

## Besprechung / Compte rendu

### Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?

PASCAL FEHLBAUM

Collection Genevoise

Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2007, XXVI+340 pages, CHF 78.–, EUR 56.–,

ISBN 978-3-7255-5383-9

C'est à un beau voyage que PASCAL FEHLBAUM convie son lecteur, celui de la parfumerie ou, plus précisément, celui des parfums. C'est en effet délibérément que l'auteur s'écarte de la question de savoir quelle protection pourrait être conférée au contenant, soit à la bouteille, pour se concentrer sur celle qui peut être conférée au contenu, soit au parfum lui-même.

De façon pertinente, PASCAL FEHLBAUM commence par initier son lecteur à l'univers de la parfumerie et sa terminologie (chapitre I). Celui-ci y apprend que la forme olfactive, soit le message olfactif du parfum, est composé de diverses fragrances regroupées en sept familles (les «floraux», les «hespéridés», les «fougères», les «chyprés», les «orientaux», les «bois» et les «cuirs», autant de noms dont la signification ne sera révélée qu'au lecteur de l'ouvrage), et que ce bouquet s'analyse en trois notes que sont les «notes de tête», soit celles qui ne durent que quelques heures et que l'on perçoit au débouché du flacon, les «notes de cœur», soit celles qui constituent le thème principal et qui peuvent durer quelques jours, et les «notes de fond», soit celles qui durent le plus longtemps.

Initié à cet univers, le lecteur peut aborder l'ouvrage sous un angle qui lui est plus familier: l'angle juridique. PASCAL FEHLBAUM examine tour à tour si le parfum peut faire l'objet d'un brevet d'invention (chapitre II), d'une protection par le droit d'auteur (chapitre III) ou d'un enregistrement à titre de marque (chapitre IV), pour terminer par un examen des circonstances permettant de protéger le parfum au travers de la concurrence déloyale (chapitre V). Pour chaque loi, l'auteur procède à un examen systématique des conditions d'application avant de s'interroger sur leur éventuelle application au parfum, en s'inspirant des solutions dégagées dans d'autres juridictions.

L'éventuelle protection par un brevet d'invention est examinée sous deux angles: celui du jus du parfum, qui peut être présenté sous la forme d'une recette ou d'une formule chimique d'une part, et celui de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants d'autre part. L'auteur examine la possibilité d'une protection par le brevet d'invention au regard des différentes conditions d'application qui sont l'objet de la protection, la nouveauté et l'activité inventive ainsi que ses conditions formelles, avant de s'intéresser à la manière dont l'éventuelle atteinte au brevet d'invention portant sur un «parfum» peut être appréciée.

Commençant par s'intéresser à l'objet même de la protection, FEHLBAUM relève que le jus du parfum peut constituer une règle technique, tant lorsqu'il est représenté sous la forme d'une formule chimique que lorsqu'il est reproduit sous forme d'une recette, pour autant que la description soit suffisante pour permettre une reproduction à l'identique au sens de l'art. 50 LBI (83 LBE). L'auteur aboutit à la même conclusion s'agissant d'une formule chimique portant sur un produit odorant ou un mélange de tels produits. Passant en revue les motifs d'exclusion qui s'opposent à la protection par le brevet d'invention, FEHLBAUM souligne que ni la formule chimique ni la recette ne constituent des directives à l'esprit humain, des créations esthétiques ou des découvertes, réserve étant faite pour ces dernières des produits naturels, isolats et produits issus de la technique dite du Head Space (captation du parfum d'une fleur fraîche placée sous une cloche de verre au moyen d'un gaz neutre, sous forme d'identité moléculaire).

S'intéressant ensuite aux conditions matérielles de la protection, plus particulièrement à la nouveauté et la non-évidence, FEHLBAUM relève que rien ne s'oppose à ce que la formule chimique d'un jus de

parfum ou d'un produit odorant remplisse ces conditions. Est seule décisive la question de savoir si cette formule permet de résoudre un problème de nature technique de manière nouvelle et non évidente. Ce caractère technique s'opposant au caractère esthétique, l'auteur en déduit de manière correcte s'agissant du jus du parfum que le simple fait de mélanger différents ingrédients pour obtenir une fragrance aussi extraordinaire soit-elle sera insuffisant.

Se tournant du côté des conditions formelles de protection, FEHLBAUM aboutit à la conclusion que celles-ci ne constituent pas un obstacle à la protection, que l'on se trouve en présence de la formule chimique d'un jus de parfum, d'un produit odorant ou d'un mélange de tels produits. L'auteur relève toutefois que la question de savoir si la recette d'un jus de parfum peut être décrite avec une précision suffisante au sens de la loi peut être délicate et, qu'à ce jour, aucune revendication portant sur la formule chimique d'un jus de parfum n'existerait.

A supposer qu'un brevet d'invention soit obtenu, l'auteur conclut en considérant qu'il s'agit d'une protection très efficace contre la reprise des éléments essentiels revendiqués par le brevet. La protection s'avère en revanche insatisfaisante dès l'instant où l'imitateur parvient à une fragrance équivalente en recourant à d'autres éléments, non couverts par le brevet d'invention.

Reprenant une systématique similaire pour le droit d'auteur, PASCAL FEHLBAUM s'intéresse essentiellement à la question de savoir si le parfum peut constituer une œuvre au sens de l'art. 2 LDA, ce qui l'amène à s'interroger tour à tour sur la notion de création de l'esprit, sur la distinction fondamentale et fort délicate entre la forme et les idées ainsi qu'au critère de l'individualité.

FEHLBAUM relève tout d'abord que l'exigence faite à toute œuvre de constituer une création de l'esprit signifie simplement que l'œuvre doit être le résultat d'une activité humaine; sous réserve d'un produit odorant naturel que l'auteur ne ferait que découvrir dans la nature, tout résultat d'un mélange perceptible par l'odorat remplit ce critère.

S'attachant à la distinction entre forme et idées, l'auteur commence par rappeler les distinctions posées par la doctrine entre formes externe (soit la forme extérieure directement perceptible par les sens) et interne (soit la structure, le plan, l'ossature) avant de les appliquer au cas du parfum. La forme externe de ce dernier est constituée par sa forme olfactive, composée par les «notes de tête», les «notes de cœur» et les «notes de fond»; tel n'est pas le cas du parfum envisagé comme une formule chimique ou une recette exprimée sous une forme littéraire, puisque celles-ci ne permettent pas de protéger le parfum en tant que réalisation concrète perceptible par les sens. La forme interne du parfum réside dans sa structure, composée par les différentes notes. Si le «thème» olfactif du parfum n'est pas protégeable dès lors qu'il constitue une idée abstraite, il en va donc différemment dès l'instant où ce thème est concrètement exprimé, notamment par les «notes de tête», particulièrement perceptibles par les sens. FEHLBAUM reconnaît toutefois que la détermination de cette «forme interne» sera difficile à appréhender en pratique.

L'auteur examine ensuite la question de savoir si le parfum peut revêtir un caractère individuel à l'aune de l'affaire Mugler (RIPIA 2000/200, 84) et en s'interrogeant – toujours au moyen d'une analyse jurisprudentielle comparée, notamment française – sur la pertinence des divers moyens susceptibles de rapporter la preuve de cette individualité. FEHLBAUM aboutit à la conclusion que le caractère individuel du parfum réside dans sa forme olfactive. Etant donnée la marge de manœuvre disponible pour le créateur, cette forme pourra aisément remplir le critère de l'individualité. En seront toutefois exclues ce que l'auteur qualifie de «directives qui s'adressent à l'esprit humain et autres règles abstraites», représentées dans le domaine de la parfumerie par les diverses tendances comme les «notes gourmandes». L'auteur invite cependant à ne pas se montrer trop restrictif dans l'appréciation de cette individualité, sous peine de retirer à la protection du droit d'auteur toute portée.

Ayant admis que le parfum pouvait satisfaire aux conditions posées par l'art. 2 LDA, FEHLBAUM s'interroge enfin sur la question de savoir quand et de quelle manière la violation du droit exclusif de reproduction peut être rapportée, en procédant là encore à une analyse comparée, en particulier sur la base de la jurisprudence française. L'auteur en conclut que le principe de libre utilisation ne peut porter que sur des éléments banals, ce qui exclut toute reprise d'éléments du parfum en tant que réalisation concrète perceptible par l'odorat. Si le principe est aisé, la mise en œuvre est plus délicate, et la détermination de l'atteinte au droit de reproduction ne sera pas chose facile. Si l'aide de plusieurs experts apparaît essentielle, le juge ne devrait pas se contenter de cette seule méthode; l'auteur re-

commande ainsi que le juge du fond recourt à d'autres moyens de preuve tels que l'analyse physico-chimique ou des tests de consommateurs.

PASCAL FEHLBAUM se tourne ensuite vers le droit des marques. Il commence par s'intéresser à la notion de la marque, et établit une distinction entre les signes olfactifs primaires, secondaires et tertiaires. Les premiers comprennent les produits principalement achetés en raison de l'attrait que procure la fragrance, tel le parfum. Les seconds concernent les produits dont la fonction principale n'est pas de donner une odeur agréable à un lieu ou au corps humain, mais auxquels une certaine fragrance est ajoutée (shampoings, savons, sels pour bains, etc.). Les derniers ont trait aux produits qui, en tant que tels, ne sont pas caractérisés par une fragrance, mais que le consommateur associe avec une seule odeur particulière (l'auteur donne à titre d'exemple une huile de moteur parfumée avec une fragrance cerise).

Etant admis que tous doivent revêtir une capacité distinctive pour être protégés à titre de marque, FEHLBAUM examine la question de savoir si ces différents signes olfactifs peuvent être exclus de la protection au regard de l'art. 2 LPM. Alors que la question de l'appartenance au domaine public des signes olfactifs secondaires et tertiaires doit selon l'auteur avoir lieu au regard de l'art. 2 lit. a LPM, celle des signes olfactifs primaires dont le parfum doit se faire «selon les principes généraux de l'exclusion des signes techniquement nécessaires et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe» au sens de l'art. 2 lit. b LPM. L'auteur précise qu'à la différence des notes simples comme le jasmin ou d'une signature odorante composée d'une seule note qui ne peuvent s'imposer dans le commerce, un parfum complexe ne sera pas techniquement nécessaire. En revanche, un signe ne pouvant constituer son propre signe distinctif, le caractère distinctif fera fréquemment défaut au parfum. FEHLBAUM réserve toutefois la possibilité qu'aurait le créateur d'enregistrer sa fragrance comme marque imposée si l'IPI devait maintenir la position qu'il a adoptée lors de l'enregistrement de la forme de la montre Rolex Oyster (marque n° P-416338, enregistrée le 26 avril 1995). Admettre qu'un signe «esthétiquement nécessaire» puisse être admis à l'enregistrement en tant que marque imposée n'en est pas moins critiquable pour l'auteur, qui considère que la marque de forme, protégée de manière illimitée dans le temps, ne devrait pas servir à contourner le droit du design ou le droit d'auteur. A l'image de la position qu'il défend en matière d'individualité du droit d'auteur, FEHLBAUM n'en considère pas moins que l'autorité saisie ne devrait pas se montrer trop sévère dans l'appréciation du caractère distinctif.

Outre la question de savoir si le signe olfactif tombe ou ne tombe pas sous le coup de l'art. 2 LPM, la difficulté principale réside dans l'exigence faite au déposant de représenter sa marque sous une forme graphique lors de l'enregistrement. Procédant à un examen de la jurisprudence communautaire, FEHLBAUM critique la position de la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui condamne tour à tour le recours à la formule chimique, la description au moyen de mots écrits, le dépôt d'un échantillon d'une odeur ainsi que la combinaison de ces éléments à titre de représentation graphique; il lui préfère la position de la Chambre de recours de l'OHMI, qui a admis que l'exigence de représentation graphique pouvait être exceptionnellement acceptée par une description verbale pour une fragrance simple comme l'arôme de framboise. Cette approche, qui n'en demeure pas moins restrictive, est regrettée par l'auteur qui souhaiterait voir adopter une position plus libérale comme celle existant aux Etats-Unis, où la marque olfactive est admise. FEHLBAUM admet toutefois que la marque olfactive devrait faire l'objet d'une description verbale, reconnaissable par tous, à l'exclusion d'une formule chimique qui ne représente pas la forme olfactive mais la recette qui la compose.

En admettant que l'enregistrement d'une marque olfactive soit possible, l'auteur relève pour terminer que l'appréciation du risque de confusion pourra avoir lieu au moyen de tests de consommateurs.

Les divers droits exclusifs susceptibles de protéger un parfum ayant été passés en revue, PASCAL FEHLBAUM s'interroge pour terminer sur la protection que le droit de la concurrence déloyale peut indirectement conférer au parfum: sont examinées les questions de la protection du know-how du parfumeur par le secret (art. 4 lit. c, 5 lit. a et b et 6 LCD), celle de la copie du parfum (art. 3 lit. d LCD), celle de l'utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction (art. 5 lit. c LCD) ainsi que la concurrence parasitaire (art. 2 LCD).

L'auteur est d'avis qu'en raison de sa durée illimitée, la protection du know-how du parfum par le secret est la meilleure des protections. Une fois le secret violé, le droit de la concurrence déloyale n'apparaît toutefois que d'un secours limité. Certes, les dispositions légales existent, mais s'agissant

le plus souvent de relations contractuelles violées, l'exploitation par un tiers de bonne foi peut s'avérer délicate à sanctionner.

En l'absence d'enregistrement de marques olfactives, l'art. 3 lit. d LCD revêt une importance fondamentale pour lutter contre la copie de parfums. Toutefois, l'appréciation du risque de confusion au regard de cette disposition pose des difficultés semblables à celles rencontrées en droit des marques, ce d'autant plus que le créateur devra au préalable rapporter la preuve du caractère distinctif de son signe olfactif, qu'il soit primaire, secondaire ou tertiaire, avec toutes les difficultés que nous avons évoquées.

A défaut de constituer une reprise immédiate par des procédés techniques de la prestation d'autrui, l'auteur est d'avis que l'utilisation d'équipements techniques tels que la chromatographie n'est pas réprimée par l'art. 5 lit. c LCD.

Pour terminer, l'auteur conclut que la protection offerte contre la concurrence parasitaire au regard de l'art. 2 LCD est tout aussi limitée, puisqu'elle suppose en principe la reprise de toute une gamme de parfums selon un plan global, réserve étant faite de l'hypothèse, plutôt théorique, où la copie d'un seul parfum aurait été faite avec un raffinement particulier.

C'est dire que la protection offerte par le droit de la concurrence déloyale apparaît en réalité fort limitée.

En définitive, on ne peut que saluer la performance de PASCAL FEHLBAUM. Tout d'abord quant au sujet choisi: avec son travail, l'auteur propose une œuvre touchant à un domaine jusque-là largement ignoré de la doctrine helvétique. FEHLBAUM comble ici une lacune et l'on ne peut que l'en remercier. Ensuite quant à sa structure et la méthodologie retenue: le plan de travail, classique, était la meilleure option possible. L'auteur nous semble faire le tour de son sujet de manière systématique dans un style clair, agréable à lire. L'examen comparé des questions traitées, tant sur le plan doctrinal que jurisprudentiel, donne à l'ouvrage une dimension que le seul examen du droit suisse n'aurait pas permis. On peut au surplus féliciter l'auteur de s'être livré à un travail empirique en recueillant l'avis de spécialistes du domaine de la parfumerie. Tout au plus peut-on regretter l'absence de traitement de la délicate question de la titularité des droits, cependant expressément exclue en introduction par l'auteur. Félicitations enfin doivent lui être adressées quant au traitement du contenu: l'auteur se livre à une analyse rigoureuse largement convaincante des diverses questions traitées, en agrémentant son ouvrage de nombreuses conclusions intermédiaires qui facilitent grandement la lecture. Certes, le lecteur pourra ici où là douter de la solution adoptée suivant ses sensibilités; ainsi, les références au compositeur du parfum et à une éventuelle analyse chromatographique pour apprécier le risque de confusion sont-elles pertinentes s'agissant d'une notion empirique qui fait appel au jugement du destinataire du produit, soit du consommateur plus que du spécialiste et des instruments scientifiques? Est-il justifié de n'admettre de lege ferenda l'enregistrement de la marque olfactive qu'au moyen d'une description verbale à l'exclusion d'une formule chimique, alors que l'enregistrement des marques sonores sous forme de portées musicales, en bonne partie intranscriptibles pour le public non spécialiste, est pourtant admise? Doit-on véritablement exclure l'application de l'art. 5 lit. c LCD si l'appareil permet de prendre toutes les mesures nécessaires à la reproduction? Quelles que soient les réponses à ces interrogations, elles témoignent de l'apport indéniable de l'ouvrage à la science juridique. En suscitant les interrogations et en éveillant la curiosité de son lecteur, l'auteur fait progresser le débat, et il ne fait guère de doute que son ouvrage constituera pour tout juriste une œuvre de référence en la matière, que le lecteur soit un novice initié grâce à une solide introduction au domaine de la parfumerie, ou un spécialiste comme en témoigne du reste la préface de M. Graz, conseil général de Firmenich.

*Philippe Gilliéron, Prof. remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne*