait donc tout à fait possible d'envisager un contrat de cession d'exploitation des droits d'auteur, comme cela se pratique pour les créations graphiques et pour la création de flacons. Aussi, à l'instar des professionnels de la publicité qui ont mis en place un contrat type de commande, un contrat type de commande de création de fragrance et de cession de droits d'exploitation pourrait être utilement organisé par les professionnels de la parfumerie. Pour que l'introduction du droit d'auteur en parfumerie

¹⁶⁶ P. Breese, « La création d'un parfum enfin protégée », 1999, Site Internet.

soit bénéfique pour toutes les parties, il est nécessaire qu'elles négocient afin de concilier leurs droits et obligations, d'autant que, de principe, le montant du pourcentage de la rémunération proportionnelle dû à l'auteur est librement fixé par les parties.

Des définitions mêmes de l'ensemble des termes des conditions d'ouverture au droit d'auteur, il ne résulte pas d'obstacle insurmontable qui empêcherait la protection des œuvres olfactives par ce droit. La majorité de la doctrine et des juges du fond sont favorables à l'introduction du droit d'auteur dans le domaine de la parfumerie. Telle n'est plus la position de la Cour de cassation depuis l'arrêt rendu le 13 juin 2006 par sa Première Chambre Civile¹⁶⁷, or cette dernière position s'avère contestable.

SECTION 2 : L'OUVERTURE DE LA PROTECTION DE LA FRAGRANCE AU DROIT D'AUTEUR

« Mon âme voyage sur le parfum

comme l'âme des autres hommes sur la musique. »

Charles Baudelaire, *Un hémisphère dans une chevelure*, *Le Spleen de Paris*

Pour envisager un possible accès à la protection conférée par le droit d'auteur de la fragrance d'un parfum -protection qui se devra alors d'être effective dans certains cas- (II) encore faut-il, pour ce faire, écarter les objections émises par une minorité d'auteurs de doctrine qui fondent certaines décisions jurisprudentielles (I).

I / LES ELEMENTS OBJECTES POUR EVINCER UNE TELLE PROTECTION ; ELEMENTS SUSCEPTIBLES D'ETRE ECARTES

En reprenant les arguments majeurs de la jurisprudence et de la doctrine défavorables à la protection de la fragrance d'un parfum en tant que œuvre olfactive (A), il sera possible d'analyser si une telle position s'avère nécessaire (B).

¹⁶⁷ 1^{ère} Civ. 13 juin 2006 n°02-44718.

A) Les éléments fondant le rejet d'une telle protection

222. – Suite à une série d'arrêts de la Cour d'Appel de Paris rendus en faveur de l'ouverture de la protection de la fragrance d'un parfum par le droit d'auteur, la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt attendu en la matière. Contre toute attente, la décision du 13 juin 2006 a tranché la question par un refus de la protection.

Ainsi, par une formulation lapidaire, la Haute juridiction décide que « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des oeuvres de l'esprit par le droit d'auteur ».

223. – Par conséquent, en harmonie avec notamment les arguments de Monsieur Pollaud-Dulian¹⁶⁸, cet arrêt souhaiterait ériger en principe que la fragrance d'un parfum doit être assimilée par nature à la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire technique dont on sait qu'elle est exclusive de la qualification « d'oeuvre » au sens du droit d'auteur¹⁶⁹. Cette volonté se traduit par une sorte d'affirmation de principe puisque cet arrêt est un arrêt de rejet et non de renvoi.

224. – De la motivation cursive de cette décision, il faut encore en déduire que la création olfactive ne répond pas à la qualification d'oeuvre de l'esprit puisqu'elle ne se concrétise pas dans une forme.

225. – Aussi, convient-il pour cet auteur, de s'interroger sur l'adéquation du régime du droit de propriété artistique à un tel objet immatériel. « Outre le critère d'originalité qui ne paraît pas convenir, [...] on voit assez mal comment s'appliqueraient certaines des prérogatives principales du créateur¹⁷⁰ ». Se poserait alors la question du rôle du droit moral ; de « l'incongruité du droit de représentation » mais encore de l'appréciation de la contrefaçon en la matière.

226. – Enfin, toujours selon Monsieur Pollaud-Dulian¹⁷¹, cette solution est fondée sur le fait que le parfum est déjà protégé par d'autres moyens juridiques tel le droit des brevets dès lors qu'il répond à ses exigences. Certes, la protection offerte par le droit de la propriété industrielle est subordonnée à l'accomplissement de formalités de dépôt, à une obligation de publication et à une durée de protection limitée. Toutefois, même si dans certains cas le

¹⁶⁸ Entretien avec Madame le Haut-Conseiller Marais.

¹⁶⁹ La décision de la CA de Paris du 3 juillet 1975, sans fermer pour autant la porte à la protection de la fragrance par le droit d'auteur, énonçait déjà ce principe qu'une technique industrielle empêchait de bénéficier d'un droit de propriété artistique.

¹⁷⁰ F. Pollaud-Dulian, JCP G 2006, II, 10138, p.1600.

¹⁷¹ F. Pollaud-Dulian, JCP G 2006, II, 10138.

parfum ne peut être protégé par ce droit puisque ne répondant pas aux conditions d'accès, il n'appartient pas au droit d'auteur de pallier la défaillance de cet état de fait. En effet, le droit de la propriété artistique « ne doit plus être utilisé hors de son champ pour protéger des investissements industriels ni pour en faire la “roue de secours” de tous ceux qui revendiquent un droit privatif sur un objet immatériel sans remplir les conditions auxquelles le Code de la propriété intellectuelle subordonne l'octroi des droits de propriété industrielle¹⁷² ».

227. – L'ensemble de ces arguments ne tend qu'à un même objectif, éviter que la protection offerte par le droit d'auteur ne soit revendiquée par n'importe qui, pour n'importe quelle “création”. Ceci est un argument qu'il est nécessaire et normal de ne pas contrer. De ce fait, les conditions requises par le Code de la propriété intellectuelle doivent être respectées, ceci comme n'importe quelle autre condition légale. Cependant, cela n'exclut pas pour autant la nécessité qu'il faille envisager l'introduction des œuvres olfactives en tant que créations protégeables par le droit d'auteur. D'autant que la plupart des éléments présentés sont susceptibles d'être écartés.

B) Les éléments susceptibles d'être écartés

228. La mise en œuvre d'un savoir-faire. – En affirmant que la fragrance d'un parfum ne procède que de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, et de ce fait ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection accordée par le droit d'auteur, ce raisonnement n'est pas tout à fait exact en réalité. D'une part, une création artistique, pour ne pas dire toutes, implique nécessairement une dose de savoir-faire ou de talent professionnel de la part du créateur¹⁷³ et d'autre part, au regard du droit d'auteur, ne sont exclues des œuvres de l'esprit que les créations qui ne résulteraient que d'un savoir-faire n'exprimant donc aucun effort intellectuel. Peut-on réellement affirmer que les chef-d'œuvres de François Coty, Edmond Roudnitska, Ernest Beaux ; ou encore Jacques et Jean-Paul Guerlain pour ne citer qu'eux, ne sont que de créations dont il ne ressortirait aucune originalité -donc aucune empreinte de la personnalité de leur auteur- et dont il ne ressortirait aucun caractère esthétique ? Ceci n'est pas vrai d'autant que rien n'empêche de concilier un caractère technique à un caractère esthétique, du moment que la création ne révèle pas qu'un

¹⁷² F. Pollaud-Dulian, JCP G 2006, II, 10138, p.1600.

¹⁷³ M. Vivant, « Parfum : l'heureuse résistance des juges du fond », Recueil Dalloz 2007, p.954

caractère technique. En d'autres termes, le caractère -pour partie- industriel d'une création n'est pas un obstacle à la protection du droit d'auteur, à l'instar des créations d'art appliqué.

229. La protection du parfum par le droit des brevets. – Le raisonnement de la Cour de cassation, fondé sur celui de Messieurs Pollaud-Dulian¹⁷⁴, Bertrand¹⁷⁵ ou Gautier¹⁷⁶, qui admet la protection du parfum par le droit des brevets est tout à fait possible comme nous l'avons déjà affirmé mais il convient dans ce cas de bien distinguer la formule (élément brevetable), du jus (élément brevetable au travers de ses composants de synthèse), de la fragrance, élément non brevetable puisque ne répondant pas aux conditions de ce droit. Toutefois, «l'âme» du parfum est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur.

230. La protection du parfum par le droit d'auteur. – La fragrance, qui est au cœur de la création du parfumeur¹⁷⁷, a pour support le jus matérialisant la formule chimique qui n'est qu'un moyen technique de reproduction à l'identique de l'odeur créée. Tout comme une partition permettant de reproduire la musique, la formule permet de reproduire la fragrance d'un parfum.¹⁷⁸

231. La forme et sa perception. – Cette fragrance représente la finalité du produit et l'objet du travail du parfumeur-compositeur. Or, cette création olfactive est une forme perceptible par le public et peu importe que toutes les perceptions sensorielles dépendent plus ou moins de la personne qui les reçoit, surtout que le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit pas une telle exclusion, ce que rappelle le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 26 mai 2004¹⁷⁹. D'autant que, la perception est le fait de se représenter intellectuellement quelque chose, c'est le fait de percevoir, de prendre conscience, de saisir intellectuellement cette chose qui peut parfaitement être immatérielle. La perception de l'œuvre par le public est la finalité du droit d'auteur. Or, une odeur est perceptible par tous (sauf les malades atteints d'anosmie mais cela ne relève que d'une pathologie qui ne doit pas être prise en compte), qu'importe alors que l'odeur leur soit ou non agréable, que la fragrance soit ou non fugace –d'ailleurs le droit d'auteur n'exige nullement qu'une œuvre de l'esprit soit durable– le principal est que le public (c'est-à-dire l'ensemble des personnes que touche une œuvre¹⁸⁰, auquel elle s'adresse) la sente.

¹⁷⁴ F. Pollaud-Dulian, « Le droit d'auteur », Economica 2005.

¹⁷⁵ A. Bertrand, « Le droit d'auteur et les droits voisins », Dalloz 2^{ème} édition, 1999.

¹⁷⁶ P.-Y. Gautier, « Propriété littéraire et artistique », PUF 5^{ème} édition, 2004.

¹⁷⁷ J. Calvo, note sous Trib. com. Paris 24 septembre 1999, Les petites affiches du 3 mars 2000, p.13.

¹⁷⁸ TGI Paris 26 mai 2004, Recueil Dalloz 2004, p.2641 ; Ch.-H. Strauss, « Le doux parfum de la résistance », p.63.

¹⁷⁹ TGI Paris 26 mai 2004, SA L'Oréal et a. c/ Bellure NV et a., JCP G 2004, II, n°10144, p.1697.

¹⁸⁰ Définition donnée par le Dictionnaire Le Robert.

232. L'originalité. – L'empreinte de la personnalité du créateur ou tout au moins son apport intellectuel se révèle (ou se révélera pour les futures créations) incontestable dans certaines fragrances. Le problème est de pouvoir prouver cette originalité dès lors qu'est invoquée la contrefaçon d'une œuvre olfactive. La victime devra démontrer que sa création est originale et que ses traits caractéristiques se retrouvent dans l'œuvre incriminée¹⁸¹. Or, en matière de contrefaçon comme en matière de preuve de l'originalité d'une œuvre de l'esprit, la preuve est libre. Par conséquent, pour permettre la comparaison de deux fragrances et déterminer s'il y a contrefaçon, le demandeur à l'action pourra produire, conjointement, les résultats de plusieurs méthodes d'analyse.

233. Le nez électronique. – Il existe ainsi la métrologie sensorielle tel l'équipement appelé "capteur d'odeurs" ou "nez électronique" qui analyse les composants olfactifs de la source odorante et représente le résultat graphiquement (représentation en Toile d'araignée). Cette méthode permet de comparer les fragrances et/ou d'archiver l'analyse.

234. L'analyse sensorielle. – Une autre méthode consiste à examiner les propriétés organoleptiques d'un produit sur les organes des sens. En d'autres termes, cette analyse descriptive dite sensorielle, bien que n'étant pas une méthode arbitraire, obéit à des règles scientifiques rigoureuses, faisant l'objet de normes internationales. En effet, un guide reproduisant la norme internationale ISO 13299, décrit le protocole à respecter pour effectuer l'analyse. Pour cette dernière, il est possible de recourir à différentes catégories de sujets sensoriels. Il existe la catégorie des sujets « naïfs » qui n'ont donc jamais participé à un essai sensoriel et qui ne répondent à aucun critère particulier ; celle des sujets « experts », personnes qualifiées ayant une excellente acuité sensorielle, qui sont entraînées à l'utilisation de telles méthodes et qui sont capables d'effectuer de façon fiable une analyse sensorielle ; enfin une catégorie composée « d'experts spécialisés » qui ont une expérience complémentaire de spécialistes du produit capables d'évaluer ou de prévoir les effets inhérents aux variations dues aux matières premières, vieillissement etc.¹⁸². Cette méthode permettra aux magistrats d'apprécier le degré de ressemblance entre la création originale et le produit argué de contrefaçon.

¹⁸¹ R. Plaisant, « Le droit des auteurs et des artistes exécutants », Paris Delmas 1970 ; P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur » Recueil Dalloz Affaires 1998, p.560 ; J. Lesueur, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2561 du 2 et 3 Août 2006.

¹⁸² P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur » Recueil Dalloz Affaires 1998, p.561.

235. Le recours aux descripteurs. – « Une autre approche complémentaire consiste à faire appel aux descripteurs admis par la profession¹⁸³ ». Cela signifie que l'on se réfère notamment à la « Classification des parfums » élaborée par la Société Française des Parfumeurs¹⁸⁴.

236. – A noter que les magistrats du Tribunal de commerce de Paris, ayant rendu la première décision ouvrant la voie à la protection d'une fragrance sur le fondement du droit d'auteur le 24 septembre 1999¹⁸⁵, ont motivé leur jugement sur l'ensemble des résultats de ces méthodes qui leur ont été présentées comme modes de preuve.

237. – Enfin, en ce qui concerne les prérogatives résultant du droit moral et des droits patrimoniaux, eu égard à la définition de ceux-ci précédemment exposés, nous ne voyons pas quels problèmes insolubles la protection de la fragrance par le droit d'auteur pourrait engendrer. Une négociation entre le créateur et l'entreprise qui emploie ce dernier sera nécessaire par exemple, afin de bien déterminer contractuellement les droits et devoirs de chacune des parties en cause mais à part cela...

Au regard de l'ensemble de ces éléments, un refus de principe d'ouvrir la voie de la protection conférée par le droit d'auteur à une œuvre olfactive ne paraît pas concevable. Malgré cela, il est bien compréhensible que le droit de propriété artistique ne doive pas être considéré comme une catégorie « fourre-tout » ; c'est pourquoi, là aussi, il est nécessaire de négocier, de concilier les intérêts divergents.

II / UNE SOLUTION : UNE NON APPLICATION SYSTEMATIQUE DE LA PROTECTION

Par conséquent il n'est pas souhaitable que la situation de refus de principe perdure car à vouloir préserver trop rigoureusement le droit d'auteur et ses spécificités, c'est le résultat inverse qui se fait sentir. C'est pourquoi il serait préférable d'admettre la fragrance comme œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur, tout en étant rigoureux dans l'appréciation des conditions ouvrant droit à la protection, en cas de litige soumis aux magistrats du fond (A). En cas de non protection de l'œuvre olfactive sur le fondement du droit relevant du Livre Premier du CPI, d'autres moyens juridiques de protection peuvent être envisagés (B).

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Annexe 1.

¹⁸⁵ Trib. com. Paris 24 septembre 1999, SA Thierry Mugler c/ SA GLB Molinard, Com. com. électr. 2000, n°41, Les petites affiches du 3 mars 2000, p.13.

A) Un examen approfondi de chaque espèce

238. – Lorsque l’auteur ne revendique pas sa qualité et les prérogatives qui y sont attachées, cette situation ne soulève pas de difficulté quant au principe énoncé à l’article L.111-1 du CPI où toute œuvre de l’esprit peut être protégée par le droit de propriété artistique du seul fait de sa création. Il en va autrement en cas de litiges provoqués par une contrefaçon de droit d’auteur ou bien en cas de litiges entre employeur(s) et créateur(s). Il sera alors nécessaire de bien examiner les conditions qui donnent accès à la protection résultant du Livre Premier du CPI et qui permettent d’exercer les prérogatives qui en découlent.

239. L’examen de l’originalité de l’œuvre olfactive. – Pour que la protection conférée par le droit d’auteur puisse être utilisée à bon escient, les tribunaux devront examiner attentivement la condition d’originalité de la fragrance.

A l’instar de l’arrêt de la Cour d’appel de Paris en date du 28 juin 2000¹⁸⁶, il conviendra donc d’admettre -implicitement dans l’arrêt précité- qu’un parfum puisse constituer une œuvre de l’esprit protégeable par le droit d’auteur mais cette reconnaissance n’a pas pour autant empêché le rejet de l’action en contrefaçon de la fragrance au motif que, « en l’espèce, il n’y avait pas de démonstration technique de l’originalité ».

Le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris en date du 24 septembre 1999¹⁸⁷ avait, quant à lui, très explicitement accepté de protéger par le droit d’auteur une fragrance au motif qu’il « s’agissait indéniablement d’une œuvre de l’esprit ». Ce Tribunal fait également la différence entre le parfum jugé original et la formule, c’est-à-dire entre la démarche technique et la démarche esthétique, en indiquant que la création d’un parfum n’est « en aucun cas un travail de recherche industriel visant à mettre au point un procédé de fabrication d’un produit défini au préalable » et en comparant la formule, qui permet de reproduire une fragrance, à une partition grâce à laquelle une musique peut être reproduite.

Pareillement, le Tribunal de grande instance de Paris, dans ses décisions rendues les 26 mai et 4 juin 2004¹⁸⁸, ont reconnu clairement que le parfum-fragrance devait être considéré comme une œuvre de l’esprit. Cependant, le bénéfice de la protection au titre du droit d’auteur a été refusé du fait que l’originalité n’avait pas été suffisamment démontrée.

¹⁸⁶ CA Paris 28 juin 2000, PIBD 2000, III, p.549.

¹⁸⁷ Trib. com. Paris 24 septembre 1999, SA Thierry Mugler c/ SA GLB Molinard, Com. com. électr. 2000, n°41, Les petites affiches du 3 mars 2000, p.13.

¹⁸⁸ TGI Paris 26 mai 2004, Recueil Dalloz 2004, p.2641 ; TGI Paris 4 juin 2004, Propriétés intellectuelles, octobre 2004, p.907.

240. – D'autres décisions¹⁸⁹ ont été rendues dans le sens de l'ouverture du droit de propriété artistique aux fragrances mais celles qui méritent d'être signalées sont celles qui ont été prononcées après l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2006.

A l'heure actuelle nous pouvons citer deux décisions l'une émanant du Tribunal de grande instance de Paris en date du 28 novembre 2006¹⁹⁰ et un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 février 2007¹⁹¹. Les juges balbyniens rappellent que la fragrance d'un parfum est une création dont la forme est olfactive, protégeable par le droit d'auteur en tant qu'œuvre de l'esprit non exclue par la loi du fait de l'énumération non exhaustive édictée par les textes en la matière et de la non discrimination des créations à raison de leur genre, forme d'expression, de leur mérite ou de leur destination. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 14 février 2007 reprend une motivation similaire. Toutefois, cette décision est plus dangereuse sur un point : elle renverse la charge de la preuve concernant le critère d'originalité par rapport aux précédentes décisions visées. En effet, en l'espèce, la Cour a retenu l'absence de preuve apportée par l'intimée pour démontrer que la fragrance du produit invoqué par la société demanderesse aurait été banale et aurait appartenu « à l'univers du parfum sans pouvoir identifier une composition olfactive appropriable ». Or, si la solution s'avère ne pas être nouvelle, en matière d'œuvre olfactive, mieux vaudrait laisser la charge de la preuve du caractère d'originalité à l'auteur et éviter toute présomption d'originalité de la fragrance.

Ce serait pour éviter ce genre de dérive qu'il conviendrait d'accorder la protection tant revendiquée aux fragrances et pouvoir alors se concentrer sur les conditions d'examen des critères d'accessibilité au droit d'auteur.

Pour preuve, l'originalité se définit classiquement comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur mais elle tend à devenir un « effort personnalisé¹⁹² ». Le Tribunal de Bobigny va plus loin encore en considérant que les parfums sont protégeables par le droit d'auteur car

¹⁸⁹ Notamment CA Paris 25 janvier 2006, L'Oréal c/ Bellure, Comm. com. électr. mars 2006, p.25. Dans cet arrêt, une définition de l'originalité olfactive a été retenue, bien proche de la nouveauté : « Le fruit d'une combinaison inédite d'essences dans des proportions telles que leurs effluves, par les notes olfactives finales qui s'en dégagent, traduisent l'apport créatif de l'auteur ». Cet arrêt favorise également la démarche de recours à des expertises, à des sondages auprès des consommateurs et à la comparaison de la composition des formes olfactives en présence, afin de bénéficier utilement de l'action en contrefaçon. Cette définition de l'originalité a été réaffirmée par la Cour d'appel de Paris dans sa décision en date du 14 février 2007

¹⁹⁰ TGI Paris 28 novembre 2006, A.-S. Laborde, « Droit d'auteur : la fragrance revient en odeur de sainteté », Revue Lamy Droit de l'immatériel, mars 2007, n°7, p.59 ; Ch.-H. Strauss, « Le doux parfum de la résistance », *Ibid.*, p.63.

¹⁹¹ CA Paris, 14 février 2007, Affaire « Le Mâle » de J.-P. Gaultier, Sté Beauté Prestige Internationale c/ Sté Senteur Mazal ; M. Berguig, « Protection des fragrances par le droit d'auteur : la Cour d'appel s'entête », publication du 25 avril 2007, Site Internet Cabinet d'avocats Deprez, Dian, Guignot et Site Internet Legalbiznext ; RLDI 2007/25, n°807.

¹⁹² Ass. Plén. 7 mars 1986, R.D. propr. intell. 1986, n°4, p.19 ; Gaz. Pal. 1986, p.297 ; JCP 1986, II, n°20631.

« identifiables » ; s'agirait-il d'une nouvelle interprétation de la notion d'originalité ? Un parfum serait original car identifiable c'est-à-dire reconnaissable, particulier...

241. L'examen de la qualité d'auteur. – A noter qu'en dépit du caractère protégeable des parfums en tant qu'œuvre olfactive, reconnu dans le jugement de 1999, l'action exercée par la société demanderesse n'a tout de même pas été accueillie car celle-ci n'avait pas rapporté la preuve de la titularité des droits d'auteur.

242. – Il ressort de ces exemples qu'accepter le principe d'une protection de la fragrance par le droit d'auteur ne signifie pas pour autant assurer une protection effective ; la réalité de la protection ne dépendra que d'un examen au cas par cas des faits des litiges soumis aux juges du fond. Or, ces derniers n'étaient pas laxistes quant à l'octroi du bénéfice des droits d'auteur mais ils pourraient le devenir face à un réel rigorisme.

B) Les solutions en cas de non protection de la fragrance par le droit d'auteur

243. – La Première Chambre Civile de la Cour de cassation du 13 juin 2006 rappelle implicitement les autres ressources du droit qui permettraient de protéger le parfum. Il en va ainsi du droit des contrats et de ses clauses protectrices selon l'objectif recherché, de la répression de la violation du secret de fabrication envisagé à l'article L.621-1 du CPI, ou encore de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire instituée dans l'optique de moraliser le monde des affaires.

244. Le secret et la défaillance contractuelle. – Nous ne reviendrons pas sur la protection par le secret au sens large, incluant notamment ses diverses clauses contractuelles, que nous avons appréhendé précédemment. Quant à la protection conférée par le droit des contrats qui organise les relations du monde de l'entreprise, tout manquement à une clause, quelle qu'elle soit selon l'objectif visé, relève de la défaillance contractuelle. En revanche, il convient d'approfondir les notions de concurrence déloyale et de parasitisme.

245. L'action en concurrence déloyale. – On qualifie de "concurrence déloyale" des agissements fautifs dans l'exercice d'une profession industrielle, commerciale ou de service, de nature à engager la responsabilité civile de leur auteur sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. La concurrence déloyale est donc une application de la responsabilité civile au sein de laquelle se caractérise « une application spéciale, nommée, de l'abus de droit dans la vie des affaires, plus précisément de l'abus de la liberté du commerce et de

l'industrie¹⁹³ ». Il appartiendra au demandeur à l'action d'apporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

246. – Il est possible de distinguer **trois types d'actes de concurrence déloyale** : ceux qui créent une confusion avec les produits, les services, les activités industrielles et commerciales d'une entreprise, de nature à tromper le public et à détourner la clientèle par des moyens déloyaux ; ceux qui tentent de discréditer, par des allusions ou allégations mensongères ou exagérées, ou par dénigrement, les produits ou service d'une entreprise, aux yeux du public ; enfin, les actes qui trompent sciemment le public sur la nature, les caractéristiques, les qualités, les prix, la disponibilité, la sécurité d'usage de produits et de services ou sur les procédés de fabrication, dans le but de détourner, à leur propre profit, la clientèle des concurrents. Selon des décisions récentes de la Cour de Cassation, ce n'est pas le détournement de clientèle qui est fautif en lui-même, mais ce sont les moyens déloyaux mis en œuvre pour le provoquer.

A noter que l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris de 1883, pour la protection de la propriété industrielle, reprend les distinctions caractérisant les actes de concurrence déloyale mais, à ce jour, il ne semble pas y avoir eu de décisions judiciaires sur le fondement de cet article.

247. Le parasitisme ou l'action en concurrence parasitaire. – Selon Monsieur Saint-Gal¹⁹⁴ : c'est « le fait de se référer, sans s'adresser à la même clientèle, à une marque ou à toute autre forme de propriété intellectuelle créée par un tiers et particulièrement connue, à l'effet de tirer profit de sa renommée ». L'utilisation en tant que marque de l'appellation « Champagne¹⁹⁵ » pour un parfum ou des cigarettes, ou de la marque Guerlain¹⁹⁶ pour caractériser un lave-vaisselle sont constitutifs d'acte de parasitisme.

Il existe maintes situations dans lesquelles un agissement parasitaire, profitant de l'avantage d'autrui, peut se caractériser en dépit de l'absence de situation de concurrence, et c'est là la distinction fondamentale d'avec la concurrence déloyale.

Contrairement à la concurrence déloyale, la notion de notoriété est ici essentielle. Partant de l'usurpation de notoriété et le fait qu'une renommée se fonde entre autres sur des investissements matériels et intellectuels notables de façon à constituer une valeur économique, sera également défini comme agissement parasitaire le fait de tirer profit des

¹⁹³ Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz Action, 2004/2005, p.1263.

¹⁹⁴ Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires », RIPIA 1956, n°25/26, p.37.

¹⁹⁵ TGI Paris, 5 mars 1984, PIBD 1984, III, p.200 ; CA Paris, 15 décembre 1993, D. 1994, p.145.

¹⁹⁶ CA Paris, 29 septembre 1995, Guerlain c/ Bosch, Gaz. Pal. 1996, I, somm. p.146.

actions et des efforts réalisés par un autre sans en supporter ou en partager les coûts. Ainsi, peuvent se voir protégés la publicité et les slogans publicitaires en tant qu'idées à valeur économique qui ont été détournées de façon déloyale, ceci dans un but lucratif.

Le parasitisme est une action subsidiaire, où l'agissement doit avoir été fait dans un but économique. En revanche, la preuve d'un risque de confusion dans l'esprit du public n'est pas nécessaire. Les biens juridiques tombés dans le domaine public ne sont pas protégeables.

248. – L'action en concurrence ou en agissements parasitaires peut être exercée par toute personne, physique ou morale. La victime n'a pas besoin d'être le propriétaire du bien ou le titulaire d'un droit direct sur le bien pour pouvoir exercer l'action.

249. – A noter qu'une action en concurrence déloyale peut être intentée en complément d'une action en contrefaçon, si le contrefacteur a commis des actes fautifs, distincts de la contrefaçon proprement dite, tels que détournement de clientèle, dénigrement des produits concurrents ou baisses de prix excessives pour ne citer que cela.

En conclusion : 250. – En somme, ce n'est pas parce que la fragrance est éligible à la protection des droits de propriété intellectuelle qu'elle doit être systématiquement protégée. Il y a des fragrances qui sont originales et d'autres qui ne le sont pas. D'autant que cette analyse, les pays étrangers l'ont bien saisie ; pour exemple, la Cour Suprême des Pays-Bas s'est prononcée en faveur de la protection du parfum par le droit d'auteur et ce, à trois jours de la décision rendue par notre Haute Juridiction le 13 juin 2006¹⁹⁷.

251. – Certes, si l'on suit le raisonnement de la Cour de cassation, l'action en concurrence déloyale ou parasitaire s'applique bien au savoir-faire, elle est sans limite de temps (mais l'action est prescrite 10 années après la réalisation du dommage ou suivant la connaissance de ce dernier par la victime ou encore à compter de la cessation des agissements déloyaux ou parasitaires selon les cas), « elle n'exige la preuve ni de l'originalité, ni de la "nouveau" du parfum¹⁹⁸ et paraît appropriée aux actes de recherche de confusion évoqués » dans les faits soumis aux magistrats, enfin, « elle semble s'appliquer à l'ensemble des actes déloyaux qui entourent l'imitation du parfum lui-même, à l'exception de la contrefaçon de marque¹⁹⁹ ».

252. – Toutefois, ces arguments sont utiles si l'entreprise coupable d'acte(s) de concurrence déloyale ou d'agissement(s) parasitaire(s) profite de la notoriété d'un parfum créé par une

¹⁹⁷ Cour Suprême des Pays-Bas H.R. 16 juin 2006, Kecofa c/ Lancôme, Magazine de l'OMPI, octobre 2006, p.2.

¹⁹⁸ F. Pollaud-Dulian, RTDCom. 2006, n°2, p.366.

¹⁹⁹ Ibid.

personne en se plaçant dans son sillage. Or, cette situation est différente de celle où la victime, titulaire du droit d'auteur, peut agir, de ce fait, en contrefaçon lorsque la fragrance est copiée.

253. – De plus, suivant le raisonnement de Monsieur Breese, en permettant une appropriation des créations olfactives par le biais de la propriété intellectuelle, on permettrait une protection renforcée de la fragrance, on renforcerait également le statut du créateur-parfumeur mais encore la position des acteurs du « parfum-industrie » puisque « l'appropriation des créations pourrait se traduire par la constitution d'actifs immatériels valorisables au bilan des maisons de parfumeries²⁰⁰ ».

254. – Eu égard à l'ensemble de ce constat, la protection des œuvres olfactives par le droit d'auteur ne pourra plus être écartée longtemps. Il est nécessaire d'envisager dès à présent une telle protection par la conciliation des intérêts et des enjeux en présence.

CONCLUSION

255. – La protection juridique d'un parfum est effective pour la plupart de ses éléments hormis la fragrance, pourtant élément majeur car c'est pour elle que les consommateurs achètent le parfum. Or, bien que protégeable par le droit des marques, on lui refuse une protection concrète au motif que les éléments techniques de représentation graphique de la forme olfactive ne sont pas suffisamment fiables à l'heure actuelle au regard des exigences très rigoureuses posées par la jurisprudence. Oui mais l'évolution de ces techniques dans un avenir proche ne fait aucun doute...tout comme la réalité de la protection de la forme olfactive.

256. – Quant au droit de la propriété artistique, le problème posé par la Cour de cassation est que, pour sa Première Chambre civile, « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas [...], la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des oeuvres de l'esprit par le droit d'auteur ». Il est loisible d'envisager un raisonnement *a contrario* en se demandant si toutes les fragrances ne résultent réellement que d'un savoir-faire.

²⁰⁰ P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur » Recueil Dalloz Affaires 1998, p.561.

257. – Toute création suppose une dose de savoir-faire c'est-à-dire d'habileté, de talent professionnel. La loi n'exclut de la protection conférée par le droit d'auteur que les créations techniques ne résultant que d'un savoir-faire.

Or, ce qui est important, c'est de "mesurer" le degré de savoir-faire.

258. – Les grands nez ne composent certaines de leurs créations –qui restent par ailleurs des intemporels– que suivant une idée précise qu'ils souhaitent concrétiser, leur souhait est de créer une fragrance qui leur ressemble, une création qui exprime leur personnalité en allant au-delà de ce qu'ils ont déjà réalisé.

259. – Or, au regard des textes, il ne fait aucun doute que la fragrance est une forme d'expression susceptible d'être protégée par le droit de la propriété intellectuelle. Et l'on sait que dès lors que le critère d'originalité est prouvé, il y a création au sens du droit d'auteur qui rend la protection effective.

Ce critère d'originalité se détermine par celui de « l'empreinte de la personnalité de l'auteur ». Ceci est vrai au regard de la réflexion menée par les grands parfumeurs-créateurs, que l'on peut vérifier, notamment, en suivant la réflexion menée par Jean-Paul Guerlain²⁰¹.

Ce compositeur-parfumeur contemporain réfléchit, il a conscience de créer mais il veut créer quelque chose d'original. Par exemple, « Nahéma », créé en 1979, a été réfléchi, composé, testé pendant 9 ans et est né après plus de 800 essais !

Là est l'empreinte de la personnalité, l'apport créatif, l'effort intellectuel de l'auteur.

260. – Ce critère d'originalité s'analyse donc aux frontières de la réflexion menée par le nez, de la réflexion touchant à la nouveauté puisque la créateur par sa fragrance originale veut étonner, apporter une autre facette de son empreinte, de ses composants fétiches qui constituent la base de ses œuvres olfactives, chaque fois différente, personnelle ; pour exemple, Nahéma et Samsara, bien que créées par le même auteur, sont différentes.

261. – Par conséquent, on s'aperçoit que l'originalité d'une fragrance se détermine par rapport à ce qu'envisage le créateur et là, la Cour de cassation, par l'intermédiaire des juges du fond, aura raison d'exclure les parfums de la protection conférée par le droit d'auteur lorsque la fragrance ne répondra pas au critère d'originalité requis qui sera analysé au travers de la réflexion, de l'effort intellectuel, par le temps passé à cette réflexion, à la recherche par l'auteur de son empreinte dans sa création. Cette empreinte, c'est-à-dire ce qui lui correspond, se voudra originale, nouvelle par rapport à ses créations antérieures. Le critère d'originalité s'analysera alors également aux frontières du critère de nouveauté, comme d'ailleurs le

²⁰¹ Emission C'est Notre Affaire, « Parfum, luxe et marketing », France 5, 23 juin 2005.

reconnaît implicitement un des plus grands détracteurs de la protection de la fragrance par le droit d'auteur, Monsieur Pollaud-Dulian²⁰², dont le raisonnement a fortement influencé la décision rendue le 13 juin 2006 par les Hauts-Magistrats.

Dès lors, il est possible d'affirmer que les parfums produits "à la chaîne" ne sont pas empreints de la personnalité de leur auteur puisque ces fragrances ne sont élaborées que dans l'optique de plaire à une large majorité du public et, pour ce faire, s'inspirent pour la plupart d'entre elles, de l'empreinte des œuvres déjà créées.

262. – Certes, la destination de l'oeuvre est indifférente à la protection conférée par le droit d'auteur, tout comme le mérite, mais cette destination, pour l'analyse de l'originalité, n'est pas à prendre dans le sens de condition d'éligibilité de la fragrance à une telle protection. En effet, rien n'interdit de prendre -pour partie du moins- en considération la destination de l'oeuvre pour déterminer le degré d'originalité et donc le degré de savoir-faire.

263. – La réalité est qu'il existe des éléments objectifs qui conditionnent l'éligibilité de la création à la protection du droit d'auteur, à concilier avec des éléments subjectifs qui détermineront l'effectivité de la protection. Pour ces derniers, tout n'est que question de degré à examiner au cas par cas afin que d'oeuvre protégeable, la fragrance devienne oeuvre protégée.

²⁰² F. Pollaud-Dulian, RTDCom. 2006, n°2, p.366.

ANNEXE 1

La classification



En 1984 est née la première **Classification des Parfums**, à partir des travaux de recensement de tous les produits ayant existé depuis 1782, effectués par la Commission Technique de la Société Française des Parfumeurs.

Son originalité -classement par familles d'odeurs et non à partir d'un archétype-, comme son évident souci d'objectivité, en ont assuré le succès. Elle est éditée régulièrement, avec le soutien du Comité Français du Parfum, et réactualisée chaque année sous forme de fiches additionnelles.

C'est la tâche d'une importance considérable qu'une équipe passionnée de Parfumeurs-Créateurs a accomplie pendant de nombreux mois. A la fois instrument de référence, de travail, de communication mais aussi de formation, utile aux professionnels comme au grand cet ouvrage témoigne des valeurs des parfums passés et contemporains et de l'innovation de leurs Créateurs.

Vous trouverez sur ce site l'intégralité de la Classification des Parfums depuis 1984, mise à jour mensuellement, au fur et à mesure des travaux de la Commission Technique.

LES FAMILLES OLFACTIVES

A - HESPERIDEE

On entend par "hespéridées", les huiles essentielles obtenues par expression du zeste des fruits tels que bergamote, citron, orange, mandarine, etc...associées aux produits de l'oranger. C'est dans ce groupe que l'on trouve les premières "Eau de Cologne", utilisées par les hommes et les femmes.

A1 - HESPERIDE

A2 - HESPERIDE EPICE

A cette structure hespéridée, on ajoute des notes épicées, telles que le girofle, le poivre, la muscade, la cannelle.

A3 - HESPERIDE AROMATIQUE

La structure hespéridée est, ici, modifiée par l'apport des notes aromatiques comme le thym, la marjolaine, le romarin ou encore la menthe.

A4 - HESPERIDE FLEURI CHYPRE

Ils représentent une nouvelle génération d'Eau de Cologne. La note hespéridée est toujours importante, mais elle reçoit l'apport d'autres notes fraîches et cet ensemble se prolonge d'abord par une note florale où le jasmin est surtout présent, et ensuite, par un fond boisé et mousses.

A5 - HESPERIDE BOISE

Toujours l'accord hespéridé mais à un degré moindre. La note florale est faiblement présente. Le fond boisé, et parfois poudré, est lui, assez important.

A6 - HESPERIDE FLEURI BOISE

Des notes florales, discrètement présentes dans l'accord hespéridé ; L'ensemble associé à des notes boisées très diverses.

B - FLORALE

Cette famille importante regroupe tous les parfums dont le thème principal est une fleur : jasmin, rose, muguet, violette, tubéreuse, narcisse, etc...

B1 - SOLIFLORE

Une seule note florale est recherchée ; c'est le début de la parfumerie moderne. On copie la nature, on essaye de reconstituer et de styliser : une rose, un jasmin, une violette, un lilas, un muguet...

B2 - SOLIFLORE LAVANDE

Avec ces eaux de toilette, c'est la première fois que les hommes s'attribuent vraiment une note parfumée. Ce sera leur parfum durant de nombreuses années - L'huile essentielle de lavande y est présente à plus de 50 %. On ne peut se tromper. Une autre génération est apparue plus tard, avec toujours une dominante lavande et une recherche générale plus élaborée.

B3 - BOUQUET FLORAL

On s'inspire toujours de la nature, mais on associe, comme pour un bouquet de fleurs, plusieurs notes florales. La composition devient plus complexe, les matières premières sont devenues plus nombreuses.

B4 - FLEURI ALDÉHYDÉ

C'est une des catégories les plus importantes de la parfumerie à ce jour. C'est toujours un bouquet floral, souvent

prolongé par des notes animales, poudrées, légèrement boisées. Le départ est composé d'aldéhydes, en association avec des hespéridés ou des notes florales.

B5 - FLEURI VERT

Il a été adjoint à un bouquet floral des notes fraîches et surtout vertes, c'est-à-dire d'une fraîcheur plus incisive. Le galbanum est le type même du produit employé dans cette classe ainsi que des spécialités à odeur d'herbe coupée.

B6 - FLEURI BOISÉ FRUITÉ

Sur un bouquet floral, où la note boisée est sous-jacente, il est ajouté des notes fruitées, pêche, pomme, prune, abricot...

B7 - FLEURI BOISÉ

La note florale, dominante dans cette catégorie, peut être violette, jasmin, rose, muguet ou autre fleur. On y trouve des notes de tête diversifiées : hespéridées, herbacées en particulier. Le prolongement est constitué de notes surtout boisées, poudrées, vanillées.

B8 - FLEURI MARIN

Un bouquet floral classique se trouve accompagné durant son évaporation par un ensemble de notes marines, plutôt océanes.

B9 - FLEURI FRUITÉ

A partir de 1995, des notes fruitées nouvelles pour la parfumerie ont « fleuri ». Et si le corps floral est bien présent et repérable, les notes fruitées sont manifestes. Ce sont l'abricot, la framboise, le melon, le litchi, la poire, la pomme...

C - FOUGÈRE

Cette dénomination de fantaisie, qui ne prétend pas se rapporter à l'odeur des fougères, comprend un accord généralement réalisé avec des notes lavandées, boisées, mousse de chêne, coumarine, bergamote, géranium, etc...

C1 - FOUGÈRE

C2 - FOUGÈRE FLEURIE AMBRÉE

Il s'agit d'un accord fougère épanoui par une note florale et soutenu d'un fond ambré labdanum.

C3 - FOUGÈRE AMBRÉE DOUCE

Ces fougères de construction classique ont un fond ambré dont la douceur est accentuée de notes vanillées.

C4 - FOUGÈRE EPICÉE

Ce sont des fougères de base, très classiques, caractérisées par la présence de notes florales et surtout d'ajouts marquants de notes épicées comme le girofle, le poivre.

C5 - FOUGÈRE AROMATIQUE

Une fougère bien sûr, mais associée étroitement à un ensemble hespéridé, herbacé, surtout aromates, comme thym, armoise, coriandre, romarin, etc... et parfois quelques légères notes épicées.

C6 - FOUGÈRE FRUITÉE

La base est une fougère classique. Elle est observée en parallèle avec les notes fruitées mentionnées pour la sous-famille fleurie fruitée.

D - CHYPRE

Ce nom provient du parfum que François COTY a ainsi appelé à sa sortie en 1917. Le succès de ce « Chypre » en a fait le chef de file de cette grande famille qui regroupe des parfums basés principalement sur des accords de : mousse de chêne, ciste labdanum, patchouli, bergamote, etc...

D1 - CHYPRE

D2 - CHYPRE FRUITÉ

Toujours cet accord chypre, plus étoffé et agrémenté de notes fruitées comme la pêche, la mirabelle, les fruits exotiques...

D3 - CHYPRE FLEURI ALDÉHYDÉ

C'est le canevas fleuri aldéhydé adapté à un ensemble chypre floral plutôt que floral seul.

D4 - CHYPRE CUIR

A l'une des structures citées, on ajoute des notes de cuir, de fumée, de bois brûlé, animales, et ces compositions sont quelquefois coiffées par une note fraîche, surtout hespéridée.

D5 - CHYPRE AROMATIQUE

Chypre sûrement, le plus souvent fleuri et à dominantes aromatiques : thym, armoise, genièvre, coriandre.

D6 - CHYPRE VERT

Ici, on assiste à un contraste entre un départ frais et vert (herbe coupée, feuilles froissées) et un fond chaud.

D7 - CHYPRE FLEURI

A la structure chypre, on ajoute des notes florales telles que muguet, rose, jasmin.

E - BOISÉE

Ce sont des notes chaudes ou opulentes comme le santal et le patchouli, parfois sèches comme le cèdre et le vétiver. Le départ est constitué le plus souvent de notes lavandées et hespéridées.

E1 - BOISÉ

E2 - BOISÉ CONIFÈRE HESPÉRIDÉ

Ici nous retrouvons des notes boisées où l'essence de pin joue un rôle important, avec en tête des notes agrumes.

E3 - BOISÉ ÉPICÉ

Un boisé santal doux, réchauffé de notes épicées très présentes : poivre, muscade, girofle, cannelle...

E4 - BOISÉ AMBRÉ

Le fond est constitué de notes chaudes et riches, telles que vanille, coumarine, ciste labdanum, patchouli et santal.

E5 - BOISÉ AROMATIQUE

Les accords de bois font l'essentiel de ces compositions, souvent lavandées, quelquefois vertes, avec toujours un départ aromatique tel que thym, armoise, myrte, romarin, sauge.

E6 - BOISÉ ÉPICÉ CUIR

L'accord boisé épicé est renforcé de notes cuir et animales, telles que bouleau et castoréum.

E7 - BOISÉ MARIN

Cette construction s'harmonise bien avec un accord boisé aromatique et les notes océanes complètent ou modifient le thym et l'armoise.

E8 - BOISÉ FRUITÉ

Un arbre et des fruits. Un bois et des fruits... quoi de plus naturel... Nous retrouvons ici les notes de fruits découvertes ou redécouvertes récemment.

F - AMBRÉE

Sous la dénomination « ambrés » quelquefois appelés aussi « orientaux », ont été groupés des parfums ayant des notes douces, poudrées, vanillées, ciste labdanum, animales, très marquées. Y-a-t-il une note ambrée type ? -Sûrement ! -voir ambrés doux-. Six groupes d'ambrés ont été répertoriés.

F1 - AMBRÉ DOUX

On y trouve les parfums les plus représentatifs de la note ambrée classique -ils se distinguent par leur douceur et leur chaleur -leur sillage est particulièrement prononcé.

F2 - AMBRÉ FLEURI ÉPICÉ

Sur l'accord ambré, une note épicée est très perceptible et l'apport floral non négligeable -oeillet par exemple.

F3 - AMBRÉ HESPÉRIDÉ

Ces produits ambrés peuvent avoir un caractère floral -leur départ hespéridé est bien marqué.

F4 - AMBRÉ FLEURI BOISÉ

Dans ce groupe de notes ambrées, le caractère boisé est bien marqué et la note de tête est nuancée de variations florales.

F5 - SEMI-AMBRÉ FLEURI

Un dosage plus nuancé de la note ambrée dans un ensemble olfactif puissant. Des notes dominantes : florales, fraîches, épicées, qui s'intègrent dans ce bouquet très consistant.

F6 - AMBRÉ FLEURI FRUITÉ

La représentation ambrée est certaine. L'aspect floral peut être très diversifié. La note fruitée est composée des fruits mentionnées par ailleurs : pomme, poire, abricot, framboise, fraise, prune, etc..

G - CUIR

C'est une formulation bien à part, une idée de la parfumerie un peu différente de ce que l'on conçoit généralement, avec des notes sèches, très sèches parfois, essayant de reproduire l'odeur caractéristique du cuir (fumée, bois brûlé, bouleau, tabac...) et des notes de tête ayant des inflexions florales.

G1 - CUIR

G2 - CUIR FLEURI

Ce sont des notes cuir « linéaires », sans agressivité, agrémentées de notes florales, violette, iris ou autres.

G3 - CUIR TABAC

La note cuir est tempérée par des accords boisés, miellés, foin, qui caractérisent la note tabac blond.

[Accueil](#) - [Qui sommes nous](#) - [Conditions d'utilisation](#) - [Contact](#) - [Liens](#) - [Articles Référentiels](#) - [Plan du site](#)



Société Française des Parfumeurs Copyright 2006 - [Crédits](#)

ANNEXE 2

Parfums et Créateurs

- 1714 : *Eau de Cologne* de Farina (Jean Marie Farina)
- 1889 : *Jicky* de Guerlain (Aimé Guerlain)
- 1917 : *Chypre* de François Coty (François Coty)
- 1921 : *N°5* de Chanel (Ernest Beaux)
- 1921 : *Habanita* de Molinard
- 1925 : *Crêpe de Chine* de la parfumerie Millot (Jean Desprez)
- 1925 : *Shalimar* de Guerlain (Jacques Guerlain)
- 1927 : *Arpège* de Lanvin (André Fraysse)
- 1929 : *Soir de Paris* de Bourjois (Ernest Beaux)
- 1930 : *Joy* de Jean Patou (Henri Alméras)
- 1944 : *Femme* de Rochas (Edmond Roudnitska)
- 1948 : *L'Air du temps* de Nina Ricci (Francis Fabron)
- 1956 : *Diorissimo* de Christian Dior (Edmond Roudnitska)
- 1959 : *Monsieur* de Givenchy
- 1966 : *Eau sauvage* de Christian Dior (Edmond Roudnitska)
- 1967 : *Cuir de Russie - Russisch Leder* de Farina gegenüber (Hugo Janistyn)
- 1969 : *Ô* de Lancôme (Robert Gonnon)
- 1972 : *Aromatics Elixir* de Clinique (Bernard Chant)
- 1977 : *Opium* d'Yves Saint-Laurent (Jean-Louis Sieuzac)
- 1978 : *Azzaro pour hommes* d'Azzaro
- 1978 : *Magie Noire* de Lancôme (PFW)
- 1978 : *Polo* de *Ralph Lauren* (Carlos Benaïm)
- 1979 : *Nahéma* de Guerlain (Jean-Paul Guerlain) **800 essais, 9 ans de travail !**
- 1979 : *Anais Anais* de Cacharel (Roger Pellegrino de Firmenich)
- 1981 : *Antaeus* de Chanel; *Kouros* d'Yves Saint Laurent
- 1983 : *Paris* d'Yves Saint-Laurent (Sophia Grosjman)
- 1984 : *Coco* de Chanel (Jacques Polge)
- 1985 : *Poison* de Christian Dior (Jean Guichard)
- 1985 : *Obsession* de Calvin Klein (Jean Guichard)
- 1987 : *Loulou* de Cacharel (Jean Guichard)
- 1988 : *Cool Water* de Davidoff (Pierre Bourdon)
- 1988 : *Fahrenheit* de Christian Dior
- 1990 : *Egoïste* de Chanel (Jacques Polge)
- 1992 : *L'Eau d'Issey* d'Issey Miyake (Jacques Cavallier)
- 1992 : *Angel* de Thierry Mugler (Olivier Cresp et Yves de Chiris)
- 1993 : *Jean-Paul Gaultier* de Jean-Paul Gaultier (Jacques Cavallier)
- 1995 : *CK One* de Calvin Klein (Firmenich)
- 1995 : *Dolce Vita* de Christian Dior (Pierre Bourdon et Maurice Roger)
- 1995 : *Le Mâle* de Jean-Paul Gaultier (Francis Kurkdjian)
- 1998 : *Pi* de Givenchy
- 2001 : *Coco Mademoiselle* de Chanel (Jacques Polge)
- 2005 : *Dior Homme* de Christian Dior (Olivier Polge)

ANNEXE 3

Petit test sur nos connaissances olfactives... Vrai ou Faux.

- 1) Le muguet est une fleur dont on extrait une essence exquise et très recherchée.
- 2) « Je veux un parfum de femme qui sent la femme » a dit Jacques Guerlain en évoquant Mitsouko.
- 3) Les chypres sont des accords olfactifs dont la base est la mousse de chêne, le patchouli et la bergamote.
- 4) Yves Saint Laurent est l'auteur de cette phrase célèbre : « On doit respirer une femme avant même de l'avoir vue ».
- 5) Le flacon aux deux colombes de L'Air du Temps de Nina Ricci est le flacon originel de sa création.
- 6) Habanita de Molinard a été conçu et utilisé à l'origine pour imprégner le papier à cigarettes afin d'atténuer l'odeur du tabac.

1. Faux. Le muguet est une fleur « muette » pour les parfumeurs. Son arôme a pu être reconstitué grâce à la synthèse. Le premier parfum à succès construit autour du muguet, c'est Diorissimo de Dior 1956, composé par Edmond Roudnitska.
2. Faux. C'est Coco Chanel qui a émis ce souhait en s'adressant à Ernest Beaux, qu'elle charge de créer en 1921 le futur N°5. Composé de 80 ingrédients et surtout d'une surdose d'aldéhydes, le N°5 a inauguré un nouveau genre, les parfums abstraits.
3. Vrai. C'est le Chypre de Coty, créé en 1917, qui a donné son nom à cette famille olfactive. Fondé principalement sur des accords de mousse de chêne, de patchouli, de ciste et de bergamote, elle s'autorise des variations fleuries ou fruitées, cuirées ou vertes et connaît un vrai retour en grâce.
4. Faux. C'est Marcel Rochas. Connu depuis 1925, le couturier prend son envol en 1944 en créant Femme, composé par un jeune nez talentueux, Edmond Roudnitska. La fragrance mêle la pêche et la prune aux tubéreuses et donne une nouvelle dimension aux chyprés.
5. Faux. Il n'est pas celui dans lequel a été commercialisé pour la première fois L'Air du Temps. Le flacon inaugural, créé en 1948, avait été dessiné par un sculpteur espagnol, Juan Rebull. Il représentait un soleil et une colombe était gravée sur le bouchon. C'est en 1951 que Ricci et Lalique imagine un nouveau flacon et font voler deux colombes au dessus d'un tourbillon de cristal.
6. Vrai. En 1921, la maison Molinard fondée à Grasse en 1849, se met au goût du jour en créant cette fragrance vanillée, musquée et épicé, spécialement imaginée pour neutraliser l'odeur gênante du tabac. La publicité de l'époque assurait qu'il était le plus tenace du monde.

ANNEXE 4

ANNEXE 5

« Une empreinte de moi dans la mémoire des autres. »

Guerlain

INDEX

A

Acte de contrefaçon 75
Action en concurrence déloyale 245
Activité inventive 52
- Homme du métier
Analyse sensorielle 234
Annuités 67
Antériorité 51, 94, 133
Apparence 87
Application industrielle 53
Auteur 203

B

Brevet 46, 229
- Produit 47
- Procédé 48

C

Caractère nouveau 92
Caractère propre 96
Caractère visible 91
Chromatographique en phase gazeuse 188
Classification des Parfums 187, 235
Composants du jus 56
Concurrence déloyale 246
Contrat de travail 206
Contrefaçon 19, 109
Contrefaçon indirecte 156
Création 199
Création esthétique originale 202

D

Délit de contrefaçon 20
Dessin et modèle 85
Dessin ou modèle identique 95
Divulgateur 93
Droit des contrats 37
Droit moral 212
Droits patrimoniaux 216

E

Ecoles de formation des parfumeurs 29
Enregistrement de marques olfactives 180
Etats-Unis 176
Etiquette 14

F

Flacon 13
Forme 201, 231
Formule 58
Fragrance 11, 60

I

Impression visuelle d'ensemble 98

J

Jurisprudence communautaire 177
Jus 8, 57

M

Marque 15, 122, 123
- Signe disponible 131
- Signe distinctif 126
Marque enregistrée 149
Marque frauduleuse ou déceptive 138
Marque jouissant d'une renommée 135
Marque non enregistrée 148
Marque notoire 134
Matières premières 9
- Produits de synthèse
- Produits naturels
Monopole d'exploitation 62

N

Nez électronique 189, 233
Nouveauté 50

O

Observateur averti 97
Œuvre de collaboration 207
Œuvre collective 208
Œuvre composite 209
Œuvre de l'esprit 200
Œuvre protégeable 194
Office Britannique des Marques 174
OHMI 173
Originalité 232

P

Parasitisme 247
Plagiat 19
Preuve du risque de confusion 155
Procédés techniques d'extraction 55
Produit 88
Produit habituellement odorant 169
Produits non naturellement odorants 167
Produits odorants 168
Publicité 16
Publicité du dépôt 108

R

Redevances 101
Retenue en douanes 115
Reproduction frauduleuse de la marque 152
- reproduction à l'identique
- reproduction par imitation
Responsabilité civile 38
- Action en concurrence déloyale
- Parasitisme

S

Saisie-contrefaçon 114
Savoir-faire 24
Secrets d'affaires 23
Secret et défaillance contractuelle 244
Secret de fabrique 33

Signe licite 137

T

Taux de concentration 10

Traité de l'OMPI 170

V

Vol 36

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- J. Azéma et J.-Ch. Galloux, « Droit de la propriété industrielle », Précis Dalloz, 6ème édition, octobre 2006
- N. Dreyfus, B. Thomas, « Marques, dessins et modèles : protection - défense – valorisation » 2ème édition, mars 2006, Editions Delmas
- A. Maffre-Baugé, Droit de la Propriété Littéraire et Artistique, Université Numérique Juridique Francophone, 2006.
- F. Pollaud-Dulian, « Le droit d’auteur », Economica 2005
- P. Breese, « Stratégies de propriété industrielle », Dunod, 2002
- Dictionnaire Le Robert
- Dictionnaire Larousse
- P. Mathély, « Le nouveau droit français des marques », Editions Journal des Notaires et des Avocats (JNA), 1994
- A. Bertrand, « Marques, Brevets, Dessins et Modèles », II, Delmas 1995
- A. Chavanne et J.-J. Burst, « Droit de la propriété industrielle », Dalloz 1998, p. 898.
- E. Roudnitska, « Le parfum », P.U.F., coll. Que sais-je ?, 5ème édition, Paris, 1996
- J.-M. Mousseron, Traité des brevets, 1984
- P. Roubier, « Le droit de la propriété industrielle », Tome 2, Sirey 1954
- A. Bertrand, « La propriété intellectuelle », Livre II, Marques, Brevets, Dessins et Modèles, Delmas 1995
- J.-P. Pamoukdjian, « Le droit du parfum », LGDJ, 1982
- P. Mathély, « Le nouveau droit français des brevets d’inventions », Journal des Notaires et des Avocats (JNA)
- H. Gaumont-Prat, « Droit de la propriété intellectuelle », avril 2005, Litec
- A. Bertrand, « La mode et la loi », Cedat, coll. Théorie et Pratique, 1998
- A. Bertrand, « Le droit d’auteur et les droits voisins », Dalloz 2ème édition, 1999
- P.-Y. Gautier, « Propriété littéraire et artistique », PUF 5ème édition, 2004
- R. Plaisant, « Le droit des auteurs et des artistes exécutants », Paris Delmas 1970
- Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz Action, 2004/2005
- N. de Barry, M. Turonnet, G. Vindry, « L’ABCDAire du parfum », Flammarion, Paris, 1998
- Code de la Propriété Intellectuelle, Dalloz, 7ème Edition, 2007.

DOCTRINE

P. Breese, « La parfumerie doit-elle se protéger ? », Parfums cosmétiques actualités, n°141, juin-juillet 1998.

P. Breese, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur » Recueil Dalloz Affaires 1998

F. Pollaud-Dulian, JCP G 2006, II, 10138.

F. Pollaud-Dulian, RTDCom. 2006, n°2, p.366.

J. Larrieu, V. Astic, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », Recueil Dalloz 1998, Chronique p.299.

M.-A. Pérot-Morel, « Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire », RDI 1996, partie I, p.260.

J. Azéma, Propriété industrielle, in Lamy droit commercial, 1996, n°1517.

J.-M. Mousseron, « Aspects juridiques du know-how », in Le Know-How, Cahier du droit de l'entreprise, n°1, 1972, p.2 et 6.

Mémoire de M. Dubarry, « La protection juridique d'une fragrance », 1998-1999, Univ. de Toulouse 1, p.7.

J. Sainte Rose, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2555 du 2 et 3 Août 2006.

J-Ch. Galloux, « Profumo di diritto – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur » Recueil Dalloz 2004, p.2642.

Ph. M., « La parfumerie doit-elle se protéger ? », Parfums Cosmétiques Actualités, n°141, juin-juillet 1998, p.31.

C. Vilmart, « La répression de la contrefaçon dans l'industrie de luxe », L'Actualité Fiduciaire, n°827, mars 1999, p.5.

J. Lesueur, Gazette du Palais, Recueil Juillet-Août 2006, p.2560 du 2 et 3 Août 2006.

O. Laligant, « Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », RRJ 1992, 1, p.99 et s.

M. Vivant, « Parfum : l'heureuse résistance des juges du fond », Recueil Dalloz 2007, p.954

J. Calvo, note sous Trib. com. Paris 24 septembre 1999, Les petites affiches du 3 mars 2000, p.13.

A.-S. Laborde, « Droit d'auteur : la fragrance revient en odeur de sainteté », Revue Lamy Droit de l'immatériel, mars 2007, n°7, p.59.

Ch.-H. Strauss, « Le doux parfum de la résistance », Revue Lamy Droit de l'immatériel, mars 2007, n°7, p.63.

Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires », RIPIA 1956, n°25/26, p.37.

SITE INTERNET

P. Breese, « Secrets et propriété intellectuelle : complémentaires ou opposés ? », Analyse publiée sur le Site Internet 'legalbiznext', 19 novembre 2002.

P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006

P. Breese, « Le droit du parfum », p.8, 1er octobre 2005, site Internet.

P. Breese, « Une fragrance constitue-t-elle une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur ? », p.5, Site Internet.

P. Breese, « La création d'un parfum enfin protégée », 1999, Site Internet.

P. Breese, « La difficile mais irréversible émergence des marques olfactives », 15 janvier 2005.

P. Breese, Propriété intellectuelle des Créations Sensorielles, 6 Juin 2006, p.3.

Site Internet de l'IRPI (Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle).

Site Internet de l'INPI

Site Internet de la Maison RogeR & Gallet.

Site Internet de l'Institut National de la Langue Française.

Site Internet de la Société Française des Parfumeurs.

Site Internet www.diplomatie.gouv.fr, « Le parfum, un secteur phare de l'industrie française ».

Ph. Rodhain, « Dessins & Modèles : fini de jouer à cache-cache ! », Analyse publiée sur le Site Internet "Legalbiznext", 3 juillet 2007.

M. Berguig, « Protection des fragrances par le droit d'auteur : la Cour d'appel s'entête », publication du 25 avril 2007, Site Internet Cabinet d'avocats Deprez, Dian, Guignot et Site Internet Legalbiznext ; RLDI 2007/25, n°807.

PRESSE - CONFERENCE

A. Michel, « Les droits de propriété intellectuelle sont-ils applicables à la protection des odeurs ? », Paris, Conférence du 20 février 1997.

C. Gaillard, créateur de noms de marque, Agence BENEFIK, entretien publié dans COSMEO, 10 novembre 2006.

B. Brochand, Assemblée nationale, 23 novembre 2004, C. Druetz-Marie « La lutte contre la contrefaçon », Débat Assemblée Nationale, 9 mars 2005.

M. Raynaud, Dossier Euro Info Centres (EIC), Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI), 31 juillet 2006.

JURISPRUDENCE

OHMI, 5 décembre 2001, PIBD 2002, 754, III, p.566.

TTAB 1990, Affaire Clarke, 17 USPQ2d 1238.

CJCE 12 décembre 2002, affaire C-273/00.

TPICE 27 octobre 2005, affaire T 305/04.

CA Paris, 5 mai 2004, PIBD 2004, n°796, III, p.636.

Crim. 29 mars 1935, Gaz. Pal. 1935 (1), p. 928 ; Crim. 29 juin 1960, Bull. crim. p. 360

Crim. 12 juin 1974, Bull. crim. n°218 ; CA Limoges 1er juillet 1981, ann. 1981, 332.

CA Nancy 14 février 1995, Jurisdata, n°40.471.

Crim. 29 avril 1986, Recueil Dalloz 1987, p.131 ; Crim. 9 septembre 2003, pourvoi n°02-87.098.

CA Lyon 24 février 1988, PIBD 1988, III, p.225.

Crim. 14 février 1970, Bull. crim. p.292.

CA Paris 30 juin 1876, Ann. Propr. Ind. 1876, p.197.

Crim. 20 juin 1973, Ann. Propr. Ind. 1974, p.86.

TGI Paris 15 février 2002, Rev. Propr. Intell. 2002, n°80 ; CA Douai 11 mars 2004, PIBD 2004, n°792, III, p.487.

Com. 16 janvier 1990, n° 88-10856.

CA Paris 19 mars 1992, PIBD 1992, p.444.

Cour d'Appel de Paris du 25 janvier 2006, Société Bellure / SA L'Oréal.

Crim. 20 février 2001 n°00-81051, Flacon de parfum « Pyramide » de la Société Parfums Secrets.

Com. 31 mars 1965, Bull. Civ. III, p.219, n°246.

Com. 6 mai 1991 n° 89-16048.

CA Paris, 23 janvier 1979, Ann. Propr. Ind. 1979, p.157.

CA Versailles 15 mai 2001, SA Jeanne Arthes c/ SNC Lancôme parfums et beauté & Cie.

TGI Paris 28 novembre 1997, flacon N°5 de Chanel, PIBD 1998, III, p.178.

CA Paris 19 mars 1992 Paolo c/ Ungaro, Guerlain et Lancôme, PIBD 1992, III, p.445.

CA Paris 14 février 2003, PIBD 2003, III, p.325.

CA Paris 29 mars 1989, flacon de parfum Givenchy, PIBD 1989, III, p.420

TGI Paris, 30 septembre 1976, Dossiers Brevets 1977, IV, 8 ; Com. 4 janvier 1994, PIBD 1994, 563, III, p.171.

TGI Paris 26 janvier 1978, PIBD 1978, 222, III, p.349.

1ère Civ. 13 juin 2006, n° de pourvoi : 02-44.718.

CA Paris 15 décembre 1993, Sté Yves Saint Laurent Parfums et autres c/ Institut National des Appellations d'Origine et autres ; appellation « Champagne » pour l'affaire des Parfums Caron, CA Paris 12 septembre 2001 ; Com. 18 février 2004, PIBD 2004, 787, III, p.331.

CA Paris 7 mai 1979, Ann. Propr. Ind. 1979, p.306.

CA Paris 20 mai 1998, marque « First » des parfums Van Cleef et Arpels ; Com. 27 mai 1997, PIBD 1997, III, p.434.

Com. 27 janvier 1981 condamnant les tableaux de concordance des produits de la Sté Parfums Fabiani d'avec les produits de la Sté Parfums Christian Dior et autre ; Com. 16 octobre 1985, Rochas, Ann. 1986, 133 ; CA Paris 30 mai 1985, Chanel, Ann. 1986, 137.

Com. 7 juin 2006 n°04-12274 ; Com 28 février 2006 n°04-12334.

CA Paris 3 juillet 1975, RJDA, janvier 1977, p.108 ; Ann. Propr. Ind. 1976, p.114 ; Recueil Dalloz 1976, somm.19 ; Gaz. Pal. 1976, 1, p.43 note Galvo et Morelle.

Com. 16 janvier 1990, n° 88-10856.

CA Paris 12 juillet 1974, Ann. Propr. Ind. 1975, 182.

CA Paris 1er avril 1957, Recueil Dalloz 1957, 436 (1ère et 2ème espèce) ; CA Paris 24 novembre 1988, Cah. dr. auteur, juin 1989, p.4 ; CA Paris 21 novembre 1994, RIDA avril 1995, p.243 ; 1ère Civ. 17 février 2004, PIBD 2004, III, p.273.

1ère Civ. 10 mai 1995, RIDA octobre 1995, p.291 233

TGI Paris 26 mai 2004, Recueil Dalloz 2004, p.2641 ; TGI Paris 26 mai 2004, SA L'Oréal et a. c/ Bellure NV et a., JCP G 2004, II, n°10144, p.1697.

Trib. com. Paris 24 septembre 1999, SA Thierry Mugler c/ SA GLB Molinard, Com. com. électr. 2000, n°41, Les petites affiches du 3 mars 2000, p.13.

CA Paris 28 juin 2000, PIBD 2000, III, p.549.

TGI Paris 26 mai 2004, Recueil Dalloz 2004, p.2641 ; TGI Paris 4 juin 2004, Propriétés intellectuelles, octobre 2004, p.907.

CA Paris 25 janvier 2006, L'Oréal c/ Bellure, Comm. com. électr. mars 2006.

TGI Paris 28 novembre 2006, CA Paris, 14 février 2007, Affaire « Le Mâle » de J.-P. Gaultier, Sté Beauté Prestige Internationale c/ Sté Senteur Mazal ;

Ass. Plén. 7 mars 1986, R.D. propr. intell. 1986, n°4, p.19 ; Gaz. Pal. 1986, p.297 ; JCP 1986, II, n°20631.

TGI Paris, 5 mars 1984, PIBD 1984, III, p.200 ; CA Paris, 15 décembre 1993, D. 1994, p.145.

CA Paris, 29 septembre 1995, Guerlain c/ Bosch, Gaz. Pal. 1996, I, somm. p.146.

Cour Suprême des Pays-Bas H.R. 16 juin 2006, Kecofa c/ Lancôme, Magazine de l'OMPI, octobre 2006, p.2.

DIVERS

Musée International de la Parfumerie, 8 place du Cours, 06130 Grasse.

Musée de la Contrefaçon, 16 rue de la Faisanderie, Paris 11ème.

Emission Les Maternelles, « Le parfum, une parure éternelle », France 5, 1er janvier 2004.

Emission C'est Notre Affaire, « Parfum, luxe et marketing », France 5, 23 juin 2005.