



Livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les créations du domaine de la parfumerie : quelle protection ?

Fehlbaum, Pascal

How to cite

FEHLBAUM, Pascal. Les créations du domaine de la parfumerie : quelle protection ? Genève : Schulthess, 2007. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:81662>

Pascal Fehlbaum

Les créations du
domaine de la
parfumerie:
quelle protection ?

Faculté de droit
de Genève

BRUYLANT
BRUXELLES

Schulthess §

CG
Collection
Genevoise

Pascal Fehlbaum

Les créations du domaine de la parfumerie :
quelle protection ?



Faculté de droit de Genève

Pascal Fehlbaum

Les créations du
domaine de la
parfumerie:
quelle protection ?

Thèse n° 776 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek». Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2007

ISBN 978-3-7255-5383-9 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle

ISBN 978-2-8027-2383-7 Bruylant, Bruxelles

ISSN: Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

www.bruylant.be

A la mémoire de mon père

Dans la mesure du possible, il a été tenu compte de l'état de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine au 19 octobre 2006.

Remerciements

Comme il se doit, cette étude ne s'est pas faite sans difficultés, en particulier lorsqu'il s'est agi de concilier un tel travail avec d'autres obligations. Les obstacles n'ont donc pas manqué, mais ce travail n'aurait sans doute pas la même valeur s'il n'avait servi de prétexte pour les franchir ! Remercier ceux qui m'ont permis d'y parvenir n'est que justice.

Mes remerciements vont tout naturellement au Professeur François Perret, directeur de cette thèse, qui par ses exigences, ses conseils avisés et sa disponibilité m'a permis d'élever considérablement la qualité de ce travail. J'adresse également une vive reconnaissance au jury composé des Professeurs Philippe Ducor, Ivan Cherpillod et Jacques De Werra pour leurs commentaires très pertinents.

Les créations du domaine de la parfumerie, plus que d'autres domaines appréhendés par le droit, nécessitent des connaissances spécifiques dont je ne disposais pas avant d'entamer ce travail. Des échanges avec un compositeur de parfums étaient indispensables et c'est avec un grand plaisir que je remercie M^{lle} Sandrine Videault qui exerce cette noble profession. Je remercie également Monsieur Pierre Breesé et M^e Olivier Roux et Madame Maria Garcia Salvatera. D'autres professionnels du domaine de la parfumerie m'ont éclairé de leur précieux savoir, sans toutefois souhaiter être cités. Qu'ils soient néanmoins remerciés !

Les différents professionnels et institutions qui ont répondu à mes nombreuses questions doivent également être remerciés, en particulier l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle en Suisse, l'Institut national de la propriété intellectuelle en France et l'Office européen des brevets à Munich. Il en est de même des collaborateurs des bibliothèques, en particulier de la faculté de droit et de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle qui ont toujours soutenu mes recherches, mêmes insolites.

Il va sans dire que les opinions exprimées dans cette thèse sont susceptibles de ne pas être partagées par les personnes mentionnées ci-dessus et que d'éventuelles erreurs sont de ma seule responsabilité.

Je tiens aussi à remercier tout particulièrement Monsieur Pascal Savary, sans l'amitié duquel la poursuite de ce travail aurait été bien plus difficile. Sans compter le travail de relecture qu'il a effectué en parallèle avec ma sœur Marielle, M^e Delphine Bottge et Monsieur Cyrille Catherin.

Un remerciement spécial est par ailleurs adressé à Monsieur Gérard Métrailler dont les compétences informatiques ont permis de donner au document sa forme actuelle.

J'exprime également ma gratitude envers mes différents employeurs. En particulier, j'adresse mes remerciements à Monsieur Eric Lucien.

Pour terminer, ma reconnaissance va à tous mes collègues et amis, ainsi qu'à ma mère Véronique et à Monsieur Pierre Del Bon pour leur soutien.

Préface

La thèse de Pascal Fehlbaum vient offrir une nouvelle source de réflexion sur les moyens de protection de la propriété intellectuelle des parfums avec un à-propos et un souci d'actualité qu'il faut saluer. En une dizaine d'années, le nombre de lancements annuels de parfums est passé de moins d'une centaine à près de quatre cents en 2006. Les consommateurs n'ont jamais autant été attentifs au sens de l'odorat et aux mille façons de l'exciter agréablement. Au-delà du geste parfumant qui saisit un flacon de parfum ou de lotion après-rasage, le consommateur a pris goût à créer de véritables ambiances dans son intérieur. Cette évolution se traduit sur les rayons des grands distributeurs et des boutiques de décorations par des gammes de produits, parfums d'intérieur ou bougies, par exemple, où la fragrance devient émotive, source de rêve ou de bien-être, largement au-delà du déodorant de grand-maman. Même les produits fonctionnels, comme les lessives ou les savons, font l'objet de parfumages originaux et ciblés sur les goûts et les besoins de leurs utilisateurs et sont très soigneusement sélectionnés par les grandes marques, dont les stratégies de marketing tiennent dûment compte du fait que le parfum est bien souvent le premier facteur de décision d'achat du consommateur.

Quel que soit l'usage final du parfum, fragrance de luxe ou composition parfumante intégrée dans la fabrication de produits de grandes consommations, le parfum contribue, à chaque fois, à apporter un petit moment de bonheur et de plaisir lors de l'utilisation du produit où l'on a veillé à le placer. C'est dire si le goût, les sens et l'irrationnel de chacun affectent la perception et l'effet d'une note de parfum sur chaque personne qui l'utilise. A l'autre extrémité de la longue chaîne qui relie le créateur du parfum au consommateur, le parfumeur fait appel à toute sa sensibilité, son inspiration et sa créativité pour créer des jus originaux, fruits de ses idées et de son savoir, qui puissent accrocher l'émotion des gens, tout en respectant le cahier des charges des grandes marques qui imposent des contraintes techniques toujours plus exigeantes.

Cette combinaison d'un acte de créativité originale forte et indéniable avec le recours à un savoir-faire technique extrêmement pointu est propre au monde du parfum. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles la plupart des parfumeurs exercent leur métier au sein d'entreprises spécialisées dans la création et la fabrication de parfums. Ainsi, ces artistes-artisans sont à même de s'appuyer sur l'indispensable soutien des équipes de recherche et développement, d'un accès à un riche catalogue de matières premières (plusieurs milliers), d'une connaissance approfondie des consommateurs et enfin, de l'encadrement nécessaire pour assurer que leur création respecte les exigences techniques et réglementaires. Cette particularité explique peut-être

aussi pourquoi le droit et la jurisprudence rencontrent des difficultés à qualifier les droits de propriété intellectuelle attachés au parfum. Les récents développements de la jurisprudence française dénotent, en particulier, la difficulté à prendre une position définitive sur la nature de la propriété intellectuelle et des droits à protéger autour du parfum. Il est édifiant de constater que la Cour d'Appel de Paris semble vouloir maintenir sa position en faveur d'une protection par le droit d'auteur, alors même que la Cour de Cassation française s'est entre-temps clairement prononcée en faveur d'une protection par les dispositions du droit de la concurrence déloyale.

Le regard porté sur les droits de propriété intellectuelle du parfum varie, bien sûr, selon où l'on se place, du côté du parfumeur et des maisons de parfums, des grandes marques ou des contrefacteurs. A cet égard, il faut saluer la neutralité et la rigueur avec lesquelles M. Fehlbaum a conduit son étude, en laissant volontairement la question de la titularité des droits de côté. Ce choix lui a permis de mettre à disposition des praticiens une référence précieuse et qui contribue sans équivoque à mieux saisir les facettes nombreuses du parfum et de la qualification des droits de propriété intellectuelle qui l'entourent. En conclusion, nous espérons que les lecteurs de cette thèse, passionnés par ce débat, se joindront au soussigné pour encourager M. Fehlbaum à poursuivre son travail par une étude de la titularité de ces droits.

Dominique GRAZ
Group Vice-President, General Counsel
FIRMENICH, Genève

Table des matières

Remerciements	IX
Préface	XI
Glossaire	XXIII
Introduction	1
Chapitre I	
Considérations méta-juridiques sur les créations de la parfumerie	3
Section 1. L'origine des créations de la parfumerie	5
Section 2. Les matières premières	7
Section 3. Odeur et perception	10
Section 4. La forme olfactive	13
Section 5. Le procédé de création d'un parfum	16
Section 6. Comment faut-il goûter un parfum ?	18
Section 7. La formule du jus du parfum : la recette et la formule chimique	19
Section 8. Les équipements techniques : la chromatographie en phase gazeuse, les méthodes spectroscopiques et les nez artificiels (capteurs d'odeurs)	22
Chapitre II	
La protection du parfum par le droit des brevets d'invention	25
Section 1. L'objet de la protection	30
§ 1. L'invention en tant que règle	31
1.1. Notions générales	31
1.2. L'invention chimique	32
1.3. La formule chimique	34
1.4. La recette du parfum	34
§ 2. L'appartenance au domaine technique	35
2.1. Notions générales	35
2.2. Les directives qui s'adressent à l'esprit humain	37
2.3. Les découvertes	38
2.3.1. Notions générales	38

2.3.2. La découverte dans le domaine de la parfumerie	42
2.3.2.1. Le jus du parfum	43
2.3.2.2. Les produits odorants	43
2.3.2.2.1. Les produits artificiels	43
2.3.2.2.2. Les produits de remplacement de produits naturels	43
2.3.2.2.3. Les produits naturels et les isolats de produits naturels	44
2.4. Les créations esthétiques	44
2.4.1. Notions générales	44
2.4.2. L'arrêt « <i>Firmenich</i> »	47
2.4.3. Les créations esthétiques dans le domaine de la parfumerie	48
2.4.4. Appartenance de la recette ou de la formule chimique au domaine technique ?	48
Conclusions sur l'objet de la protection	50
Section 2. La nouveauté objective et la non-évidence	52
§ 1. La nouveauté objective	52
1.1. L'état de la technique	52
1.2. L'homme du métier	53
1.2.1. Notions générales	53
1.2.2. L'homme du métier et la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants	54
1.2.3. L'homme du métier et le jus du parfum	54
1.3. La nouveauté objective du jus du parfum	55
1.4. La nouveauté objective de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants	56
1.4.1. De manière générale	56
1.4.2. L'invention de sélection	57
1.4.3. La décision « <i>Déodorant</i> »	57
§ 2. La non-évidence (l'activité inventive)	59
2.1. Notions générales	59
2.2. L'appréciation de la non-évidence	61
2.3. Les procédés dits d'analogie	64
2.4. La décision « <i>Relaxine</i> »	66
2.5. La non-évidence de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants	68
2.5.1. Le brevet CH 689 624 A5	68
2.5.2. Le brevet CH 689 372 A5	69

2.5.3. Le brevet US 6 774 260 B2	69
2.5.4. Le brevet US 6 297 211 B1	70
2.5.5. Le brevet EP 1 051 148 B1	70
2.5.6. Le brevet EP 0 876 325 B1	71
Conclusions sur la non-évidence de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants	72
2.6. Le jus du parfum	72
2.6.1. La recette du jus du parfum	72
2.6.1.1. L'arrêt « <i>Croustade I</i> »	72
2.6.1.2. Le brevet CH 686 394 A5	73
2.6.2. La non-évidence du jus du parfum	74
Conclusions sur la nouveauté et la non-évidence	76
Section 3. Les conditions formelles de protection	78
§ 1. La description	78
1.1. Notions générales	78
1.2. La formule chimique	79
1.3. La recette	80
§ 2. Les revendications	81
2.1. La recette	81
2.2. La formule chimique	82
Conclusions sur les conditions formelles de protection	83
Section 4. Atteinte à une invention brevetable en matière de parfumerie	84
§ 1. La contrefaçon et l'imitation	84
1.1. Notions générales	84
1.2. L'arrêt « <i>Doxycyclin III</i> »	86
§ 2. Violation d'une formule chimique en matière de parfum	88
Conclusions sur l'atteinte à une invention brevetable	89
Conclusions sur la défense d'une invention dans le domaine de la parfumerie par le brevet d'invention	90
Chapitre III La protection du parfum par le droit d'auteur	93
Section 1. Les conditions de la protection	96
§ 1. Notions générales	96
§ 2. La création de l'esprit	97
2.1. Définition de la création de l'esprit	97
2.2. Le parfum en tant que création de l'esprit	100
Conclusions sur la création de l'esprit	100

§ 3. La notion du caractère individuel	101
3.1. Notions générales	101
3.2. La marge de manœuvre	104
Conclusions sur l'exigence théorique du caractère individuel	106
§ 4. Le caractère littéraire ou artistique	106
4.1. Le caractère artistique	106
4.2. L'arrêt « <i>De Laire</i> »	109
4.3. L'arrêt « <i>Haarmann et Reimer</i> »	110
4.4. Le défaut de pertinence du caractère industriel du parfum	111
Conclusions sur le caractère littéraire ou artistique	112
§ 5. La perception par les sens	112
5.1. L'objection du caractère variable et éphémère du parfum	113
5.2. L'objection de la perception subjective du parfum	114
5.3. L'objection de l'absence de possibilité de décrire objectivement le parfum	115
Conclusions sur la perception par les sens	117
Section 2. L'opposition entre la forme et les idées	118
§ 1. La forme protégeable?	118
1.1. L'« idée exprimée »	118
1.2. Le problème posé par le principe de la liberté des idées en droit d'auteur	119
1.3. Le caractère représentatif de l'œuvre	120
1.4. La « forme externe »	121
1.4.1. Définition de la « forme externe »	121
1.4.2. La « forme externe » du parfum	121
1.5. La « forme interne »	122
1.5.1. Définition de la « forme interne »	122
1.5.2. La « forme interne » du parfum	123
1.5.3. Le problème de la délimitation entre la « forme interne » et le « contenu »	125
1.5.3.1. L'« idée abstraite »	125
1.5.3.2. Le thème du parfum	125
1.6. La recette exprimée par un texte	127
1.6.1. Les « directives qui s'adressent à l'esprit humain et autres règles abstraites »	127
1.6.2. Absence de protection de la recette exprimée par un texte	128
1.6.3. La recette d'un parfum est-elle comparable à la partition d'un morceau de musique?	131
Conclusions sur la forme protégeable	132

§ 2. Éléments sur lesquels doit porter le caractère individuel	133
2.1. La thèse de « l'œuvre à caractère individuel »	134
2.2. Le principe de la liberté des idées en droit d'auteur	134
Conclusions sur l'opposition entre la forme et les idées	136
Section 3. Le caractère individuel du parfum	137
§ 1. La tendance en matière de parfum	139
1.1. L'arrêt « <i>Mugler</i> »	139
1.2. Exclusion de la tendance avant l'analyse du caractère individuel	141
§ 2. Les moyens de preuve et l'expertise	142
2.1. Notions générales	142
2.2. Les moyens de preuve et l'expertise pour le parfum	143
§ 3. Le support matériel et les équipements techniques	144
3.1. L'arrêt « <i>Clarins II</i> »	144
3.2. L'arrêt « <i>BPI c/ Bellure et Euro Media</i> »	145
3.3. Arrêts « <i>L'Oréal I</i> » et « <i>L'Oréal II</i> »	147
3.4. La pertinence du support matériel et des équipements techniques	153
Conclusions sur le caractère individuel du parfum et les conditions de protection	154
Section 4. Atteintes au droit de reproduction du parfum	155
§ 1. Notions générales	155
§ 2. La libre utilisation	157
2.1. La notion de libre utilisation	157
2.2. Rejet du principe de libre utilisation	159
§ 3. La comparaison de deux parfums	160
3.1. Les équipements techniques : la chromatographie en phase gazeuse, les méthodes spectroscopiques et les nez artificiels (capteurs d'odeurs)	161
3.1.1. Arrêts « <i>PBI c/ Bellure et Eva France I</i> » et « <i>BPI c/ Bellure et Eva France II</i> »	163
3.1.2. Arrêts « <i>Lancôme c/ Kecofa I</i> » et « <i>Lancôme c/ Kecofa II</i> »	165
3.1.3. Utilité des équipements techniques dans la comparaison	167
3.2. Un test de consommateurs	169
Conclusions sur les atteintes au droit de reproduction du parfum	170
Conclusions sur la protection du parfum par le droit d'auteur	172

Chapitre IV	La protection par la marque olfactive	175
Section 1.	L'objet protégé par la marque	178
§ 1.	Les fonctions de la marque	178
§ 2.	Le signe olfactif	181
2.1.	Les catégories de signes olfactifs	181
2.2.	La forme olfactive perceptible par les sens	183
2.2.1.	L'objection de l'absence de reconnaissance du signe olfactif	183
2.2.2.	L'objection d'absence d'accès au parfum sur le lieu de vente	185
	Conclusions sur l'objet protégé par la marque	185
Section 2.	Les motifs absolus d'exclusion (art. 2 LPM)	187
§ 1.	La forme olfactive et le droit des marques	187
1.1.	La forme olfactive et le produit distingué	187
1.2.	La marques à trois dimensions et la systématique des droits de propriété intellectuelle	188
§ 2.	Principes généraux de l'exclusion du signe techniquement nécessaire et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif	189
2.1.	Les marques en trois dimensions	189
2.1.1.	Les marques tridimensionnelles et les marques de forme	189
2.1.2.	Les signes olfactifs concernés par les principes généraux de l'exclusion du signe techniquement nécessaire et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif	191
2.2.	La forme techniquement nécessaire	192
2.2.1.	La notion de forme techniquement nécessaire	192
2.2.2.	Le parfum techniquement nécessaire ?	194
2.3.	La forme qui constitue la nature même du produit	195
2.3.1.	La forme « esthétiquement nécessaire »	195
2.3.2.	Le parfum constitutif de la nature même du produit ?	201
2.4.	Le cas du fil à broder de Célia Clarke déposé aux Etats-Unis	203
2.5.	La demande d'enregistrement « <i>Der Duft von Himbeeren</i> (L'arôme de framboises) »	205
	Conclusions sur les signes qui constituent la nature même du produit ou qui sont techniquement nécessaires	209
§ 3.	Les signes appartenant au domaine public (art. 2 <i>litt. a</i> LPM)	210
3.1.	Les signes descriptifs ou génériques	210
3.2.	Les signes banals	212
3.3.	Les signes dégénérés ou libres	213

§ 4. La marque imposée	215
4.1. La notion de marque imposée	215
4.2. Le conflit entre les <i>litterae</i> a et b de l'article 2 LPM	216
4.3. Le signe qui constitue la nature même du produit comme marque imposée ?	219
4.4. La marque de couleur imposée	219
4.5. La marque de forme olfactive imposée	223
Conclusions sur la marque imposée	224
§ 5. Les signes propres à induire en erreur (art. 2 <i>litt.</i> c LPM)	225
§ 6. Les signes contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur (art. 2 <i>litt.</i> d LPM)	226
Conclusions sur les signes appartenant au domaine public et les motifs absolus d'exclusion	227
Section 3. L'enregistrement de la marque olfactive	228
§ 1. L'exigence de représentation	228
1.1. L'exigence de la représentation graphique	228
1.2. La possibilité d'utiliser d'autres représentations ?	229
Conclusions sur l'exigence de représentation	230
§ 2. Les méthodes de représentation d'une marque olfactive	230
2.1. Les premières demandes d'enregistrements de marques olfactives dans les pays d'Europe	230
2.2. La marque communautaire olfactive <i>l'odeur de l'herbe fraîchement coupée</i>	232
2.3. L'arrêt « <i>Sieckmann</i> »	234
2.4. La décision « <i>Matrice colorée</i> »	237
2.5. La décision « <i>Odeur de fraise mûre</i> » et l'arrêt « <i>Eden</i> »	238
2.6. Prise de position sur la description d'une marque olfactive	240
Conclusions sur les méthodes de représentation d'une marque olfactive et sur l'enregistrement d'un signe olfactif	243
Section 4. Atteintes à la marque olfactive (motifs relatifs d'exclusion selon l'art. 3 LPM)	245
§ 1. Notions générales	245
§ 2. Le risque de confusion de marques olfactives	247
2.1. Signe olfactif identique ou similaire à la marque olfactive antérieure	248
2.2. Produits similaires distingués par une marque olfactive identique ou similaire	249
Conclusions sur les atteintes à la marque olfactive	251
Conclusions sur les marques olfactives	252

Chapitre V	La protection par le droit de la concurrence déloyale	255
Section 1.	Le cadre de l'analyse des créations du domaine de la parfumerie au regard de la LCD	258
1.1.	La recette, la formule chimique, le jus et le signe olfactif du parfum	258
1.2.	Le <i>numerus clausus</i> des biens immatériels	258
	Conclusions sur le cadre de l'analyse des créations du domaine de la parfumerie par la LCD	260
Section 2.	La protection du <i>know-how</i> du parfumeur par le secret	261
§ 1.	Définition du secret et <i>know-how</i>	261
1.1.	Notions générales	261
1.2.	Le <i>know-how</i> du parfumeur	262
§ 2.	Incitation à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication (art. 4 <i>litt. c</i> LCD)	263
2.1.	Notions générales	263
2.2.	Incitation à révéler le <i>know-how</i> du parfumeur	265
§ 3.	Violation des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 6 LCD)	265
3.1.	Notions générales	265
3.2.	Exploitation ou divulgation du <i>know-how</i> du parfumeur	267
§ 4.	Exploitation indue du résultat d'un travail confié (art. 5 <i>litt. a</i> LCD)	267
4.1.	Notions générales	267
4.2.	Exploitation du <i>know-how</i> du parfumeur confié	268
§ 5.	Exploitation du résultat d'un travail remis ou rendu accessible de façon indue (art. 5 <i>litt. b</i> LCD)	269
5.1.	Notions générales	269
5.2.	Exploitation du <i>know-how</i> du parfumeur remis ou rendu accessible de manière indue	270
	Conclusions sur la protection du <i>know-how</i> du parfumeur par le secret	270
Section 3.	La copie du parfum	272
§ 1.	Le risque de confusion (art. 3 <i>litt. d</i> LCD)	272
1.1.	Le caractère distinctif (« <i>Verkehrsgeltung</i> »)	273
1.2.	Le signe techniquement ou « esthétiquement nécessaire »	274
§ 2.	Le risque de confusion entre signes olfactifs	275
2.1.	Les signes olfactifs primaires	276
2.1.1.	L'arrêt « <i>Jeanne Arthes</i> »	276
2.1.2.	La « guerlinade »	278
2.2.	Les signes olfactifs tertiaires et secondaires	278
	Conclusions sur le risque de confusion	279

Section 4. Utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction	280
§ 1. La reprise immédiate de la prestation d'autrui (art. 5 <i>litt.</i> c LCD)	280
1.1. Le «résultat d'un travail»	281
1.2. «Prêt à être mis sur le marché»	281
1.3. L'exploitation «comme tel»	282
1.4. L'absence de «sacrifice correspondant»	282
1.5. La reprise immédiate par «des procédés techniques de reproduction»	283
§ 2. La reprise immédiate du jus d'un parfum	285
Conclusions sur l'utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction	286
Section 5. La concurrence parasitaire	287
§ 1. Notions générales	287
1.1. L'article 2 LCD	287
1.2. La concurrence parasitaire au sens de l'art. 2 LCD	288
§ 2. La concurrence parasitaire du parfum	291
Conclusions sur la concurrence parasitaire	292
Conclusions sur la protection par le droit de la concurrence déloyale	293
Conclusions Générales	295
Le droit des brevets d'invention	295
Le droit d'auteur	296
La marque olfactive	297
La concurrence déloyale	299
Bibliographie	301
Tableau des jurisprudences	319
Jurisprudence suisse	319
Jurisprudence étrangère	325
Autres sources et documents cités	329
Brevets	329
Marques	329
Rapports, projets de lois, directives, messages et autres documents	331
Directives, règlements et documents en droit communautaire	331
Index alphabétique	333

Glossaire

Accord ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (= <i>TRIPs, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>), annexe 1c de l'Accord instituant l'OMC, RS 0.632.20
aLCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 3 septembre 1943, abrogée par la LCD
aLDA	Loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, abrogée par la LDA
AN	Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques révisé à Genève le 13 mai 1977, RS 0.232.112.9
ANPI	<i>Annales de la propriété industrielle artistique et littéraire</i>
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Allemagne)
BPatG	<i>Bundespatentgericht</i> (Cour allemande des brevets)
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS 0.231.15.
CBE ou Convention de Munich	Convention sur la délivrance des brevets européens conclue à Munich le 5 octobre 1973, RS 0.232.142.2.
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.
CE	Communauté européenne
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>conferre</i>
ch.	chiffre
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220.
<i>Com. Com. elec.</i>	<i>Communication – Commerce électronique</i>
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.
CPI	Code de propriété intellectuelle (France)
CREPI	Commission de recours en matière de propriété intellectuelle
CUA	Convention universelle sur le droit d'auteur, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS 0.231.01.
éd.	édition
<i>EIPR</i>	<i>European Intellectual Property Review</i>
ET AL.	<i>et alii</i> (et d'autres)
FF	<i>Feuille fédérale</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
<i>GRUR Int.</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil</i>
IDEA	IDEA: <i>The journal of law and technology</i> , Franklin Pierce Law Center
IFPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle (Suisse)
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle (France)
IIC	<i>International Review of Industrial Property and Copyright Law</i>
INCI	International Nomenclature Cosmetic Ingredient
INGRES	<i>Institut für gewerblichen Rechtsschutz</i>
INPI	Institut national de la propriété intellectuelle (France)
ISIPCA	Institut Supérieur international du Parfum, de la Cosmétique et de l'Aromatique Alimentaire
<i>J.D.I.</i>	<i>Journal du droit international</i>
JCP	<i>La Semaine Juridique</i>
<i>JdT</i>	<i>Journal des Tribunaux</i>
JO	<i>Journal officiel de l'Office européen des brevets</i>

LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS 232.14.
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241.
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits Voisins, RS 231.1 (= URG, <i>Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte schutzrechte</i>)
LDs	Loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001, RS 232.12.
<i>litt.</i>	<i>littera</i> (lettre)
LOV	Loi fédérale sur la protection des obtentions végétales du 20 mars 1975, RS 232.16.
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 232.11.
n. p.	non publié
OBI	Ordonnance relative aux brevets d'invention du 19 octobre 1977, RS 232.141.
OCos	Ordonnance du DFI sur les cosmétiques du 23 novembre 2005, RS 817.023.31
OEB	Office européen des brevets
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (Europe)
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
OPM	Ordonnance sur la protection des marques du 23 décembre 1992, RS 232.111.
PCT	Traité sur la coopération internationale en matière de brevets d'invention du 19 juin 1970, RS 0.232.141.1.
PIBD	<i>Propriété industrielle bulletin documentaire</i> (INPI, France)
PJA	<i>Pratique juridique actuelle</i>
RDPI	<i>Revue du droit de la propriété intellectuelle</i>
RDS	<i>Revue de Droit Suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)</i>

REC. CJCE	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (dès 1990, Recueil de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance)</i>
RG	Répertoire général (n° d'inscription des causes devant les tribunaux en France)
RIDA	<i>Revue Internationale du droit d'auteur</i>
RIPIA	<i>Revue Internationale de la propriété industrielle et artistique</i>
RS	<i>Recueil systématique du droit fédéral</i>
RSDIE	<i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
RSJ	<i>Revue Suisse de Jurisprudence</i>
RSPI	<i>Revue suisse de la propriété intellectuelle (remplacée dès 1997 par la sic !)</i>
S. C.	Cour suprême des Etats-Unis
SFP	Société française des parfumeurs
<i>sic !</i>	<i>Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et la concurrence (succède, dès 1997, à la RSPI)</i>
SIWR	<i>Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht</i>
TLT	Traité sur le droit des marques, RS 0.232.112.1.
TMR	<i>The Trademark Reporter</i>
TPI	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TTAB	Trademark Trial and Appeal Board
USPQ	<i>United States Patents Quarterly</i>
USPTO	<i>US Patent and Trademark Office</i>
vol.	volume
WRP	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

Introduction

1. Le parfum évoque en chacun de nous des souvenirs, des impressions, des émotions. Il fait appel à un sens dont notre esprit est peu habitué à se servir : l'odorat. La gamme des senteurs qui s'offre à nous est infinie. Le spécialiste est donc en mesure de faire de subtiles distinctions qui permettent de nous faire voyager dans l'univers passionnant des fragrances. Notre esprit se laisse ainsi emporter par l'alchimie bien pensée du maître parfumeur. Ce dernier fait appel à notre sens esthétique : « [...] l'audience des grands parfums, comme celle de la belle musique, est universelle¹ ». Les écrivains ont le don de nous faire partager ces sensations par des mots :

« [...] seules, plus frêles mais plus vivaces, plus immatérielles, plus persistantes, plus fidèles, l'odeur et la saveur restent encore longtemps, comme des âmes à se rappeler, à attendre, à espérer, sur la ruine de tout le reste, à porter sans fléchir, sur leur gouttelette presque impalpable, l'édifice immense du souvenir². »

2. Le créateur-parfumeur compose ainsi des créations qui ont un grand attrait, car elles éveillent nos sens. On les utilise non seulement pour parfumer le corps humain, mais également comme parfums d'ambiance et pour donner une odeur agréable à de nombreux objets de la vie quotidienne. Ces différents usages confèrent au parfum une valeur commerciale. Comme tout objet qui a du succès, le parfum et les créations qui entourent sa commercialisation méritent d'être protégés contre les nombreuses contrefaçons.

3. Les « créations du domaine de la parfumerie » au sens large pourraient concerner aussi bien le parfum, son flacon, le nom qui le désigne ou encore les publicités qui en vantent les mérites sous forme de slogans, de photographies ou de films. La protection du flacon du parfum est un vaste sujet en lui-même, qui peut être appréhendé par le design, la marque de forme ou le droit d'auteur. Son lien avec le parfum se limite cependant à la fonction de contenant. La protection du parfum et celle de son flacon sont en effet deux questions indépendantes.

4. De manière similaire, la protection du parfum doit être distinguée de celle du nom qui le désigne, même si la marque verbale est un instrument très souvent utilisé dans le domaine de la parfumerie. La protection qu'elle confère se limite en effet au seul signe verbal, qui dans ce cas désigne un parfum. Il en va de même des créations publicitaires telles que les slogans, les films et les photographies. Toutes ces créations pourraient concerner d'autres

1 ROUNITSKA, Edmond, *Le parfum*, Que Sais-Je N° 1888, Paris 1996, p. 92.

2 PROUST, Marcel, *Du côté de chez Swann*, Paris 1987, p. 46.

produits que le parfum : elles ne sont pas spécifiques au domaine de la parfumerie. Par conséquent, notre étude se limite au seul parfum, notion qui sera bien entendu définie ultérieurement.

5. Si le parfum peut être protégé, on doit se demander par quel moyen. Le secret de fabrication semble logique et les parfumeurs y ont recours par tradition. Cette protection a néanmoins ses limites, dont les contours seront tracés dans cette étude. Le parfum semble se situer aux frontières des possibilités offertes par les lois de la propriété intellectuelle. Cela peut expliquer le nombre peu élevé d'ouvrages sur le sujet et donne un intérêt supplémentaire à notre étude. La formule chimique, base même du jus, fait penser à la protection par le droit des brevets d'invention. Là encore, la réponse semble couler de source. Encore faut-il vérifier cette hypothèse.

6. Les juristes ont songé à des alternatives a priori inattendues. Avant de pouvoir se déterminer sur l'efficacité du droit d'auteur, comme pour le droit des brevets d'invention, on analysera la délicate question des conditions de protection. Quant à la marque olfactive, si une telle protection existe, elle mérite notre attention. Dans la mesure où plusieurs protections s'avèrent possibles, nous établirons si l'une est meilleure que l'autre, notamment en relation avec les atteintes au droit des différentes lois de la propriété intellectuelle.

7. Avant d'entrer dans le cœur du sujet qui nous intéresse, un premier chapitre, consacré à des considérations méta-juridiques sur les créations du domaine de la parfumerie, nous paraît indispensable. Il nous aidera à comprendre les raisons du choix de telle ou telle protection, susceptible d'intervenir. Les différentes lois sur la propriété intellectuelle seront ensuite examinées l'une après l'autre. Le deuxième chapitre de cette étude est ainsi consacré à la protection du parfum par le droit des brevets d'invention, le troisième abordant le droit d'auteur et le quatrième portant sur l'analyse de la marque olfactive. Après examen des lois de la propriété intellectuelle, un dernier chapitre est dédié à la protection du parfum sous un autre angle, celui de la loi sur la concurrence déloyale.

8. Le domaine du parfum est passionnant en raison de sa particularité et nous permet d'aborder d'intéressantes questions de la propriété intellectuelle. Le droit suisse sert de base juridique pour l'analyse proposée. En matière de biens immatériels, le droit étranger a néanmoins beaucoup contribué au débat, de sorte qu'il est parfois utile, voire nécessaire de le citer. Il convient toutefois de préciser qu'il ne s'agit pas d'une étude de droit comparé. Enfin, les questions relatives à la procédure et à la titularité du droit ne sont pas examinées.

Chapitre I

Considérations méta-juridiques sur les créations de la parfumerie

Section 1. L'origine des créations de la parfumerie

9. L'origine du parfum dans l'histoire est difficile à déterminer, mais «[...] l'utilisation de matières odorantes naturelles semble remonter aux âges les plus reculés³». Une première étape marquante remonte à l'Égypte des Ptolémées, avant la Grèce et Rome. Au Moyen Âge, son emploi est essentiellement destiné au culte, tandis que les Arabes ont perfectionné la distillation qui a permis d'enrichir considérablement les essences utilisées par les compositeurs de parfums⁴. On leur doit le nom de l'«alambic⁵», qui sert à la distillation de végétaux ou de liquides⁶. Le goût du parfum et de nouvelles senteurs a été rapporté d'Orient par les croisés⁷. En Europe, la première préparation alcoolique, dénommée *Eau de Hongrie*, date du XIV^e siècle et la mode du gant parfumé est introduite au XVI^e siècle en Italie⁸. Au XVIII^e siècle, avec le retour d'une certaine hygiène, l'*Eau de Cologne* est apparue⁹.

10. Au XIX^e siècle, l'essor de la Révolution Industrielle est le fondement de la parfumerie moderne. De nouvelles méthodes d'extraction, tels que les dissolvants volatils, de même que l'apparition de produits de synthèse, moins onéreux, viennent enrichir la palette du compositeur de parfums¹⁰. Parallèlement, se développe le conditionnement avec la création des verreries qui produisent des flacons plus raffinés et l'utilisation d'étiquettes artistiques destinées à mettre en valeur le parfum¹¹. Avec l'Art Nouveau, inspiré par la nature et qui rompt avec l'esthétique classique, le flacon devient un véritable objet d'art¹². Le XX^e siècle est qualifié de siècle du parfum¹³.

11. Cet essor est marqué en 1908 par l'*Effleurt*, issu de l'association entre le joaillier-orfèvre René Lalique pour le flacon et François Coty, autodidacte

3 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 5 ; DUBARRY, Marie, « La protection juridique d'une fragrance », Mémoire de D.E.A. de droit des Affaires 1998-1999, Intellex 2000, disponible sur Internet (dernière visite 28.10.2005) [www.en-droit.com/intellex/ouvrages/protection_juridique_fragrance.pdf], p. 5.

4 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 5, 6 ; LASZLO, Pierre / RIVIÈRE, Sylvie, *Les sciences du parfum*, Que Sais-Je N° 3322, Paris 1997, p. 5, 6 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 3 et ss.

5 LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 7 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 5.

6 DE BARRY, Nicolas / TOURONNET, Maïté / VINDRY, Georges, *L'ABCdaire du Parfum*, Paris 1998, p. 29.

7 LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 7.

8 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 7.

9 LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 8.

10 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 15 ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 8 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 6.

11 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 15 ; BARILLE, Elisabeth / LAROZE, Catherine, *Le livre du parfum*, Paris 1995, p. 159.

12 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 159.

13 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 9.

de génie, pour le parfum¹⁴. En 1917, ce dernier lance son parfum *Chypre* qui va donner son nom à une nouvelle famille olfactive¹⁵. Le chypre est aujourd'hui un « archétype », un parfum qui a servi de schéma de base pour de nouvelles créations de parfums¹⁶. La dernière étape vers la parfumerie actuelle est l'association entre les parfumeurs célèbres et les grands noms de la haute couture. « Au début des années 1920, Coco Chanel lançait son propre parfum N° 5 qui à partir de 1925 sous l'impulsion du groupe Wertheimer (Bourjois) devenait le plus grand succès mondial », nous enseigne ROUDNITSKA¹⁷.

12. L'évolution historique des fragrances peut être suivie grâce à l'Osmothèque de Versailles, qui permet de sentir des parfums du patrimoine olfactif français qui ne sont plus commercialisés aujourd'hui¹⁸. Elle est régie par une convention (ci-après Convention Osmothèque)¹⁹, dont l'article IV prévoit que la collection est constituée par les parfums mis volontairement et gratuitement à disposition par les sociétés qui les commercialisent, ainsi que par les « Parfums disparus ». L'Osmothèque dispose ainsi d'un véritable catalogue de parfums²⁰. Toutefois, selon l'article IV Convention Osmothèque, « [...] les parfums constituant la collection restent la propriété de la société fabricante, qui peut donc décider, si cela lui paraît conforme à ses intérêts, de ne plus participer à « l'Osmothèque » [...] ». Mais comment faut-il définir un parfum, une fragrance ?

13. La fragrance peut être qualifiée d'odeur ou de parfum, dont la particularité est une perception agréable²¹. GALLOUX relève néanmoins que les spécialistes distinguent « [...] entre les matériaux du parfum – en quoi consistent les produits naturels ou chimiques odorants qui entrent dans sa composition (corps, huile essentielle ou composé chimique) – et les odeurs ou, plus

14 BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 15, 161.

15 DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 15, 41; DUBARRY, *op. cit.*, p. 6.

16 BARBET, Virginie / BRESÉ, Pierre / GUICHARD, Nathalie / LECOQUIERRE, Caroline / LEHU, Jean-Marc / VAN HEEMS, Régine, *Le marketing olfactif*, Paris 1999, p. 72.

17 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 8; JELLINEK, Stephan J., *L'âme du parfum*, Paris 1992, p. 95, 96, qui nous rappelle que le célèbre N° 5 de Chanel fut créé en 1921 par Ernest Beaux; DUBARRY, *op. cit.*, p. 6.

18 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 84; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Osmothèque, La mémoire vivante des parfums*, p. 9, l'Osmothèque de Versailles (36 rue du Parc de Glagny – 78000 Versailles) inaugurée le 26 avril 1990, permet aux professionnels et aux simples amateurs ou curieux de sentir des parfums actuels ou disparus.

19 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Osmothèque, La mémoire vivante des parfums*, p. 45 et ss, où est reproduite la Convention entre la Société Française des Parfumeurs (ci-après SFP), l'Institut supérieur international du Parfum, de la Cosmétique et de l'Aromatique Alimentaire (ci-après ISIPCA) et le Comité Français du Parfum (ci-après CFP). L'Osmothèque, marque déposée par la SFP, est instituée par l'article II Convention Osmothèque.

20 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Osmothèque, La mémoire vivante des parfums*, p. 51 et ss.

21 GALLOUX, Jean-Christophe, Note sous l'arrêt « L'Oréal I », *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2642.

précisément, le message olfactif ou la forme olfactive du parfum [...]»²². Le terme parfum est en conséquence ambigu, dans la mesure où il a une double signification: «celle d'odeur et celle de substance aromatique»²³. En outre, le terme parfum au sens d'«Aboutissement du travail d'un parfumeur-créateur» ne constitue en principe pas un synonyme du mot fragrance ou note²⁴. Dans notre étude, les termes parfum, fragrance ou odeur se réfèrent en principe au message olfactif, à la forme olfactive du parfum. Selon le contexte, parfum et fragrance sont cependant synonymes.

Section 2. Les matières premières

14. Il existe différents procédés pour obtenir les composants ou matériaux à la base d'un parfum. Pour les matières premières naturelles végétales, les extractions proviennent des graines, de la racine (par exemple le vétiver), des mousses, de la gomme-résine, du bois, de la feuille (par exemple le patchouli), de l'herbe, de l'écorce, des épices, de la fleur ou du fruit²⁵. La plus ancienne méthode d'extraction est la distillation²⁶. Elle consiste à porter à ébullition des matières premières placées dans un alambic avec de l'eau et à en récupérer l'essence. Plus efficace est la distillation à la vapeur, diffusée à travers la matière première, de même que la distillation sous vide, par réduction de la pression de l'air²⁷. L'essence ainsi obtenue s'appelle huile essentielle (ou essence)²⁸.

22 GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642; BALANA, Sergio, «L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?» *Propriétés intellectuelles* 2005/16, p. 259, est encore plus précis en distinguant entre la «formule», la «composition matérielle ou jus» et le «message olfactif».

23 GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642; cf. BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 278, qui relèvent que le terme parfum peut désigner la source olfactive, ainsi que le message olfactif; BRESÉ, Pierre, «Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits du créateur», disponible sur le site Internet (dernière visite 3.04.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/PierreBREESE_1995.pdf], (ci-après BRESÉ, *Créations sensorielles*), p. 3; SIRINELLI, Pierre, «Parfum – Un parfum enfin en odeur de sainteté», *Propriétés intellectuelles* 2005/14, (ci-après SIRINELLI, *Parfum*), p. 47 et ss.

24 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 72; BRESÉ, Pierre, «La contrefaçon de parfum», disponible sur le site Internet (dernière visite 29.03.2006) [<http://breese.blogs.com/pi/files/Parfumbreese.pdf>], (ci-après BRESÉ, *Contrefaçon*), p. 2, utilise le terme de «fragrance» pour désigner le message olfactif du parfum.

25 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 24; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 16 et ss.

26 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 30; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 22: plus précisément cette technique de base est appelée hydro distillation.

27 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 29; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 25: ces variantes sont aussi appelées entraînement à la vapeur sèche et distillation fractionnée (isolation de certains éléments nobles des huiles brutes).

28 JELLINEK, *op. cit.*, p. 166; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 25.

15. Les fleurs telles que la tubéreuse ou le jasmin ne produisent, au moyen de la distillation, qu'une essence grossière et inutilisable. L'enfleurage à froid est un autre procédé ancien qui permet d'absorber la fragrance au moyen de graisses transformées en pommades parfumées²⁹. Traitées à l'alcool, ces pommades donnent un absolu, autrement dit une substance odorante d'une plante obtenue par extraction à base de solvant³⁰, qui est très proche du parfum de la fleur fraîche³¹. Une autre méthode, l'enfleurage à chaud, consiste à laisser macérer des fleurs moins fragiles dans des bains de graisse. La graisse filtrée devient une pommade dont on peut également tirer un absolu³². Ces procédés longs et coûteux ont la plupart du temps été remplacés³³.

16. L'extraction par des solvants volatils est aujourd'hui utilisée pour les végétaux peu riches en arômes. Ce procédé, lorsqu'il est appliqué aux résines, donne les résinoïdes. Après une première distillation au moyen de solvants volatils tels que l'éther, le pétrole, l'hexane ou le benzène (au lieu de la vapeur d'eau), on obtient une matière que l'on appelle concrète. Lavée à l'alcool, celle-ci devient une essence du nom d'absolue³⁴. A noter qu'une tonne de pétales de roses est nécessaire pour en produire un kilo et demi³⁵. Une méthode plus récente, l'extraction au gaz carbonique (CO₂) supercritique permet d'éviter les traces résiduelles de solvants dans l'extraction à froid des végétaux. En effet, le CO₂ sous pression et à température supérieure à 31 °C, soit à l'état supercritique, permet de dissoudre de nombreux composés organiques³⁶.

17. Certaines fleurs, comme la violette ou le muguet, nécessitent un procédé plus révolutionnaire, soit la « technique des fleurs vivantes » ou *Head Space*. Le parfum de la fleur fraîche placée sous une cloche de verre est capturé par un gaz neutre sous forme de carte d'identité moléculaire. Le parfum est recomposé au moyen de composés naturels ou de synthèse³⁷. Par une technologie plus avancée encore, du nom de SPME (*Solid Phase Micro Extraction*

29 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 21: en raison de son coût élevé cette technique est en voie de disparition.

30 JELLINEK, *op. cit.*, p. 164; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 28.

31 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 34, 35.

32 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 63.

33 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 63.

34 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 35; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 63; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 26.

35 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 24.

36 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 28.

37 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 35; ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 43; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 29; cf. aussi BRESÉ, Pierre, « La difficile mais irréversible émergence des marques olfactives », disponible sur le site Internet du cabinet Breesé, Derambure & Majerowicz (dernière visite 28.10.2005) [www.bredema.fr], (ci-après BRESÉ, *Emergence des marques olfactives*), p. 12, qui parle de l'analyse de l'« espace de tête ».

method), brevetée par la société IFF (International Flavors and Fragrances), on obtient des produits dits *identiques nature* en recueillant au moyen d'une aiguille, l'odeur de la fleur ou du fruit, sans toucher le végétal³⁸.

18. Les essences hespéridées doivent leur nom aux Hespérides, trois nymphes, dont le jardin contenait, selon la légende grecque, des pommes d'or qui avaient le pouvoir de rendre immortel. A la découverte des premiers agrumes importés d'Asie, les Grecs leur donnèrent ce nom³⁹. L'extraction des hespéridés tels que la bergamote, l'orange, le citron ou la mandarine se fait par l'expression de zestes de fruits frais, soit sous simple pression de l'écorce⁴⁰.

19. Les essences animales comme le musc (glandes abdominales du chevrotin mâle porte-musc de l'Himalaya), l'ambre gris (concrétion de l'estomac, rejeté naturellement à la mer par le cachalot), la civette (sécrétion d'un chat sauvage de la taille d'un renard qui vit en Ethiopie) ou le castoréum (issu des glandes du castor de Russie et du Canada) étaient autrefois obtenues par infusion ou macération dans l'alcool. Ces substances sont aujourd'hui remplacées par des produits de synthèse en raison de la protection de certaines espèces animales et de leur prix exorbitant⁴¹.

20. Le compositeur de parfums dispose ainsi de deux sources : les produits naturels et les produits de synthèse⁴². Les produits naturels proviennent de la distillation (huiles essentielles, eaux aromatiques) et de solvants volatils (essences concrètes, essences absolues, résinoïdes, ainsi que les infusions, ces dernières étant des macérations alcooliques d'origine animale)⁴³. Les produits de synthèse (synthétiques) peuvent être divisés en trois grandes catégories : les produits artificiels inexistant dans la nature, les isolats qui sont des substituts isolés de produits naturels et les produits de remplacement, qui tendent à être le plus proche possible de l'odeur naturelle⁴⁴. Le terme de « base » désigne un élément précomposé et caractérisé par une odeur simple,

38 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 27.

39 DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 70.

40 DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 70; ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 40; LASZLO/RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 28; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 29.

41 BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 28; DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 63; JELLINEK, *op. cit.*, p. 88, 165; LASZLO/RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 28 et ss; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 25, relèvent en outre (p. 30, 31) que le musc ambrette est certes interdit, mais que dans le cas de la civette et de l'ambre, les animaux ne sont pas touchés et que, pour les castors, les autorités doivent en supprimer en raison de leur multiplication. Leur utilisation est dès lors toujours actuelle. A noter que la Directive 2003/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 février 2003 modifiant la Directive 76/768/CEE du Conseil, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques (ci-après Directive 2003/15/CE), règle les conditions d'interdiction de mise sur le marché de produits qui ont nécessité des expérimentations animales.

42 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 39, 41.

43 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 39, 41.

44 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 26, 27.

utilisé par le créateur-parfumeur comme une matière première en tant que telle⁴⁵.

21. La technique du *Head Space* constitue une nouvelle catégorie à mi-chemin entre la synthèse et la nature⁴⁶. A noter qu'une nouvelle molécule, issue de la recherche et rendue inaccessible aux concurrents, peut rendre un parfum «[...] original, unique et inimitable⁴⁷». Les produits naturels sont coûteux et moins proches de l'odeur du produit de base. En effet, lors des procédés d'extraction, sous l'effet de la chaleur et des solvants, des composantes indésirables viennent s'ajouter à la dégradation, d'où une différence entre l'odeur de la fleur et l'essence qui en est extraite⁴⁸.

22. En revanche, les produits de synthèse ne comportent pas de telles impuretés. On peut certes estimer que celles-ci contribuent au bouquet du parfum⁴⁹ et en déduire qu'«[...] il est rare qu'un produit de synthèse donne la noblesse, la richesse du produit naturel qu'il tente de remplacer⁵⁰». Mais selon ROUDNITSKA, les produits de synthèse «[...] sont des corps qui existaient déjà dans la nature et que l'homme a reconstitués pour son propre compte⁵¹». Ils ne sauraient être qualifiés d'*Ersatz*⁵². L'orgue du créateur-parfumeur (ainsi nommé en raison des bouteilles disposées comme les tuyaux d'un orgue autour du plan de travail) comporte plus de trois mille substances odorantes⁵³. Un parfum peut parfois contenir plus de cent composantes, ce qui rend les combinaisons possibles infinies⁵⁴. Se pose dès lors la question de savoir comment nous sommes capables de percevoir un parfum.

Section 3. Odeur et perception

23. Les molécules odorantes constituent la base chimique des parfums que nous percevons⁵⁵. Les trois quarts de l'air inspiré n'atteignent cependant

⁴⁵ BREESÉ, *Contrefaçon*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁶ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 29.

⁵¹ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 42, 43.

⁵² ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 42, 43.

⁵³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 28 et 32, estiment les matières premières théoriquement à disposition à 3500; BREESÉ, *Contrefaçon*, *op. cit.*, p. 2, articule le chiffre d'environ 3000 composants différents.

⁵⁴ JELLINEK, *op. cit.*, p. 84, 85.

⁵⁵ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 11 et s.

jamais la cible olfactive, située au sommet des fosses nasales⁵⁶. Une fois captées par une alvéole réceptrice, les molécules odorantes sont dissoutes dans le mucus qui recouvre la muqueuse olfactive contenue dans les fosses nasales. Elles parviennent aux cils olfactifs par diffusion⁵⁷. Les cils olfactifs font partie du pôle périphérique (dendrite) de la cellule réceptrice de l'odorat qui est un neurone⁵⁸. La perception de l'odeur est déclenchée par la fixation de la molécule de parfum sur une protéine réceptrice de l'un des cils, lesdites protéines étant placées dans la membrane des cils⁵⁹.

24. Le message olfactif parvient au bulbe olfactif, à l'entrée du cerveau, par les millions d'axones dont est composé le nerf olfactif⁶⁰. La captation d'odeur nécessite la mobilisation d'au moins la moitié des cellules nerveuses olfactives, car individuellement elles sont incapables de reconnaître une odeur⁶¹. Une personne ne sera capable d'identifier que trois ou quatre odeurs dans une composition, ce qui constitue une limite excessivement basse par rapport aux centaines d'éléments que peut contenir une fragrance⁶².

25. Le décodage de l'odeur se fait dans une partie du cerveau appelée bulbe olfactif⁶³. Contrairement à la vue et à l'ouïe, les nerfs de l'odorat sont directement reliés à la partie du cerveau qui contrôle l'émotion, et non pas à celle où se forme la raison⁶⁴. Selon une théorie dite « des trois cerveaux », les comportements innés de l'individu proviendraient du cerveau reptilien, tandis que le langage et la logique se développeraient dans le néo-cortex. Quant à l'olfaction, elle se situerait dans le cerveau limbique, siège des émotions et de la mémoire⁶⁵.

26. L'émotion est provoquée par le souvenir : « Il n'y a pas de parfum sans mémoire.⁶⁶ » La mémoire liée à l'odorat, contrairement à celle des autres sens, grave l'information à vie⁶⁷. La perception du parfum, capté par notre sens olfactif, n'est ainsi possible que par notre cerveau. Toutefois, contrairement aux autres sens, l'olfaction ne fait pas appel à la conscience, de sorte qu'il est possible de percevoir un parfum sans s'en rendre compte⁶⁸.

56 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 108.

57 LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 14.

58 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 31.

59 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 31.

60 COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 32.

61 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 109.

62 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 113.

63 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 109.

64 JELLINEK, *op. cit.*, p. 18 ; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 96.

65 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 129, 130.

66 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 90.

67 DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 90 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 129.

68 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 135.

27. Pour un créateur-parfumeur tel que Jean-Paul GUERLAIN: «C'est la forme la plus intense du souvenir.⁶⁹» Notre cerveau analyse les parfums en fonction d'une palette préalablement enregistrée et répertoriée dans notre mémoire⁷⁰. Ce constat fait dire à ROUDNITSKA, un des plus grands parmi les compositeurs de parfums de notre temps⁷¹:

«Dans la composition des parfums, comme dans leur appréciation, ce n'est pas la sensibilité, la finesse de l'odorat qui compte le plus mais, comme dans tous les arts, l'activité cérébrale qu'entraîne la sensation. S'y ajoutera tout le contexte d'expérience, de connaissances esthétiques, d'éducation du goût, de sens artistique, que seuls le travail et la volonté peuvent apporter. Le mot <nez> est bien pauvre pour enfermer tout cela.⁷²»

28. S'il est vrai que l'anosmie est une forme d'insensibilité au parfum apparemment courante chez l'homme⁷³, on ne saurait en déduire que le talent du créateur-parfumeur provient de son seul nez. Avec divers degrés d'intensité, il semblerait que nous sentons tous la même chose⁷⁴. Si le compositeur de parfums doit certes avoir des qualités particulières, ses plus grands atouts sont son jugement et sa mémoire. L'apprentissage est dès lors un élément essentiel de l'olfaction chez un individu⁷⁵. Par ailleurs, l'échec d'identification est souvent causé par une perte de mémoire⁷⁶.

29. Un morceau de musique composé de notes déterminées ne sera pas perçu de la même manière selon la personne qui l'écoute. Il en est de même d'un parfum susceptible d'éveiller des sensations différentes en fonction des individus. Pour parvenir à une forme olfactive capable de toucher notre esprit, un véritable travail intellectuel est nécessaire. Le créateur-parfumeur tend à nous faire revivre, par l'odorat, des émotions vécues. Une fragrance peut tout simplement paraître agréable, mais si elle crée l'émotion, elle deviendra un véritable parfum perçu par sa forme olfactive.

69 GUERLAIN, Jean-Paul, propos recueillis par SIMONNET, Dominique, «Un parfum c'est toujours une histoire d'amour», *L'Express* du 31 octobre 2002, sur Internet (dernière visite 28.10.2005) [www.lexpress.fr], p. 2.

70 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 61, relèvent que grâce aux réponses provoquées par le stimulus olfactif des fibres nerveuses, les neurologistes sont capables de réaliser une image topographique de l'odeur.

71 BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 37.

72 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 18.

73 LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 16, 115; BARBET ET AL., *op. cit.*, p.111, font remarquer que les cas sont assez rares par rapport à l'ouïe et à la vue.

74 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 67, 262, 263: «[...] il semble exagéré de prétendre qu'une même odeur puisse être perçue de façon radicalement différente par deux personnes. [...] Il semble toutefois que la principale difficulté provienne de l'absence de référentiel et de vocabulaire permettant aux sujets <naïfs> (par opposition aux experts, selon la terminologie employée en analyse sensorielle), de décrire leur perception d'une fragrance.»

75 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 123.

76 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 126.

Section 4. La forme olfactive

30. Le parfum s'adresse à l'esprit plutôt qu'au nez, qui ne constitue qu'un capteur. Par conséquent, la forme olfactive est une matière abstraite. Il ne faut pas confondre l'aspect visuel du parfum, soit le contour (dicté par le flacon) et le liquide en tant que tel, avec l'odeur du parfum. Celle-ci se distingue encore de la vapeur, autre aspect extérieur du parfum. Il faut entendre par forme olfactive le concept d'une odeur donnée, par exemple « le concept odeur de rose » ou souvenir évoquant l'odeur de rose qui permet au créateur-parfumeur de composer sa création⁷⁷. La forme olfactive constitue le message olfactif du parfum⁷⁸.

31. Plus précisément, le compositeur de parfums se sert de *qualias* (qualité), soit de formes regroupant toutes les caractéristiques communes à une famille. Ainsi, le *qualia* rose exprime les attributs de base spécifiques à toutes les formes d'odeur de rose⁷⁹. Comme déjà relevé, la forme olfactive ne doit pas être confondue avec ce que BRESÉ appelle le substrat, autrement dit la substance, la molécule chimique, synthétique ou naturelle⁸⁰. ROUDNITSKA nous enseigne à cet égard :

« Chacun de nos matériaux possède ainsi une forme singulière, que notre mémoire olfactive enregistre et classe dans un répertoire surtout mental qui comprend un certain nombre d'échelles approximatives de valeurs pratiques telles que : fugaces à tenaces, frais à chauds, amers à doux, acides à onctueux, aigus à graves, secs à gras, fleuris à fruités, légers ou éthérés à lourds, montants à plats, intenses à faibles, etc.⁸¹ »

32. Comme le compositeur, le créateur de parfums dispose de notes. Sa palette est composée d'adjectifs qui qualifient les formes olfactives. Mais le langage du parfum est difficile : « Chaque adjectif reste imprécis, subjectif, lié à la perception de celui qui l'énonce.⁸² » Le langage olfactif peut être décomposé en deux niveaux. Le premier est le langage subjectif qui renvoie aux impressions ou sensations, par exemple de douceur ou de fraîcheur que chacun interprète selon son propre vécu. Il n'a pas grand intérêt au regard de la description du parfum en raison de cette subjectivité.

33. En revanche, le deuxième, le langage technique objectif repose sur une réalité de la composition. Il consiste à dire que « [...] ce parfum est fleuri,

⁷⁷ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 19, 20.

⁷⁸ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

⁷⁹ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁰ BRESÉ, *Emergence des marques olfactives, op. cit.*, p. 3.

⁸¹ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 22.

⁸² DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 85 ; BAUMANN, Max, « Die Nase der Justitia », *RSJ* 89, p. 409.

boisé, vanillé, parce qu'il contient des notes fleuries, boisées, vanillées»⁸³. BARBET ET AL. relèvent qu'«[...] il est possible, pour deux personnes entraînées à sentir, de s'accorder sur la description olfactive d'un parfum, si tant est qu'elles ont défini des vocables communs»⁸⁴.

34. Pour la classification des parfums, il existe aujourd'hui sept palettes ou familles de fragrances. La plus importante est celle des « floraux », soit les parfums élaborés autour d'un ou de plusieurs thèmes de fleurs (soliflores) et à dominante florale. Les « hespéridés » regroupent les essences provenant des agrumes, les eaux de Cologne classiques et les eaux fraîches. Dans la famille des « fougères », plutôt dédiée aux eaux de toilettes masculines, on trouve les notes lavandées et boisées, mousse de chêne, coumarine et bergamote⁸⁵.

35. Les « chyprés », en général pour des parfums de femmes, forment en revanche un accord mousse de chêne, de ciste labdanum, de patchouli et de bergamote. La palette des « orientaux » ou « ambrés », plutôt féminins, est composée de vanille, d'un fond d'essence animale, tandis que la famille des « boisés », est essentiellement masculine, imprégnée par l'essence de bois de santal, de cèdre, de conifères, de patchouli et de vétiver. Enfin les « cuirs », moins nombreux, sentent le miel, le tabac et l'essence de bouleau ou de bois de cade fumé⁸⁶.

36. Ces familles de parfums peuvent encore être décomposées. On trouve ainsi les floraux aldéhydés (l'aldéhyde est un produit de synthèse utilisé pour la première fois de façon moderne dans le N° 5 de Chanel⁸⁷), les floraux verts, fruités, les chyprés cuirés, marins, les fougères aromatiques, les ambrés épicés, boisés ou fleuris⁸⁸. S'y ajoutent de nouvelles tendances formant des sous-groupes tels que les transparents, les laiteux ou les gourmands⁸⁹. Dans cette

⁸³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 66.

⁸⁴ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 67.

⁸⁵ DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 64, 85; BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 212; LASZLO/RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 57; cf. aussi BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 67; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP) : cette brochure, réactualisée chaque année sous forme de fiches, répertorie tous les parfums anciens et nouveaux en fonction des sept familles (hespéridée A1-A6, florale B1-B9, fougère C1-C6, Chypre D1-D7, boisée E1-E8, ambrée F1-F6, cuir G1-G3).

⁸⁶ DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 64, 85; BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 212; LASZLO/RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 57; cf. aussi BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 67; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP).

⁸⁷ JELLINEK, *op. cit.*, p. 164; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 77 : l'essai de parfum N° 5 choisi par Coco Chanel contenait une proportion d'aldéhydes dix fois supérieure à celle prévue initialement en raison d'une erreur de pesée.

⁸⁸ DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 65; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM (SFP), *Classification des parfums et terminologie* (SFP) : fleuri vert correspond par exemple à la catégorie B5, fleuri fruité à B9, chypre cuir à D4 et boisé marin à E7.

⁸⁹ DE BARRY/TURONNET/VINDRY, *op. cit.*, p. 65; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP) : pour le moment ces catégories ne figurent pas dans la classification.

dernière catégorie, le parfum *Angel* de Thierry Mugler à la fragrance caramel, miel et chocolat est « [...] un véritable coup de théâtre olfactif qui pousse la vogue des parfums dits « gourmands » à ses extrêmes »⁹⁰.

37. La forme olfactive ou « bouquet » peut être répertoriée en trois grandes catégories, selon sa volatilité. La première est celle des « notes de tête », légères, fraîches et immédiatement agréables. Volatiles, elles ne durent que quelques minutes, voire quelques heures. On les perçoit au débouché du flacon (exemple : lavande, citron, romarin, laurier, orange). Leur proportion est de 15 à 25%. La deuxième catégorie est définie comme les « notes de cœur », qui constituent le thème principal de la forme olfactive. Ces notes peuvent durer quelques jours (exemple : senteurs florales, muguet, rose, jasmin, géranium, thym, ainsi que quelques substances synthétiques). Elles représentent 30 à 40% du parfum⁹¹.

38. La troisième catégorie est celle des « notes de fond » ou « notes de queue » qui résistent le plus longtemps. On les appelle aussi fixateurs. Ce sont elles qui permettent de prolonger la durée des odeurs fugaces (vétiver, patchouli, santal, céleri, civette, musc, ambre, castoréum, ainsi que des substances de synthèse). La proportion des notes de fond est d'environ 45 à 55% du mélange⁹². Un parfum peut dès lors être décrit au moyen du langage constitué par les notes de tête, de cœur et de fond, combiné avec les adjectifs objectivés par les compositeurs de parfums. Une telle méthode de description du parfum, qui fait appel à des classifications, selon des descripteurs admis par la profession⁹³, reste toutefois réductrice et subjective. Elle sert plutôt de méthode complémentaire⁹⁴. Elle constitue selon BARBET ET AL. une analyse sensorielle informelle⁹⁵.

39. L'analyse sensorielle est un examen des propriétés organoleptiques d'un produit sur les organes des sens selon une méthode scientifique rigoureuse qui peut faire appel à des sujets « naïfs », « experts » ou « experts

⁹⁰ BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 92.

⁹¹ PAMOUDJIAN, Jean-Pierre, *Le droit du parfum*, thèse Paris 1982, p. 213 ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 38, 39 ; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 50 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 48 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP), p. 51 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 62 ; BRESÉ, *Contrefaçon*, *op. cit.*, p. 2.

⁹² PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 213 ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 38, 39 ; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 50 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 48 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP), p. 53 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 62 ; BRESÉ, *Contrefaçon*, *op. cit.*, p. 2.

⁹³ Il en existe plusieurs, dont la classification de la SFP : COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP), p. 1 et ss.

⁹⁴ BRESÉ, Pierre, « L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielle pour défendre les droits du créateur », *Dalloz Affaires* 1998/111, (ci-après BRESÉ, *Apport de la métrologie*), p. 561 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 309 et ss.

⁹⁵ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 310.

spécialisés». Cette méthode permet de comparer plusieurs sources sensorielles et fournit des résultats objectifs, même si une part de subjectivité est inévitable⁹⁶. Par exemple dans l'arrêt «Mugler», qui sera analysée dans notre étude, le Tribunal de commerce de Paris a fait appel à un test de consommatrices pour comparer des parfums⁹⁷.

40. La décomposition du parfum selon sa volatilité démontre qu'il n'a pas une forme statique. Par conséquent, le créateur-parfumeur doit imaginer un parfum dont les différentes composantes s'évaporent dans une harmonie progressive, soit une «[...] dynamique du parfum [...]»⁹⁸. Cela suppose bien entendu un travail de création subtil.

Section 5. Le procédé de création d'un parfum

41. La fabrication du parfum en elle-même est relativement simple: elle consiste en un mélange de la formule concentrée des composantes odorantes qui sont dissoutes dans de l'alcool. Le mélange doit ainsi reposer quelques mois, avant d'être refroidi (glaçage entre 0 et -10 °C) et filtré⁹⁹. En revanche, l'élaboration d'une formule est un art qui nécessite un véritable savoir-faire. Ce dernier ne relève pas de la chimie, mais de l'expérience¹⁰⁰. Les substances sont combinées par les compositeurs de parfums selon des proportions minutieusement étudiées. «Les arrangements d'odeurs sont d'ordre esthétique, la chimie et la science n'ont rien à y voir. Il faut d'abord concevoir, inventer une <forme olfactive> originale¹⁰¹», nous enseigne ROUDNITSKA. Et il ajoute: «La forme abstraitement conçue, il faudra la réaliser concrètement par la rédaction laborieuse d'une première formule.¹⁰²»

42. La difficulté dans la composition d'un parfum consiste surtout à savoir comment va réagir une substance si elle est associée à une autre ou à plusieurs autres, ce que seule l'expérience peut démontrer avec certitude¹⁰³. Selon les termes de BARILLE et LAROZE: «Les parfumeurs sont les magiciens d'aujourd'hui.¹⁰⁴» Leur génie consiste à trouver des accords, soit des propor-

⁹⁶ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 305.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal de commerce de Paris de septembre 1999 Thierry Mugler c/ Molinard, (ci-après arrêt «Mugler»), *RIPIA* 2000/200, p. 81.

⁹⁸ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹ JELLINEK, *op. cit.*, p. 83; LASZLO/RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁰ JELLINEK, *op. cit.*, p. 83, 84.

¹⁰¹ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰² ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰³ JELLINEK, *op. cit.*, p. 84; BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴ BARILLE/LAROZE, *op. cit.*, p. 15.

tions de substances séparément banales, dont le mélange aboutit à de nouvelles senteurs, particulières et plaisantes¹⁰⁵. BARBET ET AL. ajoutent à propos du créateur-parfumeur: «C'est dans sa capacité de traduire ses émotions dans un parfum que réside son véritable talent.¹⁰⁶»

43. Le parfum est une création éminemment intellectuelle qui a pour vocation de recréer le souvenir à partir du souvenir. Selon BARBET ET AL.: «Le parfumeur compose de mémoire. Il n'a pas besoin de sentir concrètement la rose ou le santal pour l'incorporer dans sa formule.¹⁰⁷» Le compositeur de parfums, comme le romancier, part d'un thème, «[...] un climat poétique et imaginaire [...]»¹⁰⁸, en général imposé par la maison qui commande la création¹⁰⁹. Les renseignements fournis au créateur-parfumeur pour donner le signal de départ de la création s'appellent un *brief-parfum*, susceptible de donner des informations sur la marque, le concept global, la cible visée, les pays concernés, la direction olfactive souhaitée (florale, orientale, boisée, etc.), les détails techniques, le type de base pour les produits de toilette ou de lessive et le prix du concentré de parfum au kilo¹¹⁰.

44. En revanche, le nom et le design du produit restent secrets¹¹¹. Un évaluateur est généralement chargé de guider le créateur en fonction du client et du marché, avant que la création ne soit sélectionnée par des tests de consommateurs¹¹². Dans le cadre de la marge de manœuvre qu'on lui accorde, le compositeur de parfums essaie de recréer une atmosphère issue de son imagination. Concrètement, il va chercher un accord de base qu'il va enrichir et embellir selon son inspiration¹¹³.

45. L'entreprise est longue et difficile: «Il nous faut un minimum de 3 ans d'étude avant de lancer un parfum.¹¹⁴» De surcroît, elle n'aboutit pas toujours au succès. Comme GUERLAIN le fait remarquer: «Mais il m'arrive parfois de ne jamais concrétiser ce que j'imagine.¹¹⁵» S'il peut naître d'une

¹⁰⁵ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁷ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁸ DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁹ JELLINEK, *op. cit.*, p. 99 et ss.

¹¹⁰ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 39.

¹¹¹ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 40.

¹¹² BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 41, 42.

¹¹³ JELLINEK, *op. cit.*, p. 94.

¹¹⁴ LEYSSENE, Guy, propos recueillis par REBATTET, Agnès, «Parfums: ça sent la poudre», *L'Express* du 5 mai 1979, p. 40.

¹¹⁵ GUERLAIN, Jean-Paul, propos recueillis par LEVENTER, Martine, «Parfum: la guerre des essences», *Le Point* du 23 juin 1980/405, p. 124.

idée de génie, la création d'un parfum provient avant tout d'un long travail d'essais successifs qui seront concluants ou non¹¹⁶. La création réussie deviendra dans l'ordre décroissant parfum, eau de parfum, eau de toilette ou eau rafraîchissante en fonction de la quantité d'huile parfumée qu'elle contient¹¹⁷. Le parfum est un raffinement qui doit être apprécié à sa juste valeur, ce qui nécessite quelques connaissances de base.

Section 6. Comment faut-il goûter un parfum ?

46. Le parfum, conçu pour s'adresser à l'esprit, est capté au moyen du nerf olfactif, composé de dizaines de millions de fibres nerveuses¹¹⁸. Il est intéressant de noter que toutes les vingt-quatre heures, nos cils olfactifs, récepteurs des molécules odorantes, se renouvellent. Il est ainsi possible de goûter un parfum au moyen de cils neufs¹¹⁹. Ces derniers sont donc d'une grande fragilité. On en déduit qu'il est indispensable d'en faire usage avec précaution pour goûter un parfum. ROUDNITSKA nous fait part de son expérience de compositeur en ces termes :

« L'erreur monumentale que nous commettons tous et dont nous n'avons personnellement pris que trop tardivement conscience est de rester trop longtemps le nez sur chaque touche et de sentir trop vite la suivante. Ceci est capital : trois secondes d'olfaction et au moins trente secondes d'inspiration et d'expiration prolongées, sinon des molécules de la première olfaction demeurent dans le récepteur et celles de la deuxième olfaction s'y superposent, rendant tout jugement objectif impossible. L'effort doit porter sur la mémorisation de la première olfaction.¹²⁰ »

47. Ce phénomène s'explique scientifiquement par la présence de récepteurs dans le nez qui ne peuvent accueillir qu'un nombre limité de molécules odorantes. Dès lors, lorsque le système olfactif est saturé, en raison d'une forte stimulation, nous ne sentons plus rien après quelques instants¹²¹. De surcroît, notre nez est à l'affût de sensations nouvelles. Par conséquent, nous ne percevons plus le parfum que nous portons tous les jours, car nous y sommes habitués. Aussi est-il inutile d'en augmenter la dose, car l'impression d'un

¹¹⁶ JELLINEK, *op. cit.*, p. 90 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 52 : « Sur vingt essais montrés au client, ce sont parfois deux cent essais qui ont été élaborés par le parfumeur en interne. »

¹¹⁷ JELLINEK, *op. cit.*, p. 66 ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 45 ; cf. aussi BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁸ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁹ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 33 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 109 ; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 97, les cellules olfactives se renouvellent au rythme d'une nouvelle souche tous les vingt jours.

¹²⁰ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 46.

¹²¹ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 16.

parfum moins fort n'est qu'une illusion¹²². Autrement dit, même si la perception chimique demeure, émotionnellement elle n'est plus consciente¹²³.

48. Le parfumeur professionnel sait goûter un parfum, grâce à une mémoire qui a emmagasiné et répertorié un nombre impressionnant de nuances d'odeurs. Le particulier, amateur de parfums, peut lui aussi se conformer à quelques règles pour apprécier un grand parfum à sa juste valeur. Celles-ci sont décrites par ROUDNITSKA comme suit :

« Trop de personnes ont la paresseuse habitude de se limiter à un examen très superficiel, qui consiste à mettre son nez sur le goulot du flacon ou à déposer une goutte sur le dos de la main et à frotter la peau, ce qui risque de provoquer des réactions aminées et de dégager une odeur nauséabonde, ou pour le moins de dénaturer le parfum.¹²⁴ »

49. Pour les tests de consommateurs, on fait sentir le parfum sur la peau ou sur une mouillette, soit une bande de papier dont on se sert également pour développer le parfum¹²⁵. Il convient d'utiliser un vaporisateur et de sentir deux parfums isolément et avec un temps de repos¹²⁶. A noter que le parfum interagit avec la peau, de sorte qu'un même parfum peut changer selon la peau sur laquelle il est répandu. En conséquence, il est essentiel de procéder à des essais¹²⁷. Le parfum, s'il est goûté selon les règles de l'art et employé avec parcimonie, est capable de retranscrire une émotion au même titre que la peinture ou la musique. La comparaison avec la musique est du reste éloquente. En effet, si cette dernière est reproduite au moyen de la partition, le parfum peut être reconstitué par une formule.

Section 7. La formule du jus du parfum : la recette et la formule chimique

50. La formule du jus du parfum est bien évidemment un secret que les parfumeurs ont depuis toujours gardé à l'abri des regards¹²⁸. Il est essentiel de relever que la formule du parfum peut avoir deux aspects bien distincts. La formule du parfum peut être présentée sous forme de recette, exprimée par un texte littéraire, qui indique les différents composants, leur quantité et

¹²² JELLINEK, *op. cit.*, p. 75 et s.

¹²³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 155, 160.

¹²⁴ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 96.

¹²⁵ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 43.

¹²⁶ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 96, 97.

¹²⁷ JELLINEK, *op. cit.*, p. 30 et ss ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁸ BARILLE / LAROZE, *op. cit.*, p. 45 ; GALLOUX, *op. cit.*, p. 2645.

leur préparation. Cette manière de présenter, a notamment été utilisée pour les premiers dépôts de brevet en France, comme le n° 435 du 29 janvier 1811 :

« Pour une eau propre à la toilette, *appelée eau de Cologne*, Au sieur SUIREAU DUROCHEREAU aîné, à Paris.

Recette.

Esprit 3/6 blanc fin sans goût 7 litres

Essence.

Portugal	I once.	3 gros.
Bergamote	I	5
Citron au zeste	I	"
Néroli fin	I	2
Néroli petits grains	I	4
Romarin	I	"
Lavande	I	"

Eaux.

De rose	I	6
De jasmin	I	5
De fleur d'orange	I	7

Bien mélanger le tout et l'agiter, passer deux fois au filtrage de quatre papiers, et laisser reposer quinze jours; ensuite soumettre deux fois le tout à la distillation, et laisser dix-huit mois en flacon dans un endroit tempéré. Cette eau portera trente à trente trois degrés, et se trouvera dans sa dernière perfection, par la suavité de son odeur¹²⁹. »

51. L'indication de la provenance des produits utilisés, élément qui n'est pas indiqué sur ce brevet, permettrait une reproduction fidèle du parfum. La provenance et la qualité des produits employés peuvent en effet avoir une incidence sur le parfum reproduit. Si ces indications ne figurent pas sur la formule, la fragrance reconstituée peut s'avérer fort différente de celle d'origine¹³⁰.

52. La composition chimique proprement dite des molécules qui composent le parfum, des matières premières, constitue l'autre façon de représenter la formule de celui-ci¹³¹. Elle peut se faire sous forme de dessin des liaisons chimiques ou de description verbale équivalente des composants. Par exemple le « (-)-(S)-1,4-dyméthyl-3-cyclohexène-1-carboxylate de méthyle »¹³² ou les

¹²⁹ Cf. LEGER, Marie-Christine, *La protection du parfum*, Mémoire D.E.S.S. (C.E.I.P.I.), Strasbourg 1990 (disponible à la bibliothèque de l'OMPI), exemples de brevets reproduits dans l'annexe de ce mémoire.

¹³⁰ LEGER, *op. cit.*, p. 15, 16, 66.

¹³¹ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642, relève que la composition chimique est le « support » de la forme olfactive, tandis que la formule en constitue la « description ».

¹³² Tiré de la description du brevet CH 680 853 A5, délivré à Firmenich SA le 30.11.1992, p. 2.

composés de formule « tricyclo[6.2.20^{2.7}]dodéc-9-én-3-one et acétate 3-méthyletricyclo[6.2.20^{2.7}]dodéc-9-én-3-yle » servent d'ingrédients parfumants¹³³. De même, la composition qui contient un mélange de « (9E)-undecenonitrile » de « (9Z)-undecenonitrile » et de « 10-undecenonitrile » peut être combinée avec d'autres ingrédients parfumants¹³⁴.

53. On doit cependant se demander si la formule chimique permet de reconstituer le jus du parfum. Selon PAMOUDJIAN : « Un parfum ne peut être défini par sa formule chimique (il ne s'agit pas d'un produit chimique défini)¹³⁵. » Pour BAUMANN au contraire, à l'instar d'autres produits de l'industrie chimique, il existe aujourd'hui pour les parfums des formules tout aussi exactes¹³⁶. Il est vrai que la thèse de PAMOUDJIAN date de 1982, tandis que BAUMANN a écrit son article en 1993, ce qui peut expliquer la différence entre ces deux opinions.

54. Dans la pratique, il semble que la composition de la plupart des parfums actuels est effectivement déterminée avec des ingrédients bien définis. Toutefois, dans la mesure où il est fait usage d'essences naturelles en grande quantité, déterminer la composition exacte du parfum devient plus difficile. Par conséquent, on ne peut pas exclure que certaines molécules desdites essences ne soient pas encore identifiées. En revanche, définir la composition chimique des produits de synthèse ne pose aucune difficulté.

55. Certains auteurs estiment que les formules de parfum sont rarement brevetées, afin d'éviter de les divulguer¹³⁷. Cet avis ne fait cependant pas l'unanimité. Il est notamment contesté par BARBET ET AL :

« L'importance du secret a souvent servi à justifier l'absence de recours au brevet. Cette explication est toutefois fallacieuse. La composition n'est généralement pas brevetée, non pour éviter la divulgation qui intervient nécessairement par la publication du brevet, mais parce que la formule ne répond pas aux critères de brevetabilité.¹³⁸ »

56. Il conviendra de vérifier cette affirmation dans le chapitre consacré au droit des brevets d'invention. On peut néanmoins d'ores et déjà relever que si la formule indiquée sur un brevet ne permet pas de reproduire le parfum, le brevet ne saurait être valable. En outre, la formule n'est pas le seul moyen de reproduire un parfum.

¹³³ Tiré de l'abrégé du brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, p. 1.

¹³⁴ Tiré de l'abrégé de la demande de brevet EP 1 174 116 A1, déposée le 21.07.2000 par Givaudan SA, p. 1.

¹³⁵ PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 200.

¹³⁶ BAUMANN, *op. cit.*, p. 414.

¹³⁷ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 87 ; BAUMANN, *op. cit.*, p. 414.

¹³⁸ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 257.

Section 8. Les équipements techniques : la chromatographie en phase gazeuse, les méthodes spectroscopiques et les nez artificiels (capteurs d'odeurs)

57. La chromatographie, de même que la spectroscopie sont des méthodes d'analyse physico-chimiques de parfums employées par les parfumeurs, mais malheureusement aussi par les contrefacteurs. La chromatographie, dont la plus utilisée est celle en phase gazeuse, est un procédé chimique qui sert à séparer les différentes molécules qui composent le parfum¹³⁹. Ce procédé ne permet cependant pas de reconnaître toutes les molécules¹⁴⁰. Selon PAMOUDJIAN, une telle méthode ne donne pas une reconstitution fidèle d'un parfum :

« Au total, le nombre de matières premières entrant dans une composition est de l'ordre de 10 à 15, mais comme certaines d'entre-elles sont déjà des mélanges, le nombre de constituants moléculaires réels est immense : plusieurs centaines au moins, même en négligeant les traces.¹⁴¹ »

58. A l'aide du spectromètre de masse, on peut identifier la signature caractéristique des molécules d'un parfum, soit leur « spectre de masse ». Grâce au couplage chromatographie gazeuse/spectrographie de masse, il est possible de détecter jusqu'à 85% des constituants d'un parfum. En conséquence, il subsiste des différences notables entre un parfum prestigieux et une copie réalisée de cette manière¹⁴². La spectrométrie infrarouge peut également être employée¹⁴³. Le résultat d'une chromatographie en phase gazeuse donne un graphique qui représente le spectre sous la forme d'une série de pics¹⁴⁴.

59. Les nez artificiels ou capteurs d'odeurs sont des dispositifs utilisés pour « [...] transformer l'existence dans le mélange d'un certain types de molécules en une perception, c'est-à-dire en un signal électrique [...] »¹⁴⁵. Cette méthode aussi appelée métrologie neurosensorielle a été utilisée pour le dépôt des premières marques olfactives. Les résultats seraient plus proches de la

¹³⁹ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 89 ; cf. aussi BRESÉ, *Emergence des marques olfactives, op. cit.*, p. 11 ; BERNET, Cyril, propos recueillis par PROTHÉRY, Louise, « Faux à plein nez », *L'Express* du 15 novembre 2004, p. 80 : la chromatographie en phase gazeuse « [...] consiste à chauffer les parfums progressivement pour séparer, quantifier, puis analyser les différents composants chimiques ».

¹⁴⁰ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 89 ; BAUMANN, *op. cit.*, p. 410.

¹⁴¹ PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 197.

¹⁴² LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 312.

¹⁴⁴ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 324, 326 ; cf. également les spectres utilisées pour les demandes d'enregistrement des marques n° 97705451 et n° 97705450 en France.

¹⁴⁵ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 24.

perception humaine que de l'analyse chimique des composants du parfum¹⁴⁶. Elle aurait l'avantage d'être objective et reproductible en dépit de défauts résultant, selon les capteurs utilisés, notamment de la sensibilité de certains capteurs à des paramètres difficiles à contrôler, de problèmes d'interchangeabilité entre capteurs de même série, d'un manque de reproductibilité dans les dépôts de membranes, etc¹⁴⁷.

60. BRESÉ précise que ce type d'analyse « physico-chimique par équipement multicapteur » comprend également la technique *Head Space* ou « espace tête »¹⁴⁸, que nous avons déjà évoquée ci-dessus. La technique du nez artificiel a également été utilisée par le Tribunal de commerce de Paris, mais ne semble pas avoir apporté le succès escompté¹⁴⁹. Le résultat de l'utilisation d'un nez électronique est un signal numérique qui peut être représenté sous la forme d'un graphique, qualifié par la Chambre de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (ci-après Chambre de recours OHMI) de « matrice colorée »¹⁵⁰.

61. Les progrès techniques ne permettent pas à ce jour de définir de manière précise un parfum, mais de le « [...] reproduire < presque aussi bien > »¹⁵¹. Toujours est-il que les contrefacteurs ont recours à ces méthodes et, même s'ils ne parviennent qu'à reproduire de « pâles copies »¹⁵², celles-ci sont vendues et portent préjudice aux parfumeurs¹⁵³. Il est dès lors indispensable de les protéger contre un tel piratage.

¹⁴⁶ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 312.

¹⁴⁷ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 305, 306, 307, 308.

¹⁴⁸ BRESÉ, *Emergence des marques olfactives*, *op. cit.*, p. 12, qui donne un exemple du résultat statistique de toutes ces analyses sous forme de carte en deux dimensions.

¹⁴⁹ Arrêt « Mugler », *RPIA* 2000/200, p. 80, 81, 83.

¹⁵⁰ Institut pour la protection des Fragrances (I.P.F.), OHMI, 4^e Chambre de recours du 19 janvier 2004, Affaire R 186/2000-4, (ci-après décision « *Matrice colorée* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 2, 4, 7; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 308, 309; cf. également les matrices utilisées pour les demandes d'enregistrement des marques n° 97698179 et n° 97658685 en France; Monsieur Pierre BRESÉ nous a indiqué dans un courrier électronique qu'il nous a aimablement adressé que la « matrice colorée » est une représentation par un nez électronique ALPHA MOS FOX 3000.

¹⁵¹ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵² PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 198.

¹⁵³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 252: « Selon une enquête de l'Union des fabricants, la contrefaçon représente environ 10% du chiffre d'affaires de la parfumerie »; DUBARRY, *op. cit.*, p. 9.

Chapitre II

La protection du parfum par le droit des brevets d'invention

62. La protection des inventions brevetables relève de la Loi fédérale sur les brevets d’invention du 25 juin 1954 (ci-après LBI)¹⁵⁴. A ces dispositions s’ajoutent celles de la Convention sur la délivrance des brevets européens du 5 octobre 1973 (ci-après CBE ou Convention de Munich)¹⁵⁵, directement applicables en Suisse¹⁵⁶. Selon l’article 1 al. 1 LBI une invention est brevetable si elle est nouvelle et utilisable industriellement. L’article 1 al. 2 LBI précise que l’invention ne doit pas découler de manière évidente de l’état de la technique.

63. Les mêmes conditions sont prévues à l’article 52 al. 1 CBE qui dispose: «Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d’application industrielle.» L’invention au sens de la LBI doit non seulement être nouvelle et non-évidente, mais également satisfaire aux conditions formelles de protection. Si tel est le cas, elle pourra bénéficier d’une protection limitée à vingt ans depuis la date de dépôt de la demande (article 14 LBI).

64. Dans le premier chapitre, nous avons constaté que le jus d’un parfum ne constitue pas nécessairement un produit chimique défini¹⁵⁷, notamment si l’on utilise une grande quantité d’essences naturelles. Par conséquent, on distinguera entre la recette du parfum et la formule chimique. Une éventuelle protection du jus du parfum par un brevet d’invention doit dans certaines circonstances être envisagée sous ces deux aspects très différents. La recette est une description sous forme littéraire du savoir-faire qui permet de reproduire le jus du parfum (le produit final)¹⁵⁸. Pour examiner cette question, on peut reprendre, à titre d’exemple, une recette qui provient de l’étude de PAMOUKDJIAN:

«Huile essentielle (HE) de rose de France	200 g
Géranjol	130 g
Citronellol	115 g
Alcool phényléthylrique	300 g
Ionone Alpha	30 g
Linalol Brésil	30 g
HE concrète d’Iris	15 g
HE de Bergamote de Calabre	20 g
HE d’Orange de Guinée	50 g
Aldéhyde C8 au 1/10 ^e	20 g
Aldéhyde C9 au 1/10 ^e	20 g
Aldéhyde C10 au 1/10 ^e	20 g

¹⁵⁴ RS 232.14.

¹⁵⁵ RS 0.232.142.2.

¹⁵⁶ Article 109 al. 3 LBI; TROLLER, Kamen, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, volumes I et II, 2^e éd., Bâle / Francfort 1996 (ci-après K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*), vol. I, § 10, p. 57.

¹⁵⁷ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 200; *contra* BAUMANN, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵⁸ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 190; DUBARRY, *op. cit.*, p. 14.

Oxyde de phényle	20 g
Benzophénone	30 g
	1000 g

Pour obtenir 1000 cc «d'extrait»: 150 g de la composition, compléter avec une quantité suffisante d'alcool à 90°. Pour une «eau de toilette dérivée de l'extrait» 50 g et q. s. d'alcool à 90°. Laisser reposer trois mois, puis filtrer¹⁵⁹. »

65. Contrairement à la recette, la formule chimique d'un ou de plusieurs composants du parfum ne révèle pas nécessairement tout le savoir-faire à l'origine du jus du parfum. Elle sert en général à la reproduction d'un ou de plusieurs composants (matières premières naturelles ou synthétiques)¹⁶⁰. Il est par exemple possible de décrire un composé de formule «2-(4-isobutyle-1-phényl)-propanal»¹⁶¹. L'intérêt d'une telle protection peut résider dans la préservation du secret de la recette du parfum¹⁶².

66. Dès lors que certains parfums peuvent aujourd'hui être entièrement définis par leur formule chimique, le savoir-faire n'est plus secret si toute la formule est revendiquée dans un brevet. En conséquence, se pose la question de savoir pourquoi les parfumeurs sont réticents à déposer des brevets d'invention. La raison tient-elle au fait que le jus du parfum ne serait pas brevetable sous forme de recette ou de formule chimique? S'agit-il, au contraire, de choix stratégiques, notamment liés à la préservation du secret? La limite, à partir de laquelle la protection par la formule chimique ne peut plus être envisagée, est déterminée par les possibilités scientifiques. Plus précisément, elle dépend de savoir s'il est possible de représenter l'intégralité des molécules chimiques susceptibles d'être contenues dans le jus d'un parfum. Il en résulte que cette limite n'est pas fixe, mais peut évoluer en fonction des compositions concrètes dont on envisage la protection, ainsi que des progrès de la chimie.

67. Le «jus» du parfum peut être défini comme sa «composition matérielle»¹⁶³. Cette dernière désigne «[...] le mélange terminé d'un ensemble de produits: naturels, synthétiques et bases», en d'autres termes «[...] le produit obtenu à l'issue du travail de création»¹⁶⁴. Le «jus» du parfum, en tant que composition complète, doit ainsi être distingué des ingrédients ou matériaux qu'il contient. Dans notre étude nous avons choisi de faire référence à ces derniers par le terme de «produit». Par conséquent, un mélange de «produits» odorants peut être défini comme un mélange de plusieurs ingrédients. A la

¹⁵⁹ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁰ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 190; DUBARRY, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶¹ Tiré de l'abrégé du brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 1.

¹⁶² PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 190; DUBARRY, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶³ BALANA, *op. cit.*, p. 259.

¹⁶⁴ COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l'expo*, p. 66.

différence du « jus » du parfum, le mélange de « produits » odorants reste cependant une composition incomplète. Ainsi, on retiendra que le « jus » constitue la composition matérielle complète du parfum, tandis qu'un « produit » désigne un ingrédient du « jus » du parfum.

68. Pour la formule chimique d'un « produit » odorant ou d'un mélange de « produits » odorants, la distinction entre produit odorant naturel ou synthétique sera utile dans certains cas. En revanche, dès lors qu'une « base », utilisée par le créateur-parfumeur comme matière première en tant que telle, constitue une combinaison de produits odorants, aucune distinction particulière n'est nécessaire. De même, la formule chimique d'un produit odorant, d'une substance composée d'une ou de plusieurs molécules, pourrait encore être distinguée de l'entité plus petite, à savoir la molécule. Ce qui est vrai pour le produit chimique est cependant également valable pour une simple molécule, de sorte que tous deux sont concernés par le terme « produit ».

69. Dans ce chapitre, la protection par le brevet d'invention sera d'une part envisagée pour le jus du parfum, pour lequel on distinguera dans certains cas entre sa recette et sa formule chimique. D'autre part, la protection sera examinée pour la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants. Nous verrons néanmoins que ces distinctions, nécessaires pour les besoins de notre étude, ne sont pas toujours aussi claires et qu'elles ont parfois tendance à s'estomper. La protection du jus du parfum et de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorant par le droit des brevets d'invention nécessite dès lors l'examen de l'objet de la protection (section 1), de la nouveauté objective et de la non-évidence (section 2), ainsi que des conditions formelles de protection (section 3). Pour autant qu'une telle protection existe, on examinera par ailleurs la question de l'atteinte à une invention brevetable en matière de parfumerie (section 4).

Section 1. L'objet de la protection

70. L'objet de la protection porte sur une invention utilisable industriellement. L'invention n'est cependant définie ni dans la LBI, ni dans la CBE. Ce concept est, du reste, l'une des questions les plus discutées en droit des brevets d'invention¹⁶⁵. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le terme « invention » n'est pas réservé au seul droit des brevets¹⁶⁶. Cette notion concerne l'ensemble du domaine des créations nouvelles, dont font également partie le droit d'auteur et le design. Pour ces derniers, la qualité dont doit faire preuve l'« invention » relève toutefois du domaine de l'esthétique au sens le plus large¹⁶⁷.

71. Dans le domaine des brevets d'invention, la qualité du bien immatériel, visé par la protection, est l'idée abstraite. Cette dernière doit néanmoins pouvoir être transformée en des formes d'exécution concrètes¹⁶⁸. Selon les termes du Tribunal fédéral: « L'invention n'est ni la force naturelle comme telle, ni le produit de son utilisation. C'est la règle abstraite [...]. Elle indique comment maîtriser les forces de la nature pour les soumettre à l'homme.¹⁶⁹ » Des différents critères établis par la jurisprudence et la doctrine pour définir l'« invention » dans le domaine des brevets, on peut retenir qu'il doit s'agir d'une règle technique¹⁷⁰. L'examen de la règle technique sera décomposé en deux étapes: l'invention en tant que règle (§ 1) et l'appartenance au domaine technique (§ 2).

¹⁶⁵ BURNIER, Dominique, *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, thèse Lausanne, Genève 1981, p. 21 et ss.

¹⁶⁶ PERRET, François / AEGERTER, Cédric, « Brevets d'invention I », *FJS* 519/1995 (ci-après PERRET / AEGERTER, *FJS* 519), p. 1.

¹⁶⁷ PERRET / AEGERTER, *FJS* 519, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁸ PERRET / AEGERTER, *FJS* 519, *op. cit.*, p. 2; BERTSCHINGER, Christoph, « Patentfähige Erfindung », in: BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, § 4 n°4.8, p. 93.

¹⁶⁹ Canguilhem c/ Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, du 12 décembre 1970, (ci-après arrêt « Canguilhem »), *ATF* 98 Ib 396, 399; BURNIER, *op. cit.*, p. 36; PEDRAZZINI, Mario M., *Patent- und Lizenzvertragsrecht*, 2^e éd., Berne 1987, n° 4.1, p. 28: « Die Erfindung ist eine Lehre, etwas Abstraktes. »

¹⁷⁰ Arrêt « Canguilhem », *ATF* 98 Ib 396, 399; cf. aussi Sacer c/ Office fédéral de la propriété intellectuelle, du 11 novembre 1969, (ci-après arrêt « Sacer »), *ATF* 95 I 579, 581; BURNIER, *op. cit.*, p. 35 et ss; PERRET, François / AEGERTER, Cédric, « Brevets d'invention II », *FJS* 520/1995, (ci-après PERRET / AEGERTER, *FJS* 520), p. 2; SCHEUCHZER, Antoine, *Nouveauté et activité inventive en droit européen des brevets*, thèse Lausanne 1981, (ci-après SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*), p. 68; SCHEUCHZER, Antoine, « L'invention brevetable en 2002, en particulier les logiciels, les méthodes commerciales et les inventions génétiques », *Bulletin d'information CEDIDAC* n° 34, février 2002, (ci-après SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002*), p. 3.

§ 1. L'invention en tant que règle

1.1. Notions générales

72. Le bien immatériel au sens du droit des brevets, l'invention en tant que règle, constitue la méthode, la recette à suivre pour parvenir à « un certain effet »¹⁷¹. En droit des brevets d'invention, la règle peut être définie comme la solution à un problème technique déterminé¹⁷². L'article 1 al. 1 LBI mentionne par ailleurs, comme condition, l'utilisation industrielle, sans toutefois définir cette notion. On peut néanmoins se référer à l'article 57 CBE, en vertu duquel « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie [...] »¹⁷³.

73. L'utilisation (application) industrielle n'est liée à aucune exigence de rentabilité économique ou de succès commercial¹⁷⁴. Cette condition n'a pas de portée propre par rapport à la notion d'invention en tant que règle technique exécutable de manière répétitive¹⁷⁵. Pour la doctrine majoritaire, les critères d'exécutabilité et de reproductibilité découlent du reste directement de la notion de règle technique¹⁷⁶.

74. Des règles purement théoriques, « [...] de simples indications des possibilités de solutions ou qui ne font que poser le problème ne sont pas protégeables¹⁷⁷ ». Selon PERRET et AEGERTER, « [...] le résultat doit se produire de façon régulière, quasi-certaine, et non avec une probabilité plus ou moins grande seulement¹⁷⁸ ». La règle technique doit déboucher sur un résultat reproductible à l'infini¹⁷⁹.

171 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 2; arrêt « Sacer », ATF 95 I 579. 581.

172 SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, op. cit.*, p. 3; cf. aussi BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.14, p. 95; MARBACH, Eugen, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, VON BÜREN / MARBACH*, Berne 2002, (ci-après MARBACH, *Immaterialgüterrecht*), n° 13, p. 6; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3.

173 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 5, p. 78; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 26.

174 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 26.

175 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3, 26; BERGMANS, Bernhard, *La protection des innovations biologiques*, Bruxelles 1991, p. 229.

176 SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive, op. cit.*, p. 67; BURNIER, *op. cit.*, p. 105 et ss.

177 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3; cf. BURNIER, *op. cit.*, p. 94, notamment pour la Convention de Munich: « La solution reste donc une condition d'existence de l'invention-problème, dont la dénomination signifie que le siège de l'activité inventive qui se trouve généralement dans la solution d'un problème technique, figure exceptionnellement dans le problème »; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.14, p. 95; arrêt du Tribunal fédéral du 18 juillet 2003, (ci-après arrêt « Prélèvement d'un liquide I et II »), *sic!* 2004/2, p. 111, 114.

178 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 11 n° 4, p. 62; BERGMANS, *op. cit.*, p. 229; British American Tobacco Company Ltd c/ Fabriques de Tabac Réunies SA, du 11 mai 1994, (ci-après arrêt « BAT »), ATF 120 II 312, 314; cf. aussi BURNIER, *op. cit.*, p. 36 et s., qui fait référence à cette condition sous le critère de règle technique.

179 PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3; BERGMANS, *op. cit.*, p. 229.

75. Par conséquent, pour qu’une invention puisse être qualifiée de règle, de méthode, il suffit qu’elle puisse être reproduite un nombre indéterminé de fois. L’article 50 LBI (83 CBE), examiné dans la troisième section, consacrée aux conditions formelles, dispose du reste que l’invention doit être décrite de manière suffisante pour permettre sa reproduction. En principe, l’invention est décrite de manière verbale, ce qui ne signifie cependant pas qu’il s’agit du seul moyen de la représenter. Dans le cas de l’invention chimique, PEDRAZZINI fait remarquer que la formule répond mieux à cette tâche¹⁸⁰. Avant d’examiner l’invention en tant que règle, en relation avec la formule chimique (chiffre 1.3) et la recette (chiffre 1.4), on s’intéressera à l’invention chimique.

1.2. L’invention chimique

76. Dans sa version initiale de 1954, l’article 2 LBI excluait notamment les inventions de substances chimiques, de produits alimentaires et de boissons¹⁸¹. Les chiffres 2 à 4 de l’article 2 LBI ont toutefois été supprimés lors de la révision de 1976¹⁸². De même, lors de cette révision, l’article 53 LBI (avec comme note marginale « Pour les procédés de fabrication de substances chimiques »)¹⁸³ et l’article 54 LBI (avec comme note marginale « Pour les procédés de fabrication de substances par transformation du noyau atomique »)¹⁸⁴ ont été abrogés¹⁸⁵. Ces articles n’ont bien évidemment pas été réintroduits dans l’actuel article 2 LBI, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, en même temps que la Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires¹⁸⁶.

¹⁸⁰ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.1, p. 28, 29.

¹⁸¹ Message du CF, *FF* 1954 II 197 : l’article 2 LBI dans sa version initiale de 1954 disposait :

« Ne peuvent être brevetées :

» 1° Les inventions dont l’exploitation serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ;

» 2° Les inventions de remèdes et les inventions de procédés non chimiques pour la fabrication de remèdes ;

» 3° Les inventions d’aliments, de denrées fourragères et de boissons ;

» 4° Les inventions de substances chimiques, en tant qu’elles ne sont pas déjà exclues de la protection par les chiffres 2 à 3 ; cette disposition ne s’étend pas aux alliages. »

¹⁸² Message du CF, *FF* 1976/18 II 52, 68.

¹⁸³ Message du CF, *FF* 1954 II 197 : l’article 53 LBI disposait :

« Les revendications pour des procédés de fabrication de substances chimiques doivent définir un procédé déterminé en ce qui concerne le processus chimique, lequel peut s’appliquer à des groupes de substances dont les membres sont équivalents quant à ce processus. »

¹⁸⁴ Message du CF, *FF* 1954 II 197 : l’article 53 LBI disposait :

« L’article 53 s’applique par analogie à des revendications pour des procédés de fabrication de substances par transformation du noyau atomique. »

¹⁸⁵ Message du CF, *FF* 1976 III 1517, 1526.

¹⁸⁶ Message du CF, *FF* 2003, p. 1065 et ss ; cf. aussi Message du CF du 23 novembre 2005 concernant la modification de la loi sur les brevets et l’arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d’exécution, *FF* 2006, p. 41 et ss, 147, 148.

Les substances chimiques ne sont donc plus exclues de la protection de la LBI¹⁸⁷.

77. Sous l'empire des anciennes dispositions de la LBI, l'invention chimique pouvait être définie comme une règle ayant pour effet de modifier la structure moléculaire des corps¹⁸⁸. L'invention chimique portait sur une matière morte et fluide¹⁸⁹. De l'avis de PETRANKER, le domaine de la chimie est vaste et comprend « [...] toutes les activités techniques déployées habituellement par le chimiste dans l'exercice de son industrie, le mot industrie étant pris dans son acception large de manière à englober la recherche¹⁹⁰. »

78. L'activité qui consiste à trouver des produits odorants naturels, à créer des produits de synthèse odorants et à les combiner entre eux par des formules, relève sans aucun doute de la chimie. Composer la recette du jus d'un parfum n'est pas une activité typique du chimiste, mais du créateur-parfumeur. Les deux domaines sont cependant étroitement liés, en particulier dans l'hypothèse où la formule chimique du jus du parfum est connue. Il est vrai que BARBET ET AL. comparent le compositeur de parfums au peintre et considèrent qu'il serait absurde de qualifier l'un comme l'autre de techniciens¹⁹¹. Même s'ils relèvent que le compositeur de parfums « [...] a surtout une sensibilité d'artiste », ils admettent néanmoins qu'il est un « être complet » qui a des connaissances chimiques¹⁹². Par conséquent, on peut considérer que l'activité du créateur-parfumeur fait partie de la chimie au sens large.

79. De manière générale, l'invention est un concept unitaire et ne peut pas être divisée en sous catégories. Elle peut toutefois se présenter comme un procédé ou comme un produit, selon que l'on envisage sa phase dynamique ou statique¹⁹³. En matière de chimie, le produit peut avoir deux formes différentes qui sont le produit chimique et le mélange¹⁹⁴. Le produit chimique est une entité chimique définie avec des structures et des caractéristiques différentes des autres composés. Dans ce cas, l'invention réside dans la structure

187 TROLLER, Aloïs, *Immaterialgüterrecht*, volumes I et II, 3^e éd., Bâle/Francfort 1983 (vol. I) / 1985 (vol. II), (ci-après A. TROLLER), vol. I, § 12, p. 184; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.5.3.3, p. 99; pour l'évolution de la brevetabilité des substances chimiques en droit suisse cf. MENZL, Anna, « Chemische Erfindung », in : REHBINDER/LARESE, *Kernprobleme des Patentrechts*, Berne 1988, p. 147 et ss.

188 BLUM, Rudolf E. / PEDRAZZINI, Mario M., *Das Schweizerische Patentrecht*, volumes I à III, Berne 1975, vol. III, ad art. 53, n° 2, p. 278 et vol. I, ad art. 2 n° 14, p. 224; PETRANKER, Léon, *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*, thèse Paris 1976, p. 14, 15.

189 BLUM / PEDRAZZINI, op. cit., vol. III, ad art. 53, n° 2, p. 278.

190 PETRANKER, op. cit., p. 35, 36.

191 BARBET ET AL., op. cit., p. 258.

192 BARBET ET AL., op. cit., p. 258.

193 PERRET / AEGERTER, *FJS* 520, op. cit., p. 19.

194 PETRANKER, op. cit., p. 129.

du produit chimique¹⁹⁵. Par exemple des produits odorants naturels ou de synthèse, de structure chimique déterminée, peuvent constituer des inventions de produits chimiques.

80. Le mélange est composé d’un ou de plusieurs principes actifs, combinés avec un excipient ou véhicule destiné à en faciliter l’usage. L’invention se présente alors sous un double aspect qui est le mélange et son application, en d’autres termes le procédé¹⁹⁶. Le jus du parfum, ainsi qu’une combinaison de plusieurs produits odorants naturels ou synthétiques, peuvent former un mélange. Ce dernier peut être obtenu au moyen d’un procédé qui est une formule chimique ou une recette.

1.3. *La formule chimique*

81. L’invention chimique est généralement décrite par sa formule¹⁹⁷. Par exemple la formule «2-(4-isobutyle-1-phényl)-propanal» permet de reproduire ce produit chimique et, partant, de développer les «[...] notes olfactives originales de type hespéridé, voire vertes qui peuvent rappeler la limette ou la verveine en particulier»¹⁹⁸. Dès lors que la formule chimique est connue, qu’il s’agisse d’un produit odorant naturel ou synthétique, d’une combinaison desdits produits, voire du jus du parfum, la reproduction par ce procédé ne pose aucune difficulté. Il s’ensuit que la formule chimique est susceptible de constituer une invention en tant que règle.

1.4. *La recette du parfum*

82. Dans le cas de la recette du parfum, on peut reprendre l’exemple donné par PAMOUKDJIAN qui consiste en une liste d’ingrédients, contenant leur origine, avec une méthode toute simple : «[...] Pour obtenir 1000 cc d’extrait : 150 g de la composition, compléter avec une quantité suffisante d’alcool à 90° [...] Laisser reposer trois mois, puis filtrer»¹⁹⁹. L’application de cette recette à la lettre permet bien entendu de reproduire le jus du parfum un nombre indéterminé de fois.

83. On peut néanmoins se demander si le jus du parfum peut ainsi être reproduit de manière « identique » à chaque fois. Si l’on prend l’exemple d’une recette de cuisine, son application à la lettre donne en principe un résultat

¹⁹⁵ PETRANKER, *op. cit.*, p. 11, 12.

¹⁹⁶ PETRANKER, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁷ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.1, p. 29.

¹⁹⁸ Tiré de l’abrégé du brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 1.

¹⁹⁹ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 191.

« identique ». Toutefois, l'utilisation d'une telle recette ne donnera pas forcément un plat avec le même goût. Cela s'explique non seulement en raison du temps de cuisson, du four utilisé, mais surtout de la qualité des ingrédients. En effet, cette dernière varie non seulement en fonction des régions, mais également d'une saison à l'autre. La qualité du vin, fabriqué chaque année selon la même méthode, varie avec les aléas météorologiques responsables du taux de sucre contenu dans le raisin utilisé.

84. Dans le cas du jus du parfum, fabriqué au moyen d'une recette, on peut faire un raisonnement similaire, en particulier si les produits utilisés sont d'origine naturelle. Ainsi, la qualité des huiles essentielles et des eaux aromatiques qui proviennent de la distillation peut non seulement varier en fonction des régions et des plantes à leur base, mais aussi d'une année à l'autre. Il en va de même pour les solvants volatils tels que les essences concrètes, les essences absolues et les résinoïdes. Force est de constater que la qualité des solvants volatils provenant d'infusions d'origine animale ne saurait être constante.

85. PAMOUKDJIAN observe à propos de la condition d'application industrielle en droit français : « Il est bien évident que cette exigence est remplie au regard des compositions de parfums nécessairement fabriquées – ou plutôt <reproduites> – en milieu industriel »²⁰⁰. Dans la mesure où la reproductibilité au moyen d'une recette n'est pas de qualité constante, même si l'origine des produits naturels utilisés est indiquée, la condition d'invention en tant que règle est susceptible de constituer un obstacle à la brevetabilité de la recette du jus du parfum. Nous avons souligné que l'exigence d'une description suffisante pour permettre la reproduction relève de l'article 50 LBI (83 CBE), autrement dit des conditions formelles qui seront examinées ci-après. Par conséquent, à ce stade, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement cette question.

§ 2. L'appartenance au domaine technique

2.1. Notions générales

86. La LBI ne contient pas de véritable disposition sur la notion « négative » de l'invention, contrairement à l'article 52 al. 2 CBE, qui comprend une liste non exhaustive à ce sujet²⁰¹. L'article 2 LBI exclut uniquement les inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ainsi que les méthodes

²⁰⁰ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 193 ; cf. aussi LALIGANT, Olivier, « Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur », *RRJ* 1992/1, (ci-après LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*), p. 594 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 17.

²⁰¹ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.16, p. 96.

de traitement et de diagnostic²⁰². Dès lors que dans le cadre de notre étude nous n'examinerons pas les produits cosmétiques susceptibles de contenir des méthodes de traitement, cet article n'est pertinent, ni pour le jus du parfum, ni pour la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants. Il en va de même de l'article 1a LBI qui traite des cas spéciaux, notamment de l'exclusion des inventions sur les variétés végétales. Ces dernières relèvent en effet de la Loi fédérale sur la protection des obtentions végétales du 20 mars 1975 (ci-après LOV)²⁰³. La LOV est par exemple susceptible de s'appliquer à la protection d'une nouvelle plante avec des propriétés odorantes particulières. Cette hypothèse dépasse néanmoins le cadre de notre étude.

87. PERRET et AEGERTER définissent la technique comme une « [...] emprise de l'homme sur la nature [...] » qui met en évidence l'aspect dynamique de l'invention²⁰⁴. L'objet de l'invention consiste en une règle qui permet de transformer quelque chose que l'on trouve initialement dans la nature en quelque chose de nouveau, « [...] un état final artificiel [...] »²⁰⁵. En d'autres termes, « [...] l'invention n'a pas d'autre rôle que d'indiquer comment maîtriser les forces de la nature (énergie électrique, pesanteur, pression des gaz et des liquides, etc.) pour les soumettre à l'homme²⁰⁶ ».

88. La technique est une notion à comprendre au sens large, ce qui signifie que les forces vivantes, pour autant qu'elles utilisent les forces de la nature, en font partie²⁰⁷. Selon les Directives en matière de brevets de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (ci-après IFPI) : « Un effet technique est obtenu lorsqu'il y a détermination de forces ou de matériaux naturels ou influence exercée sur ceux-ci, voire les deux à la fois. On s'attend ainsi à une interaction avec l'environnement physique²⁰⁸. » Pour nous déterminer sur l'appartenance de la formule chimique et de la recette du parfum au domaine de la technique, parmi les inventions expressément exclues par la Convention de

202 A noter que le projet de modification de la LBI publié avec le Message du CF du 23 novembre 2005, *FF* 2006, p. 1 et ss, prévoit des précisions principalement en relation avec les inventions biotechnologiques.

203 *RS* 232.16 ; cf. aussi Message du CF, *FF* 2006, p. 57 et ss, 148.

204 PERRET / AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 3 ; PERRET, François, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, thèse Genève 1974, (ci-après PERRET, *L'autonomie du régime*), p. 40 et ss ; PERRET / AEGERTER, *FJS* 519, *op. cit.*, p. 2 et ss.

205 PERRET / AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 3.

206 PERRET / AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 3 ; arrêt « *Canguilhem* », *ATF* 98 Ib 396, 399.

207 PERRET / AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 4 ; arrêt « *Canguilhem* », *ATF* 98 Ib 396, 399 ; DESSEMONTET, François, *La propriété intellectuelle*, CEDIDAC N° 42, Lausanne 2000, (ci-après DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*), n° 195, p. 112 ; Directives sur l'examen quant au fond des demandes de brevets nationales, IFPI, Berne le 1^{er} janvier 2006, disponibles sur Internet (dernière visite 6.02.2006) [www.ipi.ch], (ci-après Directives en matière de brevets), § 2.1, p. 14.

208 Directives en matière de brevets, *op. cit.*, § 2.1, p. 14.

Munich, on examinera les directives qui s'adressent à l'esprit humain (art. 52 al. 2 *litt.* c CBE), les découvertes (art. 52 al. 2 *litt.* a CBE) et les créations esthétiques (art. 52 al. 2 *litt.* b CBE), respectivement sous les chiffres 2.2, 2.3 et 2.4 ci-après.

2.2. Les directives qui s'adressent à l'esprit humain

89. Toutes les règles n'appartiennent pas au domaine de la technique et, partant, ne constituent pas des inventions au sens de la LBI²⁰⁹. L'article 52 al. 2 *litt.* c CBE exclut «les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs». Cette disposition vise en particulier les directives qui s'adressent à l'esprit humain, parfois appelées méthodes qui s'adressent à l'intelligence. En effet, les directives qui concernent essentiellement un comportement de l'individu, sans faire intervenir directement les forces de la nature, ne font pas partie du domaine technique²¹⁰. On entend, par de telles directives, des enseignements qui n'ont pas d'effet technique, car leur application ne mène pas directement à un tel effet²¹¹.

90. La distinction entre les idées techniques et les directives qui s'adressent à l'esprit humain est cependant délicate. De l'avis de PERRET, elle doit être recherchée dans la cause de leur exclusion du régime des brevets d'invention²¹². Les directives qui concernent l'esprit humain ont un effet au niveau de la personnalité interne de l'homme²¹³. Or, cet effet ne peut être mesuré extérieurement, ce qui explique leur exclusion du domaine des brevets d'invention²¹⁴. Pour distinguer les directives qui s'adressent à l'esprit humain des idées techniques, on se demandera si l'invention en tant que règle vise uniquement un comportement humain ou si au contraire elle conduit à un résultat matériel²¹⁵. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse qu'on peut la qualifier de règle technique²¹⁶.

91. Parmi les directives qui s'adressent à l'esprit humain, on peut notamment citer les systèmes de comptabilité ou de sténographie, les méthodes d'enseignement, de publicité, les plans de régulation de la circulation, les

²⁰⁹ Arrêt «Canguilhem», ATF 98 Ib 396, 399 ; arrêt «Sacer», ATF 95 I 579, 581 ; Directives en matière de brevets, *op. cit.*, § 2.1, p. 13.

²¹⁰ PERRET/AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 5 ; PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 51 et ss ; PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.2, p. 36.

²¹¹ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.2, p. 36.

²¹² PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 51, 53.

²¹³ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁴ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁵ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 54, 55.

²¹⁶ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 55.

systèmes de loterie, les tests psychologiques, les règles du jeu, les méthodes pour résoudre des mots croisés, les systèmes d'horaires de trains et les plans pour l'organisation d'une activité commerciale²¹⁷. La recette et la formule chimique constituent des règles qui mènent à un résultat matériel concret. Dans le cas des créations de la parfumerie, il s'agit d'un produit odorant, d'un mélange composé d'une combinaison d'un ou de plusieurs produits odorants ou du jus du parfum. On ne saurait donc les qualifier de directives qui s'adressent à l'esprit humain.

92. De manière générale, l'invention chimique est bien une règle technique²¹⁸. PETRANKER fait du reste remarquer que les inventions du domaine de la chimie sont techniques par définition, car il s'agit d'un « [...] des grands domaines de la technologie où l'homme agit sur la nature et la matière [...] »²¹⁹. Avant de nous prononcer définitivement sur l'appartenance au domaine technique, il nous reste ainsi à examiner les découvertes (chiffre 2.3) et les créations esthétiques (chiffre 2.4).

2.3. Les découvertes

2.3.1. Notions générales

93. L'article 52 al. 2 *litt. a* CBE exclut de la notion d'invention les découvertes. Selon K. TROLLER: «La découverte décrit la nature; l'invention s'en sert pour obtenir un résultat.²²⁰» Il définit la découverte comme une étude des forces de la nature et de leurs propriétés, communiquée sous forme de résultat, mais qui ne crée rien de nouveau²²¹. L'invention et la découverte sont toutefois souvent réalisées de pair²²². L'Office européen des brevets (ci-après OEB) indique dans ses directives que la simple découverte, par exemple de la propriété nouvelle d'un matériau connu ou d'un objet connu, n'est pas brevetable, car il n'y a aucun effet technique²²³.

²¹⁷ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.28, p. 100; PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.2, p. 37; PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, *op. cit.*, p. 5; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 12, p. 151; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 11 n° 5, p. 64.

²¹⁸ BLUMER, Fritz, *Formulierung und Änderung der Patentansprüche im europäischen Patentrecht*, Cologne / Berlin / Bonn / Munich 1998, (ci-après BLUMER, *Formulierung*), p. 74, pour la Convention de Munich.

²¹⁹ PETRANKER, *op. cit.*, p. 36.

²²⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 11 n° 2, p. 60; TROLLER, Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2^e éd., Bâle 2006, (ci-après K. TROLLER, *Précis du droit suisse*), § 10 n° 2, p. 40; cf. aussi Message du CF, *FF 2006*, p. 41 et ss.

²²¹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 11 n° 2, p. 60.

²²² K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 11 n° 2, p. 60.

²²³ Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, version 2005, disponible sur Internet (dernière visite 26.08.2005) [www.european-patent-office.org/legal/gui_lines/pdf_2005/guidelines_2005_f.pdf], (ci-après Directives OEB), partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2.

94. Constitue par ailleurs une découverte non brevetable, le simple fait de trouver une substance qui existe déjà dans la nature²²⁴. PEDRAZZINI distingue néanmoins entre la simple découverte d'une substance préexistante dans la nature et d'autres règles telles que par exemple sa fabrication de manière artificielle (synthèse) ou son isolation²²⁵. Pour SCHEUCHZER, il est possible de revendiquer la propriété d'une substance de synthèse, soit la reconstitution d'un « [...] produit de la nature qui a été isolé, défini et enfin proposé à la reproduction, recette à l'appui »²²⁶.

95. Comme PERRET le fait remarquer, trois hypothèses relatives aux découvertes peuvent être distinguées. Dans la première, l'inventeur a réalisé pour la première fois la synthèse, autrement dit la fabrication artificielle, d'un produit préexistant dans la nature et de composition connue²²⁷. Ce cas doit être analysé par rapport aux conditions de nouveauté et d'activité inventive²²⁸, qui seront examinées ci-dessous. Dans la deuxième, le produit n'existe pas dans la nature, plus précisément il s'agit d'une modification, par exemple génétique, qui n'a pas d'équivalent dans la nature²²⁹. PERRET cite le cas du célèbre brevet admis par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire « *Chakrabarty* », qui portait sur une bactérie génétiquement modifiée, de manière à détruire les hydrocarbures²³⁰. Cette hypothèse concerne également la question de la nouveauté et, partant, n'est pas pertinente à ce stade²³¹.

96. En revanche, le problème de l'exclusion des découvertes se pose pour la troisième hypothèse, dans laquelle le produit existe dans la nature, mais n'est pas connu²³². Dans ce cas, « [...] l'inventeur a réussi à isoler, identifiant ainsi pour la première fois ses propriétés principales », nous enseigne PERRET²³³. Il nous rappelle que, si l'on envisage l'invention dans sa phase dynamique, il s'agit d'un procédé, autrement dit d'une règle technique. Par conséquent, on doit s'attacher à cette caractéristique plutôt qu'à la substance elle-même²³⁴. PERRET donne comme exemple l'arrêt « *Antamanid* », dans lequel

²²⁴ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2; PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.1, p. 34; Directives en matière de brevets, *op. cit.*, § 10., p. 70.

²²⁵ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.1, p. 34, 35.

²²⁶ SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002*, *op. cit.*, p. 4.

²²⁷ PERRET, François, « La brevetabilité des inventions biotechnologiques: le cas du virus HIV-2 », *RSPI 1991*, (ci-après PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*), p. 371.

²²⁸ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

²²⁹ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371, 359.

²³⁰ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 369; Diamond c/ Chakrabarty, Cour suprême des Etats-Unis (ci-après S. C. USA) du 16 juin 1980, (ci-après arrêt « *Chakrabarty* »), 206 USPQ 193.

²³¹ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

²³² PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

²³³ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

²³⁴ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

la Cour des brevets allemande (ci-après BPatG) a admis la brevetabilité d'une substance naturelle inconnue provenant d'un champignon²³⁵.

97. Le BPatG a en effet considéré que la mise à disposition de la collectivité de l'antamanide, substance chimique inconnue auparavant, ainsi que de ses propriétés particulières, constitue une règle technique («*Lehre zum technischen Handeln*»)»²³⁶. PERRET observe que le BPatG a cependant souligné un point essentiel, à savoir que la seule découverte de l'antamanide n'était pas suffisante pour constituer une invention, mais que celle-ci a été réalisée par l'indication d'une application pratique²³⁷. En effet, cette substance est un excellent antidote contre l'amanite verte, un champignon vénéneux, ce que l'inventeur a révélé en déterminant pour la première fois les propriétés caractéristiques de l'antamanide²³⁸. Par ailleurs, le BPatG constate que les substances naturelles doivent être traitées de la même manière que les autres substances chimiques²³⁹. En d'autres termes, seule importe l'application pratique, la règle technique dont la divulgation par l'inventeur enrichit l'état de la technique.

98. Il s'ensuit qu'on ne saurait opposer l'invention à la découverte²⁴⁰. FRANZOSI a eu le mérite de reconnaître que la découverte est l'élément constitutif initial de l'invention, le second étant la construction²⁴¹. La construction est une combinaison pratique des propriétés mises en évidence par la découverte, plus précisément, elle détermine l'application industrielle de l'invention²⁴².

²³⁵ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371, 372; arrêt de la Cour allemande des brevets (ci-après BPatG) du 28 juillet 1977, (ci-après arrêt «*Antamanid*»), GRUR 1978/4, p. 238 et ss.

²³⁶ Arrêt «*Antamanid*», GRUR 1978, p. 238, 239; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371, 372.

²³⁷ Arrêt «*Antamanid*», GRUR 1978, p. 238, 239, 240; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371, 372; BERGMANS, op. cit., p. 71, 72.

²³⁸ Arrêt «*Antamanid*», GRUR 1978, p. 238, 239; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371, 372.

²³⁹ Arrêt «*Antamanid*», GRUR 1978/4, p. 238, 240; BERGMANS, op. cit., p. 71; cf. également UTERMANN, Note sous l'arrêt «*Antamanid*», GRUR 1978/4, p. 240.

²⁴⁰ FRANZOSI, Mario, *L'invenzione*, Milan 1965, p. 128; PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 60; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 370; PERRET, François, «*La protection des inventions relevant du domaine biotechnologique au regard du projet de modification de la loi fédérale sur les brevets d'invention*», SJ 2002 II (ci-après PERRET, *Modification LBI*), p. 238, 239; BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.21, p. 97, § 4 n° 4.23, p. 98; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 20, p. 7; A. TROLLER, op. cit., vol. I, § 12, p. 155 et ss; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 11 n° 2, p. 60; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 10 n° 2, p. 39, 40; SPOENDLIN, Kaspar, «*Erfindung und Entdeckung*», in: REHBINDER/LARESE, *Kernprobleme des Patentrechts*, Berne 1988, (ci-après SPOENDLIN, *Erfindung*), p. 35 et ss, 42, 43; pour le droit européen BURNIER, op. cit., p. 163, 164.

²⁴¹ FRANZOSI, op. cit., p. 150 et ss; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 370; PERRET, *Modification LBI*, op. cit., p. 239 note 25.

²⁴² FRANZOSI, op. cit., p. 150 et ss; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 370; PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 62.

Le Tribunal fédéral a du reste déjà jugé dans ce sens en 1937: «Chaque invention suppose une découverte et, en outre, l’utilisation de cette découverte pour des fins pratiques²⁴³.» Il a également condamné la dichotomie entre invention et découverte en matière pharmaceutique dans l’arrêt «*Park Davis*»²⁴⁴, qui sera commenté ci-dessous. Notons encore une jurisprudence plus récente, dans laquelle il a affirmé qu’une découverte, la reconnaissance des lois de la nature, n’est susceptible d’être brevetable qu’à partir du moment où il est possible de mettre ces lois au service d’une activité technique²⁴⁵.

99. Dans le même sens, les Directives de l’OEB précisent que si la propriété découverte fait l’objet d’une utilisation pratique, elle peut devenir une invention brevetable²⁴⁶. La découverte d’une substance préexistante dans la nature peut ainsi constituer une invention au sens du droit des brevets, si l’inventeur est capable de démontrer que ladite substance produit un effet technique²⁴⁷. L’OEB donne comme exemple la découverte dans la nature d’une substance qui a un effet antibiotique, par exemple un micro-organisme. Il ajoute, dans une telle hypothèse, que le micro-organisme lui-même peut constituer un des aspects de l’invention et, partant, être brevetable²⁴⁸. Par ailleurs, l’OEB cite la découverte d’un gène qui existe à l’état naturel. Celui-ci est susceptible d’être brevetable à condition de révéler un effet technique. A titre d’exemple, ce dernier peut être avéré par la production d’un polypeptide ou encore par une utilisation dans le domaine de la thérapie génique²⁴⁹.

100. BERGMANS fait encore remarquer que la simple découverte ne satisfait pas au critère de l’«exécutabilité» de l’invention qui, comme déjà relevé, découle en premier lieu de la condition d’application ou utilisation industrielle²⁵⁰. Si l’on reprend l’exemple, cité par PERRET, de la 110^e pyramide d’Egypte mise à jour par un archéologue genevois, il est évident que cette découverte ne peut être suivie d’aucune application industrielle²⁵¹.

101. En matière de chimie, GRUBB considère ainsi qu’un nouveau produit chimique, dont l’intérêt n’est que théorique, ne satisfait pas à la condition

²⁴³ Svibeisa AG c/ Schinken AG, du 30 juin 1937, (ci-après arrêt «*Svibeisa*»), *JdT* 1938 I 71, 77.

²⁴⁴ Lamar SA c/ Park Davis & Company et consorts, du 28 novembre 1967, (ci-après arrêt «*Park Davis*»), *ATF* 93 II 504 et ss; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 369.

²⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 juillet 1996, (ci-après arrêt «*Hochdruckkraftwerk*»), *sic!* 1997/1, p. 77; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 10 n° 2, p. 40.

²⁴⁶ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 368.

²⁴⁷ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2.

²⁴⁸ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2.

²⁴⁹ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.1, IV-2.

²⁵⁰ BERGMANS, *op. cit.*, p. 229; PERRET, *Modification LBI*, *op. cit.*, p. 239, 240.

²⁵¹ PERRET, *Modification LBI*, *op. cit.*, p. 239.

d’application industrielle²⁵². Cette condition s’applique également aux produits chimiques intermédiaires qui sont des produits dont le seul usage est celui d’intermédiaire dans la préparation du produit (ou du mélange) final²⁵³. Selon GRUBB, si le produit final satisfait à la condition d’application industrielle, il en va de même du produit intermédiaire. Cette règle est applicable non seulement lorsque le produit intermédiaire est le précurseur du produit final, mais également lorsqu’il intervient à un stade plus reculé de la réaction chimique²⁵⁴. Il est donc possible de breveter des produits chimiques intermédiaires²⁵⁵. Qu’en est-il dans le domaine de la parfumerie ?

2.3.2. *La découverte dans le domaine de la parfumerie*

102. Dans le premier chapitre nous avons distingué entre deux sources de matières premières dont dispose le compositeur de parfums : les produits naturels et les produits de synthèse²⁵⁶. A propos des produits naturels, nous avons distingué entre ceux qui proviennent de la distillation (huiles essentielles, eaux aromatiques) et les solvants volatils (essences concrètes, essences absolues et résinoïdes, ainsi que les infusions d’origine animale)²⁵⁷.

103. En ce qui concerne les produits synthétiques, on rappellera qu’il en existe trois catégories : les produits artificiels qui n’existent pas dans la nature, les isolats qui sont des substituts isolés de produits naturels et les produits de remplacement, qui tendent à être le plus proche possible de l’odeur naturelle²⁵⁸. Par ailleurs, nous avons observé que la technique du *Head Space*, qui permet de capter l’odeur de certaines fleurs vivantes comme le muguet, constitue une nouvelle catégorie à mi-chemin entre la synthèse et la nature²⁵⁹. Grâce à cette technique, le chimiste reproduit l’odeur par synthèse.

104. Lors de l’analyse de la découverte dans le domaine de la parfumerie, on distinguera selon deux catégories principales qui sont, d’une part, le jus du parfum (2.3.2.1) et, d’autre part, les produits odorants (2.3.2.2). Pour ces derniers, on fera l’examen des produits artificiels (2.3.2.2.1), des produits de remplacement de produits naturels (2.3.2.2.2) et d’une dernière catégorie qui comprend les produits naturels, les isolats de produits naturels et les produits provenant de la technique *Head Space* précitée (2.3.2.2.3).

252 GRUBB, Philip W., *Patents in chemistry and biotechnology*, Oxford 1986, p. 129.

253 GRUBB, *op. cit.*, p. 129.

254 GRUBB, *op. cit.*, p. 129.

255 GRUBB, *op. cit.*, p. 129 ; BLUM / PEDRAZZINI, *op. cit.*, vol. III, *ad art.* 51, n° 10, p. 196 et s ; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 375.

256 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 39.

257 ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 39, 41.

258 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 26, 27 ; ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 39, 41.

259 BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 27.

2.3.2.1. Le jus du parfum

105. Le jus du parfum constitue un mélange chimique final. Envisagé dans sa phase dynamique, l'invention en tant que règle est la recette ou la formule chimique, autrement dit une composition créée par l'homme. Dans une expertise judiciaire, reproduite par PEDRAZZINI, l'expert cite, à titre d'application pratique pour un produit chimique, la satisfaction d'un besoin humain, comme par exemple des parfums²⁶⁰. Le critère de l'application industrielle ne fait en effet aucun doute. Il ne peut en aucun cas s'agir d'une découverte qui serait exclue de la brevetabilité.

106. Pour le jus du parfum, il n'existe aucun mélange équivalent dans la nature, ce qui constitue la deuxième hypothèse de PERRET²⁶¹. Dans le cas d'une formule chimique pour un mélange, constitué d'une combinaison d'un ou de plusieurs produits naturels ou synthétiques, il en va de même.

2.3.2.2. Les produits odorants

2.3.2.2.1. Les produits artificiels

107. A l'instar du jus du parfum, la formule chimique des produits artificiels est entièrement créée par l'homme. Les produits artificiels relèvent également de la deuxième hypothèse mise en évidence par PERRET, soit de produits pour lesquels il n'existe pas d'équivalent dans la nature²⁶². Par conséquent, il ne s'agit pas de découvertes. L'application industrielle des produits artificiels, en tant que produits intermédiaires, découle de celle du jus du parfum, le produit final.

2.3.2.2.2. Les produits de remplacement de produits naturels

108. Les produits de remplacement sont des substances chimiques créées artificiellement (synthèse) sur la base de produits naturels. Dans ce cas, l'inventeur a réalisé pour la première fois la synthèse d'un produit préexistant dans la nature et de composition connue. Il s'agit de la première hypothèse précitée de PERRET²⁶³. Comme déjà mentionné, l'analyse ne doit pas être faite en relation avec l'exclusion des découvertes, mais avec la nouveauté et l'activité inventive²⁶⁴. Les produits de remplacement peuvent être qualifiés de produits chimiques intermédiaires dans la fabrication du jus du parfum, le mélange final. Ils peuvent donc bénéficier du fait que ce dernier satisfait à la condition d'application industrielle.

²⁶⁰ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.3.1, p. 34, 35.

²⁶¹ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371, 359.

²⁶² PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371, 359.

²⁶³ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371.

²⁶⁴ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371.

2.3.2.2.3. *Les produits naturels et les isolats de produits naturels*

109. Indépendamment de son origine végétale ou animale, force est de constater que la simple découverte d’un produit naturel, par hypothèse encore inconnu, ne saurait constituer une invention²⁶⁵. De même, les isolats font partie de la troisième hypothèse de PERRET, dans laquelle le produit existe dans la nature, mais n’est pas connu²⁶⁶. A notre avis, la technique du *Head Space* doit également être classée dans cette catégorie, car le produit en tant que substance et la formule chimique sont inconnus, avant que l’odeur ne soit captée sur le végétal vivant et synthétisée par le chimiste. Dans cette troisième hypothèse, l’inventeur a isolé un produit odorant à partir d’une matière première naturelle.

110. En déterminant les propriétés odorantes d’un produit naturel ou d’un isolat, l’inventeur indique son utilité pratique en matière de parfumerie : il fait une invention au sens de la règle technique. Par exemple, à une concentration donnée, un tel produit peut, seul ou en combinaison avec d’autres produits, constituer une invention. Une concentration particulière d’un produit odorant peut en effet avoir un effet olfactif extraordinaire. A l’instar des produits de remplacement, les produits naturels, les isolats et les molécules issues de la technique du *Head Space* sont des produits intermédiaires, dont l’application industrielle peut être déduite du mélange final qui est le jus du parfum.

111. Gardons cependant à l’esprit que le constat qu’une découverte est suivie d’une application pratique, qu’elle est susceptible d’application industrielle, ne résout pas la question de sa brevetabilité au regard des autres conditions, en particulier de la nouveauté et de la non-évidence²⁶⁷. Avant d’examiner ces dernières, il reste à analyser l’exclusion des créations esthétiques et, ainsi, à conclure sur la section consacrée à l’appartenance au domaine de la technique.

2.4. *Les créations esthétiques*

2.4.1. *Notions générales*

112. Faute d’appartenir au domaine technique, les créations esthétiques sont exclues de manière expresse de la protection à l’article 52 al. 2 *litt. b* CBE²⁶⁸. K. TROLLER soutient cependant avec raison que l’utilisation future de l’invention est sans pertinence par rapport au caractère technique, dès lors

²⁶⁵ DUBARRY, *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁶ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 371.

²⁶⁷ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 369.

²⁶⁸ BURNIER, *op. cit.*, p. 167.

que « [...] des règles techniques peuvent permettre de produire des objets ayant un but esthétique ou pratique, culinaire par exemple [...] »²⁶⁹. L'utilité de l'invention doit en effet être distinguée de son caractère technique²⁷⁰. Dans le même sens, PEDRAZZINI nous enseigne que l'objectif de la technique est de parvenir à une modification du monde physique, mais que le but n'a pas besoin d'être technique. Il admet également que ce dernier soit de nature esthétique et cite, comme exemple, une recette de cuisine qui a fait l'objet d'un brevet d'invention en France²⁷¹. Dans cette affaire « *Croustade I* », commentée ci-dessous, nous verrons que ce brevet n'a pas été annulé pour défaut de caractère industriel²⁷².

113. L'invention entraîne non seulement des effets sur le plan technique, dans une première phase, mais également du point de vue social, dans une phase ultérieure, plus précisément en donnant satisfaction à un besoin de l'humanité²⁷³. La phase sociale est à l'origine d'effets divers qui peuvent être notamment esthétiques²⁷⁴. Elle traduit l'utilité qui est une qualité inhérente de l'invention, mais qui « [...] ne saurait être érigée en condition autonome de brevetabilité »²⁷⁵. Par conséquent, avant de se demander si l'invention est utile, on doit vérifier si elle a un effet technique, et non pas le contraire.

114. Au regard de l'article 52 al. 2 litt. b CBE, BURNIER observe qu'un « [...] procédé pour produire une création esthétique peut inclure une règle technique, et de ce fait, être brevetable²⁷⁶ ». Il cite, à titre d'exemple, un diamant à l'aspect particulier, fabriqué au moyen d'une telle règle. Le produit et le procédé sont dans ce cas protégeables²⁷⁷. BERTSCHINGER donne un autre exemple, celui d'un mouvement de montre extra plat, qui apporte une solution à un problème final purement esthétique²⁷⁸. L'article 52 al. 3 CBE limite du reste l'exclusion de la brevetabilité, au sens de l'alinéa 2, à une demande dans

²⁶⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 4 n° 3, p. 61; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 12, p. 152; cf. aussi Bréguet-Breiting c/ Taubert frères SA, du 14 septembre 1948, (ci-après arrêt « *Taubert* »), ATF 74 II 127 et ss.

²⁷⁰ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 3; PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.*, p. 55, 58.

²⁷¹ PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 4.2.1.1, p. 29, 30; cf. aussi PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 4 note 21.

²⁷² Bary c/ Gesnouin, Cour de Paris du 9 novembre 1976, (ci-après arrêt « *Croustade I* »), *ANPI 1977*, p. 96 et ss.

²⁷³ PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.*, p. 56; FRANZOSI, *op. cit.*, p. 198, 201; KOHLER, Josef, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim 1900, (ci-après KOHLER, *Handbuch*), p. 121 et ss.

²⁷⁴ PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.*, p. 57; arrêt « *Taubert* », ATF 74 II 127, 137.

²⁷⁵ PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.*, p. 57.

²⁷⁶ BURNIER, *op. cit.*, p. 168.

²⁷⁷ BURNIER, *op. cit.*, p. 168; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.26, 4.27, p. 99.

²⁷⁸ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.27, p. 99.

laquelle le brevet ne concerne que les créations esthétiques considérées en tant que telles. Dans ses Directives, l’OEB admet ainsi la brevetabilité en ces termes :

« Une substance ou une composition définie par des caractéristiques techniques destinées à produire un effet spécial pour ce qui est de l’odeur ou de la saveur, par exemple à intensifier l’odeur ou la saveur ou à la conserver pendant une période prolongée, peut être également brevetable²⁷⁹. »

115. Comme BURNIER le fait remarquer au regard de la CBE, cette exclusion n’apporte aucun élément nouveau par rapport aux différents droits nationaux²⁸⁰. En d’autres termes, dans la mesure où il existe une règle technique, elle n’a aucune portée. C’est donc à juste titre que l’exclusion des créations esthétiques n’a pas été reprise dans la LBI.

116. Pour K. TROLLER, l’exclusion des créations esthétiques au sens de l’article 52 al. 2 *litt. b* CBE constitue une surprise²⁸¹. Il se demande si sa motivation provient d’une volonté du législateur « [...] d’exclure les objets dont le seul but est l’effet esthétique – à savoir les dessins et modèles », une évidence qui n’avait pas besoin d’être mentionnée de manière expresse²⁸². De l’avis de PERRET, « La forme n’intéresse le régime des brevets d’invention que parce qu’elle détermine sur le plan pratique l’application d’une nouvelle connaissance technique²⁸³. » Dans le domaine des dessins et modèles, il relève, au contraire, que la forme doit être considérée indépendamment de l’idée technique pour pouvoir être protégée²⁸⁴.

117. Les dessins et modèles sont désormais appréhendés par la Loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001²⁸⁵ (ci-après LDes) qui « [...] protège en tant que designs la création de produits ou de parties de produits caractérisés notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé »²⁸⁶. Cette protection ne porte pas sur l’idée technique, mais sur la forme. Dans ses Directives en matière de brevets, l’IFPI estime qu’une vérification doit être faite, dans les cas limites, pour déterminer si la protection par la LBI ou plutôt celle de la LDes est adéquate²⁸⁷. Selon l’IFPI, un produit est en principe brevetable si sa forme

279 Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 2.3.4., IV-3.

280 BURNIER, *op. cit.*, p. 168.

281 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 11 n° 6, p. 66.

282 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 11 n° 6, p. 66.

283 PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 293.

284 PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 293.

285 RS 232.12.

286 Art. 1 LDes.

287 Directives en matière de brevets, *op. cit.*, § 2.1, p. 14.

«[...] possède (également) une fonction technique [...]». L’IFPI donne comme exemple la surface de roulement d’un pneu de voiture²⁸⁸.

118. A notre avis, si l’on envisage l’exclusion des créations esthétiques par rapport à la séparation entre le régime des brevets d’invention et celui des designs, le critère ne doit pas être le but esthétique. En effet, formulé ainsi, on risque de confondre la finalité de l’invention avec l’idée technique. La finalité esthétique n’est pas pertinente dans le domaine des brevets d’inventions. En revanche, il est nécessaire de vérifier si l’invention a un effet technique, comme l’indique l’IFPI. Une réalisation ne doit dès lors pas être exclue en raison de son but esthétique même s’il s’agit de sa seule finalité, mais bien en raison de l’absence d’un résultat matériel ou technique²⁸⁹.

2.4.2. L’arrêt « *Firmenich* »

119. Dans cet arrêt, rendu sous l’empire de l’article 2 LBI dans sa version initiale de 1954, le Tribunal fédéral a admis que l’objet d’une invention peut porter sur un mélange avec des aliments ou des boissons²⁹⁰. Comme nous l’avons déjà relevé, l’article 2 LBI, en vigueur en 1954, contenait une exclusion sur les inventions de produits alimentaires et de boissons²⁹¹. La LBI de 1954 permettait néanmoins la brevetabilité des procédés de fabrication de ces derniers, contrairement à la loi antérieure de 1907, qui excluait toutes les inventions de boissons et d’aliments²⁹². Notre Haute cour a ainsi jugé dans cet arrêt :

«L’objet de l’invention réside dans l’idée nouvelle de mélanger des cétones à des aliments ou à des boissons pour en modifier le goût ou l’arôme. Une telle idée est brevetable pour autant qu’elle réponde aux exigences posées par la loi pour n’importe quelle invention²⁹³.»

120. Le Tribunal fédéral ajoute que le but de l’article 2 ch. 3 LBI, dans la version en vigueur en 1954, était d’empêcher le renchérissement des produits alimentaires. Il en déduit que l’ajout d’une substance organoleptique à des

²⁸⁸ Directives en matière de brevets, *op. cit.*, § 2.1, p. 14; HEINRICH, Peter, *Schweizerisches Patentgesetz Europäisches Patentübereinkommen*, Zurich 1998, ad art. 1, n° 1.20, p. 12: «Hat die Form daneben auch eine technische Funktion, so ist sie sehr wohl patentierbar.»

²⁸⁹ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.27, p. 99, comme mentionné ci-dessus, donne l’exemple d’un mouvement de montre extra plat qui permet au boîtier d’avoir cette caractéristique. Un tel mouvement poursuit certes un but exclusivement esthétique, mais constitue bien une invention. En effet, pour obtenir ce résultat «extra plat», il a fallu résoudre un problème de nature technique. Par conséquent, ce mouvement est susceptible d’être brevetable même si la solution technique ne procure aucun avantage technique au mécanisme.

²⁹⁰ *Firmenich et Cie c/ Bureau fédéral de la propriété intellectuelle*, du 29 juin 1971, (ci-après arrêt «*Firmenich*»), ATF 97 I 564, 568, *JdT* 1971 I 614.

²⁹¹ Message du CF, *FF* 1954 II 197.

²⁹² Arrêt «*Firmenich*», ATF 97 I 564.

²⁹³ Arrêt «*Firmenich*», ATF 97 I 564, 567, 568.

aliments ou des boissons n’est pas contraire à cet article, la suppression éventuelle d’un goût désagréable étant réservée²⁹⁴.

121. Nous avons déjà observé, à propos de l’invention chimique, que les chiffres 2 à 4 de l’article 2 LBI, en vigueur en 1954, ont été définitivement supprimés lors de la révision de 1976²⁹⁵. La question ne se pose dès lors plus sous le même angle. On peut néanmoins retenir de cet arrêt ce qui suit : le fait que le produit final satisfait au goût et à l’arôme, à l’esthétique d’ordre culinaire, ne constitue pas un motif d’exclusion au stade de l’invention en tant que règle technique, parce qu’il s’agirait d’une création esthétique. Comme toutes les autres inventions, les boissons et les aliments sont susceptibles d’être brevetables, si les autres conditions sont remplies, en particulier la nouveauté et la non-évidence.

2.4.3. *Les créations esthétiques dans le domaine de la parfumerie*

122. La création esthétique concerne en premier lieu le jus du parfum, indépendamment de la question de savoir si l’invention dans sa phase dynamique est une recette ou une formule chimique. Le jus du parfum répond en effet à un besoin esthétique qui consiste à sentir bon. Cette considération touche cependant à la seule finalité du parfum. Le but esthétique pourrait tout aussi bien s’appliquer à la formule chimique d’un produit odorant naturel ou synthétique, ou de la formule d’un mélange composé d’une combinaison de produits odorants. Etant donné que l’exclusion des créations esthétiques concerne avant tout le jus du parfum, l’analyse peut être concentrée sur ce dernier. Si celui-ci n’est pas refusé en tant que création esthétique, il n’y a aucune raison d’exclure les produits ou le mélange à sa base.

2.4.4. *Appartenance de la recette ou de la formule chimique au domaine technique ?*

123. Les premiers auteurs qui ont analysé la brevetabilité des créations du domaine de la parfumerie, en droit français, ont admis le caractère technique de l’invention sans examiner cette question²⁹⁶. En revanche, BARBET ET AL. considèrent que la création en matière de parfumerie répond à une finalité esthétique, et non pas technique. Par conséquent, ils soutiennent qu’elle doit être exclue de la brevetabilité, en précisant ce qui suit :

« [...] Le compositeur doit certes maîtriser parfaitement son métier pour créer des parfums non seulement plaisants, mais encore durables dans le temps, résistant à de larges conditions d’utilisation, et conformes aux conditions

²⁹⁴ Arrêt « *Firmenich* », ATF 97 I 564, 570.

²⁹⁵ Message du CF, FF 1976/18 II 52, 68.

²⁹⁶ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 593 ; PAMOUKDJIAN, op. cit., p. 191 et ss.

écologiques et de santé publique. Ces aspects techniques constituent toutefois des contraintes, et non une finalité.²⁹⁷»

124. Ce raisonnement est critiquable, car BARBET ET AL. examinent la finalité de l'invention, en l'occurrence esthétique, autrement dit son utilité. Nous rappellerons que cette considération ne saurait être pertinente pour l'exclusion des créations esthétiques. Les contraintes « techniques » relevées par BARBET ET AL, en particulier écologiques et de santé publique, ne sont qu'un aspect de l'invention. Selon nous, la seule question à laquelle on doit répondre est de savoir si la recette et la formule chimique constituent des inventions en tant que règle et si elles appartiennent au domaine de la technique.

125. Il est vrai que le droit français, qui s'est inspiré de la Convention de Munich, exclut désormais de manière expresse les créations esthétiques en tant que telles²⁹⁸, ce qui confirme l'absence de brevetabilité de la formule du jus du parfum selon GALLOUX²⁹⁹. Ce dernier considère en effet que le jus du parfum ne saurait être brevetable, faute de répondre au caractère technique³⁰⁰. En se basant sur la décision « *Relaxine* »³⁰¹, commentée ci-dessous, il refuse en effet d'analyser le jus du parfum « [...] comme la solution technique à un problème technique »³⁰².

126. Il estime que la finalité esthétique ne constitue pas la seule distinction entre création esthétique et technique, mais semble considérer que le jus du parfum, qu'il qualifie de « [...] forme olfactive spécifique et définie », ne peut pas faire l'objet de revendications de forme précise³⁰³. GALLOUX expose que la brevetabilité du parfum ne pourrait dès lors être admise « [...] que si la forme particulière du parfum conduisait à une solution technique ou si la création esthétique présentait également des particularités d'ordre technique³⁰⁴ ». Il en déduit que le caractère intrinsèquement esthétique du jus du parfum justifie l'exclusion dont il est susceptible de faire l'objet³⁰⁵.

²⁹⁷ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 257, 258.

²⁹⁸ Article L611-10 al. 2 *litt. b* du Code de propriété intellectuelle (Loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 art. 1 Journal Officiel du 9 décembre 2004, ci-après CPI); DUBARRY, *op. cit.*, p. 17, relève à propos du droit français: « [...] seules sont exclues les créations purement esthétiques. »

²⁹⁹ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

³⁰⁰ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

³⁰¹ Décision de la Division d'opposition de l'OEB, du 8 décembre 1994, (ci-après Décision « *Relaxine* »), *JO* 1995/6, p. 388, 397: « Toute invention doit avoir un caractère technique: elle doit apporter une solution technique à un problème technique, être applicable sur le plan industriel et pouvoir être reproduite sans effort excessif. »

³⁰² GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

³⁰³ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

³⁰⁴ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642; cf. aussi BRUGUIÈRE, Jean-Michel, « Les fragrances « au pays des merveilles » et toujours les difficultés d'appréhension de l'odeur par la propriété intellectuelle », *JCP* 2004 II 10 144, p. 1699.

³⁰⁵ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

127. Au stade de l’exclusion des créations esthétiques, les revendications, autrement dit les conditions formelles de protection, qui seront examinées ci-après, ne sont pas pertinentes. Par ailleurs, il est nécessaire de distinguer entre la simple appartenance au domaine technique et la question de savoir si la solution technique est nouvelle et non-évidente. A notre avis, en se basant sur les « particularités d’ordre technique », GALLOUX se réfère en fait à ces deux dernières questions, qui seront examinées ci-après (section 2)³⁰⁶.

128. Dès lors, le critère de l’appartenance au domaine technique ne constitue pas un obstacle à la brevetabilité de la recette ou de la formule chimique du jus du parfum. S’agissant de la formule chimique d’un produit odorant naturel ou synthétique, ou de la formule d’un mélange composé d’une combinaison de produits odorants, on peut faire exactement le même raisonnement en relation avec les créations esthétiques. DESSEMONTET souligne à juste titre que « [...] la loi n’exclut pas la brevetabilité des médicaments ou des cosmétiques [...] »³⁰⁷.

Conclusions sur l’objet de la protection

129. Pour satisfaire à l’objet de la protection de la LBI, l’invention doit pouvoir être qualifiée de règle technique, ce qui présuppose deux conditions : l’invention en tant que règle et l’appartenance au domaine technique. Selon la première condition, l’invention doit simplement pouvoir être reproduite un nombre indéterminé de fois avec un résultat identique. Lorsqu’on dispose de la formule chimique d’un produit odorant naturel ou synthétique ou d’un mélange composé d’une combinaison de produits odorants, leur reproduction ne pose aucune difficulté. La première condition est donc remplie.

130. S’agissant du jus du parfum, dès lors qu’il peut être reproduit par sa formule chimique, plus précisément s’il représente un produit chimique défini, il satisfait également à cette première condition de protection. Par conséquent, la formule chimique constitue bien une invention en tant que règle. Si une grande quantité d’essences naturelles est utilisée, le jus du parfum peut être reproduit par sa recette, pour autant qu’elle indique l’origine des produits qu’elle contient. La recette est susceptible d’être une invention en tant que règle si la description est suffisante pour permettre la reproduction identique au sens de l’article 50 LBI (83 CBE). Cette question sera néanmoins examinée, ci-dessous, en relation avec les conditions formelles de protection (section 3).

³⁰⁶ SCHEUCHZER, *L’invention brevetable en 2002*, *op. cit.*, p. 12, suit ce raisonnement pour les logiciens.

³⁰⁷ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 197, p. 112.

131. L'appartenance au domaine de la technique signifie que l'invention doit permettre de transformer la matière, un état naturel initial, en un état final artificiel. Tant la recette que la formule chimique répondent à cette définition. Il ne s'agit ni de directives qui s'adressent à l'esprit humain, ni de créations esthétiques en tant que telles. L'exclusion expresse de ces dernières par la CBE ne change en effet rien à l'exigence d'une règle technique. En revanche, on doit se demander quel est leur réel apport à l'état de la technique. Avec cette question l'on aborde cependant les conditions de nouveauté et de non-évidence.

132. L'exigence d'une règle technique pose par ailleurs le problème de l'exclusion des découvertes. Cette question est pertinente à ce stade uniquement lorsque le produit existe dans la nature, mais n'est pas connu. Tel n'est pas le cas du jus du parfum ou de produits artificiels, pour lesquels il n'existe aucun équivalent dans la nature. De même, les produits de remplacement ne sont pas des découvertes, car même si le produit naturel de composition connue préexiste dans la nature, l'inventeur a réussi pour la première fois sa synthèse artificielle.

133. En définitive, l'exclusion des découvertes ne pourrait concerner que les produits naturels, les isolats et les produits issus de la technique du *Head Space*. Il ne s'agit cependant pas de simples découvertes. Dès lors que l'inventeur détermine les propriétés odorantes de ces produits, il indique en effet leur utilité pratique, en l'occurrence la parfumerie. Il s'ensuit que ces produits ne sont pas exclus de la brevetabilité pour ce motif.

134. Les produits artificiels, les produits de remplacement, les produits naturels, les isolats, ainsi que les produits provenant la technique du *Head Space* sont des produits chimiques intermédiaires dont l'application industrielle peut être déduite du mélange final, qui est le jus du parfum. En revanche, on se demandera si la préexistence d'un produit dans la nature à un effet sur la nouveauté et la non-évidence. Par conséquent, la deuxième condition de protection, l'appartenance au domaine technique, est remplie pour la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants, ainsi que pour le jus du parfum, sous réserve de la description suffisante s'agissant de la recette.

135. L'objet de la protection est ainsi satisfait, de sorte que nous pouvons aborder, dans la section qui suit, la non-évidence (§ 2) et la nouveauté objective (§ 1). Nous commencerons par définir l'état de la technique (1.1) et l'homme du métier (1.2), avant de faire l'examen de la nouveauté objective à propos du jus du parfum (1.3) et de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants (1.4).

Section 2. La nouveauté objective et la non-évidence

§ 1. La nouveauté objective

1.1. L'état de la technique

136. De manière similaire à l'article 54 al. 1 CBE, l'article 7 al. 1 LBI dispose qu'une invention est réputée nouvelle si elle «[...] n'est pas comprise dans l'état de la technique». L'examen de la nouveauté consiste dès lors en une comparaison entre l'invention telle qu'elle est définie par les revendications (art. 51 al. 1 LBI) et le concept de l'état de la technique³⁰⁸. Ce dernier est défini à l'article 7 al. 2 LBI, comme étant «[...] constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt ou de priorité par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.» Dans la mesure où l'invention est comparée aux antériorités, en d'autres termes à ce qui est accessible au public, la nouveauté est objective³⁰⁹.

137. La nouveauté d'une invention est détruite si elle a fait l'objet d'une divulgation, indépendamment de la langue, du lieu dans le monde ou encore de l'époque³¹⁰. Par ailleurs, notons que l'état de la technique contient les publications dont personne ne se souvient³¹¹. Une divulgation ne fait cependant partie de l'état de la technique que si elle a eu lieu avant le dépôt de la demande de brevet (art. 49 LBI), en d'autres termes s'il s'agit d'une antériorité³¹². Le moyen utilisé pour la divulgation n'est pas décisif en soi³¹³. Il peut notamment s'agir de publications, y compris les brevets existants, ou d'une autre manière permettant à un homme du métier d'exploiter l'invention³¹⁴.

³⁰⁸ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 23; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 4 n° 4.2, p. 75.

³⁰⁹ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 23.

³¹⁰ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 12.

³¹¹ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 202, p. 116; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.2, p. 80; EFSA c/ Gérard Cecchi, du 24 juillet 1991, (ci-après arrêt «Bobines Cecchi»), *RSPI 1993/1*, p. 144, 146; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 3.1, p. 43; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 42, p. 11.

³¹² PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 14.

³¹³ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 12.

³¹⁴ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 203, 204, p. 116, 117; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 12; Tribunal du commerce d'Argovie, du 26 juin 2003, (ci-après arrêt «Milchschäumer»), *sic!* 2004/4, p. 331, 333.

1.2. L'homme du métier

1.2.1. Notions générales

138. L'homme du métier est une fiction, un critère abstrait qui représente les connaissances que possède un professionnel de la branche pertinente³¹⁵. La notion d'homme du métier doit être objective³¹⁶. L'homme du métier doit avoir « [...] une formation correspondant au domaine en question et possède les connaissances, les capacités et les préjugés moyens »³¹⁷. La notion d'homme du métier varie de cas en cas³¹⁸. Elle évolue en fonction du développement de la technique de la branche concernée³¹⁹. L'homme du métier doit faire partie du domaine des utilisateurs, des personnes intéressées par l'enseignement qui figure dans le brevet concerné³²⁰. Ses capacités sont toutefois normales : « [...] il ne dispose ni d'ingéniosité particulière ni d'intuition inventive »³²¹. Il ne doit pas être confondu avec l'inventeur ou avec l'expert auquel fait appel un tribunal³²². L'homme du métier ne connaît pas tout l'état de la technique et ne représente pas nécessairement une personne individuelle³²³.

139. Pour l'analyse de la nouveauté, une publication doit être comparée telle quelle avec l'invention que l'on souhaite protéger. Cela signifie que les antériorités compactes sont déterminantes, en d'autres termes considérées pour elles-mêmes (contrairement aux antériorités éparses qui appréhendent l'état de la technique sous forme de mosaïque)³²⁴. Il s'ensuit que si une antériorité pose le même problème et donne une solution strictement identique,

³¹⁵ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 212, p. 120; BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.98, p. 130; PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 15; COMTE, Jean-Louis, « L'homme du métier en droit des brevets », sic! 2000/7, (ci-après COMTE, *L'homme du métier*), p. 663; arrêt « *Milchschäumer* », sic! 2004/4, p. 331, 335; Tribunal fédéral du 18 décembre 2002, (ci-après arrêt « *Pulverbeschichtungsanlage IV* »), sic! 2003/7-8, p. 600, 602.

³¹⁶ SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*, op. cit., p. 359 et ss.

³¹⁷ K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 11 n° 6.2, p. 48; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.4.1, p. 87; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 213, p. 120; PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 15, 16; arrêt « *Pulverbeschichtungsanlage IV* », sic! 2003/7-8, p. 600, 602.

³¹⁸ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.4.1, p. 87.

³¹⁹ PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 16, 17.

³²⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.4.1, p. 88.

³²¹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.4.1, p. 88; arrêt « *BAT* », ATF 120 II 312, 317.

³²² PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 16; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 11 n° 6.2, p. 49; Zeller Plastik GmbH c/ Createchne AG und Alfatechne AG, du 4 novembre 1997, (ci-après arrêt « *Zeller Plastik* »), ATF 123 III 485, 491; arrêt « *Pulverbeschichtungsanlage IV* », sic! 2003/7-8, p. 600, 601, 602.

³²³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 12 n° 6.4.1, p. 87, 88; PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 15; arrêt « *Pulverbeschichtungsanlage IV* », sic! 2003/7-8, p. 600, 602.

³²⁴ PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 24; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 11 n° 4.3, p. 46; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 203, p. 117.

pour tous les éléments nécessaires à l'homme du métier pour reproduire l'invention, cette dernière n'est pas nouvelle³²⁵. En revanche, des différences simples par rapport à l'état de la technique permettent de conclure à la nouveauté de l'invention³²⁶. Voyons dès lors comment pourrait se présenter l'homme du métier en relation avec la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants (1.2.2) et le jus du parfum (1.2.3).

1.2.2. *L'homme du métier et la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants*

140. Si l'on envisage la protection sous l'angle de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants, l'homme du métier sera plus proche d'un chimiste que d'un créateur de parfum. Cet homme du métier a surtout des connaissances tant sur la structure moléculaire des produits odorants synthétiques (autrement dit des produits artificiels, des isolats et des produits de remplacement), que sur la structure des produits odorants naturels (issus de la distillation ou des solvants volatils). Les réactions chimiques et olfactives usuelles, susceptibles de se produire entre ces différents produits, n'ont pas de secret pour l'homme du métier. Il ne s'agit cependant pas d'un chimiste quelconque, mais d'un professionnel des produits utilisés dans le domaine de la parfumerie. Il comprend la structure du jus du parfum composé des « notes de tête », perceptibles immédiatement, des « notes de cœur » ou thème principal et des fixateurs que l'on appelle aussi « notes de fond » ou « notes de queue ».

1.2.3. *L'homme du métier et le jus du parfum*

141. Pour le jus du parfum, représenté par sa formule chimique ou sa recette, l'homme du métier pourrait être un compositeur de parfums. Selon LEGER, ce dernier doit connaître les essences naturelles et les produits de synthèse, ainsi que les interactions et accords susceptibles de résulter de leur combinaison³²⁷. Un tel homme du métier maîtrise les sept palettes ou familles de fragrances et les différents accords qui font partie de l'état de la technique. Il connaît le langage du parfum et les subtilités d'une recette. Il comprend par ailleurs la structure du jus du parfum. En définitive, la notion d'homme du métier, en relation avec le jus du parfum, est très proche de celle qui est déterminante pour la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants. Se pose alors la question de la nouveauté objective du jus du parfum.

³²⁵ PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, *op. cit.*, p. 24.

³²⁶ PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, *op. cit.*, p. 24.

³²⁷ LEGER, *op. cit.*, p. 85.

1.3. La nouveauté objective du jus du parfum

142. Etant donné que le jus du parfum ne fait pas l'objet de brevets d'invention en pratique, il n'y a pas de risque d'antériorités en raison de brevets ou demande de brevets publiés. L'état de la technique risque d'être peu fourni³²⁸. De l'avis de LALIGANT, la nouveauté sera d'autant plus facilement atteinte que tout est gardé secret et qu'aucune recette n'est rendue accessible au public³²⁹.

143. L'accessibilité d'une antériorité a pour conséquence que pour qu'une connaissance soit destructrice de nouveauté, elle doit être exposée de manière à permettre à l'homme du métier de l'exécuter³³⁰. L'antériorité est donc soumise aux mêmes exigences que la demande de brevet³³¹. En dépit des méthodes performantes d'analyse du jus du parfum (sensorielle ou au moyen des équipements techniques), nous avons constaté qu'il n'est pas possible de recomposer la recette ou la formule chimique exacte à partir du jus d'un parfum. La mise en circulation du jus d'un parfum ne constitue dès lors pas une divulgation susceptible de détruire la nouveauté du jus du parfum³³². Toutefois, si le jus du parfum s'avère brevetable et que les parfumeurs commencent à effectuer des dépôts, la nouveauté objective du jus du parfum s'analyserait de la même manière que pour les produits odorants ou mélanges de produits odorants.

144. Qu'en est-il de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants? Afin de nous déterminer sur la nouveauté objective de cette dernière, après quelques considérations générales (1.4.1), nous définirons brièvement l'invention de sélection (1.4.2). La décision «*Déodorant*» nous permettra d'en donner un exemple et de terminer notre étude de la nouveauté objective de la formule chimique (1.4.3).

³²⁸ LEGER, *op. cit.*, p. 85; PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 193, 194.

³²⁹ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, *op. cit.*, p. 594; PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 193: «[...] à supposer que l'on dépose une formule de parfum, il sera à coup sûr, indiqué dans l'avis documentaire définitif: «Éléments de la technique relevés: Néant». Ceci sauf bien entendu si l'inventeur s'est contenté de «recopier» un exemple de formule pour débutants dans un ouvrage spécialisé [...]. Les formules de parfum n'étant jamais divulguées, l'exigence de la nouveauté sera remplie.»

³³⁰ PERRET/AEGERTER, *FJS* 520, *op. cit.*, p. 14; cf. aussi MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 39, p. 11: «Neuheitsschädlich ist nur die in sich geschlossene Vorwegnahme. Die Erfindung muss sich also aus einem Dokument (oder einem Benützungsak, Referat, etc.) ergeben [...]»; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.95, p. 129.

³³¹ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.95, p. 129.

³³² LEGER, *op. cit.*, p. 47.

1.4. La nouveauté objective de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants

1.4.1. De manière générale

145. Dans le cas de la formule chimique, l'état de la technique comprend toutes les antériorités de produits odorants naturels ou synthétiques. Il contient également les formules chimiques d'une combinaison d'un ou de plusieurs de ces produits, voire du jus du parfum, qui sont connus par l'homme du métier. Comme DESSEMONTET le relève, l'ensemble des brevets et demandes de brevets, publiés en Suisse et dans le monde, constitue la source la plus importante, susceptible de détruire la nouveauté d'une invention³³³. Or, en matière de produits odorants, il existe de nombreux brevets d'invention constituant des antériorités, comme par exemple le brevet CH 689 372 A5 qui porte sur le composé de formule « 2-(4-isobutyle-1-phényl)-propanal », déjà mentionné³³⁴.

146. En théorie, pour atteindre le seuil de la nouveauté, il suffirait de modifier les proportions, autrement dit la concentration d'un produit dans une formule³³⁵. En matière de chimie, il a néanmoins été jugé, selon la Convention de Munich, que le seul changement de proportions ne confère pas la nouveauté dans le cas d'un effet déjà connu³³⁶. Par conséquent, un simple changement de proportions d'une antériorité, constitué d'un ou de plusieurs produits, voire du jus du parfum, est insuffisant pour atteindre la nouveauté.

147. Dans la mesure où nous avons réservé la nouveauté, à propos des hypothèses examinées au regard de l'exclusion des découvertes, il convient d'y revenir. Il va sans dire que lorsque le produit n'a pas d'équivalent dans la nature, ce qui constitue la seconde hypothèse, il n'existe aucune antériorité qui pourrait lui être opposée³³⁷. Tel est le cas de la formule chimique de produits synthétiques artificiels ou du jus du parfum.

148. En revanche, la question de la nouveauté se pose dans la première hypothèse, dans laquelle l'inventeur a réalisé pour la première fois la synthèse d'un produit préexistant dans la nature, mais de composition connue³³⁸. Le produit naturel est ainsi susceptible de constituer une antériorité au pro-

³³³ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 203, p. 116, 117.

³³⁴ Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 1.

³³⁵ PAMOUDJIAN, op. cit., p. 194.

³³⁶ Décision de la Chambre de recours technique de l'Office européen des brevets T-958/90 (décision non publiée dans le JO, (ci-après décision « *The Dow Chemical Company* »), disponible sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t900958eu1.htm>]); SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002*, op. cit., p. 31.

³³⁷ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371, 359; BERGMANS, op. cit., p. 198.

³³⁸ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371.

duit de synthèse³³⁹. Dans le cas des produits de remplacement, la composition du produit naturel, préexistant dans la nature, est connue. Il s'ensuit qu'elle constitue une antériorité destructrice de nouveauté du produit.

149. Au contraire, la synthèse artificielle, réussie pour la première fois par l'inventeur, est un nouveau procédé susceptible d'être brevetable. Avant de développer, à l'aide de la décision «*Déodorant*», la troisième et dernière hypothèse (selon laquelle le produit existe dans la nature, mais n'est pas connu³⁴⁰), il est nécessaire de définir l'invention de sélection.

1.4.2. *L'invention de sélection*

150. Dans le domaine de la chimie, l'invention de sélection peut être définie comme une invention qui consiste dans le choix d'une substance particulière, parmi un groupe de substances de formule chimique connue. La substance choisie n'est pas mentionnée spécifiquement, mais elle est comprise dans la formule générale de ce groupe de substances³⁴¹. La brevetabilité de l'invention de sélection fait cependant l'objet de controverses³⁴².

151. De l'avis de BERTSCHINGER, la brevetabilité de l'invention de sélection doit être tranchée, au cas par cas, entre deux positions extrêmes³⁴³. L'une consiste à soutenir que seules les liaisons qui se trouvent effectivement dans la formule générale détruisent la nouveauté, tandis que la position opposée revient à affirmer que la formule générale anticipe toute liaison qui en fait partie de sorte à en détruire la nouveauté³⁴⁴. De manière tout à fait générale, on peut néanmoins relever que la seule sélection, sans contribution à l'état de la technique, devrait être insuffisante.

1.4.3. *La décision « Déodorant »*

152. La décision «*Déodorant*» est issue d'une procédure d'opposition devant la Chambre de recours technique de l'OEB. Elle concerne un brevet dont les revendications portaient sur l'utilisation d'esters aromatiques, dans un déodorant, en tant qu'inhibiteurs de la croissance de micro-organismes,

³³⁹ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371; BERGMANS, op. cit., p. 202.

³⁴⁰ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, op. cit., p. 371.

³⁴¹ PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 21; SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*, op. cit., p. 266; cf. aussi A. TROLLER, op. cit., vol. I, § 12, p. 184; BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.104, p. 133, § 4 n° 4.105, p. 134; GRUBB, op. cit., p. 131 et ss.

³⁴² PERRET / AEGERTER, *FJS 520*, op. cit., p. 21; BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.104, p. 133; GRUBB, op. cit., p. 131; PEDRAZZINI, op. cit., p. 45; SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*, op. cit., p. 266.

³⁴³ BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.104, p. 133, 134.

³⁴⁴ BERTSCHINGER, op. cit., § 4 n° 4.104, p. 133.

producteurs d'estérases dans les sécrétions du corps³⁴⁵. On précisera que ces estérases sont responsables des odeurs indésirables du corps humain³⁴⁶.

153. Le mécanisme d'inhibition des micro-organismes producteurs des estérases se produisait déjà antérieurement, mais à l'insu des utilisateurs³⁴⁷. La Chambre de recours technique de l'OEB rappelle ainsi que « [...] le simple fait d'expliquer un effet obtenu lorsque l'on utilise un composé dans une composition connue, ne saurait conférer un caractère de nouveauté à un procédé connu, si l'homme du métier a déjà constaté l'effet désiré »³⁴⁸. La Chambre de recours technique OEB a annulé le brevet pour défaut de nouveauté, dès lors que les esters aromatiques étaient déjà utilisés dans le domaine des déodorants³⁴⁹.

154. SCHEUCHZER observe, à juste titre, à propos de cette décision, qu'elle porte sur une invention de sélection³⁵⁰. En effet, ces esters aromatiques constituent un choix de substance particulière dans la formule générale du déodorant. Selon SCHEUCHZER cette invention enrichit la technique³⁵¹. Par conséquent, il ne voit pas pourquoi la nouveauté devrait être refusée au seul motif que l'effet découvert a lieu dans le même domaine, alors que si l'on avait pu l'appliquer dans un autre domaine, elle aurait été admise³⁵².

155. On rappellera ici que, dans la troisième hypothèse examinée à propos des découvertes, le produit existe dans la nature, mais n'est pas connu³⁵³. Comme PERRET le relève, considérer que la seule préexistence dans la nature constitue une antériorité est incompatible avec la définition de l'état de la technique qui exige que le produit soit accessible³⁵⁴. Il s'ensuit, de manière générale pour cette hypothèse, que l'exclusion ne peut se situer qu'au stade de l'objet de la protection³⁵⁵, comme la décision « *Relaxine* », commentée ci-dessous, le démontre également.

156. A notre avis, le cas de la décision « *Déodorant* » est assimilable à la troisième hypothèse évoquée ci-dessus. L'inventeur a découvert que l'inhi-

³⁴⁵ Décision de la Chambre de recours technique de l'OEB, du 19 janvier 1999, T-892/94-3.3.2, (ci-après Décision « *Déodorant* »), JO 2002/1, p. 2, 3 : la procédure d'opposition portait sur le brevet dans son ensemble (brevet européen n° 0 307 400, délivré sur la base du brevet européen n° 87 902 669.8).

³⁴⁶ SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, op. cit.*, p. 32.

³⁴⁷ Décision « *Déodorant* », *op. cit.*, JO 2002/1, p. 1 et ss.

³⁴⁸ Décision « *Déodorant* », *op. cit.*, JO 2002/1, p. 17.

³⁴⁹ Décision « *Déodorant* », *op. cit.*, JO 2002/1, p. 17.

³⁵⁰ SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, op. cit.*, p. 32.

³⁵¹ SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, op. cit.*, p. 32.

³⁵² SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, op. cit.*, p. 32.

³⁵³ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371.

³⁵⁴ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371.

³⁵⁵ PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques, op. cit.*, p. 371.

bition des micro-organismes producteurs d'estérase a pour effet d'éliminer les odeurs indésirables. Il a par ailleurs décrit une application pratique, plus précisément le domaine de la parfumerie. Toutefois, il se trouve que cette application pratique était déjà utilisée dans ce domaine, sans que les raisons exactes ne soient expliquées.

157. Par conséquent, l'application pratique n'était pas nouvelle. La Chambre de recours technique de l'OEB a affirmé, avec raison, qu'on doit éviter de créer un monopole sur l'utilisation connue pour un usage connu³⁵⁶. Ce faisant, la Chambre de recours technique de l'OEB ne refuse pas le principe de la brevetabilité de l'invention de sélection. La question de l'activité inventive soulevée par SCHEUCHZER³⁵⁷, n'avait en conséquence pas besoin d'être tranchée.

158. De manière générale, on peut ainsi retenir que lorsqu'un produit odorant est préexistant dans la nature ou lorsque l'inventeur fait une invention de sélection qui consiste dans le choix d'un produit odorant particulier dans une formule générale avec une application pratique, la nouveauté n'est pas détruite. Toutefois, si l'invention de sélection ne fait qu'expliquer un phénomène olfactif qui était déjà utilisé antérieurement, elle n'est pas nouvelle.

159. Après ces considérations sur la nouveauté objective, il nous incombe de nous concentrer sur la condition de non-évidence. Pour ce faire, nous commencerons par exposer quelques notions générales (2.1), avant de développer l'appréciation de la non-évidence (2.2). Nous définirons alors les procédés dits d'analogie (2.3) et commenterons la décision «*Relaxine*» (2.4). Cela nous permettra d'appréhender la non-évidence de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants (2.5) et du jus du parfum (2.6).

§ 2. La non-évidence (l'activité inventive)

2.1. Notions générales

160. Le seuil, à partir duquel une invention est protégée, correspond au critère de l'originalité. En droit des brevets d'invention celui-ci est exprimé par le terme «non-évidence». Dans la LBI, la non-évidence, inspirée de l'article 56 CBE (activité inventive)³⁵⁸, a remplacé le niveau inventif de l'ancienne

³⁵⁶ Décision «*Déodorant*», *op. cit.*, JO 2002/1, p. 17.

³⁵⁷ SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002*, *op. cit.*, p. 32.

³⁵⁸ L'article 56 CBE dispose: « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Si l'état de la technique comprend des documents visés à l'article 54, paragraphe 3, ils ne sont pas pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive. »

loi³⁵⁹. L’article 1 al. 2 LBI stipule que «Ce qui découle d’une manière évidente de l’état de la technique (art. 7) ne constitue pas une invention brevetable». En raison de la discordance du texte français et allemand, le Tribunal fédéral a tranché en faveur de ce dernier qui emploie l’expression *nicht naheliegend*³⁶⁰. Dans un premier temps, il a été soutenu, par rapport à l’ancienne jurisprudence sur le niveau inventif, que la nouvelle loi permettait un abaissement des exigences d’originalité³⁶¹. Cette interprétation n’est toutefois plus d’actualité³⁶².

161. Au regard de l’ancienne loi, en vigueur jusqu’à la révision de 1976, le Tribunal fédéral exigeait par ailleurs le progrès technique comme condition de la brevetabilité³⁶³. Le progrès technique devenait ainsi une «condition autonome de brevetabilité»³⁶⁴. Sous l’empire de l’ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral a d’abord jugé que le progrès technique devait avoir un caractère essentiel³⁶⁵. Par la suite, il a cependant renoncé à cette exigence pour se contenter d’un «progrès technique nettement établi»³⁶⁶. Le progrès technique était défini comme un résultat qui «[...] constitue l’aboutissement d’une activité intellectuelle, qui peut revêtir les formes les plus variées, allant de l’intuition subite à la recherche méthodique et persévérante»³⁶⁷. Plus le progrès technique était important, plus l’ancien critère du niveau inventif devait être admis³⁶⁸.

³⁵⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.3, p. 82 et ss; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 10; arrêt «Prélèvement d’un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113.

³⁶⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.3, p. 83 note 45; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.3, p. 49, 50; arrêt «BAT», *ATF 120 II 312, 317*; cf. aussi PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 10, à propos de la différence des deux textes; SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive, op. cit.*, p. 326 et ss, explique la différence entre les termes «évident», «obvious» et «naheliegend» et confirme que le texte allemand doit être retenu selon l’art. 56 CBE (p. 340).

³⁶¹ *Europea Tosolini und Mitbeteiligte c/ EVG Entwicklungs- und Verwaltungsgesellschaft GmbH*, du 18 octobre 1982, (ci-après arrêt «Tosolini»), *ATF 108 II 325, 326*.

³⁶² Arrêt «Zeller Plastik», *ATF 123 III 485, 489, JdT 1998 I 343, 345*; *ASTA Medica AG c/ Peter Lendi et Groupement suisse pour l’encouragement de la culture des plantes médicinales et aromatiques en montagne*, du 27 mars 1995, (ci-après arrêt «ASTA Medica»), *ATF 121 III 125, 137*; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 207, p. 118; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 11; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.3, p. 86.

³⁶³ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 225, p. 126; *Fabrique suisse de ressorts d’horlogerie SA c/ Hausheer et Nerfos Sàrl*, du 28 avril 1959, (ci-après arrêt «Fabrique de ressorts»), *ATF 85 II 131, 138*; *Ficher c/ Attenhofer*, du 11 novembre 1976, (ci-après arrêt «Fischer»), *ATF 102 II 370, 372*.

³⁶⁴ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 9, qui critiquent cette condition à propos de l’arrêt *Philips N.V. Gloeilampenfabriken c/ Betschard*, du 9 juin 1937, (ci-après arrêt «Philips»), *ATF 63 II 271, 276*.

³⁶⁵ Arrêt «Philips», *ATF 63 II 271, 276*.

³⁶⁶ Arrêt «Fabrique de ressorts», *ATF 85 II 131, 142*.

³⁶⁷ Arrêt «Fabrique de ressorts», *ATF 85 II 131, 138, 139*.

³⁶⁸ Arrêt «Fischer», *ATF 102 II 370, 372*.

162. Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Munich et, plus particulièrement de l'article 52 al. 1 CBE, la condition du progrès technique a cependant dû être abandonnée³⁶⁹. En effet, les conditions de brevetabilité sont énumérées de manière exhaustive dans cet article qui ne prévoit pas le progrès technique³⁷⁰. Si le progrès technique n'est plus une condition de brevetabilité, il reste néanmoins un indice, un signe de non-évidence. Le Tribunal fédéral a ainsi une marge de manœuvre pour apprécier celui-ci³⁷¹. Tout progrès technique ne mérite pas protection, de sorte qu'il existe une zone intermédiaire qui constitue le développement normal de la technique³⁷². La notion de progrès technique est à cet égard critiquable. En particulier, si le progrès technique constitue un enrichissement de la technique, il sera difficile de le distinguer de la nouveauté objective³⁷³. De plus, il ne suffit pas pour atteindre le seuil de la non-évidence.

2.2. L'appréciation de la non-évidence

163. L'appréciation de la non-évidence doit se faire selon des critères objectifs³⁷⁴. Comme pour la nouveauté objective, l'examen du critère de non-évidence fait appel à l'homme du métier, tel que décrit, ci-dessus, et à la notion d'état de la technique³⁷⁵. Pour juger si une invention est évidente ou non, il convient dès lors de se demander si objectivement l'homme du métier aurait pu, au regard de l'état de la technique, réaliser l'invention³⁷⁶. Selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence, l'état de la technique par rapport à la non-évidence doit être recherché selon le principe des antériorités éparses, autrement dit, dans une mosaïque d'antériorités (*Mosaikbetrachtung*)³⁷⁷.

164. Cela signifie que toute antériorité, tant en faveur qu'en défaveur de l'activité inventive, est susceptible d'être prise en considération et ce, en principe, dans la branche technique considérée. De surcroît, l'activité inventive

³⁶⁹ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 9, 10; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 225, p. 126.

³⁷⁰ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 10 note 80.

³⁷¹ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 225, p. 126.

³⁷² PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 7; PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.* p. 106; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.3, p. 86; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.113, p. 137; BURNIER, *op. cit.*, p. 39, l'invention doit se situer «[...] au-delà d'une zone entourant ce qui est connu, zone dans laquelle figurent les développements faciles à trouver de l'état de la technique»; SUTTER, Kurt, «*Der Bundesgerichtliche Begriff des „Erfinderischen“*», *sic!* 2004/6, p. 472; arrêt «*Zeller Plastik*», ATF 123 III 485, 488; arrêt «*Prélèvement d'un liquide I et II*», *sic!* 2004/2, p. 111, 113; arrêt «*Milchschaumer*», *sic!* 2004/4, p. 331, 339; Tribunal fédéral du 18 mars 2003, (ci-après arrêt «*Anschlaghalter II*»), *sic!* 2003/7-8, p. 603.

³⁷³ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 9.

³⁷⁴ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 17.

³⁷⁵ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 12, 15.

³⁷⁶ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 24, 17 note 129.

peut non seulement être examinée par rapport à chaque antériorité séparément, mais également par rapport à l'ensemble des antériorités, constitué par une mosaïque³⁷⁸. K. TROLLER critique le terme de *Mosaikbetrachtung*, qui à son avis « [...] risque de prêter à confusion »³⁷⁹ et mène à une appréciation de l'invention *a posteriori* qui est critiquable³⁸⁰.

165. Pour éviter d'effectuer une analyse en fonction des antériorités qui découlent de la solution revendiquée, on utilise l'approche problème-solution (*problem solving approach*). Cette dernière consiste à tenir compte uniquement des antériorités suggérées par le problème posé³⁸¹. Éviter une appréciation *a posteriori* nécessite ainsi une analyse en trois étapes³⁸². Dans la première, on recherche le document avec lequel l'invention partage le plus grand nombre de caractéristiques techniques³⁸³. Selon les Directives de l'OEB, il s'agit de déterminer « l'état de la technique le plus proche » qui est « [...] une combinaison de caractéristiques, divulguée dans une seule référence, qui constitue le point de départ le plus prometteur pour effectuer un développement évident conduisant à l'invention »³⁸⁴.

166. La seconde étape consiste à établir objectivement le problème technique auquel l'invention entend apporter la solution³⁸⁵. Pour formuler ledit problème, on étudie les différences entre l'état de la technique le plus proche et les « caractéristiques distinctives de l'invention »³⁸⁶. Le « problème technique objectif » est ainsi défini comme « [...] la tâche consistant à modifier ou adapter l'état de la technique le plus proche en vue d'obtenir les effets techniques qui constituent l'apport de l'invention par rapport à l'état de la technique le plus proche »³⁸⁷.

377 BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.118, p. 139; PERRET/AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 24; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 203, p. 117; arrêt «Prélèvement d'un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113; arrêt «Milchschaumer», *sic!* 2004/4, p. 331, 339; arrêt «Anschlaghalter II», *sic!* 2003/7-8, p. 603, 604.

378 SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive, op. cit.*, p. 345, 346.

379 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.2, p. 80.

380 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.2, p. 81; cf. aussi BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.123, p. 141; PERRET/AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 17 note 130; BLUM/PEDRAZZINI, *op. cit.*, vol. I, ad art. 7, n° 6, p. 342: « Auch die diesbezügliche Mosaikarbeit darf nicht ins Uferlose getrieben werden »; arrêt «Prélèvement d'un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113; arrêt «Anschlaghalter II», *sic!* 2003/7-8, p. 603, 604.

381 SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive, op. cit.* p. 347, 350, 352; GRUBB, *op. cit.*, p. 231.

382 Arrêt «Prélèvement d'un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113, 114; cf. aussi Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8, IV-28.

383 Arrêt «Prélèvement d'un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113, 114.

384 Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8.1, IV-28.

385 Arrêt «Prélèvement d'un liquide I et II», *sic!* 2004/2, p. 111, 113, 114; Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8, IV-28.

386 Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8.2, IV-29.

387 Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8.2, IV-29.

167. Pour la troisième étape, les Directives de l'OEB préconisent l'approche qui consiste à se demander si l'homme du métier, confronté au « problème technique objectif », aurait été incité par un enseignement contenu dans « l'état de la technique le plus proche », à adapter ou modifier ce dernier, de manière à parvenir au même résultat que l'invention (*could-would approach*)³⁸⁸. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'invention était évidente pour l'homme du métier au regard des deux étapes précédentes. Si par un effort intellectuel modéré, l'homme du métier n'a pas pu imaginer l'invention, le seuil de la non-évidence est franchi et l'invention mérite protection³⁸⁹. La solution est en revanche évidente et, partant, ne saurait être protégée, lorsque l'état de la technique incitait l'homme du métier à la trouver³⁹⁰.

168. En raison de la difficulté consistant à déterminer, de manière précise, la zone à partir de laquelle il y a non-évidence, il existe des indices positifs et négatifs qui permettent de faire pencher la balance pour ou contre la non-évidence de l'invention³⁹¹. Par conséquent, comme déjà mentionné à propos de l'ancienne jurisprudence du progrès technique, plus celui-ci sera important, plus on aura tendance à admettre la non-évidence. Dans le cas contraire, l'invention aurait pu être réalisée dans le cadre de l'évolution normale de la technique³⁹².

169. Les préjugés vaincus (par une solution osée, alors que celle-ci semblait vouée à l'échec³⁹³), un besoin insatisfait pendant une longue période (parfois les brevets antérieurs ont été invoqués dans le sens d'un besoin ressenti par les milieux intéressés³⁹⁴), l'importance du problème, les difficultés vaincues, le succès commercial, la simplicité de la solution, l'effet de surprise

³⁸⁸ Directives OEB, *op. cit.*, partie C chapitre IV, § 9.8.3, IV-30; arrêt « Prélèvement d'un liquide I et II », *sic!* 2004/2, p. 111, 113, 114.

³⁸⁹ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 17; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.3, p. 86; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 211, p. 120; arrêt « Prélèvement d'un liquide I et II », *sic!* 2004/2, p. 111, 113.

³⁹⁰ SUTTER, *op. cit.*, p. 476, 477, 478, qui, au regard de l'approche « *could-would* » établie par la jurisprudence de l'OEB, démontre que la capacité pour parvenir à la solution ne suffit pas pour conclure à l'évidence.

³⁹¹ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 219, p. 122 et s; HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 1, n° 1.55 et ss, p. 26 et ss; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 18; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5, p. 92 et ss.

³⁹² SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive, op. cit.*, p. 418 et s; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 225, p. 126; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.1.1, p. 93; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.4.1, p. 51; arrêt « Zeller Plastik », ATF 123 III 485, *JdT* 1998 I 343, 346 : « La créativité technique qui mérite l'octroi d'un brevet suppose une prestation qui dépasse le déroulement naturel du développement de la technique, qui interrompt la progression pas à pas du progrès et en réalise ainsi un raccourcissement significatif dans le domaine en question, qui enrichit la technique grâce à un saut en avant [...] ».

³⁹³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.1.2, p. 93.

³⁹⁴ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 222, p. 124.

et même une recherche coûteuse³⁹⁵ peuvent figurer au nombre des indices positifs³⁹⁶.

170. En raison du principe de territorialité stricte, l’obtention d’un brevet à l’étranger n’est pas décisive lors de l’examen de la validité d’un brevet suisse selon le Tribunal fédéral³⁹⁷. En revanche, l’utilisation des moyens équivalents, c’est-à-dire de moyens différents, mais dont la fonction est identique et conduit au même résultat, est un indice négatif³⁹⁸. De même, par exemple la transposition dans un autre domaine technique indique plutôt que l’invention est évidente³⁹⁹. Avant d’examiner la non-évidence de la formule chimique d’un produit odorant ou d’un mélange de produits odorants (2.5), il est encore nécessaire de s’intéresser à la non-évidence en matière de chimie en général. Cela nous amène aux procédés dits d’analogie (2.3), dont l’étude nous permettra par ailleurs de commenter la décision «*Relaxine*» (2.4).

2.3. *Les procédés dits d’analogie*

171. En matière de chimie, sous l’empire de l’ancien droit qui n’admettait pas la brevetabilité des substances chimiques, les procédés d’analogie avaient beaucoup d’importance⁴⁰⁰. Un procédé d’analogie peut être défini comme un procédé chimique, dans lequel la nouveauté réside dans le choix de la substance de départ, ainsi que dans le produit d’arrivée, autrement dit le produit issu de l’application de la formule chimique. Cette dernière est en revanche connue⁴⁰¹.

172. Dans l’arrêt «*Park Davis*», le Tribunal fédéral a jugé de la validité de six brevets d’invention sur des procédés pour la fabrication d’un antibiotique dénommé chloramphénicol⁴⁰². Ce dernier était nouveau au moment du dépôt, en 1948 et 1949⁴⁰³. Cet antibiotique a été isolé d’un produit, lui-même issu des

³⁹⁵ BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.148, p. 155; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 63, p. 16.

³⁹⁶ PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 18; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.4, p. 51; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.141 à 4.148, p. 152 et ss; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 62, p. 15, n° 63, p. 16.

³⁹⁷ *Maison A. c/ X.*, du 27 janvier 1988, (ci-après arrêt «*Maison A. c/ X.*») ATF 114 II 82, *JdT* 1988 I 291, 294; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.1.4, p. 95; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.4.4, p. 52; plus nuancé DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 224, p. 125.

³⁹⁸ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.2.1, p. 95; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.5, p. 52.

³⁹⁹ K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 11 n° 6.6.1, p. 52; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 18; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.149, p. 155.

⁴⁰⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.3.2, p. 98.

⁴⁰¹ PETRANKER, *op. cit.*, p. 19, 20; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 21.

⁴⁰² Arrêt «*Park Davis*», ATF 93 II 504, 505.

⁴⁰³ Arrêt «*Park Davis*», ATF 93 II 504, 505.

transformations organiques d'un micro-organisme⁴⁰⁴. La société Parke Davis & Company (ci-après Park Davis) a déterminé la structure chimique et réalisé la synthèse de cet antibiotique après l'avoir analysé⁴⁰⁵.

173. Le Tribunal fédéral constate que le chloramphénicol, qui existait dans la nature, a été découvert par Park Davis, après « [...] un travail patient, systématique, minutieusement organisé et qui a sans doute requis des moyens importants; mais la découverte est demeurée secrète »⁴⁰⁶. Il en déduit qu'elle est nouvelle au sens de l'ancienne loi sur les brevets d'invention de 1907 qui était applicable⁴⁰⁷.

174. En ce qui concerne l'ancien critère du niveau inventif, le Tribunal fédéral constate qu'en matière de chimie, « [...] le problème de l'inventeur consiste dans le choix du produit initial et de la réaction chimique en fonction du produit final »⁴⁰⁸. Etant donné que la structure de la substance chimique finale et le choix de la substance initiale étaient inconnus de l'homme du métier, le Tribunal fédéral a considéré que la synthèse du chloramphénicol n'était pas à sa portée et que, partant, le seuil du niveau inventif était atteint⁴⁰⁹.

175. Les procédés dits d'analogie sont en conséquence susceptibles d'être brevetables⁴¹⁰, comme cet arrêt le démontre. La chimie des molécules organiques a permis la synthèse de nombreuses substances naturelles. Dans ce domaine, les réactions chimiques nouvelles sont cependant rares⁴¹¹, de sorte que les procédés d'analogies y sont utiles⁴¹². Au regard du droit actuel, on peut retenir qu'une substance chimique nouvelle obtenue par un procédé d'analogie n'est pas exclue de la brevetabilité. La non-évidence d'un produit chimique nouveau peut en effet provenir de ses effets techniques, plus précisément de ses propriétés surprenantes⁴¹³.

⁴⁰⁴ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 505.

⁴⁰⁵ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 505.

⁴⁰⁶ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 512.

⁴⁰⁷ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 512.

⁴⁰⁸ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 513.

⁴⁰⁹ Arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 514.

⁴¹⁰ PERRET / AEGERTER, FJS 520, *op. cit.*, p. 21; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 377; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.3.2, p. 98; PETRANKER, *op. cit.*, p. 17 et ss.

⁴¹¹ PETRANKER, *op. cit.*, p. 18; PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *op. cit.*, p. 376; arrêt « Park Davis », ATF 93 II 504, 513.

⁴¹² PETRANKER, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹³ A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 12, p. 184; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 12 n° 6.5.3.2, p. 98; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 11 n° 6.6.4, p. 53, 54; GRUBB, *op. cit.*, p. 231; arrêt « ASTA Medica », ATF 121 III 125, JdT 1995 I 264, 269.

2.4. La décision «*Relaxine*»

176. Dans l’affaire «*Relaxine*», le brevet européen n° 112 149 a fait l’objet d’une opposition auprès de l’OEB⁴¹⁴. Les opposants ont notamment soutenu que l’isolation et la caractérisation d’un acide désoxyribonucléique codant (ADNc), pour une protéine humaine appelée «relaxine H2» et ses précurseurs, constitue une découverte exclue de la brevetabilité en raison de l’article 52 al. 2 *litt.* a CBE⁴¹⁵. Ils ont par ailleurs invoqué l’absence de nouveauté et d’activité inventive (article 54 et 56 CBE)⁴¹⁶.

177. Sur le premier argument, la Division d’opposition de l’OEB rappelle ses directives et constate que la relaxine H2 était inconnue auparavant⁴¹⁷. Elle relève néanmoins que «Le titulaire a mis au point un procédé permettant d’obtenir la relaxine H2 et l’ADN qui code pour cette dernière, a caractérisé ces produits par leur structure chimique et trouvé un usage pour la protéine⁴¹⁸.» Par conséquent, elle a rejeté avec raison l’exclusion au sens de l’article 52 al. 2 *litt.* a CBE, en rappelant que la seule découverte d’une substance dans la nature peut être brevetable, si les autres conditions sont remplies⁴¹⁹. Sur ce point, la décision ne fait que confirmer nos conclusions à propos des découvertes.

178. En ce qui concerne la nouveauté, la Division d’opposition de l’OEB observe que le corps humain ne contient pas d’ADNc qui est une copie ADN de l’ARNm humain. Pour ce seul motif, elle considère que les séquences revendiquées sont nouvelles⁴²⁰. La Division d’opposition de l’OEB ajoute cependant que l’argument du manque de nouveauté doit aussi être rejeté, si les revendications portent sur des fragments d’ADN génomique codant pour la relaxine H2⁴²¹. Cette forme de relaxine était en effet inconnue avant l’isolation, par le titulaire du brevet, d’un ADNc codant pour la relaxine H2 humaine et ses précurseurs⁴²². La Division d’opposition de l’OEB souligne à cet égard qu’il est de pratique constante d’admettre «[...] la nouveauté d’une substance naturelle isolée pour la première fois, et dont l’existence n’était pas connue auparavant»⁴²³.

⁴¹⁴ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388 et ss.

⁴¹⁵ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 396.

⁴¹⁶ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 394, 395.

⁴¹⁷ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 396.

⁴¹⁸ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 396.

⁴¹⁹ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 396, 397.

⁴²⁰ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 394.

⁴²¹ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 394.

⁴²² Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 394.

⁴²³ Décision «*Relaxine*», *JO* 1995/6, p. 388, 394.

179. Les opposants ont encore invoqué le fait que les moyens utilisés pour isoler l'ADN codant étaient classiques⁴²⁴. La Division d'opposition de l'OEB a cependant rejeté cet argument, au motif qu'un produit, inconnu auparavant, a été révélé pour la première fois au public⁴²⁵. Il s'ensuit qu'elle a également admis l'activité inventive (art. 56 CBE):

«Un tel acte est considéré comme impliquant une activité inventive, quelles que soient les méthodes utilisées pour obtenir le produit. Il est considéré que les revendications impliquent une activité inventive car il n'existe aucune antériorité pertinente (la <femme> citée par les opposants ne constituant pas une antériorité pertinente) permettant de qualifier d'évident l'objet revendiqué⁴²⁶.»

180. Nouveauté et activité inventive sont étroitement liées. Cet arrêt montre que dans ce domaine, si l'on appliquait ces critères de manière stricte, l'isolation d'une nouvelle substance ne pourrait jamais faire l'objet d'un brevet. Comme pour les procédés d'analogie, la connaissance du procédé pour isoler l'ADN codant ne porte pas préjudice à la nouveauté et à l'activité inventive. Ainsi, on peut retenir, dans un tel cas, que ce n'est pas le procédé qui importe, mais le fait que le produit soit nouveau et possède des propriétés particulières. La division d'opposition de l'OEB n'a cependant pas mis en évidence ce dernier point. L'inventeur doit en définitive contribuer à faire évoluer l'état de la technique.

181. En matière de chimie en général, étant donné que les produits chimiques sont désormais brevetables, la théorie des procédés d'analogie n'est plus nécessaire. Un produit chimique sera considéré comme non-évident s'il présente des propriétés particulières, comme cela était le cas selon la théorie précitée. On précisera néanmoins que la non-évidence doit se situer dans le domaine de la technique. En effet, à notre avis, l'invention qui consiste à mélanger différents ingrédients connus selon des choix purement esthétiques, sans supprimer certaines difficultés techniques, ne satisfait pas au critère de l'activité inventive. Pour nous, il s'agit alors d'en prendre la mesure à propos du jus du parfum (2.6) et de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants (2.5). S'agissant de la non-évidence de ces derniers, nous l'analyserons à l'aide d'exemples de brevets déposés en Suisse, aux Etats-Unis et dans le cadre de la Convention de Munich (2.5.1 à 2.5.6).

⁴²⁴ Décision «Relaxine», JO 1995/6, p. 388, 395.

⁴²⁵ Décision «Relaxine», JO 1995/6, p. 388, 395.

⁴²⁶ Décision «Relaxine», JO 1995/6, p. 388, 395.

2.5. *La non-évidence de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants*

2.5.1. *Le brevet CH 689 624 A5*

182. Intitulé « Composés polycycliques et leur utilisation en tant qu'ingrédients parfumants », le brevet CH 689 624 A5 concerne notamment un produit, dont la structure et le procédé d'obtention existaient dans l'état de la technique au moment du dépôt. Aucune utilité pratique n'était cependant connue pour ce produit⁴²⁷. L'invention décrit le produit précité pour une utilisation dans le domaine de la parfumerie : « Nous avons découvert que, de façon surprenante, la tricyclo[6.2.2.0^{2,7}]dodéc-9-én-3-one sert à développer une note aromatique et fruitée avec une sous-note verte. Son caractère évoque la myrte et l'armoise avec son côté franchement thuyonique. Elle possède également un caractère floral de type géranium⁴²⁸. »

183. Par ailleurs, on notera que le brevet CH 689 624 A5 revendique un composé, de structure nouvelle, qui était inconnu de l'homme du métier au moment du dépôt :

« L'acétate 3-méthyletricyclo[6.2.2.0^{2,7}]dodéc-9-én-3-yle présente, quant à lui, le caractère ambré propre à la note de tête de l'ambre gris, sans posséder son caractère marin. Cette note le distingue de son homologue inférieur, lequel présente un aspect beaucoup plus chimique, presque benzoïque dans la direction de l'Ylang. Il s'est avéré en pratique que l'emploi de l'acétate de l'invention permet de compléter de façon harmonieuse l'effet conféré par l'Ambrox (marque enregistrée de Firmenich), en donnant aux compositions dans lesquelles les deux ingrédients sont incorporés une note de tête distincte qui amplifie la note de fond propre à l'Ambrox⁴²⁹. »

184. Ce brevet nous donne dès lors un double exemple des possibilités d'argumenter en faveur de l'activité inventive. D'une part, il est possible de soutenir que l'invention consiste en un produit odorant nouveau qui possède des propriétés particulières. D'autre part, on peut invoquer que le produit chimique était certes connu de l'homme du métier, mais qu'au regard de l'état de la technique, ses propriétés olfactives sont non-évidentes pour ce dernier.

185. On précisera que pour se déterminer sur la non-évidence d'un brevet, il est nécessaire d'examiner l'ensemble des revendications, si possible avec l'aide d'un expert. Par ailleurs, selon l'article 87 al. 2 LBI, on relèvera que, pour les demandes de brevets en Suisse, il existait un examen de la nouveauté et de la non-évidence. Cet examen préalable était limité à deux domaines :

⁴²⁷ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, p. 2.

⁴²⁸ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, p. 2.

⁴²⁹ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, p. 2, 7.

la mesure du temps et l'amélioration des fibres textiles. Désormais, les demandes de brevets en Suisse ne font plus l'objet d'un examen matériel⁴³⁰.

2.5.2. *Le brevet CH 689 372 A5*

186. Un autre brevet suisse (CH 689 372 A5), intitulé «Aldéhyde arakylque et son utilisation en tant qu'ingrédient parfumant», porte aussi sur une structure connue⁴³¹. Au moment du dépôt, le «2-(4-isobutyl-1-phényl)-propanal» était disponible sur le marché et pouvait être obtenu par des procédés connus⁴³². L'invention décrit cependant une utilisation dans le domaine de la parfumerie comme suit :

«Il possède en effet un caractère hespéridé, vert qui rappelle les qualités olfactives de la limette et de la verveine, agrémenté d'un côté aldéhydé-muguet. Son élégance et sa diffusion en font un co-ingrédient très intéressant dans de nombreuses compositions parfumantes et bases concentrées. Bien qu'il soit chimiquement apparenté de par sa structure à des composés odorants connus, tel que le Lillial® (marque enregistrée par Givaudan) ou de l'aldéhyde homocyclamen, nous avons découvert de façon surprenante que ses propriétés se distinguaient de celles développées par ces derniers composés par un caractère original de type hespéridé et herbacé. Son emploi est donc distinct de celui des composés mentionnés qu'il ne saurait remplacer⁴³³.»

187. A l'instar du produit décrit dans le premier brevet, mentionné ci-dessus, l'argumentation développée à propos de l'activité inventive consiste à soutenir, au regard de l'état de la technique au moment du dépôt, que l'utilisation du «2-(4-isobutyl-1-phényl)-propanal» dans le domaine de la parfumerie n'était pas évidente pour l'homme du métier.

2.5.3. *Le brevet US 6 774 260 B2*

188. Aux Etats-Unis, le brevet US 6 774 260 B2, intitulé «*Fruity musk compositions*», divulgue des esters en tant qu'ingrédients parfumants qui n'étaient pas connus dans l'état de la technique⁴³⁴. La description du brevet explique que l'inventeur a découvert que ces composés ont une note fruitée et musc et qu'ils peuvent être utilisés comme produits de base pour des parfums, en conférant des caractéristiques fraîches, dynamiques et résistantes⁴³⁵. Là encore, ce brevet nous donne un exemple d'activité inventive qui provient d'un produit odorant nouveau et avec des propriétés particulières.

⁴³⁰ DESSEMENTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 231, p. 129.

⁴³¹ Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 1, 2.

⁴³² Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 2.

⁴³³ Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, p. 3.

⁴³⁴ Brevet US 6 774 260 B2, délivré à International Flavors & Fragrances Inc., le 10.08.2004, abrégé, p. 1.

⁴³⁵ Brevet US 6 774 260 B2, délivré à International Flavors & Fragrances Inc., le 10.08.2004, p. 2.

2.5.4. *Le brevet US 6 297 211 B1*

189. Toujours aux Etats-Unis, le brevet US 6 297 211 B1 s’intitule: «*odorant compositions*»⁴³⁶. L’invention comprend les isomères «(6E)- et (6Z) de 3,6-dimethyloct-6-en-1-ols et 6-ethyl-3-methyloct-6-en-1-ols» et leurs mélanges. Ces derniers sont cependant libérés de leurs isomères correspondant avec double lien «oct-5-ene»⁴³⁷. La description de ce brevet mentionne d’autres composés qui permettent d’obtenir une fragrance très proche de celle du muguet⁴³⁸. Ces produits ont cependant en commun un groupe aldéhyde qui confère une instabilité du composé en cas d’oxydation ou dans un milieu alcalin⁴³⁹.

190. Par ailleurs, l’état de la technique comporte des alcools sans fonction aldéhyde. Ces derniers n’ont toutefois pas la qualité naturelle et la force des aldéhydes mentionnés précédemment⁴⁴⁰. Enfin, il est fait état d’un composé divulgué dans le brevet GB 1 167 776, qui a une odeur de muguet et de rose. En parallèle, il contient cependant une note moisie désagréable⁴⁴¹.

191. L’invention décrite dans le brevet US 6 297 211 B1 révèle, de manière surprenante, que cette note désagréable est due au «oct-5-en-1-ols 6-ethyl-3-methyloct-5-en-1-ol» et «5E/Z)-3,6-dymethyloct-5-en-1-ol». Bien plus, elle précise qu’en l’absence d’un de ces composés, on obtient des mélanges qui n’ont pas les désavantages précités⁴⁴².

192. Le problème technique, résolu par ce brevet, était de trouver une fragrance proche de celle du muguet naturel, sans comporter les désavantages des produits existant dans l’état de la technique. La solution consiste à retirer les composés, qui confèrent à un produit existant dans l’état de la technique une odeur moisie. Elle n’était pas évidente pour l’homme du métier. Il s’en-suit que l’activité inventive est justifiée. En identifiant le composé responsable de l’odeur moisie qui peut être retiré, ce brevet permet de surmonter une difficulté de nature technique.

2.5.5. *Le brevet EP 1 051 148 B1*

193. Dans le cadre de la Convention de Munich, le brevet EP 1 051 148 B1 s’intitule «Composition parfumante transparente»⁴⁴³. Selon la description de

⁴³⁶ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 1.

⁴³⁷ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, abrégé p. 1.

⁴³⁸ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 2.

⁴³⁹ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 2.

⁴⁴⁰ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 2.

⁴⁴¹ Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 2.

⁴⁴² Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, p. 2.

⁴⁴³ Brevet EP 1 051 148 B1, délivré à Firmenich SA le 30.06.2004, p. 1.

ce brevet, les compositions transparentes existent dans l'état de la technique, en particulier sous forme de microémulsions. Ces dernières contiennent néanmoins de grandes quantités d'agents tensioactifs par rapport à la quantité d'ingrédients parfumants à intégrer⁴⁴⁴. Un autre type de compositions transparentes, sous forme de nanoémulsions, se trouve également dans l'état de la technique. Ces compositions comprennent de moins grandes quantités d'agents tensioactifs, mais leur procédé de préparation est difficile et délicat.

194. Quant aux émulsions décrites comme classiques, elles sont trop visqueuses. Le brevet EP 1 051 148 B1 permet de résoudre «[...] les différents problèmes rencontrés dans l'art antérieur au moyen d'une composition parfumante essentiellement dépourvue de solvants organiques volatiles ou VOC définis par l'E.P.A (Environmental Protection Agency), en particulier une composition dépourvue d'éthanol, et transparente»⁴⁴⁵.

195. Ce brevet donne encore un exemple de problème, au regard de l'état de la technique en matière de parfumerie, pour lequel l'invention offre une solution qui n'était pas évidente pour l'homme du métier. En supprimant les difficultés techniques, connues par l'homme du métier dans la fabrication des compositions transparentes, l'inventeur ne se contente pas d'un apport esthétique. L'activité inventive porte en effet sur un problème technique, ce qui justifie la protection par un brevet d'invention.

2.5.6. *Le brevet EP 0 876 325 B1*

196. Pour terminer, on citera le brevet EP 0 876 325 B1, dont le titre est reproduit comme suit: «Procédé d'obtention de compositions parfumantes et de produits parfumés et produits ainsi obtenus»⁴⁴⁶. Dans ce brevet, l'invention ne vise pas seulement un ester d'un acide alkylsalicylique de formule déterminée, mais également un procédé:

«Plus spécifiquement, la présente invention a pour objet un procédé pour l'obtention de compositions parfumantes, de substances et produits parfumés destinés à la parfumerie caractérisé par le fait que l'on ajoute aux constituants usuels de ces compositions, substances et produits finis, une quantité efficace d'un ester d'un acide alkylsalicylique⁴⁴⁷.»

197. Ce brevet protège donc un procédé qui permet d'obtenir un mélange de produits odorants. L'intérêt de ce dernier brevet est de démontrer que, contrairement à ce qu'on pourrait croire, il existe des difficultés de nature technique dans le procédé. Bien davantage, il est possible de trouver des solutions non-évidentes à ce genre de problèmes.

⁴⁴⁴ Brevet EP 1 051 148 B1, délivré à Firmenich SA le 30.06.2004, p. 2.

⁴⁴⁵ Brevet EP 1 051 148 B1, délivré à Firmenich SA le 30.06.2004, p. 2.

⁴⁴⁶ Brevet EP 0876 325 B1, délivré à Rhodia Chimie le 09.01.2002, p. 1.

⁴⁴⁷ Brevet EP 0876 325 B1, délivré à Rhodia Chimie le 09.01.2002, p. 2.

Conclusions sur la non-évidence de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants

198. La non-évidence pour un produit odorant ou un mélange de produits odorants peut ainsi être classée en plusieurs catégories. La principale consiste en un produit ou un mélange nouveau avec des propriétés particulières. On trouve ensuite les produits ou mélanges connus, mais dont l'usage n'avait pas été révélé en matière de parfumerie. Enfin, il existe des procédés particuliers ou des problèmes techniques spécifiques à la parfumerie que l'inventeur a réussi à résoudre, d'une manière non-évidente pour l'homme du métier.

199. Après cet examen de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants, se pose la question de savoir s'il en est de même pour l'analyse du jus du parfum représenté par sa recette ou sa formule chimique.

2.6. Le jus du parfum

200. Avant de nous déterminer sur la non-évidence du jus du parfum (2.6.2), nous nous demanderons si lors de cet examen il y a lieu de distinguer entre la formule chimique et la recette du parfum (2.6.1). Pour ce faire, nous proposons d'étudier une recette de cuisine avec l'affaire « *Croustade I* » (2.6.1.1) et le brevet CH 689 372 A5 dans le domaine alimentaire (2.6.1.2).

2.6.1. La recette du jus du parfum

2.6.1.1. L'arrêt « Croustade I »

201. Dans l'arrêt « *Croustade I* », la Cour de Paris devait se prononcer sur la validité d'un brevet français n° 69 40493, déposé le 25 novembre 1969, revendiquant la recette de cuisine d'« [...] une croustade préparée selon un procédé consistant à réaliser avant la cuisson et la friture l'assaisonnement par addition de condiments [...] »⁴⁴⁸.

202. Dans cet arrêt, le caractère industriel de l'invention n'était pas remis en cause ; en revanche tant la nouveauté que l'activité inventive étaient contestées⁴⁴⁹. Dès lors qu'aucune preuve d'une antériorité opposable au brevet n'a pu être apportée, la Cour de Paris a considéré que l'invention était nouvelle⁴⁵⁰. En revanche, elle a annulé le brevet pour défaut d'activité inventive⁴⁵¹. On notera

⁴⁴⁸ Arrêt « *Croustade I* », ANPI 1977, p. 96.

⁴⁴⁹ Arrêt « *Croustade I* », ANPI 1977, p. 98.

⁴⁵⁰ Arrêt « *Croustade I* », ANPI 1977, p. 98, 99.

⁴⁵¹ Arrêt « *Croustade I* », ANPI 1977, p. 99, 100.

que la Cour de cassation a confirmé l'arrêt⁴⁵². A propos de l'activité inventive, la Cour de Paris a jugé que l'invention était évidente en développant l'argumentation qui suit :

« [...] ce même homme du métier, habitué à séparer ou à fondre en une seule les opérations consistant en la fabrication d'un mets et en son assaisonnement, était déjà, à l'époque du dépôt du brevet, obligatoirement amené à déduire de ses connaissances professionnelles et de l'existence des deux opérations successives de la fabrication d'une pâte, avec cuisson et friture d'une part, et de son assaisonnement d'autre part, la fusion en une seule opération, avant cuisson et friture, de la fabrication de la pâte et de l'assaisonnement [...]»⁴⁵³.

203. La Cour de Paris a ainsi constaté, avec raison, l'absence d'activité inventive. L'état de la technique comprenait en effet les deux étapes successives précitées. Comme la Cour de Paris le relève, l'état de la technique incitait l'homme du métier, en l'occurrence le cuisinier, à trouver la solution qui est de fondre ces deux étapes en une seule. Cet exemple démontre, nonobstant le caractère évident de la solution, qu'une recette peut permettre de résoudre un problème de nature technique, en l'occurrence fondre deux étapes en une seule. Il ressort également de cet exemple que la réponse à la question de la non-évidence est indépendante de la représentation de l'invention sous forme de recette ou de formule chimique, mais s'analyse uniquement en fonction du problème technique en cause.

2.6.1.2. Le brevet CH 686 394 A5

204. Comme l'indique son titre « Pain et sa pâte », le brevet CH 686 394 A5 revendique un procédé de fabrication d'un pain, ledit pain et sa pâte⁴⁵⁴. Cette dernière est caractérisée par un taux d'hydratation avant fermentation anormalement élevé compris entre 85 et 95%, une quantité de levure inférieure à 2,5% et par le fait de contenir de la pâte préalablement fermentée⁴⁵⁵. La deuxième revendication de ce brevet porte sur un pain dont la pâte répond aux caractéristiques précitées et dont la composition en partie pondérale est décrite comme suit :

– farine mi-blanche panifiable	100 parties
– eau	80 à 100 parties
– pâte fermentée (2/3 farine, 1/3 eau)	12 à 20 parties
– sel	2 à 4 parties
– levure de boulangerie	0,1 à 0,4 partie.»

⁴⁵² Bary c/ Gesnoin, Cour de cassation du 3 mai 1978, (ci-après arrêt « *Croustade II* »), ANPI 1978, p. 157.

⁴⁵³ Arrêt « *Croustade I* », ANPI 1977, p. 99, 100.

⁴⁵⁴ Brevet CH 686 394 A5, délivré à Aimé Pouly le 29.03.1996, p. 1, 4.

⁴⁵⁵ Brevet CH 686 394 A5, délivré à Aimé Pouly le 29.03.1996, p. 1, 2, 4.

205. Le rapport entre les quantités d’eau et de matière sèche, en d’autres termes le « taux d’hydratation » selon le terme consacré dans le domaine de la boulangerie, est de l’ordre de 65% pour un pain traditionnel⁴⁵⁶. Le taux d’hydratation particulièrement élevé décrit dans cette invention permet notamment de prolonger la durée de conservation du pain et de réduire son coût de fabrication⁴⁵⁷. L’intérêt de ce brevet est de montrer qu’une recette complète, soit d’un produit fini, par le choix d’ingrédients certes connus, mais mélangé entre eux dans des proportions particulières, est susceptible de constituer une invention qui résout un problème technique de manière nouvelle et non-évidente. Dans ce brevet, l’activité inventive réside dans la suppression de manière non-évidente du problème lié à la durée de conservation du pain.

206. Pour le chimiste, un mélange d’ingrédients odorants connus dans des proportions définies selon une recette de jus de parfum peut avoir des implications techniques de la même manière que la formule chimique du jus du parfum. Le fait que le jus d’un parfum soit représenté par sa recette plutôt que par sa formule chimique est dès lors sans pertinence par rapport à la question de la non-évidence. Par conséquent, nous nous intéresserons à la non-évidence du jus du parfum sans égard à sa représentation.

2.6.2. *La non-évidence du jus du parfum*

207. Pour se déterminer sur la non-évidence du jus du parfum, on peut se demander s’il est possible de faire le même raisonnement que pour un produit odorant ou un mélange de produits odorants. Plus précisément, la question est de savoir si le jus du parfum peut constituer un mélange chimique non-évident. Dans ce cas, on pourrait soutenir, comme pour les procédés dits d’analogie, que le problème technique et l’activité inventive résident dans le choix de la substance de départ et la structure de celle d’arrivée. Pour le jus du parfum, il nous semble qu’on doit néanmoins se montrer plus prudent. En effet, en élargissant ce raisonnement à l’extrême, on pourrait l’étendre au peintre qui utilise différents produits chimiques et parvient à un produit final, le tableau, dont la structure chimique serait nouvelle et non-évidente.

208. Selon PAMOUCDJIAN, il existe des jus de parfums qualifiables de « pseudo-parfums » ou eaux de toilettes qui sont évidents pour l’homme du métier⁴⁵⁸. A titre d’exemple, il cite de simples dilutions dans l’alcool, composées « [...] de musc synthétique ou d’huile essentielle de bergamote ou de citron ou de patchouli [...] », de même que les eaux de Cologne ou de Lavande⁴⁵⁹. Seraient en revanche non-évidents pour l’homme du métier au re-

⁴⁵⁶ Brevet CH 686 394 A5, délivré à Aimé Pouly le 29.03.1996, p. 2.

⁴⁵⁷ Brevet CH 686 394 A5, délivré à Aimé Pouly le 29.03.1996, p. 4.

⁴⁵⁸ PAMOUCDJIAN, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁵⁹ PAMOUCDJIAN, *op. cit.*, p. 194.

gard de l'état de la technique « [...] les vrais parfums ou extraits (ou dérivés d'extraits), c'est-à-dire ceux ayant fait l'objet d'une recherche approfondie [...] »⁴⁶⁰.

209. Pour donner des exemples, PAMOUKDJIAN s'interroge comme suit : « Quel parfumeur pourrait affirmer que notamment < quelques fleurs > d'Houbigant, le < 5 > de Chanel, < Femme > de Rochas découlent d'une manière évidente de la technique ? »⁴⁶¹ Ainsi seuls les « grands parfums » pourraient être protégés⁴⁶². De manière similaire, LEGER voit l'activité inventive « [...] dans un arrangement inédit de matériaux, dans la conjugaison de notes apparemment contradictoires réalisant une harmonie insolite, dans l'utilisation inédite de tels matériaux »⁴⁶³.

210. Dans la recette de PAMOUKDJIAN, que nous avons reproduite au début de ce chapitre, l'invention consiste à mélanger de l'huile essentielle de rose de France, du géranjol, du citronellol, de l'alcool phényléthylique, du ionone alpha, du linalol brésil, de l'huile essentielle d'iris, de l'huile essentielle de bergamote de Calabre, de l'huile essentielle de guinée, de l'aldéhyde C8 au 1/10^e, de l'aldéhyde C9 au 1/10^e, de l'aldéhyde C10 au 1/10^e, de l'oxyde de phényle et du benzophénone⁴⁶⁴. Cette composition doit encore être complétée avec de l'alcool à 90° et être filtrée après trois mois de repos⁴⁶⁵. Contrairement à un produit odorant ou à un mélange à la base d'un parfum, lorsque le compositeur de parfums crée un tel jus, il cherche en principe à obtenir une harmonie selon des choix esthétiques. Le « problème » auquel il apporte une solution n'est dès lors pas de nature technique, mais purement esthétique. A notre avis, le mélange de différents ingrédients connus, afin d'obtenir une fragrance exceptionnelle du point de vue esthétique, ne satisfait pas à la condition de l'activité inventive au sens du droit des brevets d'invention.

211. Cela ne signifie cependant pas qu'il ne peut pas exister de solution à un problème technique dans une telle recette. Il est du reste délicat de différencier le jus du parfum d'un mélange plus petit qui le compose. En analysant la non-évidence avec des arguments tels que l'harmonie esthétique, PAMOUKDJIAN et LEGER confondent, à notre avis, le caractère technique avec le résultat esthétique. Comme nous l'avons souligné, la finalité esthétique ne constitue pas un motif d'exclusion de la brevetabilité. Il n'en demeure pas moins que le problème, dont la solution satisfait aux conditions de nouveauté et de non-évidence, doit avoir un caractère technique.

⁴⁶⁰ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 195, 194.

⁴⁶¹ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 195, 194.

⁴⁶² PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁶³ LEGER, *op. cit.*, p. 86 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁶⁴ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁶⁵ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 191.

212. L'affirmation précitée de GALLOUX, selon laquelle la recette ne serait pas une « solution technique à un problème technique »⁴⁶⁶, est toutefois trop absolue. En effet, même si a priori le jus d'un parfum a pour vocation de résoudre un « problème » de nature esthétique, en définitive, on ne saurait exclure qu'il constitue une solution non-évidente à un problème qui relève de la technique.

Conclusions sur la nouveauté et la non-évidence

213. La formule chimique est non seulement une règle technique, mais elle est susceptible d'être nouvelle et non-évidente. Pour satisfaire au critère de la nouveauté, ladite formule doit se distinguer des antériorités qui résultent en particulier des brevets et des demandes de brevets qui sont déposés dans ce domaine. Le simple constat selon lequel un produit odorant est préexistant dans la nature ou qu'il y a invention de sélection ne détruit pas la nouveauté. Dans le cas du jus du parfum, l'homme du métier sera plus proche du compositeur de parfums que du chimiste. De plus, l'état de la technique est également différent. En l'absence d'antériorités, la nouveauté ne devrait en principe pas poser de difficultés.

214. De même que pour toute autre invention, lorsqu'un problème technique particulier au domaine de la parfumerie est résolu de manière non-évidente pour l'homme du métier, la condition d'activité inventive est remplie. Comme dans le domaine de la chimie en général, un produit odorant nouveau, avec des propriétés particulières, ou un usage qui n'était pas connu en matière de parfumerie, peuvent être considérés comme non-évidents. Pour satisfaire à cette condition, ils doivent, selon nous, permettre de résoudre de manière non-évidente une difficulté de nature technique. Il s'ensuit que la formule chimique, d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants, peut satisfaire à l'objet de la protection, ainsi qu'aux conditions de nouveauté et d'activité inventive, exigés par la loi sur les brevets d'invention.

215. Dans le cas du jus du parfum, représenté par sa formule chimique ou sa recette, on sera plus prudent. En effet, pour que le jus du parfum puisse être brevetable, la nouveauté et la non-évidence doivent porter sur un problème technique et non pas esthétique. A notre avis, pour satisfaire à la condition de l'activité inventive, comme dans le cas des produits odorants ou mélanges de produits odorants, le jus du parfum doit permettre de surmonter de manière non-évidente une difficulté de nature technique. Par conséquent, le seul fait de mélanger différents ingrédients connus pour obtenir une fragrance, dont l'effet esthétique est merveilleux, ne remplit pas le critère de l'activité

⁴⁶⁶ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642; BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

inventive au sens du droit des brevets d'invention. Dès lors qu'on ne peut cependant pas exclure que le jus d'un parfum présente une solution non-évidente à un problème technique, l'absence de brevets sur des jus de parfum, en pratique, semble aussi reposer sur des motifs stratégiques.

216. Au regard du droit français des brevets d'invention, DUBARRY considère que tant le jus du parfum que la formule chimique d'un ou de plusieurs composants sont protégeables, mais que cette protection est inefficace. DUBARRY explique l'absence de brevets dans la pratique par la durée de protection trop courte et l'obligation de divulguer la formule⁴⁶⁷. Pour nous prononcer sur cet avis, on examinera les conditions formelles de protection.

⁴⁶⁷ DUBARRY, *op. cit.*, p. 17, 21.

Section 3. Les conditions formelles de protection

217. La LBI ne confère aucune protection avant le dépôt d’une demande de brevet (art. 49 LBI)⁴⁶⁸. Dans les pays européens qui ont ratifié la Convention de Munich, la demande peut faire l’objet d’un dépôt centralisé pour obtenir un brevet qui se scinde en un faisceau de brevets nationaux⁴⁶⁹. Quant au traité de coopération en matière internationale, conclu à Washington le 19 juin 1970 (PCT), il permet essentiellement d’unifier, en matière internationale, la procédure de dépôt et d’examen des demandes de brevets⁴⁷⁰.

218. Dans le cadre de notre étude, l’examen de la demande de brevet, par les autorités compétentes, de même que les questions relatives aux taxes et annuités ne sont pas pertinentes. En revanche, on s’intéressera à certains aspects du contenu de la demande de brevet. Selon l’article 49 al. 2 LBI, la demande de brevet doit comporter une requête qui sollicite la délivrance du brevet, une description de l’invention, une ou plusieurs revendications, les dessins auxquels se réfèrent la description ou les revendications et un abrégé. Parmi ces exigences, la description (§ 1) et les revendications (§ 2) constituent les éléments essentiels de la demande de brevet qui doivent être analysés plus en détail, ci-après.

§ 1. La description

1.1. Notions générales

219. L’obligation de description de l’invention ressort de l’article 50 LBI qui est l’équivalent de l’article 83 CBE. En vertu de l’article 50 LBI: «L’invention doit être exposée, dans la demande de brevet, de façon telle qu’un homme de métier puisse l’exécuter⁴⁷¹.» Si ce n’est pas le cas, le juge peut constater la

⁴⁶⁸ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 320, p. 171.

⁴⁶⁹ PERRET / AEGERTER, *FJS 519, op. cit.*, p. 6; PERRET, François / AEGERTER, Cédric, «Brevets d’invention III», *FJS 521/1995*, (ci-après PERRET / AEGERTER, *FJS 521*), p. 18; PERRET, François, «Territorialité des droits de propriété industrielle et compétence «extra-territoriale» du juge de la contrefaçon – Etat de la question en droit des brevets d’invention», in: *Etudes de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François POUDRET*, Lausanne 1999, (ci-après PERRET, *Territorialité*), p. 128.

⁴⁷⁰ *RS O.232.141.1.*

⁴⁷¹ MÜNCH, Otto / LIEBETANZ, Michael, «Patentanmeldung», in: *BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, § 6 n° 6.8, p. 194; COMTE, Jean-Louis «Schweizerisches Patenterteilungsverfahren», in: *BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, (ci-après COMTE, *Patenterteilungsverfahren*), § 7 n° 7.46, p. 236; PERRET / AEGERTER, *FJS 521, op. cit.*, p. 4; BERTSCHINGER, *op. cit.*, § 4 n° 4.11, p. 94, à propos de la notion d’invention.

nullité du brevet selon l'article 26 al. 1 ch. 3 LBI (art. 138 al. 1 *litt.* b CBE)⁴⁷². L'article 26 al. 3 de l'Ordonnance sur les brevets (ci-après OBI) précise que l'invention doit être présentée en des termes qui permettent à l'homme du métier de comprendre le problème technique et sa solution⁴⁷³. Ce faisant, il ne doit cependant faire ni des dépenses déraisonnables, ni preuve d'activité inventive⁴⁷⁴.

220. L'article 26 al. 5 OBI dispose de surcroît que la description « [...] doit contenir au moins un exemple de réalisation de l'invention, à moins que celle-ci ne soit suffisamment exposée d'une autre manière »⁴⁷⁵. L'homme du métier doit ainsi pouvoir réaliser tous les modes d'exécution qui tombent dans le champ d'application des revendications⁴⁷⁶. La description a en effet pour but de divulguer l'invention, ce qui constitue le fondement même du droit des brevets d'invention⁴⁷⁷. Dès lors, on examinera si l'exigence de description est satisfaite par la formule chimique (1.2) et par la recette (1.3).

1.2. La formule chimique

221. En ce qui concerne la formule chimique, la description pourra être faite par la description verbale, ainsi que par sa représentation sous forme de dessin des liaisons chimiques (art. 26 al. 4 OBI). L'invention peut dans ce cas être décrite, comme dans la demande de brevet EP 1 174 116 A1, par une formule telle que du « (9E)-undecenonitrile » de « (9Z)-undecenonitrile » et de « 10-undecenonitrile »⁴⁷⁸.

222. Le brevet CH 689 624 A5, commenté ci-dessus, indique comme exemple au sens de l'article 26 al. 5 OBI, notamment une préparation d'une composition de base obtenue par un mélange, selon les quantités indiquées, des ingrédients suivants: acétate d'isobornyle, acétate terpényle, bornéol christ., camphène, camphre, caryolan, coranol, eucalyptol, linalol, myrcène, trans-2-hexénal à 10%, p-cymène, phéliandrène, α -pinène, propionate d'isobornyle, terpènes orange, terpinène, terpinéol, terpinolène et p-menthène-4-ol⁴⁷⁹. La description de ce brevet précise ce qui suit:

⁴⁷² PERRET / AEGERTER, *FJS* 521, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁷³ *RS* 232.141.

⁴⁷⁴ Arrêt « *Anschlaghalter II* », *sic!* 2003/7-8, p. 603, 605; SACHENMANN, Beat / BERTSCHINGER, Christoph, « Unwirksame Patente: Gründe für die Patentnichtigkeit », in: BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, § 15 n° 15.13, p. 712.

⁴⁷⁵ Cf. par exemple COMTE, *Patenterteilungsverfahren, op. cit.*, § 7 n° 7.46, p. 236.

⁴⁷⁶ Arrêt « *Anschlaghalter II* », *sic!* 2003/7-8, p. 603, 605.

⁴⁷⁷ PERRET / AEGERTER, *FJS* 521, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁷⁸ Demande de brevet EP 1 174 116 A1, déposée le 21.07.2000 par Givaudan SA, p. 2.

⁴⁷⁹ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, exemple n° 2, p. 4.

«Lorsqu’on ajoute à 55 parties en poids de la composition de base décrite ci-dessus 45 parties en poids de tricyclo[6.2.2.0^{2,7}]dodéc-9-én-3-one, on obtient une nouvelle composition dont le caractère thuyonique se situe olfactivement entre l’armoise et l’essence de cedarleaf, tout en présentant un côté naturel plaisant⁴⁸⁰.»

223. La description de la formule chimique, complétée par des exemples dans lesquels le produit odorant peut être utilisé, ne pose ainsi aucune difficulté, à l’instar d’autres inventions du domaine de la chimie. Dans la pratique, les brevets d’invention dans le domaine de la parfumerie portent en général sur la formule chimique d’un ou de plusieurs produits odorants⁴⁸¹. Dans la mesure où le jus du parfum peut être entièrement représenté par une formule chimique et qu’il peut être considéré comme une solution non-évidente à un problème technique, la description pourrait se faire de la même manière que celle d’un mélange de produits odorants. Par conséquent, elle ne présente pas de difficulté. On rappellera néanmoins que le savoir-faire serait entièrement révélé dans cette hypothèse. Voyons ce qu’il en est de la recette ?

1.3. La recette

224. Dans le cas de la recette, comme pour la formule chimique du jus du parfum, la divulgation par la description a pour effet de révéler le savoir-faire de toute la composition. Dans la mesure où un jus de parfum peut bénéficier de la protection de la LBI, à l’issue de la période relativement courte des brevets d’invention, autrement dit vingt ans (art. 14 LBI), la recette pourrait être copiée en toute impunité, grâce à la description contenue dans le brevet.

225. De l’avis de LALIGANT, la protection offerte par le droit français des brevets d’invention n’est pas adéquate ; non seulement parce qu’elle aurait pour effet de divulguer la formule du jus, mais encore parce que sa représentation présente des difficultés :

«[...] en matière de parfumerie, les revendications expresses susceptibles d’être formulées ne peuvent à l’heure actuelle porter que sur les produits entrant dans la composition de parfum, ainsi que sur leurs proportions respectives, mais point sur la liste de toutes les molécules entrant dans la composition, avec leurs proportions respectives [...]»⁴⁸².

226. Si la recette ne peut pas être décrite avec suffisamment de précision pour permettre à l’homme du métier de reproduire le parfum, un éventuel brevet serait en effet susceptible d’être nul. On rappellera qu’un tel cas peut être dû à l’utilisation de produits d’origine naturelle. Le problème rencontré

⁴⁸⁰ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, exemple n° 2, p. 4.

⁴⁸¹ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 204 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 17, 19 et ss.

⁴⁸² LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum, op. cit.*, p. 595.

lors de la description de certaines composantes chimiques n'est toutefois pas particulier au parfum. GRUBB nous enseigne, à cet égard, qu'il est possible de breveter un composé dont la structure est incertaine ou inconnue de deux manières. On peut le définir, d'une part par ses propriétés et, d'autre part, par la manière dont le produit a été obtenu (*product-by-process*). Cela comporte toutefois le désavantage de ne pas protéger un autre moyen de fabriquer la même substance⁴⁸³.

227. Par conséquent, on pourrait soutenir que même si la formule chimique du jus du parfum n'est pas déterminée, elle est reproductible au moyen de sa recette, autrement dit le procédé, avec l'indication de la provenance des produits. La recette peut ainsi être décrite avec suffisamment de précision pour permettre de divulguer l'invention à l'usage de l'homme du métier. Il s'ensuit que la description par la recette ne constitue pas un obstacle insurmontable à la brevetabilité.

§ 2. Les revendications

228. Selon les termes de l'article 52 al. 1 LBI : « Les revendications déterminent l'étendue de la protection conférée par le brevet. » Elles peuvent être interprétées au moyen de la description et des dessins (art. 51 al. 3 LBI)⁴⁸⁴. Par ailleurs, les revendications servent à apprécier la validité du brevet par rapport aux conditions de nouveauté et de non-évidence⁴⁸⁵. Se pose ainsi la question de savoir ce qui doit être revendiqué dans le cas de la recette (2.1) et de la formule chimique (2.2).

2.1. La recette

229. Si on parvient à la conclusion que la recette présente une activité inventive, la revendication devrait porter sur le procédé. Ce dernier est un

⁴⁸³ GRUBB, *op. cit.*, p. 135, 136 ; cf. aussi en droit allemand HIRSCH, Fritjoff, *Chemie-Erfindungen und ihr Schutz*, GRUR-Abhandlungen, Weinheim 1987, p. 55 et ss ; pour la CBE, cf. BLUMER, *Formulierung*, *op. cit.*, p. 135 : « Das EPA knüpft die Gewährung von product-by-process-Ansprüchen an zwei strenge Bedingungen. Das Erzeugnis, auf das der Anspruch gerichtet ist, muss an sich patentfähig sein, und die Definition des Erzeugnisses durch andere Parameter als durch die Herstellungsweise darf nicht möglich sein » ; SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*, *op. cit.*, p. 267 : « Est donc valable une revendication du genre : composition, de formule X, n'indiquant ni les propriétés ni les applications ou utilisations possibles de la composition. »

⁴⁸⁴ Birchler & Co AG c/ Marpal AG, du mars 1981, (ci-après arrêt « Birchler »), ATF 107 II 366, *JdT* 1982 I 511 : « La revendication doit être interprétée selon les règles de la bonne foi ; on se demandera si un homme du métier, avec ses connaissances et son savoir-faire peut, sur la base de la revendication, déterminer pour quoi l'inventeur requiert la protection. Dans ce contexte il faut, à la base, partir de la revendication dans son ensemble et on peut aussi prendre en considération la description de l'invention, produite avec la demande de brevet [...] »

⁴⁸⁵ PERRET / AEGERTER, *FJS* 521, *op. cit.*, p. 6, 7.

mélange selon des proportions données d'une liste d'ingrédients dont l'origine est précisée.

2.2. *La formule chimique*

230. Il existe plusieurs manières de revendiquer la formule chimique d'un produit odorant naturel ou synthétique, ou d'un mélange composé d'une combinaison de produits odorants. La revendication la plus fréquente porte sur la formule chimique du produit odorant. On trouve souvent des formulations qui consistent à revendiquer l'utilisation dans le domaine de la parfumerie d'un composé de formule déterminée dont les caractéristiques chimiques sont indiquées⁴⁸⁶.

231. Un deuxième exemple consiste à revendiquer une composition parfumante de formule chimique déterminée, qui contient un mélange de produits odorants. Par exemple la demande de brevet EP 1 174 116 A1, revendique une composition qui comprend un mélange de «(9E)-undecenonitrile», de «(9Z)-undecenonitrile» et de «10-undecenonitrile»⁴⁸⁷. On trouve également des revendications plus complexes, comme par exemple dans le brevet EP 1 0512 148 B1, intitulé «composition parfumante transparente» et commenté ci-dessus :

«Parfum, eau de toilette ou eau de Cologne sous forme d'une émulsion huile-dans-eau ou eau-dans-huile, l'huile contenant au moins un ingrédient parfumant, ladite composition comprenant de 5 à 50% en poids d'une phase dispersée et de 95 à 50% en poids d'une phase continue, la différence entre les indices de réfraction n de ladite phase dispersée et de ladite phase continue étant inférieure ou égale à 0,003, de préférence inférieure ou égale à 0.001 et la viscosité de l'émulsion étant inférieure à 10 Pa.s⁴⁸⁸.»

232. Il existe bien entendu des exemples de revendications sur la méthode de préparation. Ainsi le brevet CH 680 853 A5 contient une revendication de ce type: «Procédé pour la préparation de composé de formule (Ia), caractérisé en ce qu'on soumet à une réaction de transestérification, à l'aide d'un alkoxyde de métal alcalin, une lactone de formule [...]»⁴⁸⁹. L'exemple du brevet EP 0 876 325 B1, évoqué ci-dessus, mérite également d'être cité :

«Procédé pour l'obtention de compositions parfumantes, de substances et produits parfumés destinés à la parfumerie caractérisé par le fait que l'on

⁴⁸⁶ Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, revendication n° 1, p. 3; brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, revendication n° 2, p. 7.

⁴⁸⁷ Demande de brevet EP 1 174 116 A1, déposée le 21.07.2000 par Givaudan SA, revendication n° 1, p. 5.

⁴⁸⁸ Brevet EP 1 051 148 B1, délivré à Firmenich SA le 30.06.2004, revendication n° 1, p. 13.

⁴⁸⁹ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, revendication n° 6, p. 8.

ajoute aux constituants usuels de ces compositions, substances et produits finis, une quantité efficace d'un ester d'un acide alkylsalicylique⁴⁹⁰. »

233. Enfin, des revendications sur des produits parfumés, comme dans le brevet CH 680 853 A5 précité, peuvent être formulées comme suit : « Article parfumé contenant à titre d'ingrédient parfumant un composé de formule (Ia), ou un mélange contenant une quantité prépondérante de ce composé⁴⁹¹. » S'agissant de la formule chimique d'un jus de parfum, dans la mesure où une telle formule peut être considérée comme un problème technique nouveau et non-évident, la revendication doit porter sur l'intégralité de ladite formule chimique.

Conclusions sur les conditions formelles de protection

234. La formule chimique d'un produit odorant naturel ou synthétique, ou d'un mélange composé d'une combinaison de produits odorants, peut être décrite sans aucune difficulté. Dans le cas de la formule chimique du jus du parfum, en théorie il en va de même. Pour la recette du jus du parfum, la question est plus délicate. On ne peut cependant pas exclure que celle-ci puisse être décrite avec suffisamment de précision au sens exigé par le droit des brevets d'invention.

235. Les revendications concernent généralement un produit odorant ou un mélange composé d'une combinaison de produits odorants. Théoriquement, on peut envisager une revendication qui porte sur la formule chimique ou la recette du jus du parfum. En pratique, on ne trouve cependant pas de telles revendications.

236. Les conditions formelles de protection ne constituent dès lors pas un obstacle à la protection d'un produit odorant, d'un mélange de produits odorants ou du jus du parfum. En raison de la difficulté supplémentaire de description précitée pour la recette du jus du parfum, la section consacrée à l'atteinte à une invention brevetable sera limitée à l'examen de la formule chimique.

⁴⁹⁰ Brevet EP 0876 325 B1, délivré à Rhodia Chimie le 09.01.2002, revendication n° 1, p. 10.

⁴⁹¹ Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, revendication n° 4, p. 8.

Section 4. Atteinte à une invention brevetable en matière de parfumerie

237. Selon l’article 51 LBI, qui doit être interprété à la lumière des articles 66 *litt.* a LBI et 69 CBE⁴⁹², l’exclusivité du titulaire du droit est violée dès que l’invention brevetée est utilisée illicitement, plus précisément en présence d’une contrefaçon ou imitation⁴⁹³. Un brevet qui revendique un produit confère une protection optimale. En particulier, il protège contre la fabrication du produit breveté par un autre procédé⁴⁹⁴. Selon l’article 8 al. 3 LBI, si le brevet porte sur un procédé, le produit n’est protégé que s’il est effectivement fabriqué au moyen de ce procédé⁴⁹⁵.

238. Dans le cadre de cette section, avant d’examiner la violation d’une formule chimique en matière de parfum (§ 2), nous donnerons des précisions sur la notion de contrefaçon et d’imitation (§ 1). Pour ce faire, nous exposerons quelques notions générales (1.1) et commenterons l’arrêt «*Doxycyclin III*» (1.2).

§ 1. La contrefaçon et l’imitation

1.1. Notions générales

239. La contrefaçon consiste en la reprise de tous les éléments caractéristiques de l’invention brevetée, de la règle technique, telle qu’elle est décrite dans les revendications ou peut en être déduite⁴⁹⁶. Du point de vue théorique, «*Les contrefaçons sont facilement décelables en pratique, puisqu’elles reproduisent l’objet même de l’invention*⁴⁹⁷». Dans le domaine de la chimie, il semble que cela n’est cependant pas toujours aussi simple.

⁴⁹² BLUMER, Fritz, «*Schutzbereich des Patents*», in: *BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle/Genève/Munich 2002, (ci-après «*BLUMER, Schutzbereich*»), § 14 n° 14.18, p. 655, § 14 n° 14.26, p. 659, 660; BRUNNER, Eugène, «*Der Schutzbereich europäisch erteilter Patente aus schweizerischer Sicht – eine Spätlese*», *sic!* 1998/4, p. 348; HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 51, n° 51.48, p. 239.

⁴⁹³ MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 161, p. 34; BRUNNER, *op. cit.*, p. 349; PERRET, François / AEGERTER, Cédric, «*Brevets d’invention IV*», *FJS 522/1995*, (ci-après PERRET / AEGERTER, *FJS 522*), p. 15: «*Utilise l’invention illicitement celui qui accomplit sans droit l’un des actes visés à l’art. 8 LBI, et ce à des fins professionnelles. On rappellera que l’imitation est considérée comme une utilisation illicite de l’invention (art. 66 let. a in fine LBI).*»

⁴⁹⁴ STIEGER, Werner, «*Die Rechte aus dem Patent und aus der Patentanmeldung*», in: *BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle/Genève/Munich 2002, § 11 n° 11.43, p. 373; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 19.

⁴⁹⁵ STIEGER, *op. cit.*, § 11 n° 11.100, p. 390; PERRET / AEGERTER, *FJS 520, op. cit.*, p. 19.

⁴⁹⁶ PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 15, 16; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 56 n° 1.3, p. 863; BRUNNER, *op. cit.*, p. 349.

⁴⁹⁷ PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 16; BRUNNER, *op. cit.*, p. 349.

240. Contrairement aux contrefaçons, les imitations ne font que reprendre les éléments essentiels⁴⁹⁸. Les éléments qui aux yeux de l'homme du métier sont indispensables pour le brevet en cause doivent être considérés comme essentiels⁴⁹⁹. La difficulté de l'imitation réside dans la nécessité d'interpréter le brevet de manière extensive, au-delà des formes d'exécution définies dans celui-ci⁵⁰⁰. De l'avis de PERRET et AEGERTER, la démarche est donc abstraite et impose de rechercher « [...] une idée de solution ou un dénominateur technique commun qui permettra en quelque sorte de faire tomber la réalisation arguée d'imitation sous le coup de la définition protégée »⁵⁰¹.

241. Selon le Tribunal fédéral, il y a imitation lorsque seuls des points secondaires sont différents et que le contenu essentiel de l'idée inventive (« l'essence de l'idée inventive ») est repris⁵⁰². Si, pour l'homme du métier, les différences sont évidentes au regard de la règle revendiquée dans le brevet, en d'autres termes ne constituent pas une nouvelle idée inventive, il pourra s'agir d'une imitation⁵⁰³.

242. L'imitation dépend généralement du cas concret⁵⁰⁴. Par ailleurs, le recours à un expert est sans doute nécessaire pour aider le juge à la constater⁵⁰⁵. Elle peut consister en l'omission d'un ou de plusieurs éléments secondaires ou dans le fait de remplacer un élément par un autre⁵⁰⁶. Pour établir l'imitation, il est possible d'avoir recours à la théorie des équivalents, autrement dit l'usage de moyens qui exercent la même fonction et produisent le même effet technique, le même résultat, de manière évidente pour l'homme du

498 PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 16.

499 PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 16.3.3, p. 156.

500 PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 16; BRUNNER, *op. cit.*, p. 349 et ss.

501 PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 16.

502 Mägert Bautechnik SA c/ Emil Sigg & System Albanese, du 9 décembre 1998, (ci-après arrêt « *RISA* »), *ATF 125 III 29, JdT 1999 I 446, 447*; Heinz S. c/ V. SA et B SA, du 16 novembre 1989, (ci-après arrêt « *Disques* »), *ATF 115 II 490, JdT 1990 I 594*; Stamm c/ Carl Sigerist et Co, du 10 février 1971, (ci-après arrêt « *Porte battante* »), *ATF 97 II 85, JdT 1971 I 611, 612*; Charles Aerni SA c/ Vulcain et Studio SA, du 27 juin 1972, (ci-après arrêt « *Montre Cricket* »), *ATF 98 II 325, 331*; cf. aussi JENNY, Andreas, *Die Nachahmungsfreiheit*, thèse, Zurich 1997, p. 10; BLUM / PEDRAZZINI, *op. cit.*, vol. III, ad art. 66, n° 9, p. 446 et ss, 457; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 165, p. 34, n° 168, p. 35; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 56 n° 1.4, p. 864; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 56 n° 1, p. 328.

503 Arrêt « *Disques* », *ATF 115 II 490, 491*; arrêt « *Porte battante* », *ATF 97 II 85, 88*.

504 PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 16.3.3, p. 157.

505 Arrêt « *RISA* », *ATF 125 III 29, JdT 1999 I 446, 448*: « La juridiction inférieure n'a pas pu s'appuyer sur l'opinion d'un juge spécialisé, ou du moins il n'en est pas fait mention au dossier. Elle aurait dû requérir une expertise à ce propos »; BRUNNER, *op. cit.*, p. 355: « Der Experte wird denn auch vom Richter sowohl bei der Auslegung des Patentanspruchs als auch bei der daran anknüpfenden Subsumtionen der angegriffenen Ausführungsform nur allzu gerne als Gehilfe in Anspruch genommen. »

506 BLUMER, *Schutzbereich, op. cit.*, § 14 n° 14.50, p. 671; PERRET / AEGERTER, *FJS 522, op. cit.*, p. 16 et ss; BRUNNER, *op. cit.*, p. 357 et ss.

métier⁵⁰⁷. La question de savoir s’il s’agit d’une contrefaçon ou d’une imitation ne change cependant rien par rapport à l’étendue de la protection conférée par les articles 51 LBI et 69 CBE : dans les deux cas le brevet est violé⁵⁰⁸.

243. En matière de chimie, dans un arrêt sur mesures provisionnelles, le Tribunal de commerce de Zurich a jugé que le procédé de fabrication du *Demetrin*, qui revendique la substance *Prazepam* (brevet n° 446 357), ne viole pas le brevet n° 414 653 revendiquant la substance *Diazepam*⁵⁰⁹. La substance elle-même n’était en effet pas protégée⁵¹⁰. Rendu sous l’empire de l’ancien droit, qui comme déjà relevé ne protégeait pas la substance, cet arrêt est dépassé. Il montre néanmoins l’intérêt de la protection de la substance par la LBI.

244. Dans l’arrêt «*Sel-Rex*», le Tribunal fédéral a constaté la violation d’un brevet de «*procédé pour l’obtention de dépôts galvaniques d’alliage or-argent*»⁵¹¹. Selon le Tribunal fédéral, pas tous les éléments des revendications ont été repris, mais à tout le moins ceux qui sont essentiels⁵¹². HEINRICH critique cette argumentation qu’il considère comme insuffisante au regard de la législation actuelle⁵¹³. Avec raison selon nous, il estime que les éléments essentiels doivent être indiqués par le déposant dans les revendications lors de la demande de brevet, ce qui ne peut pas être corrigé ultérieurement par le juge⁵¹⁴.

1.2. L’arrêt «*Doxycyclin III*»

245. Dans l’arrêt «*Doxycyclin III*», le Tribunal fédéral a dû juger de la violation du brevet antérieur CH 525 186 («*Giftpatent*») par le brevet CH 579 531 («*Ankerfarm Patent*») ⁵¹⁵. Les deux brevets précités concernent tous deux un procédé de fabrication du même antibiotique appelé *Doxycyclin*⁵¹⁶. Comme

507 BLUMER, *Schutzbereich*, *op. cit.*, § 14 n° 14.71, p. 679; HEINRICH, *op. cit.*, *ad art.* 51, n° 51.28 et 51.48, p. 229, 239; PERRET / AEGERTER, *FJS* 522, *op. cit.*, p. 16 et ss; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. II, § 54, p. 890; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. II, § 56 n° 1.5, p. 865.

508 BLUMER, *Schutzbereich*, *op. cit.*, § 14 n° 14.49, p. 670.

509 Arrêt du Tribunal de commerce de Zurich du 12 décembre 1979, (ci-après arrêt «*Demetrin*»), *ZR* 1981/80 (N° 15), p. 42, 47.

510 Arrêt «*Demetrin*», *ZR* 1981/80 (N° 15), p. 42, 47.

511 Schmedlin c/ Sel-Rex SA, du 28 juin 1966, (ci-après arrêt «*Sel-Rex*»), *ATF* 92 II 280, 223, *SJ* 1967 p. 209, 211, 223.

512 Arrêt «*Sel-Rex*», *ATF* 92 II 280, 223, *SJ* 1967 p. 209, 222, 223.

513 HEINRICH, *op. cit.*, *ad art.* 51, n° 51.42, p. 236.

514 HEINRICH, *op. cit.*, *ad art.* 51, n° 51.42, p. 236; BLUMER, *Schutzbereich*, *op. cit.*, § 14 n° 14.65, p. 677, considère également que les éléments essentiels doivent pouvoir être déterminés lors de la lecture du brevet pour des motifs de sécurité juridique.

515 Lagap SA c/ Pfizer Inc., du 18 janvier 1990, (ci-après arrêt «*Doxycyclin III*»), *RSPI* 1991/1, p. 199.

516 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199.

l'a relevé le Tribunal de commerce de Zurich, dans un arrêt précédant, rendu dans la même affaire, la substance elle-même n'est pas protégée par ces deux brevets⁵¹⁷.

246. Le Tribunal fédéral affirme qu'il y a imitation par des équivalents, lorsque la solution brevetée est atteinte par des moyens équivalents de par leur fonction. L'homme du métier peut tirer ces derniers des revendications, sans faire preuve d'activité inventive et en tenant compte de l'état de la technique⁵¹⁸. Pour le Tribunal fédéral, les deux procédés ont le même effet, plus précisément, ils permettent de résoudre la même tâche avec le même succès⁵¹⁹. Une imitation du «*Giftpatent*», par le procédé plus récent du «*Ankerfarm Patent*», ne peut ainsi être constatée que si ce dernier repose sur la solution du problème divulgué et protégé par le «*Giftpatent*»⁵²⁰. Tel est le cas, si le «*Ankerfarm Patent*» ne dévie du «*Giftpatent*» que sur des points mineurs et, par conséquent, est évident par rapport à ce dernier⁵²¹.

247. Par ailleurs, le Tribunal fédéral constate qu'une violation du brevet pourrait exister en cas d'invention dépendante. Tel serait le cas si la solution antérieure était reprise, entièrement ou dans son essence, comme la base d'un développement inventif⁵²². Le «*Ankerfarm Patent*» n'étant considéré ni comme une imitation, ni comme un brevet dépendant dans le sens précité, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y a pas d'atteinte au «*Giftpatent*» selon l'article 66 *litt. a* LBI⁵²³.

248. BLUMER critique cette jurisprudence, dans la mesure où elle pourrait conduire à admettre que des solutions, qui ont le même effet et sont évidentes, tomberaient sous la protection du brevet, ce qui est contraire à la primauté des revendications⁵²⁴. De même, HEINRICH soutient que les considérations du Tribunal fédéral ont pour effet, sans que cela ne soit nécessaire, de rendre le droit des brevets d'invention aussi opaque qu'une science secrète⁵²⁵. Bien

517 Arrêt du Tribunal de commerce de Zurich, du 26 juin 1989, (ci-après arrêt «*Doxycyclin II*»), *RSPI* 1991/1, p. 193, 197.

518 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 204.

519 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 206.

520 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 206.

521 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 206.

522 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 206.

523 Arrêt «*Doxycyclin III*», *RSPI* 1991/1, p. 199, 206.

524 BLUMER, *Schutzbereich*, *op. cit.*, § 14 n° 14.65, p. 680.

525 HEINRICH, *op. cit.*, *ad art.* 51, n° 51.40, p. 235; cf. également BRUNNER, *op. cit.*, p. 361: «[...] der Kreis der ähnlichen und gleichzubewertenden Sachverhalte darf keinesfalls durch Abstraktion über den massgeblichen Inhalt des Patentanspruchs hinaus ausgedehnt werden. Diese Grenze wird nur eingehalten, wenn die unterschiedlichen Merkmale der jüngeren Erfindung gegenüber der älteren Erfindung nicht ins Gewicht fallen, bzw. wenn sie, wie es das Bundesgericht in anderem Zusammenhang formuliert, untergeordneter Natur sind.»

plus, il souligne, avec raison, que l’invention dépendante permet de juger de la validité du brevet ultérieur, tandis que l’imitation relève de l’atteinte au brevet antérieur. Par conséquent, ces deux notions ne doivent pas être mises sur le même niveau⁵²⁶. Cet arrêt montre également l’importance du brevet qui porte sur la substance chimique elle-même. Celle-ci confère une protection optimale, indépendamment du procédé de fabrication.

249. HEINRICH observe encore, à juste titre, que l’imitation peut résulter de l’utilisation évidente de moyens équivalents pour un ou plusieurs éléments des revendications⁵²⁷. De même, l’imitation doit être admise en cas d’omission d’éléments qui peuvent facilement être reconnus comme étant non essentiels⁵²⁸. En revanche, elle doit être niée lorsque l’exécution attaquée est suggérée par l’état de la technique⁵²⁹. Il nous reste donc à examiner la violation d’une formule chimique en matière de parfum.

§ 2. Violation d’une formule chimique en matière de parfum

250. Reprenons l’exemple du brevet CH 689 372 A5 précité. A supposer qu’on puisse constater que le jus du parfum d’un concurrent contient le produit odorant « 2-(4-isobutyl-1-phényl)-propanal »⁵³⁰, une atteinte à la première revendication serait avérée et, partant, le brevet serait violé. Il s’ensuit que la protection est optimale lorsqu’on revendique un produit odorant.

251. Dans le cas du mélange de « (9E)-undecenonitrile », de « (9Z)-undecenonitrile » et de « 10-undecenonitrile » de la demande de brevet EP 1 174 116 A1⁵³¹, mentionnée ci-dessus, on ne peut pas exclure que la revendication soit un peu moins efficace. En effet, pour que le brevet soit violé, la contrefaçon ou imitation doit, en principe, contenir tous les éléments essentiels de la revendication. Théoriquement, plus l’invention est complexe, plus la possibilité de l’imiter en omettant ou en remplaçant des éléments essentiels est élevée. Par conséquent, si l’on imagine un brevet qui revendique la formule chimique intégrale du jus du parfum, la possibilité d’omettre ou de remplacer des éléments essentiels des revendications devrait en principe s’accroître.

252. Du point de vue stratégique, la revendication d’un seul produit odorant paraît ainsi intéressante. En pratique, lorsqu’un produit odorant fait l’ob-

526 HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 51, n° 51.40, p. 235.

527 HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 51, n° 51.48, p. 239.

528 HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 51, n° 51.48, p. 239.

529 HEINRICH, *op. cit.*, ad art. 51, n° 51.48, p. 239.

530 Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, revendication n° 1, p. 3.

531 Demande de brevet EP 1 174 116 A1, déposée le 21.07.2000 par Givaudan SA, p. 5.

jet d'un brevet, il semble que la plupart des contrefaçons ou imitations ne contiennent cependant pas ce produit. La difficulté provient ainsi du fait que le consommateur ne s'en aperçoit pas forcément. En effet, si le contrefacteur parvient à fabriquer un parfum suffisamment proche pour être concurrentiel, mais sans pour autant violer les revendications, la protection par le brevet devient inefficace.

Conclusions sur l'atteinte à une invention brevetable

253. Le brevet d'invention sur un produit odorant ou un mélange d'un ou de plusieurs produits odorants constitue ainsi un outil très efficace pour lutter contre la reprise des éléments essentiels revendiqués par le brevet. Si l'imitateur parvient néanmoins à fabriquer un parfum qui ne contient pas ces éléments, le brevet perd son intérêt.

Conclusions sur la défense d'une invention dans le domaine de la parfumerie par le brevet d'invention

254. Tout au long de ce chapitre, nous avons distingué entre le jus du parfum, représenté par sa formule chimique ou sa recette, d'une part, et la formule chimique d'un produit odorant, ou d'un mélange de produits odorants, d'autre part. Tant la formule chimique (d'un produit odorant, d'un mélange de produits odorants ou du jus) que la recette peuvent être reproduits un nombre indéterminé de fois, avec un résultat identique, tout en transformant la matière.

255. La formule chimique et la recette ne constituent ni des directives qui s'adressent à l'esprit humain, ni des créations esthétiques en tant que telles. Quant au problème des découvertes, seuls les produits naturels, les isolats et les produits issus de la technique du *Head Space* sont concernés. Toutefois, lorsque l'inventeur a déterminé les propriétés odorantes de ces produits, leur utilité pratique en matière de parfumerie, il fait une invention qui appartient au domaine de la technique. Par conséquent, au stade de l'objet de la protection, ni la formule chimique, ni la recette ne peuvent être exclues de la brevetabilité.

256. La condition de nouveauté dépend avant tout du cas concret. Dans le cas de la formule chimique d'un produit odorant ou d'un mélange de produits odorants, il existe de nombreux brevets qui sont susceptibles de constituer des antériorités destructrices de nouveauté. En ce qui concerne le jus du parfum, au contraire, seuls les parfums sur le marché pourraient être considérés comme de telles antériorités. Dans la mesure où l'analyse de ces parfums, par des moyens techniques, ne permet cependant pas de reproduire la recette, il ne s'agit pas d'antériorités.

257. Pour la formule chimique de produits odorants ou de mélanges de produits odorants, la non-évidence (activité inventive) découle en général des propriétés particulières du nouveau produit ou d'un usage qui n'était pas connu en matière de parfumerie. A notre avis, pour satisfaire à la condition de l'activité inventive, l'invention doit cependant permettre de surmonter de manière non-évidente une difficulté de nature technique. S'agissant du jus du parfum, représenté par sa formule chimique ou sa recette, il en va de même. Par conséquent, lorsque le compositeur de parfums mélange différents ingrédients connus et obtient une fragrance exceptionnelle du point de vue esthétique, selon nous, la condition de l'activité inventive n'est pas remplie. Il est cependant possible que le jus d'un parfum représente une solution non-évidente à un problème de nature technique et, partant, puisse être brevetable. Lorsque le jus du parfum est représenté par sa recette, cette der-

nière doit cependant pouvoir être suffisamment décrite pour satisfaire aux conditions formelles de protection.

258. La formule chimique de produits odorants ou de mélanges de produits odorants est susceptible de satisfaire tant aux conditions matérielles que formelles de protection. Il s'ensuit qu'elle est brevetable et permet de lutter efficacement contre les contrefaçons ou imitations, à condition que l'imitateur ne parvienne pas à omettre ou remplacer les éléments essentiels des revendications du brevet. Le brevet permet ainsi de protéger la recherche et le développement qui est encore intense dans le domaine de la parfumerie. « Nous avons encore des progrès à faire pour extraire, par exemple, le parfum de patchouli en éliminant la note de tête 'mouillée', un peu désagréable, qui l'accompagne », fait remarquer le Président de la direction de Givaudan⁵³².

⁵³² ANDRIER, Gilles, propos recueillis par PECLLET, Jean-Claude, « En étudiant la généalogie des parfums, nous créons des signatures olfactives uniques », Journal *LE TEMPS*, 29 octobre 2005, p. 30.

Chapitre III

La protection du parfum par le droit d'auteur

259. Les œuvres au sens du droit d’auteur sont protégées par la Loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (ci-après LDA)⁵³³. On peut également se référer aux conventions internationales signées par la Suisse. La Convention universelle sur le droit d’auteur, révisée à Paris le 24 juillet 1971, est entrée en vigueur pour la Suisse le 21 septembre 1993 (ci-après CUA)⁵³⁴. Quant à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, son entrée en vigueur en Suisse date du 25 septembre 1993 (ci-après CB)⁵³⁵.

260. Aucune formalité n’est nécessaire pour la protection par le droit d’auteur: l’œuvre est protégée dès sa création en vertu de l’article 29 al. 1 LDA⁵³⁶. Elle prend fin soixante-dix ans après le décès de l’auteur (art. 29 al. 2 *litt. b* LDA). L’analyse porte en conséquence essentiellement sur les conditions matérielles de protection. Envisager de protéger le parfum par le droit d’auteur consiste à le considérer sous un autre angle. On ne cherche plus à protéger une règle abstraite. Avec le droit d’auteur, on appréhende le parfum en tant que réalisation concrète perceptible par les sens, en l’occurrence celui de l’odorat⁵³⁷.

261. Selon l’article 2 al. 1 LDA: «Par œuvre, quelles qu’en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l’esprit littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel.» Pour que le parfum puisse satisfaire aux conditions de protection de la LDA, il doit a priori pouvoir être qualifié de création de l’esprit artistique ayant un caractère individuel. Après avoir examiné si un parfum satisfait aux conditions de protection (section 1), on se demandera si la forme ou les idées sont protégeables (section 2), afin de pouvoir nous déterminer sur le caractère individuel du parfum (section 3). Si le parfum peut être protégé par le droit d’auteur, se pose encore la question de savoir si cette protection est efficace contre les atteintes au droit de reproduction (section 4).

⁵³³ RS 231.1.

⁵³⁴ RS 0.231.01.

⁵³⁵ RS 0.231.15.

⁵³⁶ Cf. aussi article 5 al. 2 CB; BARRELET, Denis / EGLOFF, Willi, *Le nouveau droit d’auteur*, 2^e éd., Berne 2000, *ad art.* 2, n° 3, p. 10; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 52, p. 49; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 19 n° 3.2, p. 137.

⁵³⁷ LALIGANT, Olivier, «Des œuvres aux marches du droit d’auteur: les œuvres perceptibles par l’odorat, le goût et le toucher», *RRJ* 1992/1, (ci-après LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*), p. 106.

Section 1. Les conditions de la protection

§ 1. Notions générales

262. L’objet du droit d’auteur est une question délicate. L’article 2 al. 2 LDA contient une liste non exhaustive des créations de l’esprit au sens de la LDA⁵³⁸, comme l’indique l’emploi de l’adverbe « notamment ». Les parfums n’y sont pas expressément mentionnés. Sur le plan international, en vertu de l’article I CUA, la Suisse s’engage à protéger les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques, selon une liste exemplative, comme l’atteste l’emploi de l’adjectif « telles » qui ne fait pas référence aux parfums⁵³⁹.

263. De même, l’article 2 al. 1 CB stipule que « Les termes <œuvres littéraires et artistiques> comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode d’expression, telles que [...] ». Cet article ne mentionne pas non plus les parfums. Il s’ensuit qu’aucun de ces textes n’est de nature à exclure la protection du parfum par le droit d’auteur⁵⁴⁰.

264. L’article 2 al. 2 LDA ne contient cependant pas toutes les conditions de protection exigées par le droit d’auteur. En effet, ce dernier connaît une condition implicite, admise de manière unanime, selon laquelle l’œuvre doit être perceptible⁵⁴¹. L’examen des conditions de protection consiste en premier lieu à se demander si le parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par les sens, est une création de l’esprit (§ 2). Si tel est le cas, il s’agira alors de définir le caractère individuel (§ 3). Cette définition nous sera utile pour la compréhension du caractère littéraire ou artistique (§ 4), ainsi que de la perception par les sens (§ 5).

⁵³⁸ Message du CF, FF 1989/141 III 465 et ss.

⁵³⁹ Article I CUA: « Chaque Etat contractant s’engage à prendre toutes dispositions nécessaires pour assurer une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques, telles que les écrits, les œuvres musicales, dramatiques et cinématographiques, les peintures, gravures et sculptures. »

⁵⁴⁰ INEICHEN, Markus, *Das urheberrechtlich geschützte Werk als Zeichen für Waren und Dienstleistungen*, thèse Zurich, Berne 2002, (ci-après INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*), p. 64, dans le même sens pour la LDA; cf. aussi BALANA, *op. cit.*, p. 258, 259.

⁵⁴¹ BARRELET / EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 4, p. 10, 11; GAIDE, Anne-Virginie, *La protection des personnages fictifs par le droit d’auteur*, thèse Lausanne, Berne 1998, p. 29.

§ 2. La création de l'esprit

2.1. Définition de la création de l'esprit

265. Le bien immatériel, la « création de l'esprit » au sens de l'article 2 LDA, présuppose l'existence d'une personne physique comme auteur de l'œuvre (art. 6 LDA). Le principe de création (« *Schöpferprinzip* »), selon lequel le droit d'auteur naît en la personne physique à l'origine de la création, a été confirmé par le Tribunal fédéral déjà sous l'empire de l'ancien droit⁵⁴².

266. KUMMER a développé la « *Präsentationstheorie* », d'après laquelle par exemple une racine serait susceptible de protection du simple fait qu'elle est présentée par son auteur comme étant une œuvre d'art, plus précisément comme donnant l'illusion d'être une danseuse⁵⁴³. Cet avis minoritaire est toutefois largement critiqué. La doctrine majoritaire considère en effet que l'exigence d'une personne physique comme auteur implique la nécessité d'une activité humaine pour la création⁵⁴⁴.

267. Par conséquent, même s'ils sont rares ou particulièrement esthétiques, les objets créés naturellement, les produits de la nature ou de la technique ne sauraient être considérés comme des œuvres⁵⁴⁵. En revanche, selon les termes de BARRELET et EGLOFF, « [...] le résultat d'une utilisation consciente des lois du hasard [...] » peut constituer une œuvre de l'esprit⁵⁴⁶.

268. La précision, selon laquelle l'œuvre doit être une création de « l'esprit », semble indiquer qu'elle implique l'expression d'une idée, d'une pensée humaine⁵⁴⁷. Le terme de création de « l'esprit » n'ajoute cependant rien à la définition, comme GAIDE le démontre de manière convaincante⁵⁴⁸. En effet, si la protection devait être limitée à des œuvres dont le public perçoit les

⁵⁴² S. und Verein G. c/ F., du 14 juin 1990, (ci-après arrêt « *Verein G.* »), ATF 116 II 351, 352, 353, *JdT* 1991 I 616, 617; cf. aussi GAIDE, *op. cit.*, p. 7 et s.

⁵⁴³ KUMMER, Max, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Berne 1968, p. 75 et ss, 80, 103 et ss; cf. également WILD, Gregor, « Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff – zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von MAX KUMMERS „Das urheberrechtlich schützbare Werk“ », *sic!* 2004/1, p. 65: « *Die Gedanken MAX KUMMERS sind aktueller denn je.* »

⁵⁴⁴ GAIDE, *op. cit.*, p. 8; BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 5, p. 11; WANG, Markus, *Die schutzfähige Formgebung*, thèse Saint-Gall, Berne / Stuttgart / Wien 1998, p. 259; STUTZ, Robert M., *Individualität, Originalität oder Eigenart? Schutzvoraussetzungen des Design*, thèse Berne 2002, (ci-après STUTZ, *Individualität*), p. 113, 114; MIJATOVIC, Ivan, *Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteserzeugnissen*, thèse Zurich, Berne 2006, p. 70.

⁵⁴⁵ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 5, p. 11.

⁵⁴⁶ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 5, p. 11.

⁵⁴⁷ GAIDE, *op. cit.*, p. 9; Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 506; BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 5, p. 11.

⁵⁴⁸ GAIDE, *op. cit.*, p. 9, 10, 11.

idées exprimées⁵⁴⁹ ou « [...] l’expression d’une pensée humaine »⁵⁵⁰, certaines œuvres d’art abstraites pourraient d’emblée être exclues du droit d’auteur, faute de contenu intellectuel déterminable⁵⁵¹.

269. Les œuvres musicales, pourtant citées parmi les créations de l’esprit à l’article 2 al. 2 *litt. b* LDA, devraient par ailleurs être écartées selon une telle hypothèse. A propos du droit français, DESBOIS expose en effet que ces dernières éveillent avant tout des sensations et non pas des idées⁵⁵². Selon les termes de DESBOIS, les œuvres musicales « [...] constituent des créations de forme à l’état pur, à la manière des œuvres de « l’art abstrait », car elles répugnent à toute compréhension, ou plutôt elles se prêtent à toutes les interprétations [...] »⁵⁵³. Le fait qu’aucun contenu intellectuel ne puisse être déduit d’une œuvre ne constitue dès lors pas un obstacle, contrairement à ce que pourrait laisser entendre le terme de « l’esprit »⁵⁵⁴.

270. Le Message du Conseil fédéral précise encore que « Ne sauraient être des œuvres les objets qui résultent d’une simple activité manuelle non créatrice ou qui n’ont pas été fabriqués par l’homme, telle une racine⁵⁵⁵. » Si l’on comprend qu’il rejette ainsi la « *Präsentationstheorie* » de KUMMER, avec l’exemple de la racine, on ne voit cependant pas très bien en quoi « une simple activité manuelle » devrait être exclue. Comme GAIDE le fait remarquer, on doit plutôt y voir les objets dépourvus de caractère individuel⁵⁵⁶, notion qui sera définie ci-dessous. En conséquence, seule l’absence d’activité humaine motive le refus de protection à ce stade⁵⁵⁷. Si une curiosité de la nature n’est certes pas suffisante à elle seule, le fait non seulement de la choisir, mais encore d’en faire quelque chose est une création au regard du droit d’auteur⁵⁵⁸.

549 Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 506.

550 BARRELET / EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 5, p. 11.

551 GAIDE, *op. cit.*, p. 9.

552 DESBOIS, Henri, *Le droit d’auteur en France*, 3^e éd., Paris 1978, n° 11, p. 14.

553 DESBOIS, *op. cit.*, n° 11, p. 15.

554 GAIDE, *op. cit.*, p. 9, 10; VON BÜREN, Roland / MEER, Michael A., « Der Werkbegriff », in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, p. 67.

555 Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 506.

556 GAIDE, *op. cit.*, p. 10, 11.

557 GAIDE, *op. cit.*, p. 8, 10, 11.

558 WILD, *op. cit.*, p. 62: « Zusammenfassend kann die menschliche Schöpfung als Ergebnis eines „geistigen Verfestigungsprozesses“ verstanden werden »; cf. aussi X c/ Y AG, du 5 septembre 2003, (ci-après arrêt « *Bob Marley* »), ATF 130 III 168 et ss, dans lequel le Tribunal fédéral a admis comme œuvre au sens du droit d’auteur une photographie de Bob Marley prise lors d’un de ses concerts, sans qu’une mise en scène particulière ne soit possible; cf. en revanche Blau Guggenheim c/ British Broadcasting Corporation BBC, du 19 avril 2004, (ci-après arrêt « *Wachmann Meili II* »), ATF 130 III 714 et ss, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré, malgré la mise en scène, que la photographie ne pouvait pas être protégée, faute de caractère individuel.

271. En droit français, l'activité intellectuelle humaine qui intervient «[...] seulement pour partie [...]» dans une réalisation est suffisante selon LALIGANT⁵⁵⁹. Il relève du reste «[...] que point n'est besoin que cette réalisation soit le produit direct d'une activité intellectuelle consciente, voire maîtrisée»⁵⁶⁰. Par conséquent, LALIGANT considère que «[...] l'exigence de «réalisation» se ramène-t-elle, somme toute, à une simple exigence de participation intellectuelle d'une personne physique⁵⁶¹.» A partir du moment où l'activité est de nature humaine, l'aspect intellectuel de celle-ci n'est dès lors pas déterminant en tant que tel.

272. Tout récemment, le *Kunstmuseum* de Berne a retiré provisoirement d'une de ses expositions une réalisation composée du cadavre d'une mouette dont la tête a été remplacée par un fœtus humain⁵⁶². Elle a par la suite été réinstallée dans l'exposition, mais dans un espace séparé⁵⁶³. Indépendamment de toute considération de nature artistique, se pose la question de savoir si l'assemblage, du corps d'une mouette et de la tête d'un fœtus humain, tous deux préexistants dans la nature, constitue une création de l'esprit.

273. Dans la mesure où il y a un assemblage, la réponse ne peut être que positive. La même question se pose pour les cadavres humains, transformés par un procédé de *plastination*, qui sont exposés par le Dr. Gunter von Hagens⁵⁶⁴. En raison de l'activité humaine qui consiste à transformer par *plastination* et à donner une position définitive à ces cadavres, la réponse est identique : la condition de création de l'esprit ne peut pas leur être refusée.

274. En fin de compte, le critère déterminant est de savoir s'il y a un auteur créateur ou non. Plus précisément, il convient de vérifier si une personne physique a exercé une activité dont le résultat est la forme concrète dont la protection est revendiquée⁵⁶⁵. Selon le Tribunal fédéral, même une création sous hypnose peut être qualifiée d'œuvre selon le droit d'auteur⁵⁶⁶.

559 LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 607.

560 LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 607.

561 LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 607.

562 COEN, Lorette, « Le fœtus, la mouette et le censeur », Journal *LE TEMPS*, 10 août 2005, p. 24.

563 CHAUVY, Laurence, « Le fœtus à corps de mouette de Xiao Yu réinstallé à Berne », Journal *LE TEMPS*, 2 septembre 2005, p. 30.

564 RÜF, Isabelle, « Ces artistes par qui le scandale arrive... », Journal *LE TEMPS*, 10 août 2005, p. 24.

565 GAIDE, op. cit., p. 8 note 15 *in fine*, p. 11; HUG, Gitti, « Bob Marley vs Christophe Meili: ein Schnappschuss », *sic!* 2005/1, p. 58; ESCHMANN, Saskia, *Rechtsschutz von Modedesign*, thèse Zurich, Berne 2005, p. 8.

566 Arrêt « Verein G. », ATF 116 II 351, 354, *JdT* 1991 I 616, 617.

2.2. *Le parfum en tant que création de l’esprit*

275. Le parfum en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat est une création effectuée par une personne physique, en l’occurrence un compositeur de parfums. L’activité humaine, déterminante pour l’exigence de création de l’esprit, est en principe satisfaite. En effet, le simple fait de mélanger plusieurs ingrédients odorants à la base du parfum est une intervention suffisante à cet égard.

276. L’hypothèse selon laquelle cette opération serait faite de manière aléatoire n’est pas du tout réaliste en matière de parfumerie. Un parfum est une création complexe et en principe consciente. En effet, on imagine difficilement une fragrance agréable à notre sens de l’odorat sans au moins éliminer un certain nombre d’ingrédients. Or, cette dernière opération constitue une activité humaine et, partant, justifie à elle seule l’admission de la condition de création de l’esprit.

277. En revanche, dans le cas d’une fragrance qui provient d’une matière première découverte dans la nature, l’activité humaine fera sans doute défaut, à moins de soutenir, comme KUMMER, que l’auteur est la personne physique à l’origine de cette découverte⁵⁶⁷. Dans la mesure où, d’une part, le message olfactif d’un parfum n’est jamais composé d’une seule matière première et que, d’autre part, une telle découverte est protégeable par le droit des brevets d’invention, examiné dans le chapitre précédent, nous pensons qu’une telle découverte doit être exclue du droit d’auteur.

Conclusions sur la création de l’esprit

278. La condition de création de l’esprit se limite à exiger qu’une réalisation soit le résultat d’une activité humaine. Par conséquent, ne sont exclus que les objets trouvés dans la nature, comme par exemple un produit odorant naturel que l’auteur n’a fait que découvrir. En revanche, à partir du moment où le compositeur de parfums a effectué un premier mélange, la réalisation concrète perceptible par l’odorat provient d’une activité humaine et constitue ainsi une création de l’esprit au sens du droit d’auteur.

279. L’exigence de création de l’esprit ne pose dès lors aucune difficulté dans le cadre de la protection du parfum par le droit d’auteur. Toute réalisation concrète perceptible par l’odorat ne constitue cependant pas une activité créatrice, de sorte qu’il est nécessaire de définir le caractère individuel.

⁵⁶⁷ KUMMER, *op. cit.*, p. 75 et ss, 80, 103 et ss.

§ 3. La notion du caractère individuel

3.1. Notions générales

280. Le mot création implique nécessairement la nouveauté et l'originalité de l'œuvre. La définition de l'œuvre au sens de l'article 2 al. 1 LDA peut, dans ce sens, être considérée comme tautologique. En effet, le caractère individuel se recoupe avec la notion de création⁵⁶⁸. Etant donné que nous avons limité la création de l'esprit à une réalisation provenant d'une activité humaine, l'examen du caractère individuel prend tout son sens.

281. Parmi les différents concepts utilisés pour définir l'originalité au sens du droit d'auteur, le législateur a tranché, à l'article 2 al. 1 LDA, en faveur du caractère individuel. Il s'agit d'une conception objectivée de l'originalité qui doit découler de l'œuvre elle-même⁵⁶⁹. Elle doit ainsi être détachée des considérations subjectives en relation avec l'auteur et les circonstances de la création⁵⁷⁰.

282. Selon l'ancienne loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922 (ci-après aLDA)⁵⁷¹, l'originalité n'était mentionnée expressément que pour les œuvres cinématographiques (art. 1 al. 2 aLDA)⁵⁷². Cette condition de protection générale était cependant valable pour toutes les œuvres au sens de l'aLDA⁵⁷³. Le Tribunal fédéral a jugé, sous l'empire de cette loi, que « Le critère n'est pas la nouveauté, mais l'originalité de la production. L'œuvre doit avoir son cachet propre, porter la marque de l'activité créatrice et de la personnalité de l'auteur »⁵⁷⁴. Il s'agit d'une conception qualifiée de subjective de l'originalité⁵⁷⁵. On peut s'y référer sous la dénomination de « thèse de l'empreinte personnelle ».

⁵⁶⁸ PERRET, François, « La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 », *SJ* 1995, (ci-après PERRET, *Nouvelle LDA*), p. 20 et s; GAIDE, *op. cit.*, p. 23, qui considère que « [...] la notion de nouveauté est implicite aussi bien dans l'exigence d'une création de l'esprit que dans celle d'individualité [...] ».

⁵⁶⁹ Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 507; GAIDE, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁷⁰ KUMMER, *op. cit.*, p. 30 et ss.

⁵⁷¹ Message du CF, *FF* 1922/50 III 981.

⁵⁷² Message du CF, *FF* 1922/50 III 981: l'article 1 al. 2 aLDA:

« L'expression « œuvres littéraires et artistiques » comprend :

» [...] les arrangements scéniques fixés par la cinématographie ou par un procédé analogue et constituant une création originale; [...] »

⁵⁷³ DESSEMONTET, François, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC N° 39, Lausanne 1999, (ci-après DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*), n° 157, p. 107; GAIDE, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁷⁴ Van Cleef et Arpels S.A. c/ Sarcar SA, du 27 novembre 1979, (ci-après arrêt « *Van Cleef* »), *ATF* 105 II 297, 299; cf. encore dans ce sens l'arrêt du Tribunal cantonal de St. Gallen du 19 juin 2002, (ci-après arrêt « *Mummenschanz* »), *sic!* 2003/2, p. 116, 119, critiqué avec raison par CHERPILLOD, Ivan / BERGER, Mathis, *Note sous l'arrêt « Mummenschanz »*, *sic!* 2003/2, p. 125.

⁵⁷⁵ CHERPILLOD, Ivan, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC N° 1, thèse Lausanne 1985, (ci-après CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*), p. 132; GAIDE, *op. cit.*, p. 15; cf. aussi STUTZ, Robert M., « Das originelle Design: eigenartig genug, um individuell zu sein? » *sic!* 2004/1, (ci-après STUTZ, *Das originelle Design*), p. 10.

283. La « thèse de l’empreinte personnelle » est critiquable, car on ne peut l’envisager que par rapport aux œuvres traditionnelles du droit d’auteur ou « noyau dur »⁵⁷⁶. Pour ces dernières, « la thèse de l’empreinte personnelle » est suffisante pour se prononcer sur la protection sans difficultés insurmontables⁵⁷⁷. Tel n’est cependant pas le cas des « petites œuvres » et, plus particulièrement, des œuvres soumises à des impératifs techniques, à « [...] des facteurs dits anesthésiques, imposés par la réalité extérieure⁵⁷⁸ ». La gradation entre petites et grandes œuvres est du reste non seulement impossible à traduire juridiquement, mais a aussi pour effet de faire appel à la valeur artistique de l’œuvre, ce qui est contraire au droit positif⁵⁷⁹. L’article 2 al. 1 LDA interdit en effet de tenir compte de la valeur de l’œuvre.

284. On peut encore relever qu’une œuvre ne permet en principe pas de reconnaître la personnalité de son auteur, comme le suggère la « thèse de l’empreinte personnelle », mais plutôt son style⁵⁸⁰. Or ce dernier, comme nous le verrons ci-dessous, n’est pas protégeable par le droit d’auteur⁵⁸¹. Lorsque l’artiste est encore inconnu, le cachet personnel ou le style ne sont de toute manière pas perceptibles⁵⁸², sans compter la possibilité d’imitation du style⁵⁸³.

285. Selon KUMMER, l’individualité se confond avec l’unicité statistique, qui constitue la première acception objective de l’originalité⁵⁸⁴. L’œuvre doit être comparée non seulement à ce qui existe, mais également à ce qui pourrait exister. Si elle est statistiquement unique, elle est individuelle⁵⁸⁵. Le terme statistique indique que la probabilité d’une œuvre parallèle peut être écartée.

286. Pour PERRET, la notion d’unicité statistique est cependant critiquable. Une telle conception de l’originalité aurait non seulement pour effet d’exclure

576 DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 166, p. 115 et ss.

577 PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22; cf. BELHUMEUR, Jeanne, *Droit international de la mode*, thèse Genève, Canova 2000, p. 50; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 15.

578 PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 23.

579 PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 126.

580 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 132.

581 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 132; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 13, 14, 17, 18; KEHRLI, Thomy, *Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst*, thèse Zurich 1989, p. 14; KUMMER, *op. cit.*, p. 52; PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 25, p. 394.

582 DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 166, p. 116; cf. aussi A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 19, p. 361; ALTENPOHL, Martina, *Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen*, thèse Zurich, Berne 1987, p. 58; GAIDE, *op. cit.*, p. 15, 16.

583 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 132; PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 125; GAIDE, *op. cit.*, p. 16.

584 KUMMER, *op. cit.*, p. 30 et ss; à noter que A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 19, p. 362 et K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 19 n° 3.2.1, p. 255 ont développé la notion d’« originalité qualifiée »; à noter également que l’« acte créatif indépendant » serait un critère subsidiaire selon DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 63, p. 53.

585 KUMMER, *op. cit.*, p. 30: « Individuell heisst einmalig [...] »

du droit d'auteur les « petites œuvres », pour lesquelles le risque de création parallèle est élevé, mais également de protéger des œuvres, certes uniques statistiquement, mais dont la seule nouveauté ne présente pas forcément un intérêt créatif⁵⁸⁶. DESSEMONTET relève que « [...] l'inconvénient principal de la doctrine de l'unicité statistique réside dans le fait que nul mérite, nul talent ou génie ne sera nécessaire pour obtenir la protection »⁵⁸⁷.

287. De l'avis de CHERPILLOD, même si un jugement de valeur sur l'œuvre doit être exclu, il est impossible d'éviter, de la part de celui qui juge l'originalité, une certaine part d'appréciation. Par conséquent, l'unicité statistique n'est pas aussi rigoureuse qu'elle ne le laisse entendre⁵⁸⁸. Il en déduit que le terme utilisé pour désigner l'originalité n'est pas relevant, et ce pour autant que l'œuvre elle-même puisse être qualifiée d'originale, indépendamment de son auteur⁵⁸⁹. Il accorde en revanche à la thèse de KUMMER le mérite d'avoir mis fin à l'analyse de l'originalité par référence à l'auteur⁵⁹⁰, autrement dit à la « thèse de l'empreinte personnelle ». D'après le Tribunal fédéral, étant donné que la LDA s'attache exclusivement au caractère individuel, elle se réfère dans cette mesure à la thèse de KUMMER⁵⁹¹.

288. Selon WANG, le caractère individuel correspond ainsi au critère de l'unicité statistique⁵⁹². STUTZ, également en faveur de la notion d'unicité statistique, estime que des critères économiques, la reconnaissance par les musées ou les médias, l'existence de copies, voire la célébrité de l'auteur, pourraient constituer des indices pour admettre l'individualité⁵⁹³. Ce faisant, il

⁵⁸⁶ PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 129.

⁵⁸⁷ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 60, p. 52; dans le même sens MIJATOVIC, op. cit., p. 174, 175, qui considère que la seule nouveauté est insuffisante; cf. cependant STRAUB, Wolfgang, « Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts », *GRUR Int.* 2001/1, p. 5: « Weder die Präexistenz noch eine spätere unabhängige Parallelschöpfung eines identischen Werks führen unmittelbar zur Verneinung der Statistischen Einmaligkeit »; MACCIACCHINI, Sandro, « Die urheberrechtlich schützbare Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum », *sic!* 2004/4, p. 354.

⁵⁸⁸ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 135; cf. aussi CHERPILLOD, Ivan, « Urheberrecht – Das Werk », in: MÜLLER/OERTLI, *Urheberrechtsgesetz (URG)*, Berne 2006, (ci-après CHERPILLOD, *Das Werk*), ad art. 2, n° 31, p. 30; MIJATOVIC, op. cit., p. 174, 175, 242, 243.

⁵⁸⁹ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 135; cf. aussi PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 128; cf. aussi STUTZ, *Individualität*, op. cit., p. 135, 136.

⁵⁹⁰ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 134; PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 128; RAUBER, Georg, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, Zurich 1988, p. 91.

⁵⁹¹ Arrêt « Bob Marley », ATF 130 III 168, 172.

⁵⁹² WANG, op. cit., p. 284; cf. RAUBER, op. cit., p. 94: « Individuell bedeutet einmalig im Sinn von erstmalig (neuartig) und nicht erwartbar »; VON BÜREN, Roland, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, VON BÜREN/MARBACH, Berne 2002, (ci-après VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht*), n° 208, p. 44.

⁵⁹³ STUTZ, *Individualität*, op. cit., p. 162, 160, 161; dans le même sens WILD, op. cit., p. 63, 64, 65; plus nuancé HUG, op. cit., p. 63; plus nuancé aussi ESCHMANN, op. cit., p. 25, 26, 27, qui relève que la célébrité de l'auteur ne peut que difficilement constituer un indice de l'individualité.

réintroduit à notre avis, à tort, des considérations subjectives sur la valeur de l’œuvre qui, comme relevé ci-dessus, ne sont pas pertinentes selon l’article 2 al. 1 LDA⁵⁹⁴. STUTZ admet du reste lui-même que la célébrité de l’auteur ne saurait être déterminante et qu’un juge n’est pas en mesure d’apprécier la valeur artistique⁵⁹⁵, notion sur laquelle nous reviendrons ci-dessous.

289. Le critère de la non-évidence, emprunté au droit des brevets d’invention, constitue une autre manière d’admettre l’individualité d’une œuvre lorsqu’elle est non-évidente par son expression et dépasse la pure création de routine⁵⁹⁶. De l’avis de GAIDE, le critère de l’unicité statistique et celui de la non-évidence aboutissent à des résultats équivalents, de sorte qu’ils sont tous deux satisfaisants pour juger du caractère individuel d’une œuvre⁵⁹⁷. La véritable difficulté consiste à fixer le seuil à partir duquel une œuvre peut être considérée comme individuelle et, partant, mérite la protection.

3.2. La marge de manœuvre

290. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, l’individualité doit être considérée différemment en fonction de la nature de l’œuvre⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Dans ce sens également MIJATOVIC, *op. cit.*, p. 176, 177; CHERPILLOD / BERGER, *op. cit.*, p. 125, critiquent dans ce sens l’arrêt « *Mummenschanz* ».

⁵⁹⁵ STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 162, 164 : « Die Frage ob ein Werk die Qualität eines Kunstwerks erfüllt, vermag der Richter in der Regel jedoch nicht zu beantworten. »

⁵⁹⁶ Cf. à ce sujet PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 132 : « [...] une œuvre sera originale dès lors que l’expression qui la caractérise n’est pas évidente, c’est-à-dire lorsqu’elle ne résulte pas directement du sujet traité ou de l’objet représenté et qu’elle ne constitue pas une modification triviale, banale d’expressions appartenant au domaine public » ; cf. aussi GILLIÉRON, Philippe, *Les divers régimes des signes distinctifs et leurs rapports avec le droit des marques*, thèse Lausanne, Berne 2000, p. 204 ; SCHLAEPPI, Pierre-Alexandre, *Notion de l’art appliqué et sa protection en droit d’auteur suisse (avec un aperçu de droit français, allemand, italien et de droit international)*, thèse Lausanne, Tolochenaz 1994, p. 149, 150.

⁵⁹⁷ GAIDE, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁹⁸ Arrêt « *Bob Marley* », ATF 130 III 168, 170 ; arrêt du Tribunal fédéral, Y. AG c/ X. AG, du 19 août 2002, (ci-après arrêt « *Hobby-Kalender* »), *sic!* 2003/1, p. 28 ; arrêt du Tribunal fédéral, A et B c/ X et Y, du 13 juin 2000, (ci-après arrêt « *Vaca Lechera* »), *sic!* 2001/8, p. 729, 730 ; Patrick Devanthéry c/ Jean-Pierre Niederhauser et consorts, du 6 juillet 1999, (ci-après arrêt « *Devanthéry* »), ATF 125 III 328, 331 ; arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 1998, (ci-après arrêt « *Clown* »), *sic!* 1999/2, p. 119, 121 ; A. Steiner c/ Confédération Suisse, du 15 mars 1994, (ci-après arrêt « *Bâtiment EPFZ* »), ATF 120 II 65, *JdT* 1994 I 372, 374 ; Sekundarschulgemeinde Rapperswil-Jona c/ Custer et Zangger, du 24 septembre 1991, (ci-après arrêt « *Ecole secondaire* »), ATF 117 II 466, *JdT* 1992 I 387, 388 ; Dame X c/ Dame Y et maison d’édition Z, du 17 juin 1987, (ci-après arrêt « *thèse de doctorat* »), ATF 113 II 306, *JdT* 1988 I 304, 305 ; Société X c/ Société Z, du 5 mai 1987, (ci-après arrêt « *Le Corbusier* »), ATF 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 302 ; cf. aussi Bezirksgericht Zurich du 26 avril 2005, (ci-après arrêt « *Grupo de danças* »), *sic!* 2006/1, p. 23, 24 ; Tribunal supérieur de Zurich du 22 juin 2000, (ci-après arrêt « *Tripp Trapp II* »), *sic!* 2001/6, p. 504 ; VON BÜREN / MEER, *op. cit.*, p. 73 ; BARRELET / EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 8, p. 12 ; PERRET, *Nouvelle LDA*, *op. cit.*, p. 23 ; RAUBER, *op. cit.*, p. 95 et ss ; STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 158, 159, 165 ; contra STRAUB, *op. cit.*, p. 5.

Pour satisfaire à la condition du caractère individuel, l'œuvre ne doit pas être absolument nouvelle⁵⁹⁹. En l'absence de possibilité de choix dans le domaine concerné, l'œuvre ne pourra cependant pas être individuelle⁶⁰⁰, elle est « techniquement nécessaire⁶⁰¹ ». Le caractère individuel peut ainsi être défini comme une possibilité de « choix créatifs⁶⁰² ». Il s'ensuit qu'une marge de manœuvre, au regard des œuvres de la branche en cause, est nécessaire.

291. Si la marge de manœuvre laissée à l'artiste est restreinte, on ne doit pas être trop sévère pour apprécier ce critère⁶⁰³. Dans ce dernier cas, en raison de la difficulté à innover, « [...] une activité indépendante réduite suffira à fonder la protection [...] »⁶⁰⁴. Avec raison, HILTY critique cependant cette formulation dans la mesure où elle a pour effet d'abaisser le niveau de l'individualité⁶⁰⁵. Il estime que si elle devait néanmoins être admise, il faudrait s'empresse d'y ajouter que l'étendue de la protection d'une telle œuvre est également réduite⁶⁰⁶.

292. Par ailleurs, le Tribunal fédéral affirme que le droit d'auteur doit être refusé à une œuvre lorsque, par exemple un architecte, « [...] procède à un simple apport artisanal par la combinaison et la modification de formes et de lignes connues ou lorsqu'il n'y a pas place pour une création individuelle dans les circonstances de l'espèce »⁶⁰⁷. Cette notion de « simple apport artisanal » ne nous semble pas très claire. En revanche, notre Haute cour ajoute avec raison que, pour bénéficier du caractère individuel, l'œuvre doit s'écarter de ce qui est banal, compte tenu de la marge de manœuvre en cause⁶⁰⁸. CHERPILLOD fait en effet remarquer que l'originalité « [...] s'oppose à la

⁵⁹⁹ Arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 331.

⁶⁰⁰ Arrêt « *Wachmann Meili II* », ATF 130 III 714, 717; arrêt « *Bob Marley* », ATF 130 III 168, 170; arrêt « *Vaca Lechera* », *sic!* 2001/8, p. 729, 730; arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 331; arrêt « *Bâtiment EPFZ* », ATF 120 II 65, *JdT* 1994 I 372, 374; arrêt « *Ecole secondaire* », ATF 117 II 466, *JdT* 1992 I 387, 388, 389; arrêt « *Le Corbusier* », ATF 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 302.

⁶⁰¹ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁰² BELHUMEUR, *op. cit.*, p. 50; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 15; PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 24.

⁶⁰³ Arrêt « *Bob Marley* », ATF 130 III 168, 170; arrêt « *Hobby-Kalender* », *sic!* 2003/1, p. 28; arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 331; arrêt « *Le Corbusier* », ATF 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 302; arrêt « *Grupo de danças* », *sic!* 2006/1, p. 23, 24.

⁶⁰⁴ Arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 331; arrêt « *Bob Marley* », ATF 130 III 168, 170; arrêt « *Hobby-Kalender* », *sic!* 2003/1, p. 28; arrêt « *Le Corbusier* », ATF 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 302.

⁶⁰⁵ HILTY, Reto M., *Note sous l'arrêt « Hobby-Kalender »*, *sic!* 2003/1, p. 29 et ss; dans le même sens CHERPILLOD / BERGER, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁰⁶ HILTY, *op. cit.*, p. 31; CHERPILLOD / BERGER, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁰⁷ Arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 331; arrêt « *Hobby-Kalender* », *sic!* 2003/1, p. 28, 29; dans l'arrêt « *Ecole secondaire* », ATF 117 II 466, *JdT* 1992 I 387, 388, 389, le Tribunal fédéral utilise la notion de « travail non créatif ».

⁶⁰⁸ Arrêt « *Hobby-Kalender* », *sic!* 2003/1, p. 28, 29; arrêt « *Wachmann Meili II* », ATF 130 III 714, 720; cf. aussi arrêt « *Grupo de danças* », *sic!* 2006/1, p. 23, 24.

banalité ou aux productions qui relèvent de la pure routine⁶⁰⁹ » et que « [...] même un faible niveau d’originalité suffit »⁶¹⁰.

Conclusions sur l’exigence théorique du caractère individuel

293. Le caractère individuel reflète la condition de nouveauté et d’originalité du droit d’auteur. Il dépend de la nature de l’œuvre, plus précisément de la marge de manœuvre qui est laissée à l’auteur pour différencier son œuvre des autres œuvres de la branche concernée. Le caractère individuel laisse ainsi place à une grande part d’appréciation.

294. Lorsqu’il existe une marge de manœuvre suffisante et que l’œuvre se distingue d’une pure création de routine, le caractère individuel doit être admis. En l’absence de possibilités de choix, il doit en revanche être refusé. Avec l’aide de cette définition du caractère individuel, il nous reste à examiner, dans le cadre des conditions de la protection, le caractère littéraire ou artistique (§ 4) et la perception par les sens (§ 5).

§ 4. Le caractère littéraire ou artistique

295. Le caractère littéraire se comprend de lui-même, mais n’est d’aucun secours dès lors que l’on envisage le parfum en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat. L’hypothèse, selon laquelle la recette du parfum exprimée par un texte littéraire est susceptible de donner prise au droit d’auteur, sera examinée dans le cadre de l’opposition entre la protection de la forme et des idées (section 2). En revanche, il est nécessaire de préciser ce qu’il faut entendre par caractère artistique.

4.1. Le caractère artistique

296. Dans le cadre de l’analyse du droit des brevets d’invention, nous avons déjà relevé que le bien immatériel, au regard du droit d’auteur, doit avoir des qualités qui relèvent du domaine de l’esthétique au sens le plus large⁶¹¹. BARRELET et EGLOFF constatent à cet égard que « Chaque objet des arts

⁶⁰⁹ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 135; CHERPILLOD, *Das Werk*, op. cit., ad art. 2, n° 32, p. 31; cf. aussi MIJATOVIC, op. cit., p. 212.

⁶¹⁰ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 135; CHERPILLOD, Ivan, « Originalité et banalité, à propos de la protection des programmes d’ordinateur », in : *Mélanges Joseph Voyame*, Lausanne 1989, (ci-après CHERPILLOD, *Originalité et banalité*), p. 43; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 64, p. 53; cf. aussi GILLIÉRON, op. cit., p. 200, 204; RAUBER, op. cit., p. 94.

⁶¹¹ PERRET / AEGERTER, *FJS 519*, op. cit., p. 1; BARRELET / EGLOFF, op. cit., ad art. 2, n° 7, p. 12.

appliqués est de l'art. Pratiquement tout ce qui fait du bruit est de la musique, donc également de l'art au sens de la loi. On peut en dire autant de chaque photographie et de chaque vidéo, aussi banales soient-elles⁶¹². » Comme déjà mentionné, l'article 2 al. 1 LDA prévoit expressément que ni la valeur, ni la destination ne doivent être prises en compte au regard de la définition de l'œuvre⁶¹³.

297. Comme PERRET le met en évidence, le terme « esthétique » peut avoir deux sens différents. On peut l'entendre de manière absolument neutre, de sorte qu'il se réfère à tout ce qui est perçu par nos sens⁶¹⁴. En général, l'« esthétique » est cependant comprise dans un autre sens. Il consiste à l'associer à l'idée de la « beauté » qui est un synonyme du caractère « artistique »⁶¹⁵. Qualifier une œuvre selon le critère de la « beauté » ne constitue toutefois pas une valeur dans l'absolu⁶¹⁶. L'émotion esthétique est par nature liée au sujet qui attribue cette qualité à l'objet, de sorte qu'elle ne peut être que subjective⁶¹⁷.

298. Reprenons ici l'exemple du cadavre de mouette à tête de fœtus humain, dont l'exposition, au *Kunstmuseum* de Berne, a fait scandale⁶¹⁸. De même, on rappellera celui des cadavres humains que le Dr. Gunter von Hagens expose après les avoir transformés par *plastination*⁶¹⁹. Il va sans dire que l'on peut être choqué ou scandalisé par ces réalisations; il n'en demeure pas moins qu'un tel sentiment reste subjectif et n'est pas nécessairement partagé par tous. Du reste, ces expositions n'existeraient sans doute pas si aucun visiteur n'y était attendu.

299. L'esthétique au sens de « beauté » est un jugement subjectif aléatoire, voire arbitraire, qui n'a aucune valeur juridique et, partant, doit être écartée du droit d'auteur⁶²⁰. Le sens étymologique est l'exigence selon laquelle l'œuvre

⁶¹² BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 7, p. 12.

⁶¹³ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 9, p. 13; SOMMER, Brigitte I./GORDON, Clara-Ann, « Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit? » *sic!* 2001/4, p. 288; MACCIACCHINI, *op. cit.*, p. 352, 353; Message du CF, FF 1989/141 III 465, 507; cf. à ce sujet WILD, *op. cit.*, p. 62, qui fait remarquer que les jugements de valeur ne doivent pas être écartés: « Vielmehr soll mit dieser Verdeutlichung lediglich der persönliche Geschmack des Urteilenden und die künstlerische Qualität der Schöpfung aus der urheberrechtlichen Diskussion verbannt werden. »

⁶¹⁴ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 26; plus restrictif A. TROLLER, vol. I, § 19, p. 349: « Der Begriff 'Kunst' umfasst visuell unmittelbar wahrnehmbare Gebilde. »

⁶¹⁵ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 27.

⁶¹⁶ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 28; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 20, 21.

⁶¹⁷ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 28; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 20.

⁶¹⁸ COEN, *op. cit.*, p. 24.

⁶¹⁹ RÜF, *op. cit.*, p. 24.

⁶²⁰ PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 28; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 21, 22.

doit être perçue par les sens. Cette dernière est certes fondamentale, comme CHERPILLOD le fait remarquer, mais elle découle de la science juridique elle-même⁶²¹. La condition de perception, dont nous avons déjà constaté qu’elle est implicite, sera examinée ci-dessous (§ 5). En conséquence, la condition du caractère artistique ne saurait en aucun cas être définie par rapport à la notion d’esthétique.

300. Nous avons déjà évoqué la «*Präsentationstheorie*» développée par KUMMER, selon laquelle la notion d’œuvre dépend de sa seule qualification par l’auteur lui-même⁶²². Une partie de la doctrine, tout en critiquant la «*Präsentationstheorie*» pour la qualification de création de l’esprit, considère que ladite théorie s’applique uniquement pour déterminer l’appartenance au caractère littéraire ou artistique⁶²³.

301. Pour CHERPILLOD, un tel usage doit cependant être limité à des cas extrêmes, en particulier s’il n’est pas possible de déterminer si l’œuvre est le fruit d’un hasard quotidien, comme par exemple dans le cas d’une planche appuyée contre une paroi⁶²⁴. Il nous semble néanmoins peu vraisemblable qu’il soit nécessaire d’avoir recours à une telle théorie. Par ailleurs, son issue ne peut en principe être que l’admission de la qualité d’œuvre, si telle est la volonté de l’artiste.

302. Dans son message, le Conseil fédéral voit dans le critère du caractère artistique l’exclusion des méthodes et des idées: «[...] la restriction au domaine littéraire et artistique exclut d’emblée les simples idées, les prestations, les concepts et les méthodes. Cette restriction réserve la protection aux formes d’expression de l’esprit humain et en exclut les idées elles-mêmes»⁶²⁵. Ces questions seront cependant examinées dans l’analyse de l’opposition entre la forme et les idées (section 2). Au regard de la liste de l’article 2 al. 2 LDA, qui protège également les œuvres scientifiques, certains auteurs estiment ainsi, avec raison, que l’appartenance au domaine littéraire ou artistique ne constitue pas un critère très utile, pour déterminer si l’on est en présence d’une création de l’esprit⁶²⁶.

621 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 22.

622 KUMMER, op. cit., p. 75 et ss; WILD, op. cit., p. 65.

623 BARRELET/EGLOFF, op. cit., ad art. 2, n° 7, p. 12; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 125; MACCIACCHINI, op. cit., p. 351, 353; VON BÜREN, Roland, «Urheberrecht und verwandte Schutzrechte», RDS 1993/I, (ci-après VON BÜREN, *Urheberrecht*), p. 196, 197; VON BÜREN/MEER, op. cit., p. 75, 76.

624 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 125 note 61; CHERPILLOD, *Das Werk*, op. cit., ad art. 2, n° 13, p. 26, 27; GAIDE, op. cit., p. 26.

625 Message du CF, FF 1989/141 III 465, 507.

626 BARRELET/EGLOFF, op. cit., ad art. 2, n° 7, p. 12; SOMMER/GORDON, op. cit., p. 288; GUT, Balz A., *Rechtsgeschäftliche Verfügung über Urheberrechte an Markenbasiskonzepten*, thèse Zurich, Berne 2001, p. 32; WANG, op. cit., p. 264; STUTZ, *Individualität*, op. cit., p. 114 et ss; A. TROLLER,

303. Par conséquent, il est inutile de rappeler les considérations sur la nature esthétique du parfum qui figurent dans notre premier chapitre. L'argument, par nature subjectif, qui consiste à soutenir qu'un parfum est bien plus qu'une simple formule chimique ou une création industrielle est en effet sans aucune pertinence. Le caractère artistique doit être admis pour le parfum dans la mesure où il peut être qualifié de réalisation concrète qui s'adresse à notre sens de l'odorat. La condition de perception est cependant une condition en elle-même (§ 5).

304. En revanche, le défaut de pertinence de la valeur et de la destination de l'œuvre, rappelé ci-dessus, est important. Il en résulte que ni le but commercial, ni la nature industrielle du procédé de fabrication d'une création ne doivent modifier la qualification d'œuvre au sens du droit d'auteur. Si en théorie cette règle peut paraître très simple, en pratique tel n'est cependant pas toujours le cas⁶²⁷. La jurisprudence française nous en donne un exemple.

4.2. L'arrêt « De Laire »

305. Dans cette affaire, jugée en droit français, la Fabrique de Produits de Chimie de Laire (ci-après société de Laire) a mis au point deux formules de parfum (Sirdar et AJA 63), conservées secrètes. La société de Laire a ensuite conclu un accord avec la Société de Parfums Marcel Rochas (ci-après société Rochas) sur lesdites formules. Le litige portait notamment sur la question de savoir si la transmission des formules constitue un véritable transfert de propriété ou si, comme la société cédante le soutenait, il ne s'agit que d'une licence d'utilisation exclusive sur un droit d'auteur⁶²⁸.

306. Dans son célèbre arrêt du 3 juillet 1975, la Cour d'appel de Paris a refusé la protection du droit d'auteur français à ces formules de parfum, au motif qu'il s'agit d'une technique industrielle permettant d'obtenir un produit⁶²⁹. La société de Laire a par ailleurs commis une erreur en omettant de désigner la personne physique, auteur de la création. En effet, la Cour d'appel de Paris n'a pas manqué de relever ce point, quand bien même elle estimait le droit d'auteur inapplicable⁶³⁰. La Cour d'appel de Paris a considéré, de ce fait, qu'aucun auteur n'avait pu marquer l'œuvre de sa personnalité⁶³¹. Cet

op. cit., vol. I, § 19, p. 348 ; MACCIACCHINI, *op. cit.*, p. 353 ; HUG, *op. cit.*, p. 57 ; MIJATOVIC, *op. cit.*, p. 22, 23 ; cf. cependant WILD, *op. cit.*, p. 63, 64.

⁶²⁷ GAIDE, *op. cit.*, p. 27 ; PERRET, *L'autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 27 ; KUMMER, *op. cit.*, p. 40.

⁶²⁸ S.A. Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire c/ Société Parfums Marcel Rochas, Cour d'appel de Paris du 3 juillet 1975, (ci-après arrêt « De Laire »), *Gaz. Pal.* 1976, p. 43 et ss, *RIDA* 1977/ 91, p. 108 et ss.

⁶²⁹ Arrêt « De Laire », *Gaz. Pal.* 1976, p. 44, *RIDA* 1977/ 91, p. 111, 112.

⁶³⁰ Arrêt « De Laire », *Gaz. Pal.* 1976, p. 44, *RIDA* 1977/ 91, p. 112.

⁶³¹ Arrêt « De Laire », *Gaz. Pal.* 1976, p. 44, *RIDA* 1977/ 91, p. 112.

arrêt a provoqué le refus d’appliquer le droit d’auteur aux parfums en France pendant de nombreuses années⁶³².

307. Il est vrai qu’en matière de parfumerie, on ignore souvent qui a créé les grands parfums⁶³³. Aussi nous semble-t-il judicieux de remédier à cette lacune, si le droit d’auteur devait s’avérer efficace pour protéger un parfum. Toutefois, la question de la titularité du droit ne saurait être pertinente, ni pour juger de la qualité de l’œuvre, ni pour l’originalité comprise dans cet arrêt au sens de la « thèse de l’empreinte personnelle ».

308. PAMOUKDJIAN fait en outre remarquer que la société de Laire n’aurait pas dû s’aventurer sur le terrain de la brevetabilité des parfums, mais se contenter de souligner le caractère artistique de la création⁶³⁴. Invoquer le caractère artistique du parfum consiste avant tout à rappeler le défaut de pertinence du caractère industriel du parfum.

4.3. L’arrêt «Haarmann et Reimer»

309. Dans ce litige jugé en France, une créatrice de parfums a demandé à la société Haarmann et Reimer, son ancien employeur, une indemnisation à titre des parfums qu’elle a créée pour ladite société⁶³⁵. Dans son arrêt du 13 juin 2006, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la créatrice de parfums au motif « [...] que la fragrance d’un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre 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 œuvres de l’esprit par le droit d’auteur [...] »⁶³⁶.

310. Certains auteurs ont déduit de ce jugement que, pour les magistrats, «[...] les parfumeurs sont des artisans au même titre que les menuisiers,

⁶³² S.A. Kenzo et S.A. Tamaris c/ S.A. Parfums Via Paris, Cour d’appel de Paris du 6 juin 1997, (ci-après arrêt «Kenzo I»), *RDPI* 1997/77, p. 25, 26 dans lequel le droit d’auteur était invoqué à titre subsidiaire, mais la Cour d’appel a retenu la concurrence déloyale, ce qui a été confirmé dans un arrêt SA Parfums Via Paris c/ SA Kenzo et SA Tamaris, de la Cour de cassation de Paris du 18 avril 2000, (ci-après arrêt «Kenzo II»), *PIBD* 2000/700 III, p. 314, 315; SA Clarins c/ SA Hll Batignolles et SA Pierre Catier, Tribunal de grande instance de Paris, du 5 novembre 1997, (ci-après arrêt «Clarins I»), *PIBD* 1998/649 III, p. 142, 143; en revanche dans l’arrêt qui a suivi de la Cour d’appel de Paris, SA Clarins c/ SA Hll Batignolles et SA Pierre Catier, du 28 juin 2000, (ci-après arrêt «Clarins II»), *PIBD* 2000/708 III, p. 549, 551, la Cour d’appel a admis le principe de la protection par le droit d’auteur, mais a rejeté l’action faute d’éléments apportés aux débats permettant à ladite Cour de se déterminer sur l’originalité requise; DUBARRY, *op. cit.*, p. 37, 38, 39.

⁶³³ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 218.

⁶³⁴ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 215; dans le même sens BRUGIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

⁶³⁵ Madame Nejla X c/ Haarmann et Reimer, Cour de cassation de Paris du 13 juin 2006, 1^{re} Chambre Civile, (ci-après arrêt «Haarmann et Reimer»), Pourvoi n° 02-44.718, sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [www.courdecassation.fr/agenda/agenda_new/default.htm], p. 1, *RIDA* 2006/210, p. 349 et ss; l’arrêt complet nous a été aimablement communiqué par Me Jean-Philippe DUHAMEL.

⁶³⁶ Arrêt «Haarmann et Reimer», sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [www.courdecassation.fr/agenda/agenda_new/default.htm], p. 1, *RIDA* 2006/210, p. 349, 351.

plombiers et autres cuisiniers»⁶³⁷. Comme nous le verrons, cet arrêt est en contradiction avec des jurisprudences récentes non seulement en France, mais également dans d'autres pays. Avec ce jugement, la Cour de cassation effectue un retour en arrière et, à l'instar des juges de l'affaire «*De Laire*», affirme que le parfum n'est pas une œuvre au sens du droit d'auteur en raison de son caractère industriel. Avec raison, BREESÉ fait remarquer que «Cet arrêt consacre malheureusement la prédominance du <parfum industrie> sur le <parfum création>»⁶³⁸.

4.4. *Le défaut de pertinence du caractère industriel du parfum*

311. Selon les termes de CROCHET, même si «A sa perfection, [le compositeur de parfums] l'abandonne à l'industrie [...]», cela n'enlève cependant en rien à la qualité de création artistique du parfum⁶³⁹. Il compare ainsi le créateur-parfumeur au «[...] compositeur de musique qui créerait une œuvre pour le compte d'un producteur de phonogrammes, qui la reproduirait à un nombre illimité d'exemplaires»⁶⁴⁰.

312. Toutes les créations des arts appliqués, fabriquées à grande échelle par l'industrie, sont également susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur selon l'article 2 al. 2 *litt. f* LDA⁶⁴¹. En conséquence, le constat selon lequel le parfum est un produit industriel à partir du moment où il est reproduit en grande série, ne porte pas préjudice à sa qualification d'œuvre au sens du droit d'auteur. Comme CHERPILLOD le souligne, les créations de la parfumerie ont jusqu'ici été exclues du droit d'auteur plus par tradition que par logique⁶⁴².

⁶³⁷ SALOMON, Anne, «Pour la justice, un parfum n'est pas une œuvre», Journal *LE FIGARO*, 21 juin 2006, sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [www.lefigaro.fr]; BREESÉ, Pierre, «La Cour de cassation assimile le créateur de DUNE à un plombier plutôt qu'à un auteur», disponible sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [http://breese.blogs.com/pi/2006/06/la_cour_de_cass.html], (ci-après BREESÉ, *Dune*), p. 1.

⁶³⁸ BREESÉ, *Dune*, *op. cit.*, p. 1.

⁶³⁹ CROCHET, «Parfumerie et droit d'auteur», *RIPIA* 1979/118, (ci-après CROCHET, *Parfumerie et droit d'auteur*), p. 460; cf. aussi BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1698.

⁶⁴⁰ CROCHET, *Parfumerie et droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 460; CROCHET, «La protection des compositions de parfumerie par le droit d'auteur», *Parfums, cosmétique, arômes* 1978/23, (ci-après CROCHET, *La protection des compositions*), p. 54; dans le même sens, à propos du droit français, BALANA, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁴¹ Dans ce sens à propos du droit français LUCAS, André / LUCAS, Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire & artistique*, Paris 1994, n° 67, p. 78; GALLOUX, *op. cit.*, p. 2645; LEGER, *op. cit.*, p. 121; cf. aussi PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 215, à propos de l'arrêt «*De Laire*».

⁶⁴² CHERPILLOD, *Originalité et banalité*, *op. cit.*, p. 42; cf. aussi LUCAS / LUCAS, *op. cit.*, n° 67, p. 78, 79: «[...] l'exécution personnelle dans la création artistique, et même littéraire, implique toujours un savoir-faire. La différence par rapport aux autres créations littéraires ou artistiques traditionnelles n'est donc que de degré et ne suffit pas à justifier la réticence, surtout si l'on considère l'extension incessante du champ d'application de la propriété littéraire et artistique.»

Conclusions sur le caractère littéraire ou artistique

313. A notre avis, la condition du caractère littéraire ou artistique n’a aucune portée propre. Elle se confond notamment avec l’interdiction de tenir compte de la valeur et de la destination de l’œuvre. Dans le cas du parfum, cela revient en particulier à rappeler que le caractère industriel de sa production ne constitue en aucun cas un obstacle à sa protection comme œuvre de l’esprit. Le caractère artistique ne peut être compris qu’au sens étymologique de l’« esthétique », selon lequel l’œuvre doit pouvoir être perçue par les sens, en l’occurrence celui de l’odorat. La perception par les sens semble cependant être une condition indépendante, même si elle ne figure pas expressément dans la loi.

§ 5. La perception par les sens

314. Pour des raisons pratiques évidentes, ne peut être protégé que ce qui est perceptible⁶⁴³. L’œuvre ne peut exister qu’à partir du moment où les destinataires peuvent partager la création avec son auteur⁶⁴⁴. Il s’ensuit que le critère de la perception par les sens peut être implicitement déduit de celui de création de l’esprit. CHERPILLOD fait cependant remarquer que, si en droit suisse l’œuvre doit être perceptible, elle n’a pas besoin d’être écrite ou fixée d’une autre manière⁶⁴⁵. Comme BARRELET et EGLOFF le précisent, contrairement aux possibilités offertes par l’article 2 al. 2 CB, le droit suisse n’exige pas comme condition de protection que l’œuvre soit fixée sur un support matériel⁶⁴⁶.

315. Par conséquent, à l’instar des autres catégories d’œuvres, le parfum qui peut être perçu par le sens de l’odorat, n’a pas besoin d’être fixé sur un support matériel. La perception par les sens a néanmoins fait l’objet de débats pour la protection du parfum, en particulier au regard du droit français, qui pourtant admet la protection indépendamment de la forme d’expression⁶⁴⁷.

⁶⁴³ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 4, p. 11; VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 68; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 18, 19, 137 et ss; DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 46-47, p. 31, 32; KUMMER, *op. cit.*, p. 8; WANG, *op. cit.*, p. 257 et s.

⁶⁴⁴ VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 68, 69; GAIDE, *op. cit.*, p. 29 et ss.

⁶⁴⁵ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 137; CHERPILLOD, *Das Werk*, *op. cit.*, ad art. 2, n° 3 et 4, p. 24; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 12; Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 508: «Le droit d’auteur connaît un principe qui veut qu’une œuvre soit protégée indépendamment de son mode de fixation»; en droit français GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644, 2645; BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1698.

⁶⁴⁶ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 4, p. 10, 11.

⁶⁴⁷ L’article L 112-1 CPI dispose: «Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l’esprit, quels qu’en soient le genre, la forme d’expression, le mérite ou la destination»; cf. aussi GALLOUX, *op. cit.*, p. 2645.

Il nous incombe dès lors de nous prononcer sur les différentes objections invoquées, plus précisément le caractère variable et éphémère du parfum (5.1), sa perception subjective (5.2) et, pour terminer, l'absence de possibilité de le décrire objectivement (5.3).

5.1. *L'objection du caractère variable et éphémère du parfum*

316. Dans leur note qui a suivi l'arrêt « *De Laire* », CALVO et MORELLE avaient conclu au refus de protection du parfum comme œuvre de l'esprit, au regard du droit français, en invoquant « sa relative éphémérité, son manque de stabilité, son impossibilité de traverser les générations, en un mot son manque de permanence »⁶⁴⁸. Cette première objection consiste en deux arguments, qui sont le caractère variable et éphémère du parfum.

317. L'objection du caractère variable du parfum a été réfutée par GALLOUX. Il considère en effet que le phénomène de « déroulement olfactif » dans le temps constitue un élément même de la création et n'a pas pour effet d'en faire une création différente⁶⁴⁹. Il observe par ailleurs que la protection de l'œuvre initiale ne saurait être affectée, en raison d'une altération ultérieure⁶⁵⁰. On ajoutera qu'une œuvre musicale, par exemple, peut être interprétée de différentes manières, de sorte que des variations sont également possibles.

318. S'agissant de l'objection du caractère éphémère, du manque de permanence, il ne résiste pas non plus à l'examen. CALVO lui-même ne l'a du reste pas maintenue⁶⁵¹. En effet, la musique est tout aussi éphémère que le parfum, ce qui ne l'empêche pas d'être protégé par le droit d'auteur. Pour LALIGANT, qui examine cet aspect sous le critère d'accessibilité: « A aucun point de vue, il ne serait donc sérieux de soutenir que le parfum ne satisfait qu'imparfaitement à l'exigence d'accessibilité parce qu'il s'évapore et qu'il ne

⁶⁴⁸ CALVO, Jean / MORELLE, Guy, Note sous l'arrêt « *De Laire* », *Gaz. Pal.* 1976, (ci-après CALVO / MORELLE, *Note sous l'arrêt « De Laire »*), p. 44 ; cf. aussi Lancôme Parfums Beauté et cie SNC c/ Kecofa, Cour d'appel de Den Bosch du 8 juin 2004, (ci-après arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* »), disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [www.rechtspraak.nl], avec une traduction en français disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [http://breeze.blogs.com/pi/files/bellure_loreal_nl.doc], en anglais dans 45 *IDEA* 31 (2004), disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [www.piercelaw.edu/tfield/tresor.pdf], p. 1, ainsi qu'en allemand *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁶⁴⁹ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644 ; cf. aussi BALANA, *op. cit.*, p. 260, 261 ; CARON, Christophe, Note sous l'arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 27.

⁶⁵⁰ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644 ; BALANA, *op. cit.*, p. 260, 261 ; CARON, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁵¹ CALVO, Jean, Note sous l'arrêt « *Mugler* », *Petites Affiches* 2000/45, (ci-après CALVO, *Note sous l'arrêt « Mugler »*), p. 14 et ss ; cf. aussi GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644 ; BALANA, *op. cit.*, p. 260, 261 ; DUBARRY, *op. cit.*, p. 31, qui relève que la formule de la composition reste invariable, de sorte que l'argument du manque de stabilité n'est pas pertinent.

reste rien après⁶⁵². » Comme K. TROLLER le rappelle à juste titre, la communication éphémère est essentielle à la protection des improvisations musicales, des discours et des récitations⁶⁵³.

5.2. *L’objection de la perception subjective du parfum*

319. A. TROLLER refuse de considérer les parfums comme des créations, au motif qu’ils ne sont pas susceptibles d’être objectivement représentés et que, partant, le compositeur de parfums n’a pas dans son esprit une représentation du parfum correspondant à la création effective⁶⁵⁴. Pour A. TROLLER, l’œuvre est en effet concrétisée, donc perceptible, à partir du moment où elle peut être comprise de la même manière par chacun⁶⁵⁵. Une telle conception nous semble cependant critiquable, en particulier pour les catégories d’œuvres qui s’adressent en premier lieu à la sensibilité. Tel n’est pas seulement le cas du parfum, mais également des œuvres musicales et de l’art abstrait, ainsi que nous l’avons relevé ci-dessus.

320. Comme CHERPILLOD le fait remarquer, l’acte psychologique de l’auteur, au moment de la création, n’est d’aucune pertinence pour l’octroi de la protection⁶⁵⁶. De surcroît, les impressions suscitées par l’œuvre, lors de sa perception par le destinataire, ne font pas partie de l’œuvre concrète, mais de l’activité intellectuelle de celui qui la perçoit⁶⁵⁷. A cet égard, CROCHET relève que la description technique, qu’un odorat exercé est susceptible d’ef-

⁶⁵² LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 115 ; dans le même sens CROCHET, *Parfumerie et droit d’auteur*, op. cit., p. 459 ; en droit français BASSARD, André, « La composition d’une formule de parfum est-elle une « œuvre de l’esprit » au sens de la loi du 11 mars 1957 ? », *RIPIA* 1979/118, p. 463 : « [...] les sons s’envolent, la partition reste ; le parfum se dissipe, la formule reste » ; SIRINELLI, Pierre, « (Non) protection d’un parfum – Le juge est au parfum... mais toute fragrance ne mérite pas protection », *Propriétés intellectuelles* 2004/13, (ci-après SIRINELLI, *Protection*), p. 907 ; BALANA, op. cit., p. 260 ; CARON, op. cit., p. 27 ; cf. aussi en droit allemand VINCK, Kai, in : *Urheberrecht*, FROMM/NORDEMANN, Stuttgart / Berlin / Köln 1994, § 2 n° 28, p. 60.

⁶⁵³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 19 n° 4.2, p. 264, § 20 n° 2.6.4, p. 287.

⁶⁵⁴ A. TROLLER, op. cit., vol. I, § 19, p. 350 : « Der Schöpfer vermag nicht, zuerst den Geruch geistig sich vorzustellen wie dies bei den Werken der Literatur und Kunst geschieht. [...] Das Geistige Werk ist die Verwendung von Naturkräften ; der Geruch ist deren Ergebnis und nicht das Werk » ; dans le même sens VON BÜREN / MEER, op. cit., p. 68 : « Die Wahrnehmbarmachung durch andere Sinne (Geschmacks-, Geruchs- oder Tastsinn) fällt wohl aus praktischen Gründen und auch wegen der höchst subjektiven Natur einer solchen Empfindung ausser Betracht » ; cf. aussi BAUMANN, op. cit., p. 414.

⁶⁵⁵ A. TROLLER, op. cit., vol. I, § 20, p. 371 : « Konkretisiert ist der Gehalt nur dann, wenn jeder Wahrnehmende dem materialisierten Werk die gleiche Mitteilung entnimmt » ; cf. aussi GAIDE, op. cit., p. 30, 31.

⁶⁵⁶ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 129.

⁶⁵⁷ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 137, 138 note 120.

fectuer, ne doit pas être confondue avec la sensation que procure un parfum⁶⁵⁸. Le fait que la perception olfactive puisse varier d'un individu à l'autre est sans aucune pertinence⁶⁵⁹. En conséquence, l'objection du caractère subjectif de la perception ne saurait constituer un obstacle à la protection du parfum.

5.3. *L'objection de l'absence de possibilité de décrire objectivement le parfum*

321. En droit français, LALIGANT considère que la perception par les sens signifie que l'œuvre doit non seulement pouvoir être perçue, mais surtout qu'elle doit pouvoir être représentée⁶⁶⁰. Par comparaison avec la partition musicale, il estime que cette dernière doit être distinguée de la formule du parfum. En effet, LALIGANT expose que la proportion des composantes, participant à la forme olfactive, n'est pas constante, en raison de la volatilité variable de celles-ci⁶⁶¹. Ce constat repose sur les enseignements de ROUDNITSKA, qui insiste sur le caractère apparent des proportions dans une formule de parfum⁶⁶². Dans son article, paru en 1992, LALIGANT observe que les moyens techniques actuels ne permettent qu'une description partielle. Il en déduit qu'il n'est pas possible de décrire la forme olfactive, constituée par une succession d'accords simultanés⁶⁶³.

322. La difficulté qui consiste à décrire le parfum a ainsi poussé LALIGANT à conclure, dans son étude, à l'absence de sa protection par le droit d'auteur comme suit :

« Au terme de cet examen, il apparaît que les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût, le toucher sont en principe exclues du bénéfice de la protection offerte par le droit d'auteur, non parce qu'elles ne sont pas protégeables au titre de droit d'auteur, puisqu'incontestablement elles le sont, mais parce qu'elles ne peuvent satisfaire aux conditions d'application du droit d'auteur, et plus précisément parce que les formes dont elles sont constituées

⁶⁵⁸ CROCHET, *La protection des compositions*, op. cit., p. 54.

⁶⁵⁹ BRESÉ, *Apport de la métrologie*, op. cit., p. 559; BALANA, op. cit., p. 261; BRUGUIÈRE, op. cit., p. 1698; CARON, op. cit., p. 27; PAMOUKDJIAN, op. cit., p. 223.

⁶⁶⁰ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 623; BALANA, op. cit., p. 261.

⁶⁶¹ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 600 : « [...] à la différence de la partition sur laquelle est transcrite l'intégralité de l'œuvre musicale, la « formule » ne donne pas du parfum, composition odoriférante, une transcription complète. »

⁶⁶² ROUDNITSKA, op. cit., p. 38 : « Donc la proportion de chaque composant, qui figure sur la formule n'est qu'une proportion apparente qui sera en constante évolution au cours du déroulement olfactif. »

⁶⁶³ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d'auteur*, op. cit., p. 116.

ne peuvent, en l’état actuel de la science, être décrites de manière objective et complète!⁶⁶⁴»

323. Avec raison, GALLOUX souligne cependant que le droit français ne pose aucune exigence de représentation ou de description de l’œuvre, celle-ci étant protégée «[...] quelle qu’en soit la forme d’expression» (art. L 112-1 CPI)⁶⁶⁵. Bien plus, il nous rappelle que l’œuvre n’a pas besoin d’être fixée pour être protégée⁶⁶⁶. En conséquence, lorsque l’on examine les conditions de protection, la question de savoir si le parfum est suffisamment descriptible n’est d’aucune pertinence⁶⁶⁷. En droit suisse, la même conclusion s’impose.

324. En revanche, GALLOUX ajoute, à juste titre, que la description est essentielle pour constater une contrefaçon⁶⁶⁸. En effet, pour des raisons pratiques évidentes, la comparaison de deux parfums nécessite une description au moins partielle⁶⁶⁹. DESSEMONTET, qui examine la question pour les œuvres de manière générale, fait le même constat en droit suisse⁶⁷⁰. L’examen de cette question relève néanmoins de l’atteinte au droit de reproduction (section 4).

325. D’autres auteurs ont également analysé le problème de la description du parfum dans le cadre des conditions de protection, mais ont admis que le parfum est protégeable par le droit d’auteur. Ainsi K. TROLLER se base sur l’analyse chimique et les conditions de préparation du parfum pour l’admettre en tant qu’œuvre au sens du droit d’auteur⁶⁷¹. La question de savoir si la représentation chimique est pertinente devra néanmoins être examinée

⁶⁶⁴ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 128; cf. aussi LALIGANT, Olivier, *La véritable condition d’application du droit d’auteur: originalité ou création?*, Aix-Marseille 1999, (ci-après LALIGANT, *Originalité ou création*), p. 16, où il confirme son opinion au motif du manque de «figurabilité» en l’état de la science, terme selon lequel «[...] il est demandé que l’œuvre soit susceptible d’être décrite ou représentée d’une façon suffisante pour pouvoir être objectivement identifiée»; en droit suisse cf. INEICHEN, *Das Urheberrechtlich geschützte Werk*, op. cit., p. 64, considère également qu’en matière olfactive, le droit d’auteur ne saurait s’appliquer, en raison du manque de sécurité juridique: «[...] die Frage kann jedoch offen bleiben, da die gleichen Überlegungen zur Rechtssicherheit wie im Markenrecht dazu führen, dass der urheberrechtliche Schutz für Düfte konsequenterweise per se abzulehnen ist.»

⁶⁶⁵ GALLOUX, op. cit., p. 2645.

⁶⁶⁶ GALLOUX, op. cit., p. 2645; SIRINELLI, *Protection*, op. cit., p. 907: «Un bonhomme de neige pourrait être protégé par le droit d’auteur quand bien même il aurait été érigé après une bourrasque inattendue dans une plaine corse au printemps.»

⁶⁶⁷ GALLOUX, op. cit., p. 2645.

⁶⁶⁸ GALLOUX, op. cit., p. 2645; BALANA, op. cit., p. 261, 262; SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 49.

⁶⁶⁹ GALLOUX, op. cit., p. 2645; BREESÉ, *Apport de la métrologie*, op. cit., p. 559; SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 49.

⁶⁷⁰ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, op. cit., n° 49, p. 34.

⁶⁷¹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 20 n° 2.6.4, p. 287; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 20 n° 6.3, p. 145, compare le parfum à l’œuvre musicale: «Tous deux peuvent être conservés – le son sur un support mécanique ou électronique, l’odeur d’un parfum dans un liquide.»

au regard de la forme protégeable (section 2 § 1). Au stade des conditions de protection, elle ne saurait être relevante.

326. De même, GLEMAS affirme que, si la description peut poser des difficultés, elle n'est pas impossible. De l'avis de GLEMAS, des experts qualifiés ou des compositeurs de parfums sont capables de faire une description suffisamment précise du parfum de manière à « [...] en saisir toutes les nuances et subtilités »⁶⁷². Pour BALANA, au contraire, un expert ne saurait donner un avis technique objectif, dès lors que la caractérisation de la perception d'un parfum est par définition empreinte de subjectivité⁶⁷³. Enfin, d'autres auteurs s'appuient sur la distinction entre les sens mécaniques (le toucher, la vue et l'ouïe) et les sens chimiques (le goût et l'odorat), pour faire remarquer que les œuvres musicales contemporaines, qui font appel aux sens mécaniques, « [...] présentent les mêmes difficultés de transcription que les créations olfactives »⁶⁷⁴. A ce stade du raisonnement, on ne peut cependant que rejeter ces arguments, au motif qu'ils ne doivent pas être analysés lors de l'examen des conditions de protection, comme rappelé ci-dessus.

Conclusions sur la perception par les sens

327. Dans le cadre de l'exigence de perception par les sens, il est suffisant de constater que le parfum est perceptible par le sens de l'odorat. Il peut ainsi être communiqué au monde extérieur, ce qui constitue la finalité de toute œuvre. A cet égard, la condition de perception par les sens n'apporte aucun élément nouveau par rapport à la création de l'esprit qui a un caractère individuel. Par conséquent, le législateur ne l'a pas retranscrite dans la LDA avec raison.

328. En revanche, pour que le parfum puisse être perceptible par les sens, il doit se présenter sous une forme concrète. Or, l'exigence, selon laquelle l'œuvre doit être perceptible par les sens, semble destinée à exclure la protection des idées, selon DESSEMENTET⁶⁷⁵. Se pose dès lors la question de savoir comment le droit d'auteur doit appréhender l'opposition entre la forme et les idées dans le cas du parfum. Pour ce faire, on examinera, dans la section qui suit, la forme protégeable (§ 1) et les éléments sur lesquels doit porter le caractère individuel (§ 2).

⁶⁷² GLEMAS, Emmanuelle, « La protection du parfum par le droit d'auteur », *RDPI* 1997/82, p. 38.

⁶⁷³ BALANA, *op. cit.*, p. 261.

⁶⁷⁴ BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1698 ; dans le même sens BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 301, 302, 303.

⁶⁷⁵ DESSEMENTET, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 48, p. 32.

Section 2. L’opposition entre la forme et les idées

§ 1. La forme protégeable ?

1.1. L’« idée exprimée »

329. Tant qu’il n’y a pas expression, il est admis de manière unanime que l’idée ne saurait être protégée⁶⁷⁶. CHERPILLOD fait ainsi remarquer : « Si l’on entend par < forme > toute manifestation exprimée et par < idée > une représentation purement imaginaire, il est évident que le droit d’auteur ne protégera que la forme⁶⁷⁷. » Pour CHERPILLOD, cette exclusion de l’« idée non exprimée » est cependant uniquement due au fait qu’elle n’est pas perceptible, en d’autres termes, parce que son existence ne peut pas être vérifiée⁶⁷⁸.

330. Par opposition à l’« idée non exprimée », on peut définir l’« idée exprimée » comme une idée exprimée ou concrétisée dans une œuvre⁶⁷⁹. Par conséquent, en présence d’une « idée exprimée », se pose la question de savoir s’il convient de protéger la forme, le contenu ou une combinaison des deux.

331. La thèse, selon laquelle la seule forme mérite protection, est aujourd’hui unanimement rejetée⁶⁸⁰. Le problème de la protection de l’idée n’en est toutefois pas résolu pour autant. Tout le débat provient d’une conception déjà ancienne, selon laquelle, en droit d’auteur, l’idée (concept par ailleurs mal défini) doit rester à la disposition de tous⁶⁸¹. L’article 9 al. 2 de l’Accord ADPIC stipule ainsi : « La protection du droit d’auteur s’étendra aux expres-

676 Message du CF, FF 1989/141 III 465, 506; ALTENPOHL, *op. cit.*, p. 46; BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 2, n° 4, p. 11; VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 68; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 18; DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 46, p. 31, n° 47, p. 32; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 11; GAIDE, *op. cit.*, p. 32; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 196; KUMMER, *op. cit.*, p. 8; PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 137; STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 110; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 19 n° 1.1, p. 244; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 19 n° 1.1, p. 130; WANG, *op. cit.*, p. 257 et s.; ZSCHOKKE, Andres, *Der Werkbegriff im Urheberrecht*, thèse Berne, Zurich 1966, p. 18; en droit allemand VINCK, *op. cit.*, § 2 n° 25, p. 58; LOEWENHEIM, Ulrich, in: *SCHRICKER, Urheberrecht*, Munich 1999, § 2 n° 50, p. 72; *SCHRICKER, Gerhard*, « Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen », *GRUR* 1996, p. 825.

677 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 18.

678 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 33.

679 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 19; GAIDE, *op. cit.*, p. 32; dans son Message du CF, FF 1989/141 III 465, 506, le Conseil fédéral a défini la création de l’esprit comme impliquant la notion d’« idée soit exprimée ».

680 ZSCHOKKE, *op. cit.*, p. 13, 17, 18, qui soutenait que l’œuvre est liée à sa forme et que le terme contenu est critiquable, considérait que n’est pas exclu de la protection ce qui réside derrière la forme.

681 Cf. notamment Blatter c/ Walser, du 1^{er} février 1944, (ci-après arrêt « Blatter »), ATF 70 II 57, 60; Micky-Maus AG c/ Walt Disney Productions, du 4 décembre 1951, (ci-après arrêt « Mickey Mouse »), ATF 77 II 377, 380; cf. aussi Message du CF, FF 1989/141 III 465, 506, 507, 509.

sions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels»⁶⁸². Selon le message du Conseil fédéral, les « simples idées » ne sont pas protégeables, au même titre que les prestations, les concepts ou les méthodes⁶⁸³.

1.2. *Le problème posé par le principe de la liberté des idées en droit d’auteur*

332. Le principe de la liberté des idées en droit d’auteur est susceptible de trouver sa justification dans l’intérêt de la collectivité d’éviter un monopole sur certaines idées. Comme PERRET le souligne, ce constat n’a cependant de valeur que dans le domaine scientifique. Au regard des idées commerciales il est discutable, tandis que pour l’art il ne saurait être retenu⁶⁸⁴. Selon CHERPILLOD, un monopole sur les idées constituerait une entrave en matière littéraire et artistique⁶⁸⁵. Il soutient néanmoins que l’intérêt de la collectivité ne saurait justifier la dichotomie entre forme et contenu, la balance des intérêts entre auteur et collectivité ne débouchant pas nécessairement sur cette distinction⁶⁸⁶.

333. Les juristes ont tenté de résoudre la question en élaborant la distinction entre « forme externe » et « forme interne », dont l’origine remonte aux théories formulées par KOHLER en droit allemand⁶⁸⁷. Ce dernier a développé la *Weltschöpfungs idee*, en vertu de laquelle le monde imaginaire de l’artiste se distingue du monde réel. Il en résulte que c’est l’expression de la réalité, non pas la réalité elle-même, qui doit être protégée⁶⁸⁸. CHERPILLOD critique la théorie de KOHLER, qui examine l’angle subjectif de l’auteur, et non pas l’œuvre elle-même⁶⁸⁹. Il reconnaît néanmoins à KOHLER le mérite d’avoir attiré l’attention sur l’ampleur de la création artistique⁶⁹⁰. PERRET fait cependant remarquer qu’il est possible d’envisager le caractère représentatif de l’œuvre d’une autre manière⁶⁹¹.

682 Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1.C de l’Accord instituant l’Organisation mondiale du commerce, Accord TRIPS en anglais (ci-après l’Accord ADPIC).

683 Message du CF, *FF* 1989/141 III 465, 506, 507.

684 PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 143.

685 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 56.

686 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 56, 57.

687 KOHLER, Josef, *Kunstwerkrecht*, Stuttgart 1908, (ci-après KOHLER, *Kunstwerkrecht*), p. 27 et ss; cf.

aussi KOHLER, Josef, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Manheim 1892, (ci-après KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*), p. 9 et ss.

688 KOHLER, *Kunstwerkrecht*, *op. cit.*, p. 27 et ss; cf. aussi KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*, *op. cit.*, p. 9 et ss.

689 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 29.

690 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 29.

691 PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 34.

1.3. Le caractère représentatif de l’œuvre

334. En élargissant la notion de l’objet représenté, issu de la théorie de la *Weltschöpfungsidee* de KOHLER, PIOLA-CASELLI a étendu la représentation de l’objet permettant la communication au monde extérieur, qui porte sur des faits réels, aux sensations et aux sentiments, ce qui permet d’inclure dans le droit d’auteur toutes les productions qui ont en commun le fait d’exprimer, de représenter quelque chose⁶⁹². Notamment pour les œuvres abstraites et la musique, cette solution paraît toutefois difficilement applicable⁶⁹³.

335. PERRET admet que, dans la plupart des cas, il est difficile de distinguer entre la représentation concrète et la donnée abstraite⁶⁹⁴. Il observe toutefois que la représentation existe même si, par exemple dans le cas de l’art abstrait et de la musique, l’expression se fonde sur un objet indéterminé: «[...] dans l’art abstrait et la musique l’objet est composé de sensations, d’impressions ou d’états d’âme qui ne peuvent être identifiés mais qui n’en constituent pas moins le fondement duquel va jaillir l’expression⁶⁹⁵.»

336. Le parfum est non seulement proche de la musique, mais constitue l’art abstrait par excellence. Ainsi, si l’on suit cette conception, la protection du parfum s’attacherait aux parties de l’œuvre qui possèdent un caractère représentatif, c’est-à-dire sa forme olfactive⁶⁹⁶. Comme la musique, le parfum a un caractère représentatif, car il suscite l’émotion. La doctrine du caractère représentatif de l’œuvre ne fait cependant pas l’unanimité. Elle est notamment critiquée au motif que le «contenu» de l’œuvre est susceptible d’être protégé⁶⁹⁷.

337. Le terme «contenu» prête cependant à confusion. En effet, certains auteurs l’assimilent à la notion d’«idée exprimée», tandis que d’autres l’emploient dans le sens de la «forme interne»⁶⁹⁸. En conséquence, il est nécessaire

⁶⁹² PIOLA-CASELLI, Eduardo, *Tratto del dritto d'autore e del contratto di edizione*, Naples/Turin/Milan 1927, p. 77 et ss; PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 35.

⁶⁹³ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 30; KUMMER, op. cit., p. 17 et ss; KEHRLI, op. cit., p. 16, 17; GAIDE, op. cit., p. 34; en droit allemand ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York 1908, p. 120; LOEWENHEIM, op. cit., § 2 n° 53, p. 74.

⁶⁹⁴ PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 150.

⁶⁹⁵ PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 35; PERRET, François, «La protection des prestations en droit privé suisse», *RDS* 96 II (1977), (ci-après PERRET, *La protection*), p. 257; PERRET, *Nouvelle LDA*, op. cit., p. 21.

⁶⁹⁶ PERRET, *La protection*, op. cit., p. 257.

⁶⁹⁷ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 45, 118; RAUBER, op. cit., p. 70: «Insgesamt ist daher die Lehre vom „caractère représentatif“ abzulehnen, soweit mit ihr der Ausschluss von Werkgehalten aus dem Begriff des schutzfähigen Werkes begründet werden soll.»

⁶⁹⁸ PERRET, *L'autonomie du régime*, op. cit., p. 153 notamment note 535 et p. 149; von BÜREN, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 215, p. 45, 46; en droit allemand VINCK, op. cit., § 2 n° 25, p. 58; arrêt «*Bâtiment EPFZ*», ATF 120 II 65, *JdT* 1994 I 372, 374, dans lequel le Tribunal fédéral relève que le droit d’auteur se limite «[...] à la forme et non au contenu du support [...]».

de définir la « forme externe » (1.4) et la « forme interne » (1.5). Pour cette dernière, on se demandera si elle peut être délimitée par rapport au « contenu » (1.5.3), tandis que la « forme externe » nous amènera à l’examen de la recette du parfum exprimée dans un texte (1.6).

1.4. La « forme externe »

1.4.1. Définition de la « forme externe »

338. La « forme externe » est aisément définissable. C’est la forme extérieure qui est directement perceptible par les sens⁶⁹⁹. Dans une œuvre littéraire, on la percevra dans le choix des mots⁷⁰⁰ ou l’expression. En droit français, LALIGANT préfère le terme de forme apparente, qu’il définit comme suit :

« [...] dans une œuvre littéraire, par l’agencement des termes, puis de phrases ; dans une œuvre musicale, par la combinaison des mélodies et des rythmes ; dans une œuvre artistique, par l’amalgame des lignes et des couleurs s’il s’agit d’une peinture, par la corrélation de l’espace et des reliefs s’il s’agit d’une sculpture, par l’enchaînement des images, elles-mêmes constituées par un sujet, une exposition, une profondeur de champ, s’il s’agit d’une œuvre cinématographique, par la combinaison des pas et des figures s’il s’agit d’une œuvre chorégraphique, etc. [...]»⁷⁰¹.

1.4.2. La « forme externe » du parfum

339. Contrairement à l’œuvre littéraire, qui s’adresse directement à l’intelligence, nous avons constaté que les œuvres musicales font appel à la sensibilité, en suscitant des émotions. Par conséquent, pour ces dernières, un jugement de valeur ne peut être émis que dans un deuxième temps, après un effort de méditation. Selon les termes de DESBOIS : « Alors que les mots sont intelligibles, les notes ne sont que perceptibles »⁷⁰². Pour le parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat, nous avons déterminé dans le premier chapitre que, contrairement à la vue et à l’ouïe, le nerf olfactif est directement relié à la partie du cerveau qui contrôle l’émotion, et non pas à celle où se forme la raison.

340. Ainsi, le parfum est par excellence une œuvre directement perceptible par les sens. Le « bouquet » du parfum, « [...] le déroulement des formes olfactives que celui-ci prend successivement dans le temps⁷⁰³ », ou ensemble

⁶⁹⁹ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, op. cit., n° 62, p. 42 ; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 27, 38.

⁷⁰⁰ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 27.

⁷⁰¹ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 611.

⁷⁰² DESBOIS, op. cit., n° 11, p. 14, n° 105, p. 134.

⁷⁰³ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 110.

de formes olfactives⁷⁰⁴, est perçu par notre odorat. Il constitue une « forme externe », plus précisément la forme olfactive du parfum.

341. Sur le plan du principe, la recette du parfum, exprimée par un texte, pourrait également donner prise au droit d’auteur. Comme relevé ci-dessus, il conviendra de se prononcer sur cette question (sous le chiffre 1.6, ci-après). On peut encore songer à l’aspect extérieur du parfum perceptible par la vue, soit la couleur du jus. Du point de vue pratique, une telle protection a toutefois peu d’intérêt⁷⁰⁵.

1.5. La « forme interne »

1.5.1. Définition de la « forme interne »

342. Contrairement à la « forme externe », la « forme interne » n’est pas directement perceptible par les sens. La « forme interne » peut être définie comme la structure, le plan, l’ossature⁷⁰⁶. A titre d’exemple, on peut citer la trame d’une pièce de théâtre ou d’un roman, le scénario d’un film, la structure d’un manuel ou d’un autre texte, la construction d’un discours ou encore l’architecture d’un poème⁷⁰⁷. En droit français, LALIGANT emploie le terme de plan ou de forme sous-jacente⁷⁰⁸. La modification de la « forme externe », par exemple une traduction littéraire, ne modifie pas la « forme interne » de l’œuvre⁷⁰⁹.

343. Selon KUMMER, dans le cas de la peinture, la forme et le contenu sont aisément séparables, si l’on entend par « contenu » le sujet du tableau⁷¹⁰. Cette distinction est dès lors critiquée au motif que, si la « forme externe » peut être déterminée sans difficulté, il en va autrement de la « forme interne », excessivement délicate à délimiter dans la pratique⁷¹¹. Dans le domaine de l’art abstrait et de la musique, un certain nombre d’auteurs estiment que la distinction entre « forme externe » et « forme interne » est inapplicable⁷¹².

⁷⁰⁴ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 110.

⁷⁰⁵ Cf. néanmoins l’arrêt de la Cour d’appel de Versailles du 15 mars 2001, SA Jeanne Arthes et SA Feelings c/ SNC Lancôme Parfums et Beauté & Cie, (ci-après arrêt « Jeanne Arthes »), *RIPIA* 2001/204, p. 15, 16, 20, commenté à propos du droit de la concurrence déloyale.

⁷⁰⁶ KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*, op. cit., p. 9 et ss; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 27.

⁷⁰⁷ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, op. cit., n° 62, p. 42 qui cite également « la suite des idées », ce qui nous semble beaucoup plus délicat compte tenu de la question de la protection des idées en droit d’auteur.

⁷⁰⁸ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 611.

⁷⁰⁹ KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*, op. cit., p. 46.

⁷¹⁰ KUMMER, op. cit., p. 15; KEHRLI, op. cit., p. 15, 16.

⁷¹¹ Notamment KUMMER, op. cit., p. 16; RAUBER, op. cit., p. 68 et s.

⁷¹² CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 30; KUMMER, op. cit., p. 17 et ss; KEHRLI, op. cit., p. 16, 17; GAIDE, op. cit., p. 34; en droit allemand ULMER, op. cit., p. 120; LOEWENHEIM, op. cit., § 2 n° 53, p. 74.

344. Tout en critiquant l’utilité de la distinction, K. TROLLER considère toutefois qu’elle peut servir pour les œuvres protégeables par la structure de leur contenu⁷¹³. PERRET fait remarquer que l’importance des notions de « forme interne » et de « forme externe » réside dans la protection des traductions et des recueils d’anthologie⁷¹⁴. En effet, pour ce type d’œuvres, seul le changement de forme est susceptible de fonder l’assise de l’individualité au sens du droit d’auteur. Dans le cas de la traduction, c’est la « forme externe », immédiatement perceptible, qui est modifiée. En revanche, pour le recueil d’anthologie, seule la structure, soit la « forme interne », est susceptible de protection⁷¹⁵.

345. En droit français, de l’avis de LALIGANT, la distinction entre forme apparente (« forme externe ») et forme sous-jacente (« forme interne ») se situe au niveau de l’étendue d’éléments pouvant être analysés comme une unité, par exemple une phrase ou un chapitre dans une œuvre littéraire⁷¹⁶. Il ajoute, que dans les deux cas, il s’agit toujours d’une combinaison⁷¹⁷. Il en ressort que la séparation peut parfois s’avérer utile, mais n’est pas suffisamment précise pour être déterminante.

1.5.2. La « forme interne » du parfum

346. La structure, la « forme interne », du parfum est constituée par le plan d’évaporation des différentes fragrances. On peut la comparer au déroulement dans le temps d’un morceau de musique qui suscite l’émotion, la sensation voulue par l’auteur. Au premier abord, comme pour la musique, il semble excessivement délicat, voire impossible, de dégager une « forme interne »⁷¹⁸.

347. DESBOIS nous enseigne, à propos de la musique, que le rythme et l’harmonie ne sont protégeables qu’en présence d’une mélodie⁷¹⁹. La musique, comme le parfum, se déroule dans le temps « [...] avec une succession de notes et d’accords », nous rappelle BRESÉE⁷²⁰. Si ces deux domaines présentent des similitudes indéniables, des différences entre le parfum et la musique doivent néanmoins être constatées. ROUDNITSKA observe que dans le cas de

⁷¹³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 19 n° 1.3, p. 245.

⁷¹⁴ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 142.

⁷¹⁵ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 142, 143.

⁷¹⁶ LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 611.

⁷¹⁷ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 102 ; LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 611.

⁷¹⁸ Cf. cependant en droit allemand KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*, op. cit., p. 138, 147, 161, qui dans le cas de la musique distingue également entre « forme interne », « forme externe » et la représentation imaginaire (« *imaginäres Bild* ») ; *contra* notamment KUMMER, op. cit., p. 19 ; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 30.

⁷¹⁹ DESBOIS, op. cit., n° 109, p. 139, 140 : « La mélodie est donc appropriable en elle-même, tandis que l’harmonie et le rythme ne peuvent être protégés qu’appliqués à une mélodie. »

⁷²⁰ BRESÉE, *Apport de la métrologie*, op. cit., p. 559 ; ROUDNITSKA, op. cit. p. 37, 39.

la musique, les accords sont successifs, tandis que dans le parfum l’harmonie est constituée par un nombre considérable d’accords simultanés, ce qui n’empêche pas une évolution mélodique⁷²¹. Cette différence ne semble cependant pas nous aider à dégager une « forme interne » du parfum.

348. Les « notes » du parfum ne sont pas tout à fait comparables à celles de la musique. En raison de l’évaporation de ses composantes les moins volatiles, un parfum peut se dérouler sur une période beaucoup plus longue qu’une symphonie musicale, plus précisément des semaines, voire des mois⁷²². Dans le premier chapitre, nous avons en effet constaté que la volatilité de la forme olfactive ou « bouquet » est divisée en trois grandes catégories.

349. On peut en effet rappeler que les notes les plus volatiles ne durent que quelques minutes, voire quelques heures. Ce sont les « notes de tête », légères, fraîches et immédiatement agréables (lavande, citron, romarin, laurier, orange). Un peu moins volatiles, les « notes de cœur » peuvent durer quelques jours et représentent le thème principal de la forme olfactive (senteurs florales, muguet, rose, jasmin, géranium, thym, ainsi que quelques substances synthétiques). Les notes les plus résistantes permettent de prolonger la durée des odeurs fugaces. On les appelle les « notes de fond » ou « notes de queue », ou encore les fixateurs (vétiver, patchouli, santal, céleri, civette, musc, ambre, castoréum, ainsi que des substances de synthèse)⁷²³.

350. Un compositeur peut ainsi décrire un parfum au moyen du langage constitué par ces « notes de tête », « notes de cœur » et « notes de fond », combiné avec les adjectifs objectivés et en faisant appel à des classifications, selon des descripteurs admis par la profession⁷²⁴. PAMOUKDJIAN affirme : « Le professionnel, l’homme de l’art, l’expert, d’autant plus exercé, peut décrire avec une précision suffisante et ce, par une seule perception olfactive, les éléments du parfum⁷²⁵. »

351. Nous avons certes relevé que cette analyse sensorielle informelle sert plutôt de méthode de description complémentaire, car elle reste réductrice et subjective⁷²⁶. On peut néanmoins soutenir que la « forme interne » du parfum est composée par la structure du « bouquet », qui comprend les « notes de tête », les « notes de cœur » et les « notes de fond ». En conséquence, comme

721 ROUDNITSKA, *op. cit.* p. 38.

722 ROUDNITSKA, *op. cit.* p. 37, 38.

723 PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 213 ; LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 38, 39 ; DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 50 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 48 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP), p. 53 ; COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Parfum l’expo*, p. 62.

724 Classification de la SFP : COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Classification des parfums et terminologie* (SFP), p. 1 et ss.

725 PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 224.

726 BRESÉ, *Appart de la métrologie*, *op. cit.*, p. 561 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 309 et ss ; cf. aussi BALANA, *op. cit.*, p. 261.

annoncé ci-dessus, on se demandera s’il est possible de délimiter cette « forme interne » avec le « contenu » de l’œuvre, ce qui nous amène également à définir l’« idée abstraite ».

1.5.3. *Le problème de la délimitation entre la « forme interne » et le « contenu »*

1.5.3.1. L’« idée abstraite »

352. PERRET nous enseigne à ce sujet : « La protection conférée par le droit d’auteur s’adresse exclusivement à la forme concrète et non à l’idée abstraite ou au contenu que celle-ci exprime⁷²⁷. » L’« idée abstraite » ou abstraction pourrait ainsi être assimilée aux « simples idées » qui, comme déjà relevé, ne sont pas protégeables selon le message du Conseil fédéral⁷²⁸. Les relations entre l’« idée exprimée », l’« idée abstraite » et le « contenu » est cependant une question très délicate.

353. Comme évoqué ci-dessus, le terme « contenu » peut prêter à confusion. Pour pouvoir soutenir la liberté des idées en droit d’auteur, le terme « contenu » doit en principe faire référence à la « forme interne » de l’œuvre⁷²⁹. Le postulat de la liberté des idées en droit d’auteur signifierait ainsi que le droit d’auteur ne protège que sa forme (qui peut être interne ou externe), son expression⁷³⁰. Dans les faits, l’utilisation de notions telles que le « contenu » ou l’« idée exprimée » ne permet cependant pas d’établir des distinctions très pertinentes⁷³¹. La seule délimitation qui semble possible consiste à séparer la « forme interne », par exemple la trame d’un roman, de l’« idée abstraite » telle que son thème⁷³².

1.5.3.2. Le thème du parfum

354. Dans notre premier chapitre nous avons exposé que le thème d’un parfum peut être décrit comme « [...] un climat poétique et imaginaire [...] »⁷³³.

⁷²⁷ PERRET, *Nouvelle LDA*, *op. cit.*, p. 21, 22; PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 147.

⁷²⁸ Message du CF, FF 1989/141 III 465, 506, 507; ALTENPOHL, *op. cit.*, p. 91: « Weiter gehören zum Gemeingut Anweisungen und reine Ideen (Ideen als solche), deren Form urheberrechtlich nicht ausreichend konkretisiert ist »; VON BÜREN / MEER, *op. cit.*, p. 69; REINHART, Beat, *Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Schweizerischen Urheberrecht*, thèse Zurich, Berne 1985, p. 73.

⁷²⁹ PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 149, 153; cf. aussi GAIDE, *op. cit.*, p. 33 qui constate que selon les partisans de la « forme interne » et de la « forme externe » le « contenu » de l’œuvre doit rester libre.

⁷³⁰ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 56, p. 50.

⁷³¹ KUMMER, *op. cit.*, p. 15, 16 : « Wir sind sofort bei der inneren Form und beim imaginären Bild, und Form und Inhalt vermischen sich hoffnungslos »; GAIDE, *op. cit.*, p. 34; MIJATOVIC, *op. cit.*, p. 52 et ss.

⁷³² PERRET, *Nouvelle LDA*, *op. cit.*, p. 21, 22.

⁷³³ DE BARRY / TURONNET / VINDRY, *op. cit.*, p. 50.

Il peut par exemple s’agir de l’atmosphère d’une soirée d’été au bord de la mer. Chaque compositeur de parfums est susceptible de transcrire ce thème de différentes manières, avec l’inépuisable palette dont il dispose. ROUDNITSKA nous confie à propos de *Diorissimo*, dont il est l’auteur :

« Nous sommes en réalité en présence d’une arabesque olfactive qui a pris comme prétexte initial, non seulement la forme muguet, mais aussi tout un accompagnement de contexte naturel créant un cadre fantaisiste et personnel, avec lequel il s’est agi de construire une harmonie olfactive à l’échelle humaine. Et il a fallu la construire de toutes pièces car, bien entendu, il n’existe pas d’essence de muguet ni aucune essence correspondant à l’ensemble sylvestre pris comme thème. Le compositeur a bel et bien composé dans l’abstrait, avec comme leitmotiv initial une image idéale de Muguet⁷³⁴. »

355. Par ailleurs, nous avons observé que les « notes de cœur » constituent le thème principal de la forme olfactive⁷³⁵. En effet, les « notes de cœur » forment le corps de la composition⁷³⁶. A notre avis, le thème du parfum est néanmoins aussi exprimé dans les « notes de tête » et les « notes de fond ». Comme PAMOUKDJIAN le laisse entendre, le droit d’auteur ne s’intéresse cependant qu’à l’expression concrète de ce thème⁷³⁷. Le thème du parfum est en effet une « idée abstraite » qui ne saurait être protégée par le droit d’auteur. En conséquence, les « notes de cœur », les « notes de tête » et les « notes de fond », peuvent être appréhendées par le droit d’auteur, dès lors qu’elles expriment concrètement le thème du parfum. Le droit d’auteur s’intéressera d’une part à la « forme externe », plus précisément au « bouquet » composé des trois notes perceptibles par notre odorat et, d’autre part, à la « forme interne », autrement dit la description de l’architecture olfactive du parfum décomposé en « notes de tête », « notes de cœur » et « notes de fond ».

356. Déterminer la « forme interne » du parfum n’est cependant pas aussi simple qu’il n’y paraît. En effet, s’il s’agit bien d’une structure, celle-ci doit être retranscrite, ce qui comporte nécessairement une part de subjectivité. Le parfum fait partie des créations de l’art abstrait et constitue de ce fait une création de forme pure⁷³⁸. Si la « forme interne » devait rester indéterminée, on peut néanmoins soutenir que son existence ne saurait être niée.

357. Avant de nous prononcer définitivement sur cette question, lors de l’analyse des éléments sur lesquels doit porter le caractère individuel (§ 2), revenons sur la « forme externe » du parfum. Nous savons qu’elle ne se limite

⁷³⁴ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 70 ; cf. à ce sujet également GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643.

⁷³⁵ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 220 ; cf. aussi BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

⁷³⁶ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 213.

⁷³⁷ PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 222 ; cf. aussi le Message du CF, FF 1989/141 III 465, 509, à propos de la musique : « Mais si le seul thème musical a été repris, ce genre d’emprunt ne saurait intéresser le droit d’auteur. »

⁷³⁸ CROCHET, *La protection des compositions*, *op. cit.*, p. 52 ; PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 223.

pas à la forme olfactive, mais pourrait être envisagée en tant que recette exprimée par un texte (1.6). Pour pouvoir examiner si le droit d’auteur permet de protéger cette dernière (1.6.2) et effectuer une comparaison avec la partition d’un morceau de musique (1.6.3), il est nécessaire de s’intéresser, au préalable, à l’exclusion des « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites » (1.6.1).

1.6. La recette exprimée par un texte

1.6.1. Les « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites »

358. Les directives qui s’adressent à l’esprit humain telles que les règles de jeu, les idées publicitaires, les systèmes commerciaux, sont majoritairement reconnues comme étant exclues de la protection du droit d’auteur⁷³⁹. En effet, ce type d’idées, censées déboucher sur un résultat pratique, relève de la systématique du droit des brevets d’invention. Or, selon ce régime, faute de résultat technique, ces idées ne peuvent pas faire l’objet d’un brevet d’invention. Il s’ensuit que le droit d’auteur ne saurait pallier un cas expressément réglé par la LBI⁷⁴⁰. On rappellera que lorsque la règle conduit à un résultat matériel, elle est protégeable par le droit des brevets d’invention. Par conséquent, le droit d’auteur exclut également toutes les autres règles abstraites telles que la méthode, le procédé, le style, la manière et les principes qui ont présidé à la conception de l’œuvre (recette)⁷⁴¹. Nous désignerons l’ensemble hétérogène de ces instructions (« *Anweisungen* »⁷⁴²), protégeables ou non par la LBI, par les termes « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites ».

359. Pour ce qui est des recettes de cuisine, la question de savoir si elles peuvent faire l’objet d’un droit d’auteur est sujet à discussion⁷⁴³. Selon CHERPILLOD, au même titre que les règles de jeu, les recettes de cuisine sont

⁷³⁹ VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 69; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 77 et ss; CHERPILLOD, *Das Werk, op. cit.*, ad art. 2, n° 36, p. 32; GAIDE, *op. cit.*, p. 36; GUT, *op. cit.*, p. 29; KUMMER, *op. cit.*, p. 52 et ss; PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 145, 146; PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 19 n° 1.4, p. 246; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 25, p. 394.

⁷⁴⁰ PERRET, *L’autonomie du régime, op. cit.*, p. 145, 146; PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22; VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 69; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 77 et ss; GAIDE, *op. cit.*, p. 36; GUT, *op. cit.*, p. 29; DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 44, p. 30; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 19, p. 360.

⁷⁴¹ GAIDE, *op. cit.*, p. 36; KUMMER, *op. cit.*, p. 52 et ss; VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 69; PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22; CHERPILLOD, *Das Werk, op. cit.*, ad art. 2, n° 40, p. 32.

⁷⁴² KUMMER, *op. cit.*, p. 52 et ss; VON BÜREN/MEER, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴³ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 13, p. 30; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 19, p. 351.

des méthodes qui s’adressent à l’intelligence et, de ce fait, ne sauraient être protégées par le droit d’auteur en tant que telles⁷⁴⁴. Les règles de jeu, de même que les inventions brevetables ne sont cependant pas entièrement exclues de la protection du droit d’auteur. CHERPILLOD précise en effet avec pertinence que « La protection de telles créations est limitée à la forme. Celle-ci comprend la description de la règle relatée, la forme < externe >⁷⁴⁵. »

360. Par ailleurs, CHERPILLOD observe à propos de la structure des règles, de leur « forme interne », que le résultat à atteindre est parfois dicté par les actions qui constituent ladite règle⁷⁴⁶. Il en déduit que pour les règles de jeu, la forme interne est protégeable, à condition que l’ordre dans lequel ces règles sont exposées puisse être modifié sans rendre le jeu impraticable⁷⁴⁷. En d’autres termes, il faut qu’il subsiste une possibilité de choix, ce qui revient à se demander si l’œuvre a un caractère individuel. Pour PERRET, les formules mathématiques ou chimiques doivent être exclues du droit d’auteur, car elles représentent des « [...] symboles fixes et immuables de la pensée scientifique »⁷⁴⁸. En effet, la formule chimique ne peut pas être modifiée sans en altérer le contenu scientifique, de sorte qu’il s’agit de « [...] l’exemple type d’une forme imposée [...] »⁷⁴⁹.

1.6.2. Absence de protection de la recette exprimée par un texte

361. Force est de constater que la formule chimique du parfum ou une représentation graphique, faite au moyen des équipements techniques décrits dans le premier chapitre, sont totalement exclues du droit d’auteur. La raison en est qu’il s’agit de l’exemple même de la forme imposée. De surcroît, en l’absence de possibilités de choix, la formule chimique ne pourrait pas avoir un caractère individuel. En droit français, GALLOUX reconnaît que la manière de présenter les informations techniques, contenues dans une formule du parfum, a peu de chances d’être originale⁷⁵⁰.

362. La question ne peut dès lors se poser que par rapport à la recette exprimée par un texte littéraire, plus précisément la liste des ingrédients à la base du parfum, avec l’indication de leur quantité et origine. On rappellera

⁷⁴⁴ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 141; CHERPILLOD, *Das Werk*, op. cit., ad art. 2, n° 14, p. 27.

⁷⁴⁵ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 141; VON BÜREN / MEER, op. cit., p. 92, 93.

⁷⁴⁶ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 141.

⁷⁴⁷ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 141, 142.

⁷⁴⁸ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 155; REINHART, op. cit., p. 76, 77.

⁷⁴⁹ PERRET, *La protection*, op. cit., p. 260.

⁷⁵⁰ GALLOUX, op. cit., p. 2643: « [...] si le caractère technique commande la forme adoptée, la formule ne sera pas plus protégée par le droit d’auteur qu’un bulletin météo [...] »; cf. également LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, op. cit., p. 110.

qu’en matière de brevets d’invention, nous sommes parvenus à la conclusion que la possibilité de protéger la recette est certes possible, mais qu’elle n’est pas sans difficultés.

363. BERTRAND, qui se déclare du reste réservé par rapport à la protection du parfum par le droit d’auteur en France, se demande si ce dernier peut protéger les recettes de parfums, dans la mesure où il protège les recettes de cuisine dans leur expression littéraire. Dans ce cas, il observe que le résultat doit cependant rester libre, excepté si l’on distingue entre une « forme interne » et une « forme externe »⁷⁵¹. Sur cette dernière distinction, il émet néanmoins des doutes. Il invoque en effet la difficulté consistant à séparer la forme du résultat, « [...] en d’autres termes, peut-il y avoir en la matière dichotomie entre la forme interne et la fonction⁷⁵² ? » Il semble que BERTRAND évoque ainsi la crainte de voir la forme olfactive du parfum protégée par la recette exprimée dans un texte.

364. Selon DESSEMONTET, seule l’expression de cette dernière est protégée, mais non pas le produit final⁷⁵³. Il fait cependant remarquer que le droit d’auteur ne saurait porter sur une recette ou un parfum, dont il n’existe qu’une seule expression pour décrire le produit fini⁷⁵⁴. De manière générale, KUMMER nous rappelle que le droit d’auteur protège l’œuvre concrète, mais non pas son procédé de fabrication⁷⁵⁵. La question de savoir où s’arrête la recette qui peut être reprise par chacun et où commence l’œuvre, protégée en raison de son caractère individuel, est donc déterminante⁷⁵⁶.

365. Dans le cas de l’art moderne, lorsque le caractère individuel se trouve plutôt dans la recette qui a permis la conception de l’œuvre, il sera nécessaire de déterminer si, en dehors de la recette, l’œuvre concrète a encore un caractère individuel propre⁷⁵⁷. KUMMER observe qu’il existe des œuvres, par exemples certains tableaux d’art moderne, qui peuvent être retranscrits

⁷⁵¹ BERTRAND, André R., *Le droit d’auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris 1999, n° 4.42, p. 186.

⁷⁵² BERTRAND, *op. cit.*, n° 4.42, p. 186 ; cf. aussi LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, *op. cit.*, p. 633 : « [...] pour que l’œuvre ne soit pas exclue de la protection offerte par le droit d’auteur, il faut que les éléments de forme de celle-ci puissent être dissociés du résultat utilitaire commandé par l’invention. »

⁷⁵³ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 82, p. 55 ; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 13, p. 30 ; GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643 ; cf. aussi DESJEUX, Xavier, « Le droit d’auteur dans la vie industrielle », *RIDA* 1975/85, p. 131 : « [...] la recette imaginée par le cuisinier n’est pas protégée en elle-même. En revanche, le livre de cuisine qui consigne la recette est protégé. »

⁷⁵⁴ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 82, p. 55, 56 ; cf. aussi CHERPILLOD, *Das Werk*, *op. cit.*, ad art. 2, n° 14, p. 27.

⁷⁵⁵ KUMMER, *op. cit.*, p. 52, 53 ; PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 38, 39 ; VON BÜREN / MEER, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵⁶ KUMMER, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁵⁷ KUMMER, *op. cit.*, p. 53, 54, 55 ; PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 39 note 66.

par des mots au point qu’il est possible de les copier à l’appui de cette seule description⁷⁵⁸. Comme il le laisse entendre, une telle œuvre n’est cependant pas protégeable⁷⁵⁹. Par ailleurs, KUMMER nous enseigne que le droit d’auteur ne confère aucune protection tant que l’œuvre n’est pas concrétisée par l’exécution complète des instructions à l’origine de sa conception⁷⁶⁰. L’œuvre n’est pas concrètement représentée par les directives qui permettent sa reproduction, de sorte que la description de ces tableaux d’art moderne n’est pas protégée par le droit d’auteur⁷⁶¹. Pour les programmes d’ordinateurs, il fait du reste le même constat⁷⁶². En d’autres termes, la description d’une œuvre par les directives qui permettent sa reproduction, comme par exemple la recette d’un parfum, n’est pas protégée par le droit d’auteur.

366. Une recette ne peut dès lors jamais être protégée pour son contenu, au motif que celui-ci décrit l’œuvre exécutée au moyen de ladite recette⁷⁶³. Bien plus, le constat selon lequel une œuvre peut être décrite de manière exhaustive par une recette, exclue du droit d’auteur, ne signifie pas que l’œuvre elle-même n’est pas protégeable par le droit d’auteur⁷⁶⁴. Au contraire, le caractère individuel d’une telle œuvre doit être examiné selon les critères usuels pour l’œuvre elle-même⁷⁶⁵. La recette d’un parfum exprimée par un texte est comparable aux lignes d’un programme d’ordinateur et à la description d’un tableau d’art moderne qui sont tous deux dépendants de l’œuvre qu’ils décrivent. Par conséquent, la recette d’un parfum ne pourra jamais être protégée par le droit d’auteur pour son contenu.

367. Par comparaison avec la musique, DESSEMONTET constate que « La formule chimique d’un parfum ou la liste des ingrédients d’une recette est l’expression d’une information sur la structure de l’œuvre, comme la partition informe le lecteur sur la structure de la musique⁷⁶⁶ ». Avec raison, il relève ainsi une dissymétrie entre l’œuvre musicale représentée par une partition et le parfum qui ne peut pas être protégé par sa recette⁷⁶⁷. En conséquence, on peut se demander s’il est possible de faire un parallèle entre la partition d’un morceau de musique et la recette.

⁷⁵⁸ KUMMER, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁵⁹ KUMMER, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁶⁰ KUMMER, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶¹ KUMMER, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶² KUMMER, *op. cit.*, p. 57, 198 et ss, 206.

⁷⁶³ KUMMER, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶⁴ KUMMER, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶⁵ KUMMER, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶⁶ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 81, p. 55.

⁷⁶⁷ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 81, p. 55.

1.6.3. *La recette d’un parfum est-elle comparable à la partition d’un morceau de musique ?*

368. La partition constitue le support matériel qui permet de décrire le morceau de musique. Ce dernier est protégé, car il constitue lui-même une œuvre, mais non pas du fait qu’il est le produit d’une partition⁷⁶⁸. Un morceau de musique sans partition écrite est protégeable par le droit d’auteur, de même que l’existence d’une partition permet de protéger le morceau de musique qu’elle représente.

369. DESSEMONTET souligne à propos de l’œuvre musicale et du parfum, qu’«[...] on protège en effet la partition et l’œuvre comme événement sonore, tandis qu’on ne protège que l’exposé de la recette mais non le plat ou le parfum comme événements gustatifs ou olfactifs»⁷⁶⁹. Lors de l’analyse de l’arrêt «*Mugler*», ci-après, nous verrons qu’en France le Tribunal du commerce de Paris a cependant comparé la formule du parfum à la partition d’un morceau de musique⁷⁷⁰.

370. De l’avis de DESSEMONTET, cette dissymétrie s’explique par un «effet de système». Dès lors que certains produits industriels sont protégés par le droit des brevets d’invention, le droit d’auteur ne saurait mettre en cause ce système, nous enseigne-t-il⁷⁷¹. En droit des brevets d’invention, nous avons constaté que le jus du parfum, représenté par une formule chimique ou une recette, n’est susceptible d’être protégé par la LBI que s’il donne une solution non-évidente à un problème de nature technique. Dans l’hypothèse d’une double protection, cette explication de la systématique entre la LBI et la LDA pourrait être admise.

371. Cela étant, quand bien même une formule ou une recette, exprimées dans un texte littéraire, devaient permettre de conférer une protection au parfum par le droit d’auteur, en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat, on observera que l’intérêt pratique d’une telle protection n’est pas certain, à l’inverse de la partition du morceau de musique. En cas de contrefaçon PAMOUDJIAN souligne en effet que cela obligerait, à l’instar du droit des brevets d’inventions, à comparer les formules⁷⁷².

⁷⁶⁸ DUBARRY, *op. cit.*, p. 26 : «[...] un morceau de musique est retranscrit sur une partition et pourtant la protection porte sur le morceau lui-même, les notes, et non sur la partition, support papier.»

⁷⁶⁹ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 81, p. 55.

⁷⁷⁰ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 76 ; cf. aussi L’Oréal SA, Lancôme Parfums et Beauté & Cie SNC, Prestige et Collections Internationale SNC, Parfums Cacharel SNC, Parfums Ralph Lauren SNC et Parfums Guy Laroche SAS c/ Bellure NV, Tribunal de grande instance de Paris, du 26 mai 2004, (ci-après arrêt «*L’Oréal I*»), *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

⁷⁷¹ DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 81, p. 55, 56.

⁷⁷² PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 215, 216 ; dans le même sens LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur, op. cit.*, p. 110.

372. Or, le droit d’auteur permet justement d’éviter cette comparaison, dont nous avons pu constater, dans le cadre du chapitre consacré aux brevets d’invention, qu’elle n’est pas aisée⁷⁷³. Il s’ensuit qu’il convient de s’en tenir à notre conclusion précédente, selon laquelle la recette du parfum, exprimée par un texte, n’est pas protégeable.

373. A propos du droit français, LALIGANT admet avec raison que, sur les deux protections possibles au sens du droit d’auteur, on ne peut en retenir qu’une seule, « [...] celle relative au parfum considéré comme une œuvre « artistique », et plus précisément comme un ensemble de formes olfactives »⁷⁷⁴. En conséquence, du point de vue pratique, il est essentiel de relever que pour bénéficier du droit d’auteur, le créateur-parfumeur doit confectionner le parfum en tant que tel, soit la forme olfactive. Il ne peut pas se contenter d’une simple recette, exprimée par un texte littéraire ou par une formule chimique⁷⁷⁵.

Conclusions sur la forme protégeable

374. Au terme de l’étude sur la forme protégeable, nous avons constaté que la dichotomie entre la forme, l’« idée exprimée » et le « contenu » présente beaucoup de difficultés. La distinction, entre la « forme interne » et la « forme externe », a l’avantage de permettre de soutenir le principe général de la liberté des idées en droit d’auteur, dans la mesure où le terme « contenu » fait référence à la « forme interne ».

375. Dans le cas du parfum, la « forme interne », sa structure est composée des « notes de tête », des « notes de cœur » et des « notes de fond ». Le thème du parfum n’est pas protégeable, car il constitue une « idée abstraite ». En revanche, à partir du moment où il est concrètement exprimé, notamment par les « notes de cœur », il peut être appréhendé par le droit d’auteur sous la « forme externe » ou la « forme interne ». Si la « forme interne » du parfum peut théoriquement être déterminée, en pratique cela paraît cependant bien plus délicat.

376. La « forme externe » du parfum est constituée par sa forme olfactive, composée des trois notes précitées, directement perceptible par le sens de l’odorat. Nous avons par ailleurs observé que la « forme externe », envisagée

⁷⁷³ PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 216 ; cf. aussi GLEMAS, *op. cit.*, p. 39 ; arrêt « Mugler », RIPIA 2000/200, p. 83 : « Que l’existence de différentes formules ne permet pas nécessairement de conclure à l’existence de différences importantes dans les fragrances. »

⁷⁷⁴ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 110 ; LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, *op. cit.*, p. 600, 601 ; dans le même sens GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643 ; SIRINELLI, *Protection*, *op. cit.*, p. 908, 909 ; BALANA, *op. cit.*, p. 260 : « [...] c’est le message olfactif qui doit être protégé (et non pas la formule ou la composition du parfum) [...] »

⁷⁷⁵ LEGER, *op. cit.*, p. 123, estime que le parfum sera protégé par le droit d’auteur à condition que le parfumeur ait commencé à élaborer la forme olfactive de son parfum.

comme une formule chimique ou une recette exprimée par un texte littéraire, ne permet pas de protéger le parfum en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat.

377. Avant de nous intéresser au caractère individuel du parfum (section 3), il s’agira de déterminer sur quels éléments de l’œuvre ce caractère peut porter. Si l’on veut rester cohérent, la réponse dépend entièrement de la question de savoir si l’on admet ou non la protection des idées en droit d’auteur. En effet, l’individualité ne peut porter que sur un élément protégeable⁷⁷⁶. Par conséquent, nous devons nous prononcer sur le problème des éléments sur lesquels porte le caractère individuel.

§ 2. Éléments sur lesquels doit porter le caractère individuel

378. Pour CHERPILLOD, le caractère individuel peut concerner toute la création, tant la forme que les idées⁷⁷⁷. PERRET estime en revanche que, dans la mesure où l’œuvre est une expression, seuls les éléments formants, la « forme externe » ou la « forme interne », peuvent entrer en considération. En d’autres termes, il s’agit des éléments qui présentent un caractère représentatif de l’œuvre⁷⁷⁸.

379. Le raisonnement de DESSEMONTET est plus complexe. Il cite le Tribunal fédéral en soutenant que la simple idée n’est pas protégeable, tandis que la seule forme d’une œuvre l’est⁷⁷⁹. En outre, il relève « [...] qu’une œuvre peut être caractéristique en raison de ses expressions ou en raison des idées exprimées⁷⁸⁰ ». A cet égard, on peut relever que le Tribunal fédéral a en effet jugé encore récemment, dans l’arrêt « *Wachmann Meili II* », que le droit d’auteur protège un résultat qui doit être considéré pour lui-même, soit l’expression d’une pensée extériorisée avec un caractère individuel⁷⁸¹.

380. Dans l’exposé de DESSEMONTET, on peut se demander ce qu’il entend par idée exprimée: se réfère-t-il au « contenu » ou à la « forme interne » ? La

⁷⁷⁶ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 152; GAIDE, op. cit., p. 35; RAUBER, op. cit., p. 92.

⁷⁷⁷ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 136.

⁷⁷⁸ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 149; cf. REINHART, op. cit., p. 78: « Das für die Abgrenzung der Benutzungsformen entscheidende Element ist die Individualität. [...] Entscheidend für die Beschreibung dieser Individualität ist ihre konkrete Form. »

⁷⁷⁹ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 53, p. 49; arrêt « thèse de doctorat », ATF 113 II 306, *JdT* 1988 I 304 et ss.

⁷⁸⁰ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, op. cit., n° 62, p. 53.

⁷⁸¹ Arrêt « *Wachmann Meili II* », ATF 130 III 714, 717; dans l’arrêt « *Clown* », *sic!* 1999/2, p. 119, 121, le Tribunal fédéral définit l’œuvre protégée comme « [...] le résultat d’une création de l’esprit marquée d’un cachet individuel ou l’expression d’une idée nouvelle et originale »; cf. aussi arrêt « *Le Corbusier* », ATF 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 302.

cohérence voudrait qu’il s’agisse plutôt de la « forme interne ». En effet, si l’« idée exprimée », dans le sens où nous l’avons définie, est protégée, le postulat selon lequel le droit d’auteur ne protège pas les idées semble tomber à faux. Afin de nous déterminer sur le principe de la liberté des idées en droit d’auteur (2.2) et avant de conclure sur l’opposition entre la forme et l’idée, la thèse de « l’œuvre à caractère individuel » sera examinée (2.1).

2.1. *La thèse de « l’œuvre à caractère individuel »*

381. En relation avec la question de la protection des idées en droit d’auteur, une partie de la doctrine estime qu’il sied de résoudre la question des éléments protégeables, d’une création de l’esprit, par l’examen du caractère individuel. Selon cette conception, l’œuvre dans son intégralité, qu’il s’agisse de la forme ou de l’idée, mérite protection à la seule condition de satisfaire au critère de l’individualité⁷⁸².

382. Les conditions de protection du droit d’auteur s’analysent ainsi à la seule lumière de l’existence d’une œuvre et du caractère individuel. A priori cette thèse est plutôt séduisante. Elle semble permettre d’éviter l’opération délicate qui consiste à séparer les éléments protégeables de ceux qui ne méritent aucune protection. On esquivé ainsi la distinction subtile, voire impossible dans certains cas, entre « forme interne » et « contenu ». Plus concrètement, selon cette thèse, c’est la banalité ou absence de caractère individuel qui permet de refuser la protection. Ce courant doctrinal a développé l’argumentation selon laquelle « l’idée exprimée », qui se confond avec le « contenu » de l’œuvre, serait ainsi protégeable⁷⁸³. De l’avis de CHERPILLOD, lorsque l’idée n’est pas protégée dans la pratique, cela s’explique en effet par sa banalité⁷⁸⁴.

2.2. *Le principe de la liberté des idées en droit d’auteur*

383. Dans l’exemple classique de l’idée de donner une forme humaine à des animaux⁷⁸⁵, qui aujourd’hui peut sembler banale, l’individualité dépend cependant en grande partie du moment où celle-ci est jugée. En se replaçant

⁷⁸² CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 64, 93, 108; ALTENPOHL, op. cit., p. 71 et ss; GAIDE, op. cit., p. 36; DESSEMONTET, *Le droit d’auteur*, op. cit., n° 67, p. 44; ESCHMANN, op. cit., p. 14, 15; REHBINDER, Manfred, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3^e éd., Berne 2000, n° 31, p. 51; selon BARRELET / EGLOFF, op. cit., ad art. 2, n° 11, p. 14, le droit d’auteur protège « [...] une combinaison concrète de forme et de contenu »; cf. aussi pour le droit allemand HUBMANN, Heinrich / REHBINDER, Manfred, *Urheber- und Verlagsrecht*, 8^e éd., Munich 1995, § 5, p. 40; ULMER, op. cit., p. 122; LOEWENHEIM, op. cit., § 2 n° 57, p. 75, 76; SCHRICKER, op. cit., p. 824 et ss.

⁷⁸³ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 93, 94; GAIDE, op. cit., p. 32 et ss.

⁷⁸⁴ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 99, 100.

⁷⁸⁵ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 149, 150.

dans le contexte de celui qui, le premier, a eu cette idée, elle nous semble plutôt originale. Ainsi, si l’on suit la thèse de «l’œuvre à caractère individuel», l’idée de donner une forme humaine à des animaux semble a priori protégeable.

384. PERRET relève toutefois que, si le droit d’auteur protégeait une idée telle que l’anthropomorphisme des animaux, ce qui présuppose qu’elle a un caractère individuel, toutes les représentations de celle-ci pourraient être revendiquées par le titulaire du droit⁷⁸⁶. Pour les partisans de la thèse de «l’œuvre à caractère individuel», l’idée de donner une forme humaine à des animaux n’est cependant pas exclue du droit d’auteur du fait qu’il s’agit d’une idée, mais parce qu’elle est qualifiée de méthode, de directive, de dénominateur commun, de recette⁷⁸⁷. Cette idée est ainsi assimilée aux «directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites» qui, comme nous l’avons observé (cf. 1.6.1 ci-dessus), sont exclues de la protection. Par conséquent, si l’on adopte la thèse de «l’œuvre à caractère individuel», on est contraint de réserver l’absence de protection des «directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites»⁷⁸⁸.

385. Le terme «idée» est en soi ambigu, car il peut être compris de différentes manières⁷⁸⁹. D’un autre côté, nous avons vu que la dichotomie entre forme et contenu, plus précisément la séparation entre «forme externe» et «forme interne» (protégeables) et en «idée abstraite» (non protégeables) est loin d’être parfaite. PERRET admet en effet que la fixation du moment interne de la représentation constitue un des problèmes les plus difficiles du droit d’auteur. Il souligne néanmoins qu’en général «[...] si la concrétisation de l’idée atteint un tel degré qu’elle puisse susciter chez l’auditeur ou le lecteur une image capable de traduire le contenu émotionnel qui doit être représenté, le travail formateur de l’auteur aura déjà commencé»⁷⁹⁰. La séparation entre «forme interne» et «forme externe» ne nous convainc pas entièrement. La distinction conduit en effet à décortiquer l’œuvre d’une manière qui n’est pas objective⁷⁹¹. Par ailleurs, les résultats ne sont pas toujours identiques comme on pourrait le souhaiter.

⁷⁸⁶ PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 149, 150.

⁷⁸⁷ GAIDE, op. cit., p. 58; KUMMER, op. cit., p. 60, parle d’«Anweisung»; cf. aussi VON BÜREN / MEER, op. cit., p. 69: «Die Anweisung zur Schaffung eines Werkes (das Rezept) ist vom Inhalt her gesehen urheberrechtlich frei. Jedermann ist berechtigt, die Abstrakte Anweisung in ein konkretes Werk umzusetzen»; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 96: «De telles idées n’appartiennent pas à un auteur dans la mesure où elles constituent des dénominateurs communs à nombre de créations réelles ou potentielles»; DAVID, Lucas, «Die Werbefigur in der Praxis», *RSPI* 1982, (ci-après DAVID, *Die Werbefigur*), p. 37: «Nicht geschützt ist freilich das Rezept, Tiergestalten zu vermenschlichen und sie wie Menschen agieren zu lassen.»

⁷⁸⁸ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 108; GAIDE, op. cit., p. 106.

⁷⁸⁹ Cf. notamment CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 95 et ss; ALTENPOHL, op. cit., p. 43 et ss.

⁷⁹⁰ Cf. PERRET, *L’autonomie du régime*, op. cit., p. 150.

⁷⁹¹ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 101.

386. Il s’ensuit que la thèse de « l’œuvre à caractère individuel » doit être approuvée, surtout pour des raisons pratiques. En effet, le fait de ne se référer qu’implicitement aux éléments protégeables ne conduit pas à un résultat fort différent de celui qui résulte d’une vaine tentative de séparer ce qui est imbriqué et forme un tout. L’œuvre est qualifiée d’individuelle dans son ensemble, même si elle contient des éléments plus ou moins individuels, sous réserve des « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites ». Toutefois, en raison de la réserve précitée, l’affirmation selon laquelle l’« idée exprimée » est susceptible d’être protégée nous semble excessive.

387. Selon PERRET, « [...] la méthode, le style ou encore les principes qui ont présidé à la conception de l’œuvre ne sauraient être investis d’un droit d’auteur, parce qu’il ne s’agit là que d’abstractions ne relevant pas de la forme concrète d’expression⁷⁹². » On doit ainsi admettre que certaines idées sont exclues du droit d’auteur, qu’on les qualifie d’abstractions ou de « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites ».

Conclusions sur l’opposition entre la forme et les idées

388. La thèse de « l’œuvre à caractère individuel » doit être approuvée. Cela signifie que les conditions de protection du droit d’auteur s’analysent selon deux conditions principales qui sont la création de l’esprit et le caractère individuel. Dès lors, avant d’examiner la condition du caractère individuel du parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat, il est nécessaire de s’assurer qu’on ne se trouve pas en présence d’une exclusion. Faute de meilleure formulation, nous avons qualifié l’ensemble hétérogène des idées exclues du droit d’auteur de « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites » (cf. 1.6.1 ci-dessus). Il nous reste ainsi à prendre la mesure de ces observations, en examinant le caractère individuel du parfum dans la section qui suit.

⁷⁹² PERRET, *Nouvelle LDA*, *op. cit.*, p. 22.

Section 3. Le caractère individuel du parfum

389. En droit français, la majorité de la doctrine considère que l’empreinte de la personnalité de l’auteur, reconnaissable par un professionnel dans les « grands parfums », permet de caractériser l’originalité⁷⁹³. Cette doctrine se fonde ainsi sur la « thèse de l’empreinte personnelle »⁷⁹⁴. GALLOUX fait la même observation et, sans prendre position, se demande : « Ou alors celle-ci irait de soi dès lors qu’il y a recherche esthétique... »⁷⁹⁵. En tout état de cause, ces constatations ne sont pas très utiles pour notre étude.

390. En revanche, toujours en droit français, BRUGUIÈRE semble se prononcer sur une notion plus objective : « L’apport créatif et l’originalité de l’œuvre se mesurent sur l’agencement des matériaux odorants, sur les « notes de cœur » du parfum qui constituent son thème principal, l’équivalent de la mélodie si l’on poursuit dans la métaphore musicale⁷⁹⁶. » Il se réfère ainsi à la structure de la composition (« forme interne »), tout en faisant remarquer que la difficulté consiste à séparer le savoir-faire de l’apport créatif⁷⁹⁷. BRUGUIÈRE ne donne toutefois aucune indication sur une méthode qui permettrait au juge de constater le caractère individuel⁷⁹⁸.

391. De l’avis de BALANA, l’analyse de l’originalité d’un parfum en droit d’auteur français doit se faire comme pour toute autre œuvre⁷⁹⁹. Il estime ainsi que pour constater qu’un parfum est original, autrement dit qu’il porte l’empreinte de la personnalité de l’auteur, « Le Tribunal devra tout simplement examiner si la création qui lui est présentée est raisonnablement susceptible d’être (re)créée de manière indépendante »⁸⁰⁰. Ce critère est proche de l’unicité statistique de KUMMER, commentée ci-dessus, mais est rattaché à la « thèse de l’empreinte personnelle ». En définitive, se pose la question de savoir si ce critère est objectif ou subjectif. Par ailleurs, BALANA ne nous indique pas

793 PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 219 et ss; ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 77 et ss; GLEMAS, *op. cit.*, p. 38; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 65; DUBARRY, *op. cit.*, p. 33; LEGER, *op. cit.*, p. 117 et ss; plus nuancé LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum, op. cit.*, p. 630 et ss.

794 DESSEMONTET, *Le droit d’auteur, op. cit.*, n° 166, p. 117, relève que selon la doctrine francophone, il existe en fait deux types d’empreintes personnelles, dont une équivaut au cachet personnel et l’autre à l’individualité de sélection, qui consiste comme en droit suisse à une possibilité de choix; cf. Tribunal de commerce de Bobigny, du 20 janvier 1995, (ci-après arrêt « CA-Scheduler »), *RIDA* 1995/166, p. 324, 336 : « [...] la notion d’originalité d’une œuvre, en particulier d’un logiciel, ne peut s’entendre que de manière subjective, comme l’empreinte de la personnalité du créateur. Cette empreinte étant à découvrir à partir des choix possibles qui lui sont offerts. »

795 GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644.

796 BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

797 BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

798 BALANA, *op. cit.*, p. 265.

799 BALANA, *op. cit.*, p. 265.

800 BALANA, *op. cit.*, p. 265.

sur quelle base le juge pourra constater que le parfum est susceptible d’être (re)créé de manière indépendante.

392. En droit suisse, sous l’empire de l’ancienne loi, CROCHET se prononce sur la protection du parfum sur la base de la « nouveauté objective caractérisée »⁸⁰¹. Par ailleurs, il expose que les compositions de la parfumerie, pour être individuelles, « [...] devront se distinguer du patrimoine culturel commun et des créations préexistantes »⁸⁰². L’Osmothèque de Versailles aurait pu présenter un intérêt évident pour une analyse de ce type. Toutefois, la Convention Osmothèque n’autorise pas un tel emploi, qui ne s’inscrit du reste pas dans sa philosophie⁸⁰³.

393. SIRINELLI souligne cependant avec raison, à propos du droit français, que la seule nouveauté est insuffisante⁸⁰⁴. Toujours en droit français, CARON fait remarquer que le rapprochement avec le critère de la nouveauté n’est pas choquant et qu’une œuvre originale est forcément nouvelle⁸⁰⁵. Pour lui l’originalité, dans le sens de l’empreinte personnelle, se traduit par l’absence de banalité⁸⁰⁶. A l’exception de la référence à la « thèse de l’empreinte personnelle », cette conception se rapproche de notre définition. A noter que le Président de la direction de Givaudan nous révèle que la société précitée a développé un « [...] outil baptisé < Perspectives >, qui retrace la généalogie des parfums et nous aide à identifier le point de départ de ce qui peut être innovant »⁸⁰⁷.

394. On rappellera ici, qu’au terme de l’analyse de l’exigence théorique du caractère individuel nous sommes parvenus à la conclusion que, si l’artiste a une marge de manœuvre suffisante au regard des œuvres du domaine concerné et si l’œuvre se distingue d’une pure création de routine, le caractère individuel doit être admis. En matière de parfum, le caractère individuel peut se trouver à la fois dans les « notes de cœur », les « notes de tête » et les « notes de fond » ou uniquement dans l’une ou l’autre de ces catégories⁸⁰⁸. Un

⁸⁰¹ CROCHET, *Parfumerie et droit d’auteur*, op. cit., p. 460 ; pour GALLOUX, op. cit., p. 2644, au regard du droit français il s’agit d’un critère propre aux arts appliqués ; dans le même sens BALANA, op. cit., p. 265.

⁸⁰² CROCHET, *Parfumerie et droit d’auteur*, op. cit., p. 460.

⁸⁰³ COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM, *Osmothèque, La mémoire vivante des parfums*, p. 49, en particulier la rubrique « Parfums disparus » prévoit que : « Ces formules resteront à la confidentialité de leur détenteur qui en assurera la fabrication mais ne deviendront, en aucun cas, la propriété de la Commission Technique de la SFP ou de « l’Osmothèque », pour quelque utilisation que ce soit. »

⁸⁰⁴ SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 48.

⁸⁰⁵ CARON, op. cit., p. 27 ; BALANA, op. cit., p. 263 et ss, au contraire critique la jurisprudence française qui se base sur des critères proches de la nouveauté.

⁸⁰⁶ CARON, op. cit., p. 27 ; dans le même sens SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 48.

⁸⁰⁷ Propos de Gilles ANDRIER, recueillis par PECKET, op. cit., p. 30.

⁸⁰⁸ Cette information nous a été aimablement communiquée par Mlle Sandrine VIDEAULT, compositeur de parfums, dans un courrier électronique qu’elle nous a adressé.

brief-parfum très contraignant et les nombreux parfums préexistants réduisent sans doute la marge de manœuvre, mais le compositeur de parfums dispose toujours d'une palette immense⁸⁰⁹.

395. La possibilité d'exercer un choix parmi les notes disponibles et de créer une œuvre, qui se distingue des autres compositions, reste ainsi relativement étendue⁸¹⁰. L'appréciation de cette marge de manœuvre par le juge nécessite sans doute l'aide d'un ou de plusieurs experts. Par conséquent, pour nous déterminer sur le caractère individuel du parfum, il sera nécessaire d'approfondir les moyens de preuve et l'expertise (§ 2) et de nous intéresser au support matériel et aux équipements techniques (§ 3). Nous avons cependant relevé qu'il est indispensable de vérifier, préalablement, qu'on ne se trouve pas en présence d'une exclusion de la catégorie définie comme les « directives qui s'adressent à l'esprit humain et autres règles abstraites ». Cela nous amène à l'examen de la tendance en matière de parfum, à l'aide d'un nouvel exemple tiré de la jurisprudence française.

§ 1. La tendance en matière de parfum

1.1. L'arrêt « Mugler »

396. Dans cette affaire, la société Thierry Mugler Parfums SA (ci-après société Thierry Mugler), qui commercialise le parfum *Angel*, a assigné pour contrefaçon la société GLB Molinard (ci-après société Molinard), qui a mis sur le marché le parfum *Nirvala*. Dans son arrêt du 24 septembre 1999, le Tribunal de commerce de Paris a admis, pour la première fois, le principe selon lequel un parfum est susceptible d'appropriation par le droit d'auteur en France⁸¹¹.

397. L'enseignement de l'affaire « *De Laire* » sur l'importance de l'auteur de la création n'a cependant pas été retenu par la société Thierry Mugler. Là encore, l'action en contrefaçon du droit d'auteur a été rejetée, faute de titularité du droit. Dans le cas d'espèce, Thierry Mugler avait confié la création à la société Quest et n'a pas pu justifier d'une cession⁸¹². Si la société Molinard

⁸⁰⁹ Cf. cependant BALANA, *op. cit.*, p. 263, 265.

⁸¹⁰ BALANA, *op. cit.*, p. 263, constate néanmoins : « En réalité, la spécificité de la création en matière de parfumerie, caractérisée par la variation d'un nombre réduit de thèmes divers, limite énormément la liberté créatrice et fait augmenter parallèlement les possibilités de créations identiques indépendantes. »

⁸¹¹ Arrêt « *Mugler* », *RIPIA* 2000/200, p. 84, 87, à noter que l'arrêt complet est disponible sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [www.breese.fr/img/parfum.pdf].

⁸¹² Arrêt « *Mugler* », *RIPIA* 2000/200, p. 78 ; à noter que BREESE, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 12, 13 souligne que la titularité du droit est désormais présumée en France.

a tout de même été condamnée, c’est à titre de parasitisme et de concurrence déloyale⁸¹³.

398. Notons qu’un nez artificiel (électronique) a été utilisé pour comparer les deux parfums, mais que le Tribunal de commerce de Paris a émis de sérieux doutes sur la pertinence des résultats obtenus⁸¹⁴. Par ailleurs, une analyse chromatographique a été produite dans le procès⁸¹⁵. Le Tribunal de commerce ne s’est cependant pas prononcé sur les conclusions des deux parties et de l’expert.

399. S’agissant du droit d’auteur, contrairement à l’arrêt «*De Laire*», dans l’arrêt «*Mugler*», le Tribunal de commerce de Paris a jugé, à propos de la création de nouveaux parfums, «*Qu’il ne s’agit en aucun cas d’un travail de recherche industrielle visant à mettre au point un procédé de fabrication d’un produit défini au préalable*»⁸¹⁶. Au contraire, il a comparé la formule du parfum à la partition d’un morceau de musique «*[...] qui permet de reproduire une musique comme la formule permet de reproduire une fragrance, musique et fragrance n’étant pas plus prédéfinis l’une que l’autre au moment de leur création [...]*»⁸¹⁷. Il a ajouté qu’une perception différente d’une personne à une autre n’est pas un obstacle pour la protection du parfum par le droit d’auteur en France⁸¹⁸.

400. A l’instar des juges de l’affaire «*De Laire*», le Tribunal de commerce de Paris a appréhendé la question de l’originalité dans l’arrêt «*Mugler*», quand bien même il a refusé la protection du droit d’auteur pour défaut de titularité. Contrairement à l’arrêt «*De Laire*», il n’a toutefois pas invoqué la «*thèse de l’empreinte personnelle*». Selon le Tribunal de commerce de Paris, le parfum *Angel* est original au motif que la presse a unanimement reconnu l’originalité de la nouvelle tendance des notes gourmandes⁸¹⁹.

401. Sur le rejet de la perception subjective et sur le principe de l’application du droit d’auteur au parfum, reconnu pour la première fois en France après l’affaire «*De Laire*», cet arrêt ne peut être qu’approuvé. En revanche, les remarques du Tribunal de commerce par rapport à l’originalité, sur laquelle

⁸¹³ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 84, 87 : ce jugement a été frappé d’appel, mais les parties sont parvenues à un accord à la suite de la médiation ordonnée par les magistrats : cf. CORBIN, Marie-Hélène, «*En donnant raison à Thierry Mugler contre Molinard la justice reconnaît le statut de création aux parfums*», *Journal du Textile*, 23 octobre 2000 ; cf. aussi CERBONESCHI, Isabelle, «*Le parfum est une œuvre intellectuelle, la preuve par le patchouli*», *Journal LE TEMPS*, 19 octobre 2000, p. 39.

⁸¹⁴ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 79, 80, 81, 83.

⁸¹⁵ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 79.

⁸¹⁶ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 76.

⁸¹⁷ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 76.

⁸¹⁸ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 76.

⁸¹⁹ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 77.

il n'avait du reste pas à se prononcer, sont critiquables⁸²⁰. A cet égard, CALVO soutient avec pertinence que cette analyse du Tribunal de commerce a pour conséquence d'accorder un monopole non pas sur une fragrance particulière, mais sur une « [...] <tendance> donc un <concept produit>, celui des <parfums à odeur gourmande et sucrée>, celle du parfum <oriental gourmand> »⁸²¹. BALANA fait par ailleurs remarquer que le Tribunal de commerce s'est servi de notions plus proches de la notion de nouveauté que de l'originalité⁸²².

1.2. Exclusion de la tendance avant l'analyse du caractère individuel

402. Dans sa thèse, PAMOUDJIAN fait référence au N° 5 de Chanel à propos de l'originalité en droit français, « [...] car il fut le premier à être foncièrement enrichi d'une matière première inédite (aldéhyde) et donna un accord inédit »⁸²³. PAMOUDJIAN semble ainsi considérer comme original, l'apport d'un produit dans des proportions inhabituelles.

403. Si l'on se réfère au N° 5 de Chanel, cité par PAMOUDJIAN, ou à l'exemple de la jurisprudence « *Mugler* », l'« idée exprimée » d'utiliser de l'aldéhyde dans une proportion plus soutenue ou de se lancer dans les notes gourmandes, alors que personne n'avait osé pareille innovation, aurait un caractère individuel. Une telle conclusion a cependant pour effet d'empêcher d'autres compositeurs de parfums d'utiliser les notes gourmandes ou l'aldéhyde dans des proportions plus soutenues.

404. En matière de parfum, un monopole absolu sur une idée de nouvelle tendance est tout aussi critiquable qu'un monopole sur l'idée de donner une forme humaine à des animaux, évoquée ci-dessus. BARBET ET AL., à propos du droit français, font remarquer à juste titre qu'« On ne saurait admettre qu'un parfumeur s'approprie une tendance [...] »⁸²⁴. Au même titre qu'un nouveau style littéraire, la recette ou la manière ne doivent pas faire l'objet d'un monopole par le droit d'auteur⁸²⁵, l'idée d'une nouvelle tendance, telle que celle des

⁸²⁰ CALVO, *op. cit.*, p. 15.

⁸²¹ CALVO, *op. cit.*, p. 15 : « Aurait été acceptable, par exemple, la protection d'une fragrance vanille/caramel, ou patchouli/vanille... le reste est excessif et même parfaitement corporatif » ; cf. aussi GALLOUX, *op. cit.*, p. 2645 ; SIRINELLI, *Parfum, op. cit.*, p. 48.

⁸²² BALANA, *op. cit.*, p. 263, 264.

⁸²³ PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 222, considère que le parfum « absolument original » : « [...] c'est celui qui au niveau des notes de cœur, met en valeur un accord ou un thème non encore exprimé ou qui introduit une note originale due à l'utilisation d'une matière première inédite, notamment synthétique. »

⁸²⁴ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 72, 287 ; BRESÉ, Pierre, « Une fragrance constitue-t-elle une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur ? », disponible sur le site Internet (dernière visite 3.04.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/parfum_droit_dauteur.pdf], (ci-après BRESÉ, *Fragrance*), p. 4 ; SIRINELLI, *Parfum, op. cit.*, p. 48.

⁸²⁵ PERRET, *Nouvelle LDA, op. cit.*, p. 22 ; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 13, 14 ; KUMMER, *op. cit.*, p. 52.

notes gourmandes, sucrées, doit rester à la disposition de tous. A notre avis, cette idée fait partie de la catégorie des « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites » et, partant, doit être écartée de l’analyse du caractère individuel.

405. Les compositions concrètes de parfums, devenus « archétype » ou schéma de base pour de nouvelles créations, tel que ce fût le cas pour *Chypre* de François Coty, le N° 5 de Chanel et aujourd’hui probablement *Angel*, satisfont sans doute au critère du caractère individuel. Comme GALLOUX le souligne, il semble difficile de contester l’originalité des « grands » parfums : « Pour preuves, la reconnaissance professionnelle de leurs créateurs, la pérennité des grandes créations (le N°5 de Chanel remonte à 1921), et l’intense plagiat dont elles sont l’objet. Mais ces évidences ne sont pas démonstration. »⁸²⁶

406. Il n’en demeure pas moins que l’on doit ainsi se méfier de l’argumentation développée pour justifier la protection. La reconnaissance par d’autres créateurs n’est pas relevante à cet égard. Dans le cas du parfum *Angel*, à la lumière du droit suisse on pourrait soutenir que seules ses notes concrètes, en l’occurrence composées d’un accord chocolat et miel, justifient son caractère individuel, mais non la tendance générale des notes gourmandes. En effet, un « archétype » qui pousse la création vers d’autres horizons ne saurait en aucun cas permettre à son auteur de monopoliser toutes les créations susceptibles d’y être rattachées.

407. Déterminer si l’on se trouve en présence d’une tendance et, le cas échéant, si un parfum a un caractère individuel, est une question de droit. Se pose alors la question de savoir si les équipements techniques peuvent servir à établir les faits invoqués devant le juge, afin de lui permettre d’apprécier le caractère individuel d’une composition (§ 2). Mais au préalable, il est nécessaire de s’intéresser de façon plus générale aux moyens de preuves et à l’expertise (2.1) et à en prendre la mesure pour le parfum (2.2).

§ 2. Les moyens de preuve et l’expertise

2.1. Notions générales

408. Les pièces sont admises par toutes les lois de procédure civile, en tant que moyens de preuve. Le juge peut néanmoins avoir recours à d’autres moyens, notamment demander un avis d’expert⁸²⁷. L’expertise privée, pro-

⁸²⁶ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644 ; CARON, *op. cit.*, p. 27 : « [...] l’originalité ne dépend pas du succès du parfum » ; SIRINELLI, *Parfum, op. cit.*, p. 49.

⁸²⁷ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1150 ; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 70 n° 1.2, p. 418.

duite par les parties au procès, n'a cependant que la valeur d'un allégué, tandis que l'expertise judiciaire, ordonnée par le tribunal lui-même, a une valeur probante⁸²⁸. Le juge reste toutefois le seul qui est habilité à juger. Il lui incombe d'analyser la portée juridique des avis techniques, de manière entièrement indépendante des experts, y compris ceux qu'il a lui-même commis⁸²⁹. Lorsque le juge s'écarte de l'opinion d'une expertise judiciaire, il doit toutefois motiver sa décision⁸³⁰.

409. Selon les termes du Tribunal fédéral, « On recourra à la preuve par expertise lorsque le juge ne dispose pas des connaissances spéciales – notamment scientifiques ou techniques – nécessaires pour constater l'exactitude de certains faits ou pour les apprécier [...]»⁸³¹. Le rôle de l'expert consiste à se prononcer sur les faits tels qu'ils sont allégués par les parties, même s'il peut également se référer à des faits généralement connus ou à des ouvrages techniques⁸³². L'expert doit se limiter à répondre à des questions relatives aux faits, de sorte que le juge ne peut pas lui demander si une œuvre est protégeable au sens du droit d'auteur⁸³³.

2.2. Les moyens de preuve et l'expertise pour le parfum

410. Pour déterminer si un parfum a un caractère individuel, si le juge commet un ou plusieurs experts, il doit leur poser les bonnes questions. En particulier, le juge peut demander à un expert de lui indiquer si et, le cas échéant, de quelle marge de manœuvre le compositeur du parfum en cause

⁸²⁸ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1151; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 70 n° 1.2, p. 418; arrêt de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 1988, (ci-après arrêt «Erowa»), *RSPI* 1990/1, p. 138, 139; arrêt de la Cour de justice de Genève du 19 novembre 1993, (ci-après arrêt «Genoud»), *SJ* 1952, p. 404, 409; Ygnis Kessel AG c/ Idag, du 26 mars 1969, (ci-après arrêt «Ygnis Kessel»), *ATF* 95 II 364, 368; B. AG c/ c. AG, du 21 septembre 2005, (ci-après arrêt «B. AG c/ C. AG»), *SJ* 2006 I 233, 234.

⁸²⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1151; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 70 n° 1.2, p. 419; Cilag-Chemie AG c/ Martin, du 27 septembre 1972, (ci-après arrêt «Cilag-Chemie»), *ATF* 98 Ia 666, 669; X. c/ Ministère public du Canton du Valais, du 11 novembre 1970, (ci-après arrêt «X c/ MP du Valais»), *ATF* 96 IV 97, 98; Brandt c/ Commission tutélaire de Bienne, du 22 septembre 1955, (ci-après arrêt «Brandt»), *ATF* 81 II 259, *JdT* 1956, 291, 293.

⁸³⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1151; Gross c/ Commission fédérale d'estimation du 1^{er} arrondissement, du 26 avril 1961, (ci-après arrêt «Gross»), *ATF* 87 I 87, 90; arrêt «Erowa», *RSPI* 1990/1, p. 138.

⁸³¹ Arrêt «Cilag-Chemie», *ATF* 98 Ia 666, 668; arrêt «X c/ MP du Valais», *ATF* 96 IV 97, 98; arrêt «RISA», *ATF* 125 III 29, *JdT* 1999 I 446, 447; arrêt «Erowa», *RSPI* 1990/1, p. 138; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 70 n° 1.2, p. 418, 419; arrêt «B. AG c/ C. AG», *SJ* 2006 I 233, 235.

⁸³² K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1152, 1153.

⁸³³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 70 n°1.2, p. 1154; BALANA, *op. cit.*, p. 261, rappelle à propos du droit français qu'en donnant son opinion sur la question du plagiat l'expert se substitue au magistrat qui doit trancher le litige.

disposait⁸³⁴. De même, l’expert est susceptible de répondre au juge sur la question de savoir en quoi consiste une création de routine dans le domaine du parfum.

411. Par ailleurs, le juge peut demander à l’expert de faire une description du parfum au moyen du langage des compositeurs de parfums⁸³⁵. L’expert peut encore lui donner des indications de nature technique sur des pièces, notamment sur les résultats d’une analyse du parfum au moyen d’équipements spéciaux. A cet égard, on se demandera dans quelle mesure le juge doit tenir compte d’un tel support matériel, à l’aide de jurisprudences provenant du droit français.

§ 3. Le support matériel et les équipements techniques

3.1. L’arrêt « *Clarins II* »

412. Dans ce litige, Clarins SA (ci-après société Clarins), titulaire de la marque et de l’eau de soin *Eau Dynamisante*, a assigné HLL Batignolles et Pierre Cattier (ci-après Pierre Cattier), qui commercialisaient *Eau Stimulante*, en invoquant notamment le droit d’auteur. Dans l’arrêt « *Clarins I* », le Tribunal de grande instance de Paris a considéré en 1997 qu’ « [...] un parfum ne constitue pas une œuvre de l’esprit susceptible d’être protégée au sens de l’article L 112-1 du code de la propriété intellectuelle [...] »⁸³⁶. Toutefois, suite à un appel, le 28 juin 2000, dans l’arrêt « *Clarins II* », la Cour d’appel de Paris a admis le principe de la protection du parfum par le droit d’auteur⁸³⁷.

413. La société Clarins a cependant été déboutée de sa demande au titre du droit d’auteur, faute d’avoir apporté la preuve de l’originalité requise. La Cour d’appel de Paris a notamment reproché à Clarins de n’avoir produit aux débats ni une analyse chromatographique, ni des éléments sur les travaux et recherches qu’elle a effectués pour mettre au point la fragrance *Eau Dynamisante*⁸³⁸. La société Pierre Cattier a néanmoins été condamnée pour concurrence déloyale et parasitaire⁸³⁹.

⁸³⁴ A noter que la marge de manœuvre est plutôt limitée selon BALANA, *op. cit.*, p. 263, 265.

⁸³⁵ BALANA, *op. cit.*, p. 261, fait néanmoins remarquer que les experts ne sont pas toujours unanimes.

⁸³⁶ Arrêt « *Clarins I* », *PIBD* 1998/649 III, p. 142, 143.

⁸³⁷ Arrêt « *Clarins II* », *PIBD* 2000/708 III, p. 549, 551.

⁸³⁸ Arrêt « *Clarins II* », *PIBD* 2000/708 III, p. 549, 551.

⁸³⁹ Arrêt « *Clarins II* », *PIBD* 2000/708 III, p. 549, 551, la Cour d’appel de Paris « Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu’il a rejeté la demande de la société Clarins au titre de la concurrence déloyale pour imitation de la fragrance de l’eau de soin dénommée « Eau Dynamisante » [...] »

414. Si l'on doit reconnaître à cet arrêt le mérite d'avoir confirmé le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur, il est en revanche critiquable à propos du caractère individuel. Plus précisément, le reproche de ne pas avoir produit notamment une analyse chromatographique, adressé à Clarins par la Cour d'appel de Paris, nous semble discutable. « Mais qu'apporte l'analyse de la composition (chimique) du parfum à la caractérisation de l'originalité, sauf à la déclarer nouvelle par rapport à l'art antérieur ? » se demande GALLOUX⁸⁴⁰. L'analyse chromatographique permet certes de décrire le parfum, mais elle n'illustre ni la marge de manœuvre suffisante du compositeur de parfums, ni la question de savoir si une création est de pure routine. Il s'ensuit qu'elle ne permet pas au juge de se prononcer sur le caractère individuel. A ce stade de l'analyse, elle ne saurait être pertinente à notre avis.

415. Quant au second argument invoqué par la Cour d'appel, il nous semble encore plus injustifié. Nous fondons notre critique sur l'observation selon laquelle, lors de l'examen du caractère individuel, seule l'œuvre elle-même doit être analysée de manière objective. En l'occurrence, l'examen porte sur le message olfactif⁸⁴¹. Par conséquent, non seulement l'on ne saurait reprocher à Clarins de ne pas avoir produit des « éléments sur les travaux et recherches » à la base de la conception du parfum, en l'occurrence *Eau Dynamisante*, mais de surcroît de tels documents doivent à notre sens être écartés de l'analyse du caractère individuel de l'œuvre⁸⁴².

416. S'il s'agit de travaux de recherches de nature technique, ils ne sauraient être pertinents au regard de la LDA. Lorsqu'un juge examine par exemple le caractère individuel d'un tableau, il ne se basera pas sur d'éventuels travaux de recherches qui ont porté sur le mélange de peinture utilisé par l'artiste. Pourquoi en irait-il différemment lorsque l'œuvre est un parfum ? Si, au contraire, les travaux de recherches sont de nature esthétique, ils doivent être écartés pour un autre motif. Les considérations sur la conception de l'œuvre sont en effet de nature subjective, comme notamment CHERPILLOD l'a démontré⁸⁴³.

3.2. L'arrêt « BPI c/ Bellure et Euro Media »

417. Dans cette affaire, la société Beauté Prestige International SA (ci-après la société BPI) a invoqué notamment le droit d'auteur sur le « jus » du parfum *Eau d'Issey* et sur son flacon, afin d'empêcher la commercialisation du parfum *La Chutte* par les sociétés Euro Media Diffusion SARL, Pier Import

⁸⁴⁰ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2644 ; BALANA, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁴¹ BALANA, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁴² Dans le même sens BALANA, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁴³ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 36 et ss.

Europe SA et Bellure NV⁸⁴⁴. S’agissant de la titularité des droits d’auteur, la Cour d’appel de Paris a admis la présomption des droits de la société BPI, conformément à la jurisprudence récente en droit français⁸⁴⁵. Le principe de la protection du parfum (désigné dans cet arrêt par le mot « fragrance ») par le droit d’auteur, déjà admis par les premiers juges dans l’instance précédente, a été confirmé par la Cour d’appel de Paris dans un jugement daté du 17 septembre 2004⁸⁴⁶.

418. Pour trancher la question de l’originalité du parfum *Eau d’Issey*, la Cour d’appel constate, que la société BPI a versé aux débats « [...] la liste des constituants olfactifs de son jus ce qui permet de définir ses caractéristiques [...] »⁸⁴⁷. La Cour ajoute que l’originalité ne saurait être contestée « [...] dès lors que son parfum se distingue parfaitement de toutes les autres fragrances et est adopté par une clientèle très nombreuse à la recherche d’un signe d’individualisation [...] »⁸⁴⁸. Sur la base des analyses produites aux débats, dont il ressort « [...] que près de 65% des constituants olfactifs sont identiques dans les deux formules [...] », la Cour d’appel de Paris a confirmé l’imitation du « jus » du parfum *Eau d’Issey* par le parfum *La Chutte*, retenue par les premiers juges⁸⁴⁹. Par ailleurs, La Cour d’appel affirme « [...] que la fragrance des deux eaux de toilette est très proche et le risque de confusion caractérisé [...] »⁸⁵⁰.

419. SIRINELLI critique avec raison la confusion qui résulte de l’utilisation des mots « jus » et « fragrance » dans cet arrêt⁸⁵¹. A cet égard, rappelons que seule la forme olfactive du parfum est protégée par le droit d’auteur. Le raisonnement de la Cour d’appel pour admettre l’originalité est tout aussi discutable. En effet, SIRINELLI souligne à juste titre que « Le fait de pouvoir être distingué d’une création préexistante ne saurait être regardé comme la preuve d’une quelconque originalité »⁸⁵². Quant au succès du parfum, invoqué par la Cour d’appel, l’argument est tout aussi condamnable que celui de la nouvelle tendance, utilisé par les juges dans l’arrêt « *Mugler* »⁸⁵³. En revanche, nous approuvons l’absence d’utilisation des analyses produites aux dé-

⁸⁴⁴ Beauté Prestige International SA c/ Euro Media Diffusion SARL, Pier Import Europe SA et Bellure NV, Cour d’appel de Paris, 4^e Chambre B, du 17 septembre 2004, (ci-après arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* »), n. p. RG n°2002/15306, disponible auprès de l’Institut de recherche en propriété intellectuelle en France (IRPI), p. 1 et ss.

⁸⁴⁵ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 10, 11.

⁸⁴⁶ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 10.

⁸⁴⁷ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 11.

⁸⁴⁸ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 10.

⁸⁴⁹ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 12.

⁸⁵⁰ Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 12.

⁸⁵¹ SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 47 et ss.

⁸⁵² SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 48.

⁸⁵³ SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 48.

bats lors de l'examen de l'originalité. En effet, la Cour d'appel s'y réfère dans un second temps, lorsqu'elle se prononce sur l'imitation. Par ailleurs, comme nous le verrons dans l'arrêt «*Bliss*», commenté ci-dessous, le critère du pourcentage identique des lignes de programmes est également utilisé en matière de contrefaçon de logiciels au regard du droit d'auteur⁸⁵⁴.

420. Sur ce dernier point, nous verrons dans la section ci-dessous, consacrée aux atteintes du droit, que le risque de confusion constaté par la Cour d'appel dans cet arrêt prêche également le flanc à la critique. Cet arrêt démontre les difficultés rencontrées par des juges courageux⁸⁵⁵. Ils ont eu le mérite non seulement d'admettre le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur, mais également d'être parmi les premiers à constater l'originalité d'un parfum et à condamner un contrefacteur au moyen du droit d'auteur. La voie vers de nouvelles jurisprudences dans ce sens s'est ainsi ouverte.

3.3. Arrêts «*L'Oréal I*» et «*L'Oréal II*»

421. Le groupe L'Oréal SA détient des parts dans la société Lancôme Parfums et Beauté & Cie SNC, titulaire de la marque et du parfum *Trésor*, ainsi que dans les sociétés Prestige et Collections International SNC, Parfums Cacharel SNC, Parfums Ralph Lauren SNC et Parfums Guy Laroche SAS (ci-après groupe L'Oréal). Le groupe L'Oréal a assigné la société Bellure NV (ci-après la société Bellure), notamment pour atteinte au droit d'auteur d'un certain nombre de ses parfums dont *Trésor*⁸⁵⁶. Dans l'arrêt «*L'Oréal I*», daté du 26 mai 2004, le Tribunal de grande instance de Paris a confirmé une nouvelle fois le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur en France⁸⁵⁷.

422. Le Tribunal de grande instance se base sur le constat selon lequel la liste des œuvres au sens de l'article L. 112-2 CPI, qui ne mentionne pas les parfums, comprend l'adverbe «notamment». Par ailleurs, il souligne que le parfum a déjà été considéré comme une œuvre de l'esprit par la jurisprudence. Il ajoute que la perception fugace et subjective de la forme olfactive n'est pas déterminante⁸⁵⁸. Dès lors que la question des contrefaçons artistiques ne porte

⁸⁵⁴ Jugement sur mesures provisoires du Tribunal supérieur du canton d'Argovie, du 31 juillet 1990, (ci-après arrêt «*Bliss*»), *RSPI* 1991/1, p. 79 et ss.

⁸⁵⁵ SIRINELLI, *Parfum*, *op. cit.*, p. 49, qualifie la décision de «plus hardie».

⁸⁵⁶ Arrêt «*L'Oréal I*», *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641, à noter que l'arrêt complet est disponible sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/jugement_bellure_paris.pdf]; DE SÈZE, Sabine, «Un droit d'auteur pour le parfum», *Cosmétique hebdo* 2004/212, p. 1.

⁸⁵⁷ Arrêt «*L'Oréal I*», *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641; GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642, relève que le Tribunal de Grande Instance de Paris avait déjà confirmé le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur dans un arrêt inédit du 28 mai 2002, RG n° 2001/00271: il s'agit de la décision qui a précédé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris «*BPI c/ Bellure et Euro Media*», n. p. RG n° 2002/15306.

⁸⁵⁸ Arrêt «*L'Oréal I*», *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

ni sur le droit des marques, ni sur le droit des brevets d’invention, le Tribunal précise encore que l’objection de l’absence de description objective du parfum ne repose sur aucune base légale⁸⁵⁹.

423. Sur l’originalité des parfums en cause, le groupe L’Oréal a versé aux débats un dossier de presse et des analyses chromatographiques. Le Tribunal de grande instance a néanmoins jugé que les articles de presse ne présentent aucune garantie d’objectivité par rapport aux parfums du groupe L’Oréal et que, de surcroît, les particularités des parfums n’y figurent pas toujours. Quant aux analyses chromatographiques produites, à l’exception de celle de Monsieur Pierre BRESÉ, le Tribunal leur a reproché d’être incomplètes et de ne pas contenir les commentaires explicatifs, nécessaires à leur compréhension⁸⁶⁰.

424. A propos de cet arrêt, DE SÈZE relève que, grâce à la chromatographie en phase gazeuse, 24 éléments sur 26 ont pu être identifiés dans la prétendue contrefaçon du parfum *Trésor*⁸⁶¹. Le Tribunal de grande instance de Paris a cependant constaté, au sujet de la chromatographie précitée, qu’elle « ne permet pas de connaître le cheminement des travaux de recherches effectués par les demanderessees pour mettre au point les fragrances en cause et, partant, de distinguer ainsi le savoir-faire, non protégeable, de l’aspect créatif de l’auteur [...] »⁸⁶². Au motif que l’originalité des parfums en cause n’a pas pu être établie sur la base des documents produits, le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi débouté le groupe L’Oréal de son action⁸⁶³. La société Bellure a cependant interjeté un appel contre ce jugement, qui portait également sur le droit des marques, du design et de la concurrence déloyale. Le litige a ainsi été tranché par la Cour d’appel de Paris dans l’arrêt « *L’Oréal II* » du 25 janvier 2006⁸⁶⁴.

425. Dans l’arrêt « *L’Oréal II* », la Cour d’appel a confirmé, elle aussi, le principe de la protection du parfum par le droit d’auteur sur la base de la liste non exhaustive de l’article L. 212-2 CPI, tout en précisant « [...] qu’à supposer même qu’un parfum remplisse les conditions de brevetabilité, en apportant une solution à un problème technique, la protection par le droit des brevets n’est pas exclusive d’une protection au titre du droit d’auteur [...] »⁸⁶⁵. La Cour

⁸⁵⁹ Arrêt « *L’Oréal I* », *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

⁸⁶⁰ Arrêt « *L’Oréal I* », *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

⁸⁶¹ DE SÈZE, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁶² Arrêt « *L’Oréal I* », *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

⁸⁶³ Arrêt « *L’Oréal I* », *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2641.

⁸⁶⁴ Bellure NV c/ L’Oréal SA, Lancôme Parfums et Beauté & Cie, Prestige et Collections International SNC, Parfums Cacharel SNC, Parfums Ralph Lauren SNC et Parfums Guy Laroche SAS, Cour d’appel de Paris, du 25 janvier 2006, (ci-après arrêt « *L’Oréal II* »), *Com. Com elec.* 2006/3, p. 25 et s., à noter que l’arrêt complet disponible sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/CA_BELLURE.pdf], p. 1 et ss.

⁸⁶⁵ Arrêt « *L’Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

d'appel a cependant partiellement réformé le jugement « *L'Oréal I* », en particulier à propos de l'originalité au regard du droit d'auteur, en affirmant que les fragrances *Trésor*, *Miracle*, *Anaïs Anaïs*, *Noa*, *Romance pour homme* et *pour femme*, *Acqua di Gio*, *Gio*, *Acqua di Gio pour homme*, *Emporio Armani II* et *Elle*, ainsi que *Drakkar Noir* sont protégées par le droit d'auteur⁸⁶⁶.

426. Pour fonder son jugement, la Cour d'appel de Paris s'est appuyée sur le rapport d'analyse de Monsieur Pierre BRESÉ, critiqué par le Tribunal de grande instance. La Cour d'appel a constaté que le rapport précité « [...] fournit la liste des composants olfactifs de chacune des fragrances revendiquées; qu'en outre, les sociétés intimées caractérisent l'architecture olfactive de chaque fragrance ainsi que le sillage floral, vert, boisé, fruité, vanillé, ambré, poudré, épice du bouquet final [...] »⁸⁶⁷. Par ailleurs, la Cour d'appel a relevé que la société Bellure n'a produit aucun élément, voire une analyse chromatographique, de nature à démontrer la banalité et l'appartenance à l'industrie du parfum des 12 fragrances en cause⁸⁶⁸.

427. La Cour d'appel a ajouté, à propos de l'argument des « familles de parfums », autrement dit des tendances⁸⁶⁹, que leur existence n'empêche pas la protection des parfums qui en font partie, au motif de l'utilisation de leurs composants dominants⁸⁷⁰. Selon la Cour d'appel, ces parfums doivent néanmoins être « [...] 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 [...] »⁸⁷¹. Dès lors qu'elle a considéré que tel est le cas pour les 12 parfums précités, qui peuvent être identifiés par leur architecture olfactive, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'ils sont protégés par le droit d'auteur⁸⁷².

428. Il s'ensuit que, contrairement au Tribunal de grande instance, la Cour d'appel de Paris a non seulement examiné l'atteinte au droit d'auteur d'un parfum, mais également condamné à ce titre⁸⁷³. En effet, la Cour d'appel a jugé qu'en commercialisant les parfums *La Valeur*, *Pink Wonder*, *Nice Flower*, *Sweet Pearl*, *Cheek to Cheek pour homme* et *femme*, *Arrivederci Due*, *Arrivederci*, *Arrivederci homme*, *Pure Class homme* et *Femme*, et *Pure Black*, la société Bellure

⁸⁶⁶ Arrêt « *L'Oréal II* », sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/CA_BELLURE.pdf], p. 8, 9, 18.

⁸⁶⁷ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁸⁶⁸ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁸⁶⁹ Arrêt « *L'Oréal I* », sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/jugement_bellure_paris.pdf], p. 23, 24, la société Bellure avait invoqué l'interdiction d'appropriation par le droit d'auteur de « familles de parfums », de « tendances ».

⁸⁷⁰ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁸⁷¹ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁸⁷² Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁸⁷³ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

a respectivement contrefait les fragrances des parfums *Trésor*, *Miracle*, *Anaïs Anaïs*, *Noa*, *Romance pour homme et pour femme*, *Acqua di Gio*, *Gio*, *Acqua di Gio pour homme*, *Emporio Armani II* et *Elle*, et *Drakkar Noir*⁸⁷⁴. Pour parvenir à ce constat, la Cour d’appel s’est basée sur les analyses sensorielles (tests de consommateurs) et physico-chimiques (analyse chromatographique) des différents parfums. Elle a par ailleurs invoqué, pour certains d’entre eux, l’absence de contestation par la société Bellure des correspondances établies par des sites Internet entre le parfum original et la copie⁸⁷⁵.

429. S’agissant des fragrances *Pure Class homme (Emporio II)* et *Pure Black (Drakkar Noir)* la Cour d’appel a constaté une grande proximité sur le plan olfactif. En revanche, pour les parfums *La Valeur (Trésor)* et *Arrivederci (Acqua di Gio)* il semble, au seuil statistique de 5%, que des différences significatives ont été relevées⁸⁷⁶. Selon des tests triangulaires⁸⁷⁷, ces différences seraient cependant moins importantes que pour des parfums d’une même famille et la Cour d’appel relève que la société Bellure n’a pas sérieusement contesté la contrefaçon pour les quatre parfums précités⁸⁷⁸.

430. Pour les autres parfums de ce litige, la Cour d’appel indique aussi les résultats de l’analyse sensorielle que nous avons résumés comme suit: la fragrance *Pink Wonder* a été jugée proche de celle de *Miracle* par 77% des femmes (très proche par 8 personnes sur 10), *Nice Flower* proche de *Anaïs Anaïs* par 75% des personnes testées, *Sweet Pearl* proche de *Noa* par 79% des consommatrices, *Cheek to Cheek* proche de *Romance* par 74% des consommatrices (*pour femme*) et respectivement très proche par 71% des consommateurs (*pour homme*), *Arrivederci* très proche de *Gio* par 71% des femmes, et *Arrivederci Due* très proche de *Acqua di Gio* par 73% des femmes interrogées⁸⁷⁹.

431. Quant à l’analyse physico-chimique des parfums précités, les résultats résumés ci-après ont été utilisés par la Cour d’appel: *Pink Wonder* reprend 26 des 30 constituants odorants de *Miracle*, *Nice Flower* contient un taux de 87% (exceptionnellement élevé selon le rédacteur) des constituants de *Anaïs Anaïs*, *Sweet Pearl* comprend 18 des 19 constituants de *Noa*, *Cheek to Cheek* utilise 50 des 52 composants de *Romance* dans la version *pour femme* et les 28 constituants de la version *pour homme* se retrouvent tous dans la copie, et *Arrivederci Due* comporte 47 des 50 composants de *Acqua di Gio*⁸⁸⁰.

874 Arrêt «L’Oréal II», sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/CA_BELLURE.pdf], p. 19.

875 Arrêt «L’Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

876 Arrêt «L’Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

877 Nous reviendrons sur la notion de tests triangulaires lors de l’analyse des atteintes au droit de reproduction (section 4) à propos du test de consommateurs (3.2).

878 Arrêt «L’Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

879 Arrêt «L’Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

880 Arrêt «L’Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

432. Le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris ont confirmé avec raison le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur, en s'appuyant notamment sur le caractère illustratif de la liste des œuvres au sens de l'article L. 212-2 CPI⁸⁸¹. Bien plus, en affirmant qu'une éventuelle brevetabilité du parfum n'empêche pas sa protection par le droit d'auteur, la Cour d'appel de Paris souligne un point essentiel. En effet, rappelons qu'on ne saurait exclure que le jus du parfum puisse satisfaire aux conditions de brevetabilité.

433. Si une double protection devait s'avérer possible, elle porterait néanmoins sur des aspects très différents du parfum, comme nous avons pu le constater notamment à propos de la recette exprimée par un texte. Pour être brevetable, le jus d'un parfum doit apporter une solution non-évidente à problème technique, tandis que pour être protégé par le droit d'auteur, sa forme olfactive doit présenter un caractère individuel. Un même parfum peut-il satisfaire aux deux protections? A notre avis, dans l'hypothèse d'un jus de parfum brevetable, on ne saurait l'exclure totalement, à moins que celui-ci s'apparente à une forme imposée par la technique qui n'autorisait plus aucune marge de manœuvre pour des choix esthétiques. Dans ce dernier cas, il nous semble néanmoins peu probable qu'il s'agisse de l'œuvre d'un compositeur de parfums.

434. A propos de l'arrêt «*L'Oréal I*», GALLOUX approuve, à juste titre, les considérations faites par le Tribunal de grande instance sur l'analyse chromatographique: celle-ci est en effet susceptible de décrire le parfum (le savoir-faire), mais non pas d'illustrer le fait que l'œuvre est originale au sens du droit d'auteur (l'apport créatif)⁸⁸². Rappelons néanmoins que BRUGUIÈRE soulève la difficulté de distinguer entre «[...] le savoir-faire non protégeable de l'apport créatif dans l'agencement des matériaux odorants»⁸⁸³.

435. SIRINELLI observe avec raison que les juges s'intéressent au processus d'élaboration consistant à comprendre comment le parfum a été produit, au lieu d'analyser le résultat, ce qu'il qualifie de «glissement contestable»⁸⁸⁴. A

⁸⁸¹ Pour le Tribunal de grande instance cf. dans ce sens GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643, BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1698 et SIRINELLI, *Protection*, *op. cit.*, p. 908 qui mentionne également dans ce sens l'arrêt Beauté Prestige International SA c/ Eva France, Manufacture Parisienne de Cosmétique SARL et Bellure NV, Tribunal de grande instance de Paris, 3^e Chambre 2^e Section, du 4 juin 2004, (ci-après arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France I*»), n. p. RG n° 2002/16546, disponible auprès de l'IRPI.

⁸⁸² GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643.

⁸⁸³ BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699.

⁸⁸⁴ SIRINELLI, *Protection*, *op. cit.*, p. 909, qui préfère l'argumentation de l'arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France I*», n. p. RG n° 2002/16546, dans lequel le Tribunal de grande instance de Paris affirme que l'originalité ne saurait être démontrée par la seule énumération des composants du parfum; cf. aussi BALANA, *op. cit.*, p. 264, qui considère cependant que l'arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France I*» va dans le même sens que l'arrêt «*L'Oréal I*»; GALLOUX, *op. cit.*, p. 2643, semble plus nuancé pour l'arrêt «*L'Oréal I*»: «Il a le mérite de poser le problème de l'apport créatif de manière claire: le demandeur à la protection doit donner à connaître «*le cheminement des travaux et recherches effectuées par le créateur*»»

notre avis, le raisonnement du Tribunal de grande instance est critiquable notamment dans la mesure où il invoque l’absence de production des travaux de recherches, qui comme nous l’avons relevé à propos de l’arrêt «*Clarins II*», ne sauraient être pertinents pour permettre au juge de constater le caractère individuel.

436. Dans l’arrêt «*L’Oréal II*», la Cour d’appel s’est du reste contentée de constater que la société Bellure n’a pas versé d’éléments, voire de chromatographie, susceptible de démontrer la banalité des parfums du groupe L’Oréal. L’absence d’utilisation des différentes analyses physico-chimiques (chromatographie) par la Cour d’appel, lors de l’appréciation de la question de l’originalité (individualité) de ces 12 parfums, nous semble correcte⁸⁸⁵. En revanche, la mention de la liste des composants olfactifs par la Cour d’appel nous semble plus délicate. A cet égard, il sied de préciser que les pièces produites dans la procédure révèlent les principaux constituants odorants de ces parfums, mais non pas la formule ou la recette complète⁸⁸⁶.

437. Le raisonnement entamé par la Cour d’appel avec le «[...] sillage floral, vert, boisé, fruité, vanillé, ambré, poudré, épicé du bouquet final [...]», dont on soulignera qu’il s’agit du descriptif réalisé par une évaluatrice en parfum⁸⁸⁷, nous paraît bien meilleur. On pourrait du reste soutenir que l’architecture olfactive, à laquelle la Cour d’appel de Paris fait référence, correspond à la forme interne du parfum. Par ailleurs, nous saluons le jugement de la Cour d’appel, dès lors qu’implicitement elle exclut de la protection les «familles de parfums» ou tendances, tout en affirmant que leur existence ne saurait empêcher des formes olfactives concrètes d’être originales (d’avoir un caractère individuel) au sens du droit d’auteur. Ce faisant la Cour d’appel admet le principe de la marge de manœuvre permettant d’effectuer des choix créatifs.

438. A notre avis, l’argumentation reste cependant incomplète, dès lors que la Cour d’appel ne donne que peu de précisions sur le choix concret de la forme olfactive parmi les notes dont le compositeur de parfums aurait pu faire usage. De même, la Cour d’appel souligne certes que la société Bellure n’a pas pu démontrer la banalité de ces parfums, mais n’indique pas véritablement de manière concrète dans quelle mesure ces parfums se distinguent d’une pure création de routine. Enfin, on peut regretter que la Cour d’appel ne semble pas avoir examiné séparément chacun des 12 parfums du groupe

⁸⁸⁵ Cf. cependant CARON, *op. cit.*, p. 27, qui dans son commentaire de l’arrêt «*L’Oréal II*», précise que celui-ci «[...] invite à une démonstration de la banalité de la fragrance, notamment par une analyse chromatique.»

⁸⁸⁶ Cette information nous a été aimablement communiquée par Monsieur Pierre BRESÉ dans un courrier électronique qu’il nous a adressé.

⁸⁸⁷ Cette information nous a été aimablement communiquée par Monsieur Pierre BRESÉ dans un courrier électronique qu’il nous a adressé.

L'Oréal. C'est un peu comme si la Cour d'appel n'avait pas envisagé la possibilité d'un résultat différent pour l'une ou l'autre de ces créations.

439. La Cour d'appel s'appuie certes sur leurs notes olfactives finales, mais sans distinguer entre ces notes et les différentes compositions. Il nous semble en effet discutable d'exclure en bloc la banalité et l'appartenance à l'industrie du parfum, autrement dit la création de routine. Il serait toutefois imprudent de se montrer trop critique envers le raisonnement de la Cour d'appel sur la question de l'originalité, sous peine de voir d'autres jugements tels que celui du Tribunal de grande instance qui n'a pas admis l'originalité de parfums du groupe L'Oréal et, partant, a pu s'épargner l'examen de la question de la contrefaçon. Nous reviendrons sur ce dernier aspect, examiné par la Cour d'appel, lors de l'examen des atteintes au droit de reproduction (section 4). De manière générale, affirmer qu'une œuvre a un caractère individuel n'est jamais aisé, de sorte que nous pensons qu'on ne doit pas se montrer plus sévère pour la forme olfactive du parfum que pour une autre œuvre.

440. Sans disposer de l'expertise complète utilisée par la Cour d'appel, on ne saurait proposer un raisonnement exhaustif au regard du droit suisse. On peut néanmoins suggérer qu'un tribunal saisi de cette affaire aurait pu, dans les grandes lignes, juger dans un premier temps que, compte tenu de la tendance (constituée par les composants dominants) décrite par l'expert, qui ne saurait être revendiquée, et des possibilités de combinaisons d'essences et de proportions, le compositeur de parfums disposait d'une marge de manœuvre suffisante pour effectuer des choix créatifs esthétiques. Ensuite, il aurait pu poursuivre le raisonnement en affirmant, par exemple pour le parfum *Trésor*, que le choix des notes concrètes de tête, de cœur ou de fond, se distinguent d'une pure création de routine telle que décrite par l'expert. Se pose alors la question de la pertinence du support matériel et des équipements techniques dans le cadre de cette analyse.

3.4. *La pertinence du support matériel et des équipements techniques*

441. Dès lors que seule la forme olfactive est protégée, les méthodes destinées à recomposer le parfum, comme sa formule ou sa recette, ne sont pas pertinentes pour juger du caractère individuel. La formule ou la recette complète du jus du parfum, en tant que tels ne donnent pas d'indication sur le caractère individuel de la forme olfactive. En revanche, lorsqu'on analyse la forme olfactive qui est déterminante, les principaux composants du parfum seront dévoilés de manière à décrire les choix esthétiques.

442. Quant aux équipements techniques, tels que la chromatographie, ce sont aussi des moyens pour décrire le parfum. La description par ces moyens techniques porte certes sur la forme olfactive, contrairement à la formule

chimique et à la recette du jus, mais elle reste de nature purement technique. Par conséquent, ces équipements techniques ne permettent pas d’illustrer le caractère individuel, plus précisément l’existence d’une marge de manœuvre suffisante et l’absence de création de routine. Faute d’avoir lui-même les connaissances techniques nécessaires, le juge devra sans doute poser les questions pertinentes à un ou plusieurs experts pour pouvoir trancher sur le caractère individuel.

Conclusions sur le caractère individuel du parfum et les conditions de protection

443. Le caractère individuel réside dans la forme olfactive du parfum. Dans le domaine de la parfumerie, il y a de nombreuses créations préexistantes. La palette du compositeur de parfums est toutefois immense. La possibilité pour le créateur-parfumeur d’exercer un choix parmi les notes à sa disposition et, par conséquent, de créer une œuvre qui se distingue des autres parfums, semble ainsi étendue. L’existence et l’étendue de la marge de manœuvre dans la liberté de création peuvent être constatées par le juge, en posant des questions à un ou plusieurs experts.

444. Si la marge de manœuvre est suffisante et que l’œuvre se distingue d’une pure création de routine, elle sera individuelle. En revanche, le juge veillera à ne pas justifier le caractère individuel par le fait que le parfum lance une nouvelle tendance. Cette dernière fait partie des idées exclues de la protection par du droit d’auteur, selon une catégorie hétérogène que nous avons qualifiée « directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites ».

445. A notre avis, il s’agit de ne pas être trop sévère pour constater le caractère individuel d’un parfum, sous peine de retirer à la protection du droit d’auteur toute portée. Comme PERRET le fait remarquer, le juge peut certes constater que le seuil du caractère individuel est atteint, mais il ne pourra pas quantifier l’ampleur de ce qui va au-delà de ce seuil⁸⁸⁸. Le parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat, est une œuvre de l’esprit qui est susceptible d’avoir un caractère individuel dans de nombreux cas concrets.

446. Les conditions de protection du droit d’auteur sont en conséquence susceptibles d’être satisfaites. On doit dès lors encore se demander si le titulaire du droit d’auteur d’un parfum peut s’opposer, de manière efficace, contre la reproduction dudit parfum. Cela nous amène aux atteintes au droit de reproduction.

⁸⁸⁸ PERRET, François, « La délimitation du champ d’application du régime des dessins et modèles industriels envers celui du droit d’auteur », *RSPI* 1983 I, (ci-après PERRET, *La délimitation*), p. 23 ; PERRET, *L’autonomie du régime*, *op. cit.*, p. 254.

Section 4. Atteintes au droit de reproduction du parfum

§ 1. Notions générales

447. Pour lutter contre une reproduction illicite de l'œuvre, en l'occurrence le parfum, le titulaire du droit d'auteur peut invoquer l'article 10 al. 2 *litt.* a LDA. Cette disposition lui confère le droit exclusif de confectionner des exemplaires matériels de l'œuvre⁸⁸⁹. Celui qui copie des exemplaires de l'œuvre, de manière servile et sans droit (contrefaçon), ou qui en emprunte les éléments essentiels (imitation), viole la prérogative de l'article 10 al. 2 *litt.* a LDA⁸⁹⁰. Selon K. TROLLER, le plagiat constitue une contrefaçon ou une imitation⁸⁹¹, de sorte que le plagiaire qui contrefait l'œuvre usurpe également la qualité d'auteur au sens de l'article 9 al. 1 LDA⁸⁹².

448. Indépendamment du terme employé, on se demandera s'il y a une atteinte à la prérogative de l'article 10 al. 2 *litt.* a LDA. Pour le parfum, la véritable contrefaçon devrait être plutôt rare. Il est en effet peu probable que le contrefacteur dispose de la formule exacte, avec l'indication de la provenance des matériaux. A cet égard, LALIGANT souligne à propos du droit français :

«[...] en matière de vins comme en matière de parfums ou de créations culinaires, il ne s'agit pas à proprement parler de contrefaçon, mais d'élaboration de produits juste assez ressemblants pour être concurrentiels... Jamais un vin rouge de Californie, par exemple, ne pourra être juridiquement considéré comme une copie contrefaisante d'un vin de Bordeaux⁸⁹³.»

⁸⁸⁹ BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, ad art.10, n° 12, p. 55.

⁸⁹⁰ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 59 n°1.2, p. 889; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 59 n° 1, p. 338.

⁸⁹¹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 59 n° 1.2, p. 890; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 59 n° 1, p. 338; MIJATOVIC, *op. cit.*, p. 103, 104; cf. aussi le Tribunal fédéral dans l'arrêt «Devanthery», *SJ* 2000 I 26, 28, *sic!* 2000/1, p. 14, 15: «Si le défendeur, [...] a simplement réutilisé ou recopié les plans du demandeur pour élaborer son projet d'octobre 1998, il a transgressé l'art. 10 LDA et doit répondre d'un plagiat [...]»

⁸⁹² K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 59 n° 1.2, p. 890; REHBINDER, *op. cit.*, n° 97, p. 107, n° 120, p. 134, n° 145, p. 157; cf. aussi VON PLANTA, Alessandra, *Ghostwriter*, thèse Zurich, Berne 1998, p. 9, 10: «Ein Plagiat liegt vor, wenn fremdes, urheberrechtliche geschütztes Geistesgut unbefügt und unter Anmassung der Urheberschaft benutzt wird»; REINHART, *op. cit.*, p. 24, 25, 26, définit le plagiat comme une utilisation illicite dans laquelle le véritable auteur n'est pas cité, autrement dit quelqu'un s'attribue la qualité d'auteur d'une œuvre qui n'est pas la sienne; MIJATOVIC, *op. cit.*, p. 103, 104, 118; à noter qu'en droit français, BREESÉ, *Apport de la métrologie, op. cit.*, p. 560, expose: «La doctrine introduit une distinction entre la contrefaçon, qui constitue un délit, et le plagiat, qui est moralement condamnable mais juridiquement irréprochable. Le plagiaire reprend seulement la substance d'une œuvre en lui apportant un tour personnel. Il ne reproduit pas l'œuvre originale et ne se contente pas de copier»; cf. également BERTRAND, *op. cit.*, n° 9.332, p. 446, 447; MAUREL-INDART, Hélène, *Du Plagiat*, Paris 1999, p. 116; DUBARRY, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁹³ LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d'auteur, op. cit.*, p. 126.

449. Le constat d’une atteinte au droit de reproduction au sens du droit d’auteur implique nécessairement une comparaison, entre le parfum contrefait ou imité et celui qui est protégé. Il convient ainsi de se demander quelle méthode doit être employée pour établir s’il existe une atteinte au droit de reproduction et, le cas échéant, à partir de quel seuil de reprise celle-ci est avérée.

450. A propos de la protection de la recette exprimée dans un texte, nous avons observé que ni la recette, ni la formule ne sont pertinentes. Bien davantage, nous avons soutenu que l’avantage du droit d’auteur réside dans le fait de ne pas devoir révéler la formule dans un procès en contrefaçon⁸⁹⁴. Il s’ensuit que la comparaison ne doit pas porter sur la source de la composition, mais sur le message olfactif que différentes compositions sont capables de réaliser⁸⁹⁵.

451. La comparaison de deux œuvres s’effectuera en déterminant les éléments qui sont communs, et non pas ceux qui diffèrent⁸⁹⁶. Une fois cette opération effectuée, il est nécessaire d’identifier et d’écarter tous les éléments qui ne sont pas protégés ou dont la reprise est licite sans l’accord de l’auteur⁸⁹⁷. En d’autres termes, il s’agira de séparer, dans la mesure du possible, les éléments protégés de ceux qui ne sont pas ou plus protégeables. En effet, le droit d’auteur ne confère la protection qu’aux éléments individuels. Par conséquent, comme CHERPILLOD le fait remarquer : «[...] pour que l’emprunt soit illicite, son objet doit remplir les conditions de la protection. Sans doute est-ce un truisme ; il fournit cependant la base nécessaire pour établir la méthode permettant de juger une éventuelle contrefaçon »⁸⁹⁸.

452. La question qui doit être tranchée est dès lors de savoir quels sont les éléments qui peuvent être empruntés sans que cet emprunt ne soit illicite. Avant de nous intéresser à la comparaison de deux parfums (§ 3), nous nous demanderons donc s’il existe un principe de libre utilisation (2.1) et, le cas échéant, s’il est applicable au parfum (2.2).

⁸⁹⁴ PAMOUDJIAN, *op. cit.*, p. 216 ; cf. aussi GLEMAS, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁹⁵ BRESÉ, *Apport de la métrologie, op. cit.*, p. 560.

⁸⁹⁶ REINHART, *op. cit.*, p. 91, 92.

⁸⁹⁷ REINHART, *op. cit.*, p. 93 ; en droit français LUCAS / LUCAS, *op. cit.*, n° 252, p. 225, 226, 227.

⁸⁹⁸ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 143 ; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 113, p. 76 : « Le droit de reproduction n’est pas violé lorsqu’une autre personne s’inspire du style de l’œuvre originale » ; GAIDE, *op. cit.*, p. 140 : « [...] seuls les éléments individuels d’une œuvre jouissent de la protection du droit d’auteur, alors que les éléments du domaine public sont à la disposition de chacun » ; RAUBER, *op. cit.*, p. 92.

§ 2. La libre utilisation

2.1. La notion de libre utilisation

453. A l'origine, il s'agit d'une notion empruntée au droit allemand. En droit suisse, l'ancienne loi connaissait un cas d'application de la libre utilisation pour les œuvres musicales à l'article 15 aLDA. Le contenu de cette disposition n'a cependant pas été repris dans la LDA⁸⁹⁹. Pour CHERPILLOD, conformément au principe général de libre utilisation, seule la reprise de quelques mesures était admissible. L'œuvre, réalisée de la sorte, devait alors différer totalement de celle dont elle s'inspirait et passer à l'arrière plan de cette dernière⁹⁰⁰. Si le principe général de la libre utilisation est encore applicable en droit suisse, il est susceptible de justifier la reprise de «quelques mesures» d'un parfum.

454. Selon DESSEMONTET, l'article 11 al. 3 LDA, qui consacre l'exception des parodies ou imitations analogues, va moins loin que la libre utilisation telle que la définissait l'article 15 aLDA⁹⁰¹. Il est dès lors important de savoir si le principe de la libre utilisation est toujours un principe non écrit du droit suisse sous l'empire de la LDA⁹⁰². De l'avis de DESSEMONTET, au regard du texte et de l'historique de la LDA, «[...] il n'existe plus de principe de libre utilisation en droit actuel, s'il a jamais existé auparavant»⁹⁰³.

⁸⁹⁹ DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 402, 403, p. 294; DESSEMONTET, François, «Inhalt des Urheberrechts», in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR II/1*, Bâle/Genève/Munich 2006, (ci-après DESSEMONTET, *Inhalt*), p. 222; l'art. 15 aLDA stipulait que «Le droit d'auteur sur une œuvre musicale ne s'étend pas à l'utilisation des mélodies, lorsqu'il en résulte une nouvelle œuvre originale»; JENNY, op. cit., p. 20, 22; GAIDE, op. cit., p. 195; Message CF, *FF* 1989/141 III 465, 509; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 149 et ss, 156 (note 60), relève, à propos de l'art. 15 aLDA, que le terme œuvre originale doit être compris au sens d'œuvre indépendante, «selbständig» dans la version allemande.

⁹⁰⁰ CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 157, 158.

⁹⁰¹ DESSEMONTET, François, «L'objet du droit d'auteur et les droits d'auteurs» in: MARCHETTO, *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, CEDIDAC N° 26, Lausanne 1994, (ci-après DESSEMONTET, *L'objet du droit d'auteur*), p. 40; DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 403, p. 294, 295.

⁹⁰² Doyle c/ Goetz, du 2 juin 1959, (ci-après arrêt «*Sherlock Holmes*»), ATF 85 II 120, 129, rendu sous l'ancien droit, dans lequel le Tribunal fédéral avait tranché dans ce sens; cf. aussi la doctrine qui admettait, sous l'empire de l'ancien droit, le principe général non écrit de libre utilisation: ALTENPOHL, op. cit., p. 226 et ss; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 145; CHERPILLOD, Ivan, «Schranken des Urheberrechts», in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR II/1*, Bâle/Genève/Munich 2006, (ci-après CHERPILLOD, *Schranken*), p. 302 et ss; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 245, p. 51; GAIDE, op. cit., p. 188 et ss; LUTZ, Martin J., *Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 1964, p. 25 et ss; REINHART, op. cit., p. 22, 23, 96, 97; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 19 n° 3.4.1, p. 259; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 19 n° 2.4, p. 135; WILLI, Christoph, *Schutz fiktiver Figuren*, thèse Zurich, Berne 1996, (ci-après WILLI, *Schutz fiktiver Figuren*), p. 94 note 160.

⁹⁰³ DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 403, p. 295, n° 416, p. 304, soutenant que la libre utilisation contrevient aux articles 13 de l'Accord ADPIC et 9 al. 2 CB; cf. aussi DESSEMONTET, *Inhalt*, op. cit., p. 221 et ss.

455. D’autres auteurs soutiennent que le principe de la libre utilisation correspond à ce qui n’est pas protégeable ou pas protégé par le droit d’auteur⁹⁰⁴. BARRELET et EGLOFF exposent ainsi que la libre utilisation ne serait licite que si l’individualité de l’œuvre antérieure est effacée par celle de l’œuvre nouvelle, de sorte qu’il ne s’agit plus d’une utilisation selon le droit d’auteur⁹⁰⁵. Ils en déduisent que « [...] la loi suisse ne connaît pas de principe de libre utilisation qui aurait valeur de restriction du droit d’auteur »⁹⁰⁶.

456. Une partie de la doctrine nous explique que la libre utilisation n’intervient que lorsqu’il y a emprunt d’éléments individuels, donc protégés⁹⁰⁷. Si l’on parvient à la conclusion qu’elle porte sur l’emprunt d’éléments individuels, il faut toutefois donner une interprétation restrictive à la notion de libre utilisation⁹⁰⁸. CHERPILLOD met par ailleurs le principe de libre utilisation en relation avec la notion d’œuvre dérivée au sens de l’article 3 al. 1 LDA *a contrario* et de l’article 11 al. 1 *litt. b* LDA⁹⁰⁹.

457. Le consentement de l’auteur (art. 11 al. 1 *litt. a* LDA) est en effet nécessaire pour créer une œuvre dérivée, telle que définie par l’article 3 al. 1 LDA⁹¹⁰. Ce consentement n’est bien entendu plus requis, si l’on sort de la définition de l’œuvre dérivée. Par conséquent, l’utilisation devient libre « [...] lorsque l’œuvre préexistante utilisée dans une seconde création n’est pas reconnaissable dans son caractère individuel⁹¹¹ ». Il est précisé que le terme « reconnaissable » doit être interprété dans le sens où la reprise d’éléments individuels, d’une œuvre d’un tiers, est licite « [...] si l’individualité de ceux-ci s’efface devant celle de la nouvelle œuvre, et passe à l’arrière plan de la nouvelle création »⁹¹².

904 LUTZ, *op. cit.*, p. 25 et ss, 27 : « Bei der freien Benutzung werden keinesfalls geschützte Elemente eines Werkes übernommen »; cf. aussi Message CF, FF 1989/141 III 465, 507, 509 : « Il s’ensuit que l’utilisation du sujet de l’œuvre préexistante et de la matière qui y est traitée reste libre, de même que celle des idées et connaissances qu’elle contient ».

905 BARRELET / EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 11, n° 12, p. 70, 71.

906 BARRELET / EGLOFF, *op. cit.*, ad art. 11, n° 12, p. 71; DESSEMONTET, *Le Droit d’auteur*, *op. cit.*, n° 403, p. 295, n° 406, p. 296; *contra* CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 148 et ss.

907 ALTENPOHL, *op. cit.*, p. 227, 228; CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 304; GAIDE, *op. cit.*, p. 188, 197, 204, 210; REINHART, *op. cit.*, p. 5, 27, 30 et ss, 62, 99.

908 ALTENPOHL, *op. cit.*, p. 229; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 150; CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 304; GAIDE, *op. cit.*, p. 199; arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, *sic!* 2000/1, p. 15, 16.

909 CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 303; GAIDE, *op. cit.*, p. 195.

910 CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 303; GAIDE, *op. cit.*, p. 195.

911 GAIDE, *op. cit.*, p. 195; CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 304.

912 GAIDE, *op. cit.*, p. 199; CHERPILLOD, *Schranken*, *op. cit.*, p. 304; CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, *op. cit.*, p. 149 et ss; cf. aussi REINHART, *op. cit.*, à propos de l’ancien droit, p. 99 et ss, 112, 109, 110; arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 332, *sic!* 2000/1, p. 15, 16.

Tel ne pourra cependant être le cas que si la seconde œuvre ne fait que s’inspirer de la première⁹¹³ ou lui fait un « clin d’œil⁹¹⁴ ».

458. Par exemple dans l’arrêt « *Devanthery* », le Tribunal fédéral a admis la libre utilisation d’une œuvre architecturale. Concrètement, il a jugé que la reprise porte sur des éléments d’une individualité faible qui ont passé à l’arrière plan de la nouvelle œuvre⁹¹⁵. On peut également citer l’arrêt « *Bliss* », rendu sous l’empire de l’ancien droit, par le juge du Tribunal supérieur du canton d’Argovie⁹¹⁶. Notons que cet arrêt concerne des mesures provisoires à propos d’un litige portant sur deux programmes d’ordinateurs⁹¹⁷. Dans cette affaire, le juge précité a constaté que seuls 11,4% des codes comparés des deux programmes correspondaient plus ou moins et que le développement du second programme, par rapport au premier, était de l’ordre d’environ 95%. Il en a déduit que l’utilisation était libre et, en conséquence, licite au regard du droit d’auteur⁹¹⁸.

459. Dans ces deux arrêts, les éléments empruntés, s’ils pouvaient être protégés, n’avaient en fin de compte qu’un caractère individuel très faible. A notre avis, si la libre utilisation peut porter sur des éléments individuels, il doit s’agir plutôt d’éléments dont l’individualité est très faible, voire inexistante. Or, il nous semble peu probable que des éléments manifestement individuels passent à l’arrière plan et s’effacent. Du reste, au motif que les emprunts n’ont pas passé à l’arrière plan, les adeptes de la libre utilisation ont eux-mêmes critiqué les conclusions du Tribunal fédéral dans l’arrêt « *Sherlock Holmes* », dans lequel les juges de Mon-Repos ont admis la libre utilisation sous l’ancien droit⁹¹⁹.

2.2. Rejet du principe de libre utilisation

460. S’agissant des parfums, nous avons déjà souligné précédemment que la chromatographie permet de révéler, de manière quantitative, qu’un certain nombre d’éléments ont été repris. Fixer un seuil en pourcentage, qui resterait

⁹¹³ CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 150; CHERPILLOD, *Schranken, op. cit.*, p. 304; ESCHMANN, *op. cit.*, p. 34; arrêt « *Devanthery* », ATF 125 III 328, 332, *sic!* 2000/1, p. 16; arrêt du Tribunal d’appel du Tessin du 11 mars 2003, (ci-après arrêt « *Casa M.* »), *sic!* 2004/1, p. 23.

⁹¹⁴ GAIDE, *op. cit.*, p. 206.

⁹¹⁵ Arrêt « *Devanthery* », *sic!* 2000/1, p. 16: « [...] si N. s’est inspiré des plans du demandeur, il les a modifiés de manière substantielle au point que les traits employés de l’œuvre utilisée (trois groupes de bâtiments à toit plat) – dont l’individualité est au reste faible – ont passé entièrement à l’arrière plan de sa création. »

⁹¹⁶ Arrêt « *Bliss* », *RSPI* 1991/1, p. 79 et ss.

⁹¹⁷ Arrêt « *Bliss* », *RSPI* 1991/1, p. 79 et ss.

⁹¹⁸ Arrêt « *Bliss* », *RSPI* 1991/1, p. 79, 85, 87.

⁹¹⁹ CHERPILLOD, *Schranken, op. cit.*, p. 304; GAIDE, *op. cit.*, p. 204; arrêt « *Sherlock Holmes* », ATF 85 II 120, 129.

licite, nous semble toutefois excessivement délicat. Cela est d’autant plus vrai qu’un tel seuil ne tiendrait compte que de l’aspect quantitatif. Si l’on reprend la comparaison avec le domaine de la musique, la question serait de savoir si la reprise de « quelques mesures », pour autant que cette notion puisse être définie par rapport au parfum, pourrait être considérée comme licite.

461. A propos de la marque sonore, la Cour de justice des communautés européennes (ci-après CJCE) a relevé que la mélodie est une succession de sons qui peut être représentée par une portée divisée en mesures, elles-mêmes constituées de notes de musiques et de silences⁹²⁰. Un enchaînement de notes de musiques et de silences d’une grandeur inférieure à une portée permet ainsi définir le concept de « quelques mesures ». Dans le domaine du parfum, force est de reconnaître qu’il n’existe pas de silences entre le déroulement des notes olfactives. Il s’ensuit que la comparaison avec la mesure du domaine de la musique ne nous semble en définitive guère pertinente.

462. Bien plus, pour déterminer si la reprise d’une mélodie est licite, le Conseil fédéral a précisé dans son message qu’ « Il incombera au juge de décider, de cas en cas, si la mélodie reconnaissable dans la nouvelle œuvre fait l’originalité de l’œuvre préexistante »⁹²¹. Par conséquent, nous sommes d’avis que les éléments, sur lesquels l’on voudrait appliquer la thèse de la libre utilisation, sont effectivement des éléments banals, qui peuvent être repris sans le consentement de l’auteur. Le principe de libre utilisation doit dès lors être rejeté, en particulier pour le parfum, pour lequel il nous semble inapplicable en pratique. Il nous reste ainsi à approfondir la question de la comparaison de deux parfums.

§ 3. La comparaison de deux parfums

463. Selon LALIGANT, la contrefaçon peut être établie en droit français pour autant qu’il y a reprise des traits caractéristiques de la forme olfactive « [...] plus précisément encore du thème principal de celle-ci, à savoir les notes de

⁹²⁰ Arrêt de la CJCE *Shield Mark BV c/ Joost Kist* h.o.d.n. Memex, du 27 novembre 2003, C-283/01, (ci-après arrêt « *Shield Mark* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 11 : « En revanche, une portée divisée en mesures et sur laquelle figurent, notamment une clé (clé de sol, de fa ou d’ut), des notes de musique et des silences dont la forme (pour les notes : ronde, blanche, noire, croche, double croche, etc. ; pour les silences : pause, demi-pause, soupir, demi soupir, etc.) indique la valeur relative et, le cas échéant, des altérations (dièse, bémol, bécarré) – l’ensemble de ces notations déterminant la hauteur et la durée des sons –, peut constituer une représentation fidèle de la succession de sons qui forment la mélodie dont l’enregistrement est demandé » ; DESBOIS, *op. cit.*, n° 106, p. 136 : « La mélodie est l’émission d’un nombre indéterminé de sons successifs : c’est ce que l’homme de la rue appelle « l’air », le thème sur laquelle s’édifie la composition musicale. »

⁹²¹ Message CF, *FF* 1989/141 III 465, 509.

cœur [...]»⁹²²». A propos de la forme olfactive, BRUGUIÈRE observe toutefois que ce sont les mots et les repères qui nous font défaut⁹²³. A cet égard, il nous rappelle un passage du roman de SUSKIND qui illustre parfaitement ce constat : «[...] notre langage ne vaut rien pour décrire le monde des odeurs⁹²⁴». Comme dans le cas de la musique, l'aide d'un expert permet cependant de faciliter la comparaison⁹²⁵. Selon les termes de CARON : «Il est incontestable que la contrefaçon, dans ce domaine, doit se nourrir d'expertises afin de donner aux magistrats toutes les données techniques qui leur permettent d'en tirer les conséquences juridiques⁹²⁶.»

464. Il est néanmoins essentiel que le juge pose les bonnes questions⁹²⁷. Par ailleurs, rappelons que l'expert donne son opinion, mais ne saurait se substituer au magistrat. L'expertise comporte en outre le défaut de contenir une part de subjectivité. Il s'ensuit que le juge ne saurait se baser sur l'avis d'un seul expert⁹²⁸. Il est donc nécessaire qu'il interroge plusieurs experts, si possible impartiaux⁹²⁹. Ce constat nous conduit à vérifier si d'autres comparaisons sont possibles, en l'occurrence par des moyens techniques (3.1) et des tests de consommateurs (3.2).

3.1. *Les équipements techniques : la chromatographie en phase gazeuse, les méthodes spectroscopiques et les nez artificiels (capteurs d'odeurs)*

465. Avec beaucoup de bon sens, ROUDNITSKA observe que «Puisque la chromatographie sous ses différentes formes est assez forte pour ouvrir nos formules aux plagiaires, elle devrait l'être aussi pour contribuer à les leur interdire.⁹³⁰» Par exemple dans l'arrêt «Mugler», commenté ci-dessus, l'analyse

⁹²² LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*, op. cit., p. 599 note 42 ; cf. aussi GLEMAS, op. cit., p. 38, 39 : «La preuve de l'existence du caractère original présente, d'autre part, un avantage non négligeable, puisqu'elle permet, *a contrario*, de mettre en évidence l'absence d'empreinte de la personnalité dans la forme olfactive, autrement dit, la contrefaçon, les traits caractéristiques de la forme, plus précisément le thème principal, se retrouvent dans l'œuvre contrefaite» ; PAMOUKDJIAN, op. cit., p. 222.

⁹²³ BRUGUIÈRE, op. cit., p. 1699, 1700.

⁹²⁴ SUSKIND, Patrick, *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, Traduit de l'allemand par LORTHOLARY, Bernard, Paris 1986, p. 140.

⁹²⁵ REINHART, op. cit., p. 105, 168 ; CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 144.

⁹²⁶ CARON, op. cit., p. 27.

⁹²⁷ REINHART, op. cit., p. 106.

⁹²⁸ BARBET ET AL., op. cit., p. 301, 302, à propos du droit français.

⁹²⁹ Tel est également l'avis de Mlle Sandrine VIDEAULT, compositeur de parfums, exprimé dans un courrier électronique qu'elle nous a adressé.

⁹³⁰ ROUDNITSKA, op. cit., p. 80 ; DUBARRY, op. cit., p. 29, considère que «[...] la chromatographie est une technique suffisamment évoluée pour décrire objectivement les matériaux contenus dans un parfum [...]» ; cf. aussi DUBARRY, op. cit., p. 59.

chromatographique a révélé que 68 éléments sur 81 étaient communs, mais avec des réserves par rapport à la teneur⁹³¹. Quant au nez artificiel (électronique), soulignons que le Tribunal de commerce de Paris a contesté la pertinence des résultats obtenus⁹³². En effet, un parfum identique donne une courbe identique, mais une courbe très différente peut être obtenue pour un parfum qui présente des différences légères avec la composition d’origine⁹³³.

466. Dans un arrêt «*Jeanne Arthes*», les sociétés Jeanne Arthes et France Feeling ont été condamnées grâce aux analyses chromatographiques, cela toutefois sous l’angle du droit français de la concurrence déloyale. Il est intéressant de relever que ces analyses ont permis de révéler, parmi les 32 ou 33 constituants du parfum *Ostentation*, dont la formule est simplifiée par rapport à celle de *Trésor*, que 31 sont communs aux deux parfums⁹³⁴. Quant à l’arrêt «*BPI c/ Bellure et Euro Media*», nous avons relevé que, pour condamner l’imitation, la Cour d’appel de Paris s’est basée notamment sur le fait que près de 65% des constituants olfactifs du parfum *Eau d’Issey* ont été repris dans le parfum *La Chutte*⁹³⁵.

467. Pour terminer rappelons l’arrêt «*L’Oréal II*», dans lequel la Cour d’appel de Paris a condamné la société Bellure pour contrefaçon en sa basant notamment sur des analyses physico-chimiques. Nous avons mentionné que la Cour d’appel a constaté que celles-ci ont révélé que *Pink Wonder* reprend 26 des 30 constituants du parfum *Miracle*, que *Nice Flower* contient un taux de 87% de ceux d’*Anaïs Anaïs*, que *Sweet Pearl* reprend 18 des 19 constituants de la fragrance de *Noa*, que *Cheek to Cheek* utilise les composants du parfum *Romance* à raison de respectivement 50 des 52 dans la version *pour femme* et de l’intégralité des 28 constituants dans la version *pour homme*, et que *Arrivederci Due* comporte 47 des 50 composants du parfum *Acqua di Gio*⁹³⁶. Avant de nous prononcer sur ces analyses, d’autres jurisprudences récentes méritent encore notre attention.

⁹³¹ Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 79 : «La société THIERRY MUGLER PARFUMS souligne que cette analyse indique que 87,5% des éléments identifiés des deux parfums sont communs, soit 68 sur 81, les éléments identifiés représentant 94,5% en poids des deux parfums. L’expert note cependant que sur ces 68 éléments, seuls 57 présentent des rapports de teneur compris entre 0,5 et 2 pour les deux parfums. La société GLB MOLINARD fait valoir que ce n’est que pour 9 de ces éléments que la teneur est identique à 10% près.»

⁹³² Arrêt «*Mugler*», *RIPIA* 2000/200, p. 80, 81, 83.

⁹³³ Nous avons recueilli cette information lors d’une conférence de Monsieur Pierre BRESÉ sur le parfum et le droit d’auteur, lors du Colloque Droit des Cosmétiques et des Parfums du 31 mars 2006 à l’Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence.

⁹³⁴ Arrêt «*Jeanne Arthes*», *RIPIA* 2001/204, p. 17, 21.

⁹³⁵ Arrêt «*BPI c/Bellure et Euro Media*», n. p. RG n°2002/15306, p. 12.

⁹³⁶ Arrêt «*L’Oréal II*», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

3.1.1. Arrêts « *BPI c/ Bellure et Eva France I* » et « *BPI c/ Bellure et Eva France II* »

468. Dans ce litige la société BPI a notamment fait valoir son droit d'auteur sur la forme du flacon et sur le « jus » du parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle*, ainsi qu'un modèle et des marques en trois dimensions du flacon du parfum précité, pour s'opposer à la commercialisation du parfum *Catsuit for men* par les Sociétés Eva France, Manufacture Parisienne de Cosmétique SARL et Bellure (ci-après Eva France et consorts)⁹³⁷. Dans son arrêt du 4 juin 2004, le Tribunal de grande instance de Paris a confirmé, à l'instar d'autres jugements récents en France, le principe de la protection du parfum par le droit d'auteur⁹³⁸. De même, la titularité des droits a été admise sur la base d'une présomption, conformément à la jurisprudence française actuelle⁹³⁹.

469. Le Tribunal de grande instance de Paris a cependant refusé d'accorder la protection de manière effective au parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle*, en raison de la difficulté à identifier et décrire les parfums « [...] avec une précision exclusive de subjectivité de telle sorte que le siège de leur originalité puisse être suffisamment circonscrit [...] »⁹⁴⁰. Le Tribunal de grande instance de Paris a par ailleurs ajouté que « le succès d'un parfum n'en démontre pas l'originalité [...] » et que cette dernière ne résulte pas de la seule énumération des composants d'un parfum⁹⁴¹.

470. A la suite d'un appel, la Cour d'appel de Paris a réformé en partie ce jugement par un arrêt du 15 février 2006⁹⁴². Le raisonnement sur l'originalité suivi par la Cour d'appel de Paris correspond à celui qu'elle a développé dans l'arrêt « *L'Oréal II* ». Sur la base des rapports d'analyse des sociétés Quest et Shiseido, qui fournissent la liste des principaux composants olfactifs du parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle*, la Cour d'appel de Paris a jugé que la société BPI « [...] caractérise la structure olfactive de la fragrance ainsi que le sillage lavandé, animal et oriental du bouquet final [...] » et que Eva France et consorts n'apportent aucun élément de nature à démontrer la banalité et l'appartenance à l'industrie du parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle*⁹⁴³.

471. La Cour d'appel de Paris a également confirmé ses considérations de l'arrêt « *L'Oréal II* » sur l'existence de « familles de parfums » qui ne sauraient

⁹³⁷ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France I* », n. p. RG n° 2002/16546, p. 1 et ss.

⁹³⁸ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France I* », n. p. RG n° 2002/16546, p. 8.

⁹³⁹ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France I* », n. p. RG n° 2002/16546, p. 9.

⁹⁴⁰ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France I* », n. p. RG n° 2002/16546, p. 9.

⁹⁴¹ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France I* », n. p. RG n° 2002/16546, p. 9.

⁹⁴² Cour d'appel de Paris, 4^e Chambre Section A, du 15 février 2006, (ci-après arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France II* »), RG n° 2004/17594, obtenu auprès du greffe de la Cour d'appel, p. 1 et ss, *PIBD* 2006/830 III, p. 378 et ss.

⁹⁴³ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France II* », RG n° 2004/17594, p. 5, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

empêcher la protection d’un parfum qui en fait partie⁹⁴⁴. De même, en reprenant l’argumentation de l’arrêt «*L’Oréal II*», la Cour d’appel de Paris a jugé que le parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle* est original dès lors qu’il est «[...] 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 [...]»⁹⁴⁵.

472. La contrefaçon du parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle* par le parfum *Catsuit for men* a été admise par la Cour d’appel de Paris. A cet égard, elle a pris en compte un test de consommateurs effectué par la société Dorset auprès de 250 hommes âgés 18 à 45 ans, dont 60% ont considéré les deux jus comme proches, 22% comme très proches et 13% comme étant identiques⁹⁴⁶. L’analyse physico-chimique de la société Quest semble avoir révélé que 78,9% des composants se retrouvent dans les deux jus et la Cour d’appel précise que «[...] le rédacteur de cette analyse estime cette similitude doit être classée comme une copie [...]»⁹⁴⁷. La Cour mentionne en outre une chromatographie en phase gazeuse qui révèle que la plupart des principes olfactifs sont communs «[...] à l’exception de la note vanilline [...]»⁹⁴⁸.

473. La Cour d’appel fait encore remarquer que sur la base d’une similitude d’environ 70% des constituants, le directeur général adjoint de la société Shiseido atteste des très importantes et nombreuses similitudes entre les deux parfums. Pour terminer, comme dans l’arrêt «*L’Oréal II*», la Cour affirme que le choix des composants communs ne saurait être fortuit, dès lors que la société Bellure ne s’est pas opposée aux sites Internet qui effectuent le rapprochement entre les deux parfums⁹⁴⁹.

474. Avant que la Cour d’appel ne rende son arrêt, SIRINELLI saluait, à juste titre, le constat fait par le Tribunal de grande instance dans son arrêt «*BPI c/ Bellure et Eva France I*», selon lequel l’originalité ne saurait découler ni du succès du parfum, ni de l’énumération de ses composants⁹⁵⁰. Dans l’arrêt «*BPI c/ Bellure et Eva France II*», la Cour d’appel de Paris a cependant admis l’originalité avec les mêmes arguments que dans l’arrêt «*L’Oréal II*», de sorte qu’il est inutile de rappeler ici nos remarques à cet égard.

475. Sur la question de la contrefaçon, dans son arrêt «*BPI c/ Bellure et Eva France II*», la Cour d’appel ne fait pas non plus référence à des questions posées aux experts. Au contraire, elle cite des opinions d’experts sur la qua-

⁹⁴⁴ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 5, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

⁹⁴⁵ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 5, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

⁹⁴⁶ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 12, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

⁹⁴⁷ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 12, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

⁹⁴⁸ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 12, *PIBD* 2006/830 III, p. 382.

⁹⁴⁹ Arrêt «*BPI c/Bellure et Eva France II*», RG n° 2004/17594, p. 12, *PIBD* 2006/830 III, p. 382.

⁹⁵⁰ SIRINELLI, *Protection, op. cit.*, p. 909; SIRINELLI, *Parfum, op. cit.*, p. 49.

lification de contrefaçon, ce qui est critiquable à notre avis. S'agissant des tests de consommateurs et des analyses physico-chimiques, la Cour d'appel mentionne les résultats obtenus. Les chiffres exposés démontrent certes une proximité importante entre les deux parfums, mais la Cour ne donne que peu de précisions sur les éléments qui l'ont amenée à admettre la contrefaçon.

3.1.2. Arrêts « *Lancôme c/ Kecofa I* » et « *Lancôme c/ Kecofa II* »

476. Dans l'affaire « *Lancôme c/ Kecofa I* », la société Lancôme Parfums Beauté et cie SNC (ci-après la société Lancôme), qui commercialise le parfum *Trésor*, a agi contre la société Kecofa BV (ci-après la société Kecofa) qui a mis sur le marché le parfum *Female Treasure* aux Pays-Bas. Après avoir invoqué sans succès le droit des marques, la société Lancôme s'est basée sur le droit d'auteur⁹⁵¹. Dans son jugement du 8 juin 2004, la Cour d'appel de Den Bosch a distingué entre les composés à la base du parfum (le matériel) et le parfum lui-même. Pour ce dernier, la Cour d'appel a considéré qu'il est trop éphémère, variable et même dépendant de l'environnement pour pouvoir être protégé par le droit d'auteur⁹⁵².

477. En revanche, s'agissant des composés à la base de la fragrance, la Cour d'appel a jugé qu'ils peuvent être perçus par les sens. Selon la Cour d'appel, ils sont suffisamment concrets et stables pour pouvoir être considérés comme une œuvre protégeable au sens du droit d'auteur hollandais⁹⁵³. Par ailleurs, la société Kecofa ayant invoqué le caractère subjectif de la perception, la Cour d'appel a estimé que les composés à la base du parfum peuvent être objectivement déterminés⁹⁵⁴.

478. Sur la question de l'originalité, la Cour d'appel a rappelé que celle-ci doit être subjective. A cet égard, elle a admis que le parfum *Trésor* porte la marque de la personnalité de l'auteur et, partant, est protégé par le droit d'auteur hollandais, Kecofa n'ayant pas apporté la preuve du contraire⁹⁵⁵. A l'instar des procédures en France, la question de la titularité des droits d'auteur s'est posée. La Cour d'appel constate que cette question doit être tranchée par application du droit international privé hollandais au regard du droit français⁹⁵⁶. Selon ce dernier, la personne qui a divulgué l'œuvre est présumée en être l'auteur. La Cour d'appel a donc jugé que la société Lancôme, qui a divulgué l'œuvre, est bien titulaire du droit⁹⁵⁷.

⁹⁵¹ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁹⁵² Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁹⁵³ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁹⁵⁴ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [www.piercelaw.edu/tfield/tresor.pdf], p. 1.

⁹⁵⁵ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁹⁵⁶ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521.

⁹⁵⁷ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521, 522.

479. La Cour d’appel fait cependant remarquer que, même si cette question relevait du droit d’auteur hollandais, la solution serait identique⁹⁵⁸. D’après ce dernier, en l’absence de mention de l’auteur, la société qui divulgue l’œuvre est considérée comme auteur. Lancôme n’ayant pas nommé de personne physique, la titularité des droits d’auteur sur le parfum *Trésor* lui serait également attribuée⁹⁵⁹.

480. Il restait ainsi à trancher la question de la violation du droit d’auteur par le parfum *Female Treasure* de Kecofa. Avec l’appui d’une étude physico-chimique du bureau Breesé & Majerowicz, la société Lancôme a invoqué le fait que, sur un choix de 26 composés olfactifs à la base de la fragrance unique de *Trésor* (parmi plusieurs centaines contenues dans la fragrance), 24 ont été repris par la société Kecofa dans son parfum *Female Treasure*⁹⁶⁰. Selon le rapport technique du cabinet Breesé & Majerowicz, reproduit en partie par la Cour, le nombre de composés olfactifs communs aux deux parfums est beaucoup trop élevé, notamment sur la base de l’explication qui suit :

« Pour pouvoir comprendre comme il est improbable que deux parfums soient aussi proches que *Trésor* et *Female Treasure* par coïncidence nous pouvons comparer cela au calcul de probabilités suivant pour ce qui est de gagner la loterie. La probabilité de trouver la combinaison gagnante de 6 chiffres est d’environ 10⁷. La probabilité de trouver 24 des 26 éléments de *Trésor* par coïncidence est aussi basse que la probabilité de tirer chaque jour les chiffres gagnants de la loterie pendant un siècle!⁹⁶¹ »

481. Ce rapport précise que ces analogies sont confirmées par l’analyse sensorielle, selon laquelle « [...] si l’on tient compte du caractère aléatoire de l’échantillon $\frac{3}{4}$ des participants n’étaient pas en mesure de faire la distinction entre les deux parfums »⁹⁶². Kecofa n’ayant contesté ni l’expertise, ni le fait d’avoir copié, la Cour d’appel a admis la violation du droit d’auteur⁹⁶³. Un appel a néanmoins été interjeté contre ce jugement par Kecofa⁹⁶⁴. La Cour

⁹⁵⁸ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521, 522.

⁹⁵⁹ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », *GRUR Int.* 2005/6, p. 521, 522.

⁹⁶⁰ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [www.piercelaw.edu/tfield/tresor.pdf], p. 1, 2, *GRUR Int.* 2005/6, p. 521, 522, traduction en français disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/bellure_loreal_nl.doc], p. 12, 13; DE SÈZE, *op. cit.*, p. 1.

⁹⁶¹ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », traduction en français disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/bellure_loreal_nl.doc], p. 13.

⁹⁶² Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », traduction en français disponible sur Internet (dernière visite 05.05.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/bellure_loreal_nl.doc], p. 14.

⁹⁶³ Arrêt « *Lancôme c/ Kecofa I* », sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [www.piercelaw.edu/tfield/tresor.pdf], p. 2, *GRUR Int.* 2005/6, p. 521, 522.

⁹⁶⁴ FIELD, Thomas G., « Copyright Protection for Perfumes », 45 *IDEA* 19 (2004), disponible sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.piercelaw.edu/tfield/perfume.pdf], p. 3, note 16.

suprême des Pays-Bas a tranché le litige en date du 16 juin 2006 et confirmé la protection du parfum par le droit d'auteur⁹⁶⁵.

482. FIELD relève à juste titre que la Cour d'appel aurait dû protéger la fragrance elle-même, et non pas la composition à sa base⁹⁶⁶. Comme nous pensons l'avoir démontré, seule la forme olfactive peut être protégée par le droit d'auteur⁹⁶⁷. FIELD ajoute encore, avec raison, qu'il est possible d'obtenir une même odeur, mais avec des composants différents⁹⁶⁸. Sur la question du caractère individuel, l'arrêt «*Lancôme c/ Kecofa I*» n'est pas très pertinent, dès lors que le droit hollandais semble maintenir une notion subjective, en d'autres termes la «*thèse de l'empreinte personnelle*».

483. En revanche, cet arrêt est intéressant sur la question de l'atteinte au droit d'auteur en matière de parfumerie. A l'instar de la Cour d'appel de Paris dans les arrêts «*L'Oréal II*» et «*BPI c/ Bellure et Eva France II*», la juridiction hollandaise s'est basée sur une analyse physico-chimique et une analyse sensorielle pour rendre son jugement. L'arrêt est critiquable dès lors que la Cour d'appel de Den Bosch semble avoir tout simplement adopté les conclusions de la seule expertise dont elle disposait. Cette dernière met néanmoins en évidence le fait que la probabilité d'une proximité très élevée entre les principaux composés olfactifs de deux parfums, combinée à une similitude au niveau sensorielle, ne saurait être due à un simple hasard. Se pose dès lors la question de l'utilité des équipements techniques, avant d'examiner celle des tests de consommateurs dans la comparaison de parfums.

3.1.3. *Utilité des équipements techniques dans la comparaison*

484. BRESÉ regroupe les équipements techniques sous la dénomination «*métrologie sensorielle*». Il expose que ceux-ci permettent de capter le message olfactif, la forme olfactive protégée, à partir de la source odorante elle-même, et non pas à partir de sa composition. En dépit des imperfections qui peuvent subsister, lesdits équipements ont l'avantage d'offrir une comparaison objective, un référentiel⁹⁶⁹. Encore faut-il déterminer le seuil à partir duquel il y a imitation, ce qui est d'autant plus difficile que ces méthodes, en

⁹⁶⁵ Arrêt n. p. de la Cour suprême des Pays-Bas du 16 juin 2006, *Kecofa B.V. c/ Lancôme Parfums et Beauté et Cie SNC*, (ci-après arrêt «*Lancôme c/ Kecofa II*»), LJN: AU8940, disponible sur Internet (dernière visite 26.07.2006) [<http://zoeken.rechtspraak.nl>], p. 1 et ss; cf. aussi BRESÉ, Pierre, «Nouvelle décision confirmant la protection des parfums par le droit d'auteur: l'arrêt KECOFA LANCOME de la Cour Suprême des Pays-Bas», disponible sur Internet (dernière visite 26.07.2006) [http://breese.blogs.com/pi/crations_olfactives/index.html], (ci-après BRESÉ, *Kecofa*), p. 1.

⁹⁶⁶ FIELD, *op. cit.*, p. 1; BALANA, *op. cit.*, p. 259, 260.

⁹⁶⁷ Cf. notamment BALANA, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁶⁸ FIELD, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁶⁹ BRESÉ, *Apport de la métrologie, op. cit.*, p. 560.

elles-mêmes, ne permettent pas de séparer les éléments qui ont un caractère individuel de ceux qui ne sont pas protégés⁹⁷⁰. Au regard des pourcentages d’éléments communs, dont la reprise a été constatée dans les différents arrêts relevés ci-dessus, il nous semble a priori délicat de fixer un tel seuil.

485. Les méthodes précitées consistent à analyser le risque de confusion. Or, comme CHERPILLOD le souligne à juste titre, le risque de confusion n’est pas pertinent pour établir s’il y a atteinte au droit d’auteur. Il peut tout au plus constituer un indice, car « [...] la comparaison à laquelle il s’agit de procéder doit porter uniquement sur les composantes perceptibles au travers de la forme donnée à l’œuvre, puisqu’elles sont seules à pouvoir accéder à la protection »⁹⁷¹. Dans son arrêt « *BPI c/ Bellure et Euro Media* » nous avons constaté que la Cour d’appel de Paris, a invoqué « un risque de confusion caractérisé »⁹⁷². Cette argumentation est à notre avis critiquable tant en droit français qu’en droit suisse.

486. A propos du droit français, BRESÉ relève qu’une comparaison peut se faire sans prendre en compte tous les détails, de façon globale, ainsi que de manière indirecte⁹⁷³. Par conséquent, il s’agit de déterminer si une prétendue contrefaçon est « anormalement proche du parfum original » ou si elle en est certes proche, mais reste dans la mesure de ce qui est acceptable⁹⁷⁴. En effet, un compositeur peut créer son parfum en s’inspirant d’une fragrance dans la même tendance⁹⁷⁵. Le défaut de l’analyse physico-chimique provient du fait que des composants identiques peuvent donner une fragrance identique, tandis que des composants différents sont susceptibles d’aboutir à une odeur similaire⁹⁷⁶. Néanmoins, si le parfum argué de contrefaçon reprend une quantité anormalement élevée des principaux constituants du parfum original, la probabilité qu’il s’agisse du fruit du seul hasard, et non pas d’une volonté délibérée de copier, est très faible⁹⁷⁷.

970 SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 49 : « Certes, la contrefaçon peut être caractérisée par la seule présence de quelques similitudes mais encore faut-il pour cela pouvoir identifier les traits caractéristiques et originaux qui ont été repris. »

971 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur*, op. cit., p. 143, 144 ; GAIDE, op. cit., p. 141 ; en droit français LUCAS / LUCAS, op. cit., n° 253, p. 227 : « Le risque de confusion dans l’esprit de la clientèle peut bien être retenu comme un indice de la contrefaçon alléguée. Il ne saurait être érigé en véritable critère. »

972 Arrêt « *BPI c/Bellure et Euro Media* », n. p. RG n°2002/15306, p. 12.

973 BRESÉ, *Contrefaçon*, op. cit., p. 10.

974 BRESÉ, *Créations sensorielles*, op. cit., p. 3, 4 ; BRESÉ, *Contrefaçon*, op. cit., p. 14.

975 BRESÉ, *Fragrance*, op. cit., p. 8.

976 BRESÉ, *Contrefaçon*, op. cit., p. 14 ; SIRINELLI, *Parfum*, op. cit., p. 49.

977 Nous avons recueilli cette information lors d’une conférence de Monsieur Pierre BRESÉ sur le parfum et le droit d’auteur, lors du Colloque Droit des Cosmétiques et des Parfums du 31 mars 2006 à l’Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence.

487. Dans les procédures mentionnées ci-dessus, les analyses physico-chimiques montrent que les copies des parfums contiennent à chaque fois un nombre très élevé des principaux constituants des parfums originaux, de sorte qu'on peut soutenir qu'ils sont « anormalement proches » des parfums dont ils s'inspirent. Ces équipements techniques sont dès lors très utiles pour donner une première indication qui, à elle seule, ne saurait cependant être déterminante pour le juge. BRESÉ fait du reste remarquer que l'observation selon laquelle une prétendue contrefaçon contient un nombre « anormalement élevé de composants identiques », parmi les principaux constituants du parfum original, doit être complétée par le constat d'une très grande proximité des deux fragrances. A cet égard, BRESÉ préconise le recours aux sujets experts, experts spécialisés, ainsi qu'aux sujets naïfs⁹⁷⁸. Qu'en est-il du test de consommateurs ?

3.2. Un test de consommateurs

488. Dans l'arrêt « *Mugler* », jugé au regard du droit français de la concurrence, le Tribunal de commerce de Paris a par exemple utilisé un test de consommateurs⁹⁷⁹. De même, rappelons que dans l'arrêt « *L'Oréal II* », la Cour d'appel de Paris s'est basée sur des analyses sensorielles qui ont montré que 77% des femmes ont jugé la fragrance *Pink Wonder* proche de celle de *Miracle* (8 personnes sur 10 l'ayant considérée comme très proche). Parmi les personnes testées, 75% ont estimé que *Nice Flower* est proche de *Anaïs Anaïs*. Le parfum *Sweet Pearl* a été considéré comme proche de *Noa* par 79% de consommatrices.

489. Dans le cas de *Cheek to Cheek*, 74% des consommatrices l'ont perçu comme proche de *Romance* (version *pour femme*) et respectivement 71% des consommateurs comme très proche de la version *pour homme*. Enfin, pour 71% des femmes interrogées *Arrivederci* est très proche de *Gio*, tandis que selon 73% d'entre elles *Arrivederci Due* est très proche de *Acqua di Gio*⁹⁸⁰. Pour terminer, dans l'arrêt « *BPI c/ Bellure et Eva France II* », nous avons constaté que 60% des personnes interrogées ont considéré le parfum *Catsuit for men* comme proches, 22% très proches et 13% comme identique du parfum *Jean-Paul Gaultier Le Mâle*⁹⁸¹.

490. BRESÉ nous enseigne à propos de la méthode des tests triangulaires que trois mouillettes identiques sont présentées à la personne testée, laquelle

⁹⁷⁸ BRESÉ, *Apport de la métrologie*, op. cit., p. 560 ; BRESÉ, *Créations sensorielles*, op. cit., p. 5.

⁹⁷⁹ Arrêt « *Mugler* », *RIPIA* 2000/200, p. 81, 82, 83.

⁹⁸⁰ Arrêt « *L'Oréal II* », *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26.

⁹⁸¹ Arrêt « *BPI c/Bellure et Eva France II* », RG n° 2004/17594, p. 12, *PIBD* 2006/830 III, p. 381.

doit désigner celle qui comporte un parfum différent⁹⁸². Si les deux parfums sont très différents, la personne ne se trompera pas et le taux de confusion sera de 0%⁹⁸³. En revanche, si les parfums sont strictement identiques, la mouillette sera désignée au hasard. Il s’ensuit que la personne testée aura une chance sur trois de choisir la bonne mouillette (33%) et deux sur trois de désigner la mauvaise (66%)⁹⁸⁴. Le seuil de 66% indique qu’il s’agit plutôt d’une contrefaçon⁹⁸⁵.

491. Par ailleurs, si on applique ce test à une même famille ou tendance de parfums, mais dont un des parfums ne fait que s’inspirer de l’autre (il est original), même si les parfums sont proches en raison de leur appartenance à cette même famille ou tendance, le taux d’erreur n’est que de 20%. Cela renforce l’idée qu’une confusion par plus de 66% des personnes interrogées constitue une contrefaçon⁹⁸⁶.

492. A l’instar des équipements techniques, le test de consommateurs relève du droit de la concurrence, lequel réprime le risque de confusion. Nous avons observé, ci-dessus, que ce dernier ne saurait être pertinent en matière d’atteinte au droit d’auteur. Il ne peut constituer qu’un simple indice⁹⁸⁷. De manière générale, un sujet naïf ne saurait contribuer à établir les faits permettant au juge de se prononcer sur la reprise d’éléments individuels⁹⁸⁸. Or, ce constat est essentiel au regard du droit d’auteur. La méthode qui est discutable en elle-même, permet néanmoins d’étouffer le faisceau d’indices qui permettra au juge de trancher le litige.

Conclusions sur les atteintes au droit de reproduction du parfum

493. Le principe de libre utilisation porte, à notre avis, sur des éléments qui sont banals, de sorte qu’on ne saurait admettre un tel principe pour la reprise d’éléments du parfum, en tant que réalisation concrète perceptible

982 BREESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 14 ; nous avons par ailleurs recueilli cette information lors d’une conférence de Monsieur Pierre BREESÉ sur le parfum et le droit d’auteur, lors du Colloque Droit des Cosmétiques et des Parfums du 31 mars 2006 à l’Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence.

983 BREESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 14.

984 BREESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 14.

985 BREESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 14.

986 BREESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 14 ; nous avons par ailleurs recueilli cette information lors d’une conférence de Monsieur Pierre BREESÉ sur le parfum et le droit d’auteur, lors du Colloque Droit des Cosmétiques et des Parfums du 31 mars 2006 à l’Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence.

987 CHERPILLOD, *L’objet du droit d’auteur, op. cit.*, p. 143, 144 ; GAIDE, *op. cit.*, p. 141 ; en droit français LUCAS / LUCAS, *op. cit.*, n° 253, p. 227.

988 REINHART, *op. cit.*, p. 105, 168.

par l'odorat. Il s'ensuit que la reprise d'éléments individuels constitue une atteinte au droit dans tous les cas.

494. Déterminer s'il y a une atteinte au droit de reproduction au sens du droit d'auteur n'est cependant pas aisé pour le juge. L'aide de plusieurs experts, si possible impartiaux, nous semble essentielle. Le juge ne doit toutefois pas se contenter de cette seule méthode. Les équipements techniques tels que l'analyse physico-chimique et les tests de consommateurs peuvent ainsi constituer des indices très utiles, même si en tant que tels ils ne sauraient être déterminants.

495. Comme BRESÉ le fait remarquer, « aucune méthode ne peut prétendre à devenir l'outil universel de la métrologie comparative des odeurs. Il n'en reste pas moins que plusieurs méthodes rigoureuses peuvent être envisagées, en particulier en les combinant entre elles [...]»⁹⁸⁹. Il s'ensuit que l'ensemble des méthodes d'analyse permettra au juge d'établir le seuil de ce qui est acceptable ou non au regard du droit d'auteur.

⁹⁸⁹ BRESÉ, *Apport de la métrologie*, *op. cit.*, p. 560.

Conclusions sur la protection du parfum par le droit d’auteur

496. Nous sommes parvenus à la conclusion que le parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l’odorat, est une création de l’esprit au sens du droit d’auteur. Seul un produit odorant, découvert par son auteur dans la nature, pourrait être exclu au regard de cette condition. Le parfum est certes un produit fabriqué de manière industrielle, mais cette caractéristique ne constitue pas un obstacle à sa protection par le droit d’auteur. En effet, ni la valeur, ni la destination de l’œuvre ne doivent être prises en compte.

497. De même, l’exigence du caractère littéraire ou artistique n’a aucune portée propre par rapport à la valeur ou à la destination de l’œuvre et, partant, ne modifie pas cette conclusion. Le caractère artistique doit être compris au sens étymologique de l’«esthétique», selon lequel l’œuvre doit pouvoir être perçue par les sens. A cet égard, il suffit de constater que le parfum est perceptible par le sens de l’odorat. Il peut ainsi être communiqué au monde extérieur. La perception par les sens nécessite en revanche une forme concrète.

498. Par ailleurs, nous avons observé qu’il est possible de décomposer le parfum en «forme interne» et en «forme externe». Cette dernière se limite à la forme olfactive directement perceptible par le sens de l’odorat. En effet, envisagée comme une formule chimique ou une recette exprimée par un texte littéraire, la «forme externe» ne confère aucune protection au parfum. Quant à la «forme interne», il s’agit de la structure composée de «notes de tête», des «notes de cœur» et des «notes de fond». En pratique, elle est cependant difficile à délimiter.

499. Pour éviter ce dernier problème, nous avons approuvé la doctrine qui préconise la thèse de «l’œuvre à caractère individuel». Par conséquent, pour que le parfum, en tant que création de l’esprit au sens du droit d’auteur, puisse satisfaire aux conditions de protection, il doit avoir un caractère individuel. Dans l’application de cette thèse, il est toutefois nécessaire d’écarter ce que nous avons appelé les «directives qui s’adressent à l’esprit humain et autres règles abstraites», qui ne sont pas protégeables. En matière de parfum, cette exception se traduit par l’exclusion des tendances, par exemple celle des notes gourmandes, qui ne peuvent pas, en tant que telles, conférer un caractère individuel.

500. Le caractère individuel dépend de la nature de l’œuvre en cause et nécessite une marge de manœuvre suffisante pour permettre la création d’une œuvre, qui se distingue des œuvres préexistantes et des pures créations de routine. Dans la mesure où la palette du compositeur de parfums est immense, la possibilité d’exercer un choix parmi les notes à sa disposition et, partant, de créer une œuvre différente des autres parfums, semble relative-

ment étendue. Le recours à un ou plusieurs experts est sans doute nécessaire pour permettre d'établir des faits, tels que l'existence et l'étendue de la marge de manœuvre. De même, les experts pourront donner au juge des indications sur ce qui pourrait être une création de routine dans le domaine du parfum.

501. Le juge ne doit cependant pas se montrer trop sévère pour admettre le caractère individuel, plus précisément que la marge de manœuvre est suffisante et que l'œuvre dépasse la pure création de routine. Compte tenu de la marge de manœuvre, en principe étendue dans le domaine du parfum, le caractère individuel peut sans doute être admis pour bon nombre de parfums. L'avantage du droit d'auteur est de ne nécessiter aucune formalité.

502. Par ailleurs, l'intérêt du droit d'auteur réside dans le fait que seule la forme olfactive est protégée. Il s'ensuit que le parfumeur n'est pas contraint de révéler sa formule complète, en particulier dans le cadre d'une atteinte à son droit de reproduction. Constaté une telle atteinte est cependant un exercice très délicat. A notre avis, la reprise d'éléments individuels doit être considérée comme une atteinte au droit, qui ne peut pas être justifiée par le principe de libre utilisation. Il n'en demeure pas moins qu'il est très difficile de juger si des éléments individuels, les différentes notes dans le cas du parfum, ont été repris.

503. L'aide de plusieurs experts qualifiés et impartiaux si possible, reste sans doute indispensable, mais requiert là encore que le juge leur pose les bonnes questions. Néanmoins, on ne saurait se contenter d'une telle expertise, de sorte que toutes les méthodes doivent être utilisées. Les équipements techniques et les tests de consommateurs ne sont toutefois que des indices. En effet, le risque de confusion qu'ils mettent en évidence, n'est pas déterminant au regard du droit d'auteur. Nous verrons ci-après qu'en droit des marques il est au contraire pertinent.

Chapitre IV

La protection par la marque olfactive

504. La Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (ci-après LPM)⁹⁹⁰ protège des signes distinctifs. Avec le droit des marques, le parfum doit être examiné sous une perspective tout à fait différente de celle du domaine des créations nouvelles, autrement dit de la LBI et de la LDA. Il s'agit de déterminer si le parfum peut constituer une marque olfactive, un signe distinctif perceptible par l'odorat. Si la marque olfactive existe, elle doit désigner un produit, voire un service.

505. Ce produit est par exemple susceptible d'être un objet utilitaire qui normalement ne possède aucune odeur particulière : un objet neutre du point de vue olfactif. Une odeur d'herbe fraîchement coupée pourrait ainsi désigner une balle de tennis. En effet, les balles de tennis ne sont pas censées avoir une odeur spéciale, même si les joueurs de tennis savent que celle-ci n'est pas totalement neutre.

506. Le produit que l'on souhaite désigner peut aussi avoir une odeur agréable par nature. Il peut même s'agir de celle que l'on souhaiterait protéger, de sorte qu'un monopole sur celle-ci empêcherait les concurrents d'en faire usage. Mais le produit peut aussi avoir naturellement une odeur « désagréable ». L'entreprise qui fabrique ce produit peut ainsi couvrir cette odeur par un parfum. On peut par exemple se poser la question de savoir s'il est possible de protéger une odeur de framboises qui désigne un combustible.

507. On doit par ailleurs se demander si le produit désigné peut-être le parfum lui-même. A cet égard, on peut relever que la durée de protection de la marque est de dix ans (art. 10 LPM). Cette période peut être prolongée, tant que le titulaire s'acquitte des taxes et fait usage de sa marque (art. 11 et 12 LPM). Par conséquent, la durée de protection est potentiellement illimitée⁹⁹¹. Si le parfum peut être désigné comme le produit protégé par la marque olfactive, cette protection illimitée pourrait constituer un avantage considérable par rapport à la protection conférée par le droit d'auteur, voire le droit des brevets d'invention⁹⁹².

508. Après l'examen de l'objet protégé par la marque (section 1), on se demandera quels sont les signes olfactifs exclus de la protection pour des motifs absolus (section 2). Pour ceux qui ne sont pas exclus se posera la question de savoir s'ils peuvent satisfaire aux conditions formelles d'enregistrement (section 3). Pour terminer, les motifs relatifs d'exclusion de la protection seront analysés avec les atteintes à la marque olfactive (section 4).

⁹⁹⁰ RS 232.11.

⁹⁹¹ K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 9 n° 2.6, p. 34.

⁹⁹² DUBARRY, op. cit., p. 45.

Section 1. L'objet protégé par la marque

509. Selon l'article 1 al. 2 LPM: «Les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, peuvent en particulier constituer des marques.» La marque olfactive n'y est pas expressément mentionnée. L'expression «en particulier» ne permet cependant pas de l'exclure.

510. Par ailleurs, notons que la marque olfactive ne figure pas non plus dans la liste des signes énumérés à l'article 15 al. 1 de l'Accord ADPIC. L'enregistrement de la marque olfactive n'est toutefois pas prohibé par cette disposition, dont la liste de signes, propres à constituer une marque, n'est pas exhaustive, comme l'atteste l'emploi du mot «en particulier». Soulignons encore que le Traité sur le droit des marques (ci-après TLT)⁹⁹³, entré en vigueur en Suisse le 1^{er} mai 1997, n'est pas applicable à la marque olfactive⁹⁹⁴. De l'avis de K. TROLLER, des «suites d'odeurs» sont susceptibles d'individualiser des produits ou des services⁹⁹⁵. Pour nous déterminer sur cette affirmation, nous nous intéresserons, dans un premier temps, aux fonctions de la marque (§ 1), avant de définir le signe olfactif (§ 2).

§ 1. Les fonctions de la marque

511. La fonction de distinguer, les produits et services d'une entreprise par rapport à ceux d'une autre entreprise, ressort de l'article 1 al. 1 LPM⁹⁹⁶. De manière générale, la marque doit dès lors avoir un caractère distinctif, plus précisément elle doit pouvoir être différenciée d'une autre marque⁹⁹⁷. La nécessité d'un caractère distinctif se traduit par les motifs absolus d'exclusion au sens de l'article 2 LPM. Elle a également comme conséquence l'interdiction du risque de confusion, en d'autres termes les motifs rela-

⁹⁹³ Traité sur le droit des marques du 27 octobre 1994, RS 0.232.112.1.

⁹⁹⁴ Article 2 al. 1 litt. b TLT.

⁹⁹⁵ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, op. cit., vol. I, § 14 n° 3.1.7, p. 117; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 14 n° 3.1.8, p. 67; en droit allemand, FEZER, Karl-Heinz, «Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken – Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter», *WRP* 1999/6, (ci-après FEZER, *Olfaktorische Marken*), p. 577, constate que le catalogue exemplatif de l'art. 3 al. 1 de la loi allemande des marques permet notamment l'enregistrement de marques olfactives.

⁹⁹⁶ INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*, op. cit., p. 8.

⁹⁹⁷ Asta Medika AG c/ Robugen GmbH, du 15 octobre 1996, (ci-après arrêt «*Kamillosan*»), ATF 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 232; Lego System A/S c/ Mega Bloks Inc., du 2 juillet 2003, (ci-après arrêt «*Lego III (3D)*»), ATF 129 III 514, 517; cf. aussi MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 497, p. 100; MARBACH, Eugen, «Markenrecht», in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR III*, Bâle / Francfort 1996, (ci-après MARBACH, *Markenrecht*), p. 3.

tifs d'exclusion au sens de l'article 3 LPM (nouveau au sens du droit des marques)⁹⁹⁸.

512. La fonction d'indication d'origine, qui était déjà connue sous l'ancienne loi, permettait initialement d'identifier une entreprise déterminée⁹⁹⁹. Elle a toutefois perdu de son importance au profit du produit lui-même, ce qui a valu des critiques à cette fonction, telle que définie traditionnellement¹⁰⁰⁰. De nos jours, il n'est du reste plus possible de connaître le titulaire de toutes les marques¹⁰⁰¹. La marque doit avant tout distinguer les produits ou services d'une entreprise déterminée, indépendamment de la question de savoir si le consommateur la connaît ou non. Il s'agit dès lors d'une indication de provenance abstraite¹⁰⁰².

513. La fonction d'indication d'origine doit être comprise comme une référence à une même source de production, ce qui permet de garantir une certaine constance aux produits sur lesquels la marque est apposée. Les fonctions de distinction et d'individualisation sont étroitement liées. Par ailleurs, toutes les deux sont protégées par la LPM¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ Arrêt « *Kamillosan* », ATF 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 232; BAUMGARTNER, Jacques, *Le risque de confusion en matière de marques*, thèse Lausanne 1970, p. 61.

⁹⁹⁹ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 219; BRANDT, Dominique, *La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques et similaires*, thèse Lausanne, Genève 1985, p. 110 et ss.

¹⁰⁰⁰ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 220; BAUMGARTNER, *op. cit.*, p. 37; BRANDT, *op. cit.*, p. 111, 115; INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*, *op. cit.*, p. 7; TROLLER, Patrick, *Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken*, thèse Berne, Bâle 1980, (ci-après p. TROLLER), p. 38 et ss; WILLI, *Markenschutzgesetz*, Zurich 2002, (ci-après WILLI, *Markenschutzgesetz*), ad art. 1, n° 8, p. 49.

¹⁰⁰¹ SCHNEIDER, Martin S., « Schutzzumfang der Marke – Zum Einfluss von Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad auf berühmte, bekannte, starke und schwachen Marken », *RSPI* 1996/2, p. 404; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 1, n° 8, p. 49.

¹⁰⁰² GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 221; HEINZELMANN, Wilfried, *Der Schutz der berühmten Marke*, thèse Zurich, Berne 1993, p. 38; INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*, *op. cit.*, p. 7; JOLLER, Gallus, *Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht*, thèse Saint-Gall, Berne 2000, p. 66; MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 4; SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 404; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 14 n° 2.1, p. 107; p. TROLLER, *op. cit.*, p. 41 et ss.

¹⁰⁰³ Message du CF, *FF* 1991/143 I, p. 18; Chanel SA Genève et Chanel SA c/ EPA AG, du 23 octobre 1996, (ci-après arrêt « *Chanel* »), ATF 122 III 469, 479; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2000, (ci-après arrêt « *Chanel IV* »), *sic!* 2000/4, p. 310, 311; DAVID, Lucas, *Basler Kommentar, Markenschutzgesetz Muster- und Modellgesetz*, 2^e éd., Bâle 1999, (ci-après DAVID, *Basler Kommentar*), ad art. 1, n° 3, p. 17; INEICHEN, Markus, « Die Formmarke im Lichte der absoluten Ausschlussgründe nach dem schweizerischen Markenschutzgesetz », *GRUR Int.* 2003/3, (ci-après INEICHEN, *Die Formmarke*), p. 195; HEINZELMANN, *op. cit.*, p. 33; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 498, p. 100; PERRET, François, « Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle », *RSDIE* 1997/3, (ci-après PERRET, *Quelques observations sur l'épuisement*), p. 289; RÖHNER, Christian, *Die notorisch bekannte Marke in der Schweiz*, thèse, Berne 2002, p. 22; SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 404; THALMANN, André, *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle – Etude comparée des droits européen, français, anglais, allemand et suisse*, thèse Lausanne, Genève 2001, p. 412; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 1, n° 7, 10, p. 48, 49; en droit allemand BEIER, Friedrich-Karl, « La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux », *J.D.I.* 1971, p. 19 et ss.

514. S'agissant de la fonction de garantie de qualité, elle n'est pas protégée en tant que telle par la LPM. Le message du Conseil fédéral précise qu'il s'agit d'une fonction essentiellement économique qui ne bénéficie «[...] d'aucune protection sui generis»¹⁰⁰⁴. DAVID considère qu'elle est reconnue par le législateur, dans la mesure où les marques propres à induire en erreur sont exclues de la protection (art. 2 *litt.* c LPM). Il admet néanmoins que la qualité constante n'est pas garantie¹⁰⁰⁵.

515. Pour K. TROLLER, la fonction de garantie n'est cependant pas sans importance. En effet, lors de l'achat d'un produit déterminé, le consommateur s'attend à une certaine qualité et à des caractéristiques qui restent inchangées¹⁰⁰⁶. MARBACH souligne toutefois que l'interdiction du risque de confusion ne doit pas conduire à la conclusion erronée, consistant à soutenir que la fonction de qualité est protégée juridiquement¹⁰⁰⁷. Il est vrai que dans l'arrêt «*Omo*», le Tribunal fédéral a attribué une fonction de garantie de qualité à la marque¹⁰⁰⁸. La protection de cette fonction n'a cependant été confirmée ni dans l'arrêt «*Chanel*»¹⁰⁰⁹, ni dans l'arrêt «*KWC*»¹⁰¹⁰.

516. De même, la fonction de réclame n'est pas protégée par la LPM¹⁰¹¹. En s'appuyant sur l'arrêt «*Kamillosan*»¹⁰¹², ROHNER considère néanmoins que la fonction de réclame doit désormais être prise en considération lors de l'analyse de l'étendue de la protection, au regard de la similitude des produits¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁴ Message du CF, *FF* 1991/143 I, p. 18; arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2002, (ci-après arrêt «*KWC*»), *sic!* 2002/9, p. 605, 607; arrêt «*Chanel*», *ATF* 122 III 469, 479; arrêt «*Chanel IV*», *sic!* 2000/4, p. 310, 311; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 499, p. 100; MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 5; THALMANN, *op. cit.*, p. 415, 416; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 14 n° 2.1 et 2.2, p. 62, 63; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, *ad art.* 1, n° 11, p. 49; plus nuancé INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁰⁵ DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, *ad art.* 1, n° 3, 4, p. 17, 18; dans le même sens INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁰⁶ K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 14 n° 2.2, p. 63.

¹⁰⁰⁷ MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁰⁸ Bosshard Partners Intertrading AG c/ Sunlight AG, du 25 janvier 1979, (ci-après arrêt «*Omo*»), *ATF* 105 II 49, *JdT* 1979 I 261, 262, 263.

¹⁰⁰⁹ Arrêt «*Chanel*», *ATF* 122 III 469, 481.

¹⁰¹⁰ Arrêt «*KWC*», *sic!* 2002/9, p. 605, 607; dans l'arrêt «*Chanel IV*», *sic!* 2000/4, p. 310, la question ne s'est pas posée; cf. aussi en droit allemand BEIER, *op. cit.*, p. 24; cf. aussi Joos, Ulrich, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, Munich 1991, p. 62; SCHUSTER, Silke, *Die Ausnahmen vom Markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz*, thèse Mannheim, Francfort 1998, p. 178.

¹⁰¹¹ Message du CF, *FF* 1991/143 I, p. 18; arrêt «*Chanel*», *ATF* 122 III 469, 479; arrêt «*Chanel IV*», *sic!* 2000/4, p. 310, 311; Volkswagen AG et Audi AG c/ Garage X AG, du 30 janvier 2002, (ci-après arrêt «*Garage VW*»), *ATF* 128 III 146, *JdT* 2002 I 495, 496, 497; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 499, p. 100; MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 6; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 14 n° 2.2, p. 63; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, *ad art.* 1, n° 11, p. 49, 50; plus nuancé INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰¹² Arrêt «*Kamillosan*», *ATF* 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 232.

¹⁰¹³ ROHNER, *op. cit.*, p. 22; INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*, *op. cit.*, p. 12, 13, considère qu'indirectement la fonction de réclame est protégée dans le cadre du risque de confusion

Il est vrai que la marque de haute renommée doit être réservée¹⁰¹⁴. Ainsi, SCHNEIDER soutient que la fonction de réclame est en partie protégée de manière indépendante¹⁰¹⁵. Pour THALMANN, la fonction de réclame permet de « [...] s'opposer à la revente d'un produit de luxe dans des conditions avilissantes [...]»¹⁰¹⁶, mais il admet que la concurrence déloyale offre une protection plus adéquate¹⁰¹⁷. Par conséquent, hormis le cas des marques de haute renommée, nous sommes d'avis que la fonction de réclame n'est pas protégée par la LPM.

517. Quant à la fonction protectionniste de la marque, elle résulte d'une thèse qui veut conférer à la marque une étendue de protection très large, un droit absolu permettant au titulaire de contrôler la diffusion de son produit¹⁰¹⁸. Il s'agirait d'une sorte de droit de suite sur l'objet marqué, permettant au titulaire de la marque de conserver « [...] le droit d'en contrôler l'usage jusqu'à la fin du parcours économique [...] »¹⁰¹⁹. La LPM ne connaît cependant pas de fonction protectionniste¹⁰²⁰. Il s'ensuit qu'on doit admettre que seules les fonctions de distinction et d'indication de provenance sont protégées. Ce constat va nous permettre de définir le signe olfactif au moyen de catégories (2.1) et appréhender sa perception par les sens (2.2).

§ 2. Le signe olfactif

2.1. Les catégories de signes olfactifs

518. ELIAS distingue entre deux catégories principales de signes olfactifs. La première, celle des signes olfactifs primaires (« *Primary scents* »), comprend

indirecte, mais se demande si le problème de l'utilisation de qualificatifs tels que « produit de remplacement » ou « aussi bon que » ne doit pas être réservé aux marques de haute renommée et à la concurrence déloyale.

¹⁰¹⁴ WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 1, n° 11, p. 50; HEINZELMANN, *op. cit.*, 40; ROHNER, *op. cit.*, p. 22, qui considère qu'avec l'art. 15 LPM, la fonction de réclame s'est introduite dans le droit des marques; cf. aussi en droit communautaire à propos de l'art. 7 al. 2 Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (ci-après Directive 89/104/CEE); arrêt CJCE Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV, du 4 novembre 1997, C-337/95, (ci-après arrêt « *Dior c/ Evora* »), *REC. CJCE* 1997, I-6034; arrêt CJCE Bayerische Motorwerke AG (BMW) et BMW Nederland BV c/ Ronald Karel Deenik, du 23 février 1999, C-63/97, (ci-après arrêt « *BMW* »), *REC. CJCE* 1999, I-925, 944.

¹⁰¹⁵ SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 406, 426.

¹⁰¹⁶ THALMANN, *op. cit.*, p. 427.

¹⁰¹⁷ THALMANN, *op. cit.*, p. 427.

¹⁰¹⁸ FRANCON, A., « L'épuisement du droit de marque », *JCP* 1990 II 3428, p. 1, 3, à propos du droit français.

¹⁰¹⁹ FRANCON, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰²⁰ NORDMANN-ZIMMERMANN, Ursula, « Importations parallèles et droit des marques », in : *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle*, Actes du Colloque de Lausanne, Genève 1996, p. 12.

les produits qui sont principalement achetés en raison de l'attrait de la fragrance¹⁰²¹. Font partie de cette catégorie, le parfum sous toutes les formes observées dans le premier chapitre (parfum, eau de parfum, eau de toilette ou eau rafraîchissante), les déodorants, les parfums d'ambiance, ainsi que les pots-pourris¹⁰²². On peut par ailleurs y insérer la « signature odorante » qui est utilisée par certains parfumeurs. Par exemple chez Guerlain, on retrouve dans de nombreuses compositions un trio composé des notes « fève tonka-iris-ambre gris », appelé « guerlinade »¹⁰²³. Hermès, pour sa part, se sert d'une note boisée¹⁰²⁴.

519. La deuxième catégorie est celle des signes olfactifs secondaires (« *Product scents* »). ELIAS y classe les fragrances qui sont ajoutés à des produits. A l'inverse des signes olfactifs primaires, leur fonction initiale n'est pas de donner une odeur agréable à un lieu ou au corps humain¹⁰²⁵. Les produits corporels tels que les shampoings, savons, sels pour bains, lotions, ainsi que la plupart des produits de nettoyages et détergents font partie de cette seconde catégorie¹⁰²⁶. Dès lors que leur fonction première est d'éclairer, les bougies odorantes en font aussi partie.

520. En plus de ces deux catégories principales, HAMMERSELEY en distingue une troisième: les signes olfactifs qu'il qualifie d'unique (« *unique scent marks* »)¹⁰²⁷. Cette dernière catégorie est composée des produits qui, en tant que tels, ne sont pas caractérisés par une fragrance¹⁰²⁸. HAMMERSLEY nous enseigne qu'en font aussi partie les produits que le consommateur associe avec une seule odeur particulière¹⁰²⁹. A titre d'exemple, il cite l'huile de moteur parfumée avec une fragrance cerise¹⁰³⁰.

1021 ELIAS, Bettina, « Do scents signify source? – an argument against trademark protection for fragrances », *TMR* 1992/4, p. 476 ; dans le meme sens BURTON, Helen, « The UK Trade Marks Act 1994: an invitation to an olfactory occasion? », *EIPR* 1995/8, p. 379 ; HAMMERSLEY, Faye M., « The Smell of Success: Trade Dress Protection For Scent Marks », *Marquette Intellectual Property Law Review* 1998/2, p. 124.

1022 ELIAS, *op. cit.*, p. 476 ; BURTON, *op. cit.*, p. 379 ; HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 124.

1023 ASTIC, Valérie / LARRIEU, Jacques, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », *Dalloz Affaires* 1998/41, p. 390 ; WATIN-AGOUARD, Jean, « Guerlain... « Le musicien des odeurs » », *Prodimarques* 2006/53, p. 33 : « Dénominateur commun à toutes les créations de la maison issues de l'orgue à parfums, un même sceau olfactif, la fameuse « guerlinade », formulée par Aimé Guerlain, une tonalité claire et florale, un accord secret à base de jasmin rehaussé de rose, d'iris, de vanille et de fève tonka » ; cf. aussi BRESÉ, *Contrefaçon, op. cit.*, p. 8.

1024 ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

1025 ELIAS, *op. cit.*, p. 476 ; BURTON, *op. cit.*, p. 379 ; HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

1026 ELIAS, *op. cit.*, p. 476 ; BURTON, *op. cit.*, p. 379 ; HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

1027 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

1028 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

1029 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125, note 133.

1030 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

521. Cette troisième catégorie est ainsi caractérisée par des produits parfumés dont nous avons relevé qu'ils sont, à l'origine, neutres du point de vue olfactif. Bien plus, elle comprend les produits dont l'odeur, initialement « désagréable », est masquée par une fragrance qui est censée en augmenter l'attrait pour le consommateur. Dans le cadre de notre étude, nous utiliserons le terme de signes olfactifs tertiaires pour cette dernière catégorie. Il s'ensuit que trois types de signes olfactifs seront analysés : les signes olfactifs primaires, secondaires et tertiaires. A cet effet, nous commencerons par nous demander si la forme olfactive est perceptible par les sens.

2.2. *La forme olfactive perceptible par les sens*

522. A l'instar de ce que nous avons observé à propos du droit d'auteur, le signe olfactif est une réalisation concrète perceptible par l'odorat. La forme olfactive du parfum est donc concernée pour les trois catégories de signes précités. Afin qu'un signe olfactif puisse être enregistré en tant que marque, il doit permettre de distinguer les produits et services d'une entreprise par rapport à ceux d'une autre entreprise. Par conséquent, il doit être perceptible et avoir un caractère distinctif, ce qui veut dire qu'il doit pouvoir être différencié d'un autre signe olfactif¹⁰³¹.

523. Toujours à propos du droit d'auteur, nous avons admis que le parfum est perceptible par le sens de l'odorat. Dès lors, il peut être communiqué au monde extérieur. En principe, il n'y a pas de raison de soutenir le contraire en droit des marques¹⁰³². Le caractère descriptible pose pourtant le problème de la représentation du signe olfactif. Il est vrai qu'en droit des marques, le signe doit être enregistré, de sorte que cette question a une importance toute particulière. Il conviendra d'y revenir à propos de l'enregistrement d'un signe olfactif, dans la troisième section. Se pose néanmoins encore la question de savoir si les objections d'absence de reconnaissance du signe olfactif (2.2.1) et d'accès au parfum sur le lieu de vente (2.2.2) sont susceptibles de porter préjudice à l'exigence de perception par les sens.

2.2.1. *L'objection de l'absence de reconnaissance du signe olfactif*

524. Dans un article, HAWES se réfère à une étude pour démontrer que la majorité des gens sont capables de se rappeler des odeurs de divers noms de produits¹⁰³³. ELIAS, au contraire, se base sur une autre étude plus récente

¹⁰³¹ DUBARRY, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰³² INEICHEN, *Das Urheberrechtlich geschützte Werk, op. cit.*, p. 63, 64, estime pour sa part que dans la mesure où la description est insuffisante en droit des marques, elle doit également l'être en droit d'auteur.

¹⁰³³ HAWES, James E., « *Fragrances as trademarks* », *TMR* 1989/2, p. 136.

d'ENGEN¹⁰³⁴, pour soutenir qu'une personne profane ne peut que difficilement donner un nom à une odeur¹⁰³⁵. Par ailleurs, ELIAS souligne que le sens de l'odorat est intimement lié à la mémoire. Si une majorité de personnes ont vécu l'expérience de se rappeler une odeur familière, ELIAS fait cependant une distinction entre la mémoire par rappel et par reconnaissance¹⁰³⁶.

525. Ainsi, lorsqu'il s'agit de reconnaître le nom d'une fragrance, les gens ont plus de difficultés, de sorte que l'absence de reconnaissance constituerait une première objection selon ELIAS¹⁰³⁷. A la lumière de l'étude d'ENGEN, HAMMERSLEY soutient néanmoins que la mémoire humaine permet un rappel très fort des odeurs¹⁰³⁸. Il en déduit que cette qualité biologique inexploitée de l'homme constitue une raison pour utiliser les fragrances comme marques¹⁰³⁹.

526. Dans la troisième section du premier chapitre (odeur et perception), nous avons constaté que l'anosmie est une forme d'insensibilité au parfum apparemment courante chez l'homme¹⁰⁴⁰. Nous avons néanmoins relevé que nous sentons, semble-t-il, tous la même chose, même si le degré d'intensité varie¹⁰⁴¹. Toujours selon nos observations, il s'ensuit que l'échec d'identification est souvent causé par une perte de mémoire¹⁰⁴².

527. DUBARRY fait remarquer au regard du droit français que l'absence d'oreille musicale d'une partie de la population n'a pas porté préjudice à l'enregistrement d'une mélodie, en tant que marque sonore. DUBARRY en déduit que l'inégalité devant la mémoire olfactive ne doit pas s'opposer à la perception du signe olfactif¹⁰⁴³. En droit suisse, la marque sonore est également admise¹⁰⁴⁴. Par conséquent, à l'instar d'une mélodie simple, nous sommes d'avis qu'un signe olfactif simple ne pose pas de difficultés à cet égard.

528. Selon les termes de ROUDNITSKA, nos récepteurs olfactifs «[...] sont suffisamment *analogues*, heureusement, pour que les compositeurs de parfums ne se voient pas obligés d'établir une formule par client»¹⁰⁴⁵. DUBARRY

¹⁰³⁴ ENGEN, Trygg, «Remembering Odors and Their Names», *American Scientist* 1987/September-October, p. 501.

¹⁰³⁵ ELIAS, *op. cit.*, p. 477, note 11.

¹⁰³⁶ ELIAS, *op. cit.*, p. 481.

¹⁰³⁷ ELIAS, *op. cit.*, p. 481.

¹⁰³⁸ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰³⁹ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁴⁰ LASZLO / RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 16, 115; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁴¹ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 67, 262, 263.

¹⁰⁴² BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁴³ DUBARRY, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴⁴ Directives en matière de marques, IFPI, Berne le 1^{er} janvier 2006, disponibles sur Internet (dernière visite 15.08.2006) [www.ipi.ch], (ci-après Directives en matière de marques), § 3.2.7, p. 21.

¹⁰⁴⁵ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 14.

s’appuie sur ce constat pour écarter l’objection d’absence de reconnaissance¹⁰⁴⁶. A supposer qu’un parfum puisse être enregistré en tant que signe olfactif primaire, on peut ainsi soutenir que beaucoup de consommateurs seront capables de le reconnaître.

529. La question de la reconnaissance est néanmoins liée à celle de l’enregistrement du signe olfactif (section 3), ainsi qu’au risque de confusion qui sera étudié dans le cadre des atteintes à la marque (section 4 § 2). A ce stade du raisonnement, la question de la perception du signe consiste à se demander si le consommateur peut le reconnaître dans sa forme olfactive, ce qui doit être admis. Voyons ce qu’il en est de l’objection d’absence d’accès au parfum sur le lieu de vente.

2.2.2. *L’objection d’absence d’accès au parfum sur le lieu de vente*

530. En droit américain, la doctrine distingue entre le produit sur le lieu de vente («*pre-sale*») et le produit après la vente («*post-sale*»). Selon cette doctrine, le consommateur doit pouvoir avoir accès au signe sur le lieu de vente, pour que ce dernier remplisse son rôle d’indication d’origine¹⁰⁴⁷. Ainsi, BURTON estime que l’accès pour certains signes olfactifs doit être nié en raison de l’emballage¹⁰⁴⁸. De même, ELIAS confirme que tous les produits ne peuvent pas si facilement être ouverts ou offerts sous formes d’échantillons¹⁰⁴⁹. Cette distinction, entre le signe sur le lieu de vente et le signe après la vente, est cependant inconnue en droit suisse, de sorte que cette objection ne saurait être retenue.

Conclusions sur l’objet protégé par la marque

531. Dès lors que seules les fonctions de distinction et d’indication de provenance sont protégées, la marque olfactive doit avoir une capacité distinctive. Cela présuppose que le signe olfactif soit perceptible par le sens de l’odorat. Ainsi, l’objection du manque de caractère reconnaissable du signe olfactif ne constitue pas un obstacle à ce stade. Il sera cependant nécessaire d’y revenir en relation avec l’enregistrement du signe olfactif et le risque de confusion. Quant au manque d’accès sur le lieu de vente, il n’est pas non plus pertinent au regard du droit suisse. Il s’ensuit que la perception de la forme olfactive par les sens de l’odorat peut être admise.

¹⁰⁴⁶ DUBARRY, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴⁷ ELIAS, *op. cit.*, p. 480; BURTON, *op. cit.*, p. 379.

¹⁰⁴⁸ BURTON, *op. cit.*, p. 379; ELIAS, *op. cit.*, p. 480.

¹⁰⁴⁹ ELIAS, *op. cit.*, p. 480; *contra* DUBARRY, *op. cit.*, p. 47.

532. La condition de la capacité distinctive doit ainsi être examinée pour les signes olfactifs primaires, secondaires et tertiaires. Concrètement, la question est de savoir pour quels types de produits il est possible de déposer une marque olfactive. Plus précisément, la marque olfactive désigne-t-elle uniquement un produit sans rapport avec le parfum, un signe olfactif tertiaire, voire un signe olfactif secondaire tel qu'un savon? A l'inverse, peut-elle aussi distinguer un parfum, soit un signe olfactif primaire? Pour répondre à ces questions, nous étudierons les motifs absolus d'exclusion au sens de l'article 2 LPM.

Section 2. Les motifs absolus d'exclusion (art. 2 LPM)

533. En droit des marques, l'originalité a une toute autre signification que dans le domaine des créations nouvelles. Contrairement à ce dernier, le droit des marques n'exige pas d'activité créatrice pour l'enregistrement d'un signe. En revanche, comme relevé ci-dessus, le signe doit avoir une capacité distinctive, autrement dit comporter un élément arbitraire par rapport au produit qu'il individualise. Cette constatation générale, qui résulte de la fonction de distinction de la marque, se traduit par différents motifs absolus d'exclusion, exprimés à l'article 2 LPM.

534. Dans le cas d'un signe olfactif, on cherche à protéger une forme olfactive. Avant d'examiner les motifs absolus d'exclusion, il se justifie donc de situer la forme olfactive par rapport au droit des marques (§ 1). Cela nous permettra de nous concentrer sur les principes généraux de l'exclusion du signe techniquement nécessaire et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (§ 2). Après cet examen, nous pourrions nous intéresser aux motifs d'exclusion au sens de l'article 2 *litt.* a LPM (§ 3) et effectuer l'examen de la marque imposée (§ 4). Nous terminerons par une brève analyse de l'article 2 *litt.* c LPM (§ 5), ainsi que de l'article 2 *litt.* d LPM (§ 6).

§ 1. La forme olfactive et le droit des marques

1.1. La forme olfactive et le produit distingué

535. Nous avons défini la forme olfactive comme le message olfactif du parfum¹⁰⁵⁰. Lorsque ce message est utilisé comme signe, en relation avec un produit autre que le parfum lui-même, la forme olfactive est totalement indépendante de la forme visuelle dudit produit. Le parfum joue alors le même rôle qu'une marque verbale ou figurative, de sorte que des principes similaires devraient pouvoir s'appliquer. Dans ce cas, la « forme » olfactive se distingue entièrement de ce qu'on appelle la « forme » dans son sens usuel, plus précisément l'« ensemble des contours d'un objet¹⁰⁵¹ ».

536. En revanche, si le message olfactif est utilisé pour distinguer le parfum lui-même, la « forme » olfactive est liée au gaz libéré du flacon de parfum. Il s'ensuit que la « forme » olfactive joue un rôle similaire à la forme d'un objet, dès lors qu'elle délimite les contours olfactifs du parfum. Lors de l'introduction des formes en trois dimensions, à l'article 1 al. 2 LPM, ainsi que des exclusions spécifiques pour certaines formes et emballages, à l'article 2

¹⁰⁵⁰ GALLOUX, *op. cit.*, p. 2642.

¹⁰⁵¹ Dictionnaire Le Petit Robert 1, Paris 1986.

litt. b LPM¹⁰⁵², le législateur ne songeait sans doute ni aux signes olfactifs, ni à la forme olfactive.

537. Le message du Conseil fédéral précise néanmoins, à propos de cette dernière disposition, que son but est d'« [...] éviter que soient monopolisées, en tant que marques, des formes de produits ou d'emballages qui, tout en n'appartenant pas au domaine public (let. a), sont simplement liées à la nature du produit, à sa destination, à son utilisation, etc¹⁰⁵³. » Dans l'hypothèse d'une forme olfactive, en tant que signe distinctif pour le parfum lui-même, le risque que le monopole soit lié à la nature même du produit est comparable au cas des formes en trois dimensions utilisées en tant que marques. Par conséquent, la « forme » olfactive peut dans ce cas être assimilée à la forme du produit.

538. L'exclusion du signe techniquement nécessaire et l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, qui sont des principes généraux du droit des marques, doivent être examinés en relation avec les signes olfactifs. A notre avis, l'article 2 *litt. b* LPM traduit parfaitement ces principes. Nous nous intéresserons donc à cette disposition, introduite dans la LPM pour les marques de formes, afin d'étudier ces motifs absolus d'exclusion (§ 2). Au préalable, on fera encore quelques remarques générales sur la systématique des droits de propriété intellectuelle, en relation avec les marques à trois dimensions.

1.2. La marques à trois dimensions et la systématique des droits de propriété intellectuelle

539. Dans son message, le Conseil fédéral souligne qu'il est possible de protéger des formes de produits ou d'emballages, simultanément en tant que marque de forme et comme dessins et modèles, pour autant que les conditions de protections des lois applicables soient respectivement remplies¹⁰⁵⁴. A cet égard, rappelons qu'en vertu de l'article 1 LDes, sont protégés « [...] en tant que designs la création de produits ou de parties de produits caractérisés notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé. »

540. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que le droit des marques ne doit pas servir à contourner le droit du design et le droit d'auteur¹⁰⁵⁵. Pour

¹⁰⁵² Message du CF, FF 1991/143 I, p. 19, 20.

¹⁰⁵³ Message du CF, FF 1991/143 I, p. 20.

¹⁰⁵⁴ Message du CF, FF 1991/143 I, p. 20.

¹⁰⁵⁵ X. SA c/ OFPI, du 28 septembre 1994, (ci-après arrêt « *The Original* »), ATF 120 II 307, IdT 1995 I 271, 272.

comprendre cela, on relèvera que, si un signe peut être enregistré en tant que marque de forme, il bénéficie d'une protection potentiellement éternelle. Or, l'article 5 LDes permet une durée maximum de vingt cinq ans pour un design. Quant au droit d'auteur, il est limité à soixante-dix ans après le décès de l'auteur, selon l'article 29 al. 2 *litt. b* LDA.

541. Par conséquent, tout au long de ce chapitre, nous examinerons les conditions de protection de la LPM, en ayant à l'esprit que les marques en trois dimensions ne doivent pas servir à conférer un monopole aussi long à des formes, qui en vertu de la LDes ou de la LDA ne peuvent pas bénéficier d'une telle protection¹⁰⁵⁶. Cette perspective est importante selon nous, en particulier pour le droit du design. Si elle n'est pas maintenue, ce dernier risque en effet de perdre tout intérêt au profit du droit des marques. Il s'ensuit que les motifs absolus d'exclusion des marques de forme, au sens de l'article 2 *litt. b* LPM, doivent être interprétés avec une prudence particulière.

542. L'article 2 *litt. b* LPM exclut de la protection « les formes qui constituent la nature même du produit et les formes du produit ou de l'emballage qui sont techniquement nécessaires ». Nous commencerons par approfondir la question de la forme techniquement nécessaire (2.2), avant d'aborder la forme qui constitue la nature même du produit (2.3). Cela nous permettra d'étudier ensuite des exemples aux Etats-Unis (2.4) et en droit communautaire (2.5). Au préalable, il est cependant nécessaire de présenter les marques en trois dimensions (2.1).

§ 2. Principes généraux de l'exclusion du signe techniquement nécessaire et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif

2.1. Les marques en trois dimensions

2.1.1. Les marques tridimensionnelles et les marques de forme

543. Pour les marques en trois dimensions, deux catégories doivent être distinguées : les marques tridimensionnelles (au sens large) et les marques de forme (signes tridimensionnels au sens étroit)¹⁰⁵⁷. LUCHSINGER fait remarquer, à cet égard, que la distinction entre sens large et sens étroit est critiquable. La

¹⁰⁵⁶ Cf. dans ce sens ARNET, Ruth, « Markenschutz für Formen », *sic!* 2004/11, (ci-après ARNET, *Markenschutz*), p. 834 ; HEINRICH, Peter / RUF, Angelika, « Die Formmarke nach «Lego III», «Swatch-Uhrenarmband» und nach «Katalysatorträger» », *sic!* 2005/4, (ci-après HEINRICH/RUF, *Formmarke*), p. 258.

¹⁰⁵⁷ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.10.2.1 et 4.10.2.2, p. 81, 82.

raison en est qu'elle laisse supposer que la marque tridimensionnelle au sens large englobe celle au sens étroit, ce qui n'est pas le cas¹⁰⁵⁸.

544. De même, la distinction entre marque tridimensionnelle et la marque de forme n'est pas totalement satisfaisante, la marque de forme étant également tridimensionnelle. LUCHSINGER conclut néanmoins, à défaut de meilleure formulation, qu'il convient de se servir de ces deux derniers termes¹⁰⁵⁹. Pour éviter toute confusion, nous utiliserons la distinction complète, à savoir les marques tridimensionnelles (au sens large) et les marques de forme (signes tridimensionnels au sens étroit).

545. Les marques tridimensionnelles (au sens large) constituent des représentations à trois dimensions du signe. Ces marques sont apposées sur l'objet qu'elles servent à distinguer, indépendamment de la forme de celui-ci, comme par exemple les sceaux héraldiques fondus dans un flacon de parfum¹⁰⁶⁰ ou les lettres «C» croisées de Chanel, en relief sur le verre ou sur le bouchon. Les marques de forme (signes tridimensionnels au sens étroit), au contraire, se confondent avec le produit distingué ou son emballage, de sorte à constituer une seule unité physique inséparable¹⁰⁶¹.

546. Avec l'entrée en vigueur de la LPM et l'introduction des marques à trois dimensions, le lien entre la marque et le produit qu'elle individualise a changé¹⁰⁶². L'exclusion des formes qui constituent la nature même du produit ou qui sont techniquement nécessaires est destinée à éviter un monopole sur des formes que tout concurrent doit pouvoir utiliser¹⁰⁶³. Selon les Directives en matière de marques, l'article 2 *litt. b* LPM, qui exclut de manière générale

¹⁰⁵⁸ LUCHSINGER, Martin, «Dreidimensionale Marken, Formmarken und Gemeingut», *sic!* 1999/2, (ci-après LUCHSINGER, *Dreidimensionale Marken*), p. 195.

¹⁰⁵⁹ LUCHSINGER, *Dreidimensionale Marken*, *op. cit.*, p. 195; dans le même sens WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, *ad art.* 2, p. 95; INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 196, distingue entre les marques tridimensionnelles (étoile de Mercedes...) et les marques gravées ou surajoutées d'une part et les formes de produits et d'emballages d'autre part.

¹⁰⁶⁰ K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 14 n° 3.1.4.1, p. 65.

¹⁰⁶¹ ARNET, Ruth, *Die Formmarke*, thèse Zurich 1993, (ci-après ARNET, *Formmarke*), p. 26, 27, 28; DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, *ad art.* 1, n° 18, p. 22; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 224; MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 20; STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 251, 252; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 14 n° 3.1.4.2, p. 65; STREULI-YOUSSEF, Magda, «Zur Schutzfähigkeit von Formmarken», *sic!* 2002/11, (ci-après STREULI-YOUSSEF, *Formmarken*), p. 794, 895; décision de l'IFPI du 13 mai 1998, (ci-après décision «*Pincettes de poisson*»), *sic!* 1998/5, p. 481, 482: «Une marque de forme est constituée par la forme du produit, en l'espèce par la pincette, contrairement aux signes tridimensionnels qui sont des marques constituées de n'importe quelle forme autre que le produit lui-même ou son emballage. Les marques tridimensionnelles sont donc indépendantes de la marchandise, même si elles sont apposées sur celle-ci de manière à créer une unité physiquement inséparable [...]»

¹⁰⁶² MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 62; STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 254; WANG, *op. cit.*, p. 331, 332.

¹⁰⁶³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 17 n° 2, p. 201, 203; DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, *ad art.* 2, n° 46, 48, p. 46, 47.

les signes du domaine public, ne s'applique pas aux marques tridimensionnelles (au sens large), de sorte que l'appréciation de l'appartenance au domaine public se fonde uniquement sur l'article 2 *litt.* a LPM¹⁰⁶⁴.

547. Ce constat nous semble logique, étant donné que la forme (y compris l'emballage) qui est exclue au sens de l'article 2 *litt.* b LPM, est celle du produit que l'on souhaite distinguer. Lorsque le signe distinctif est clairement indépendant dudit produit ou de l'emballage, l'article 2 *litt.* b LPM peut, à notre avis, être écarté d'emblée. Voyons ce que cela signifie pour les signes olfactifs.

2.1.2. *Les signes olfactifs concernés par les principes généraux de l'exclusion du signe techniquement nécessaire et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif*

548. En relation avec nos remarques sur la forme olfactive (§ 1), un signe olfactif primaire, tel qu'un parfum, peut être assimilé à une marque de forme (signe tridimensionnel au sens étroit), car le produit que l'on cherche à distinguer n'est autre que le parfum. De ce fait, le produit et le signe distinctif, en l'occurrence la forme olfactive, se confondent. Il s'ensuit que le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme, doit être examiné au regard des seuls signes olfactifs primaires.

549. Dans le cas d'un signe olfactif secondaire, le lien entre le produit (par exemple un savon) et la fragrance, censée jouer le rôle de signe distinctif, est en effet beaucoup plus lâche. On pourrait certes soutenir que la majorité des savons ont une odeur et qu'un savon inodore constitue une exception. Toutefois, on peut également relever que le parfum qui émane d'un savon peut parfaitement être remplacé par un autre parfum, sans altérer les qualités principales du savon : ni l'efficacité pour le nettoyage, ni la forme du savon, en tant qu'objet, ne sont affectées par la modification de la fragrance.

550. Par conséquent, nous sommes d'avis, qu'à l'instar de la griffe en trois dimensions qui peut être apposée sur un savon, le signe olfactif secondaire ne doit pas être apprécié comme une marque de forme. S'agissant de l'appartenance au domaine public, il en résulte qu'un tel signe olfactif ne doit pas être analysé au regard du principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme), mais bien selon l'article 2 *litt.* a LPM (§ 3).

551. Concernant le signe olfactif tertiaire, qui sert par exemple à distinguer une balle de tennis ou de l'huile de moteur, le raisonnement effectué pour les signes olfactifs secondaires est encore plus pertinent. En effet, dans la mesure

¹⁰⁶⁴ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.10.2.1, p. 82.

où ces produits n'ont en principe pas d'odeur ou une odeur relativement « désagréable », leurs qualités premières ne sont en aucun cas affectées par l'ajout d'un parfum. Le signe olfactif tertiaire est également interchangeable sur le produit qu'il s'agit de distinguer. Il doit dès lors, lui aussi, être examiné sous l'angle de l'article 2 *litt.* a LPM, sur lequel nous reviendrons ci-dessous (§ 3).

552. Ainsi, notre analyse sur les formes qui constituent la nature même du produit (2.3) se limite aux seuls signes olfactifs primaires. Pour ces derniers, nous commencerons par examiner la forme techniquement nécessaire qui retranscrit le principe général de l'exclusion du signe techniquement nécessaire pour les marques de forme (2.2).

2.2. La forme techniquement nécessaire

2.2.1. La notion de forme techniquement nécessaire

553. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, les signes techniquement nécessaires sont exclus de la protection par l'article 2 *litt.* b *in fine* LPM pour les marques de forme. Au regard des caractéristiques techniques d'une forme, le Tribunal fédéral distingue entre trois catégories : les formes conditionnées par la technique, les formes influencées par des données techniques et les formes techniquement nécessaires¹⁰⁶⁵.

554. S'agissant des formes conditionnées par la technique, il existe par définition des alternatives équivalentes, de sorte qu'elles ne relèvent pas de l'article 2 *litt.* b LPM¹⁰⁶⁶. En revanche, elles sont généralement exclues de la protection en raison de l'article 2 *litt.* a LPM, faute de capacité distinctive. Le Tribunal fédéral réserve néanmoins le cas où la forme a une capacité distinctive en raison de son originalité ou si elle s'est imposée (la marque imposée sera examinée au § 4, ci-après)¹⁰⁶⁷.

555. Les formes influencées par des données techniques sont des formes utiles du point de vue technique, mais qui ne sont pas conditionnées par celle-ci¹⁰⁶⁸. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral cite le chocolat *Toblerone* dont la forme permet de détacher plus facilement les carrés. De telles formes ne sont pas exclues au sens de l'article 2 *litt.* b LPM et peuvent en principe être protégées¹⁰⁶⁹. Néanmoins, lorsqu'elles tombent dans le domaine public, elles ne peuvent être enregistrées qu'en tant que marque imposée (cf. § 4, ci-dessous)¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁵ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

¹⁰⁶⁶ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

¹⁰⁶⁷ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

¹⁰⁶⁸ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

¹⁰⁶⁹ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

¹⁰⁷⁰ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519.

556. Il s'ensuit que les formes techniquement nécessaires, exclues au sens de l'article 2 *litt. b* LPM, peuvent être définies comme des formes pour lesquelles il n'existe aucune alternative technique, comme par exemple un tournevis en forme de croix¹⁰⁷¹. Le changement rédactionnel du terme « techniquement nécessaire », en lieu et place de conditionné par la technique, avait donc pour but de confirmer le caractère décisif de l'existence ou non d'une alternative technique équivalente, au sens de la jurisprudence antérieure sur le conditionnement¹⁰⁷².

557. Le Tribunal fédéral précise dès lors que les formes, qui dans l'intérêt d'un bon fonctionnement de la concurrence ne sauraient être monopolisées, doivent également être exclues¹⁰⁷³. Par conséquent, constituent un motif absolu d'exclusion les formes pour lesquelles il n'est pas raisonnable d'exiger, de la part d'un concurrent, d'adopter une autre forme, moins pratique, moins solide ou dont les coûts de production sont plus élevés¹⁰⁷⁴. L'article 2 *litt. b* LPM constitue en effet un cas d'application particulier de la norme générale de l'article 2 *litt. a* LPM pour les marques de forme¹⁰⁷⁵.

558. Selon les Directives en matière de marques, si la forme comporte des éléments esthétiques, elle n'est pas techniquement nécessaire, tandis que si les éléments esthétiques sont mineurs, l'article 2 *litt. b* LPM s'applique¹⁰⁷⁶. Toutefois, à notre avis, il faut s'attacher au seul aspect technique. En effet, les formes techniquement nécessaires, par exemple les pales d'une hélice, peuvent très bien constituer une réussite sur le plan esthétique¹⁰⁷⁷.

559. Par ailleurs, CHERPILLOD confirme, avec raison, que le motif absolu au sens de l'article 2 *litt. b in fine* LPM exclut les formes indispensables, pour lesquelles il n'existe pas d'alternative technique, ainsi que les formes fonctionnelles, qui ne peuvent pas raisonnablement être évitées par les concurrents¹⁰⁷⁸.

1071 Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519; Nestlé SA c/ Masterfoods AG, du 10 décembre 2004, (ci-après arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* »), ATF 131 III 121, 124; arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2006, (ci-après arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* »), *sic!* 2006/10, p. 666; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.2, p. 110.

1072 Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 523.

1073 Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 519; arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 124.

1074 Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 522, 524; arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 124; arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666.

1075 Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 517, 518; arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 123; arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666.

1076 Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.10.2.3.2, p. 83.

1077 PERRET, *L'autonomie du régime, op. cit.*, p. 293, 294.

1078 CHERPILLOD, Ivan, Note sous l'arrêt « *Lego II (3D)* », *sic!* 2000/4, (ci-après CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt « Lego II (3D) »*), p. 336; cf. aussi ARNET, *Formmarke, op. cit.*, p. 106, 107, 109 et ss; MARBACH, *Markenrecht, op. cit.*, p. 64; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.2, p. 110, 111; WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit.*, ad art. 2, p. 98, 99; arrêt de la CREPI du 24 mars 1998, (ci-après arrêt « *Parfümflasche I* »), *sic!* 1998/4, p. 399.

La forme techniquement la plus simple et la plus utile ne doit pas être monopolisée par le droit des marques, et cela pour une durée susceptible d'être indéterminée. Qu'en est-il pour le parfum en tant que signe olfactif primaire ?

2.2.2. *Le parfum techniquement nécessaire ?*

560. Dans le cadre de la marque olfactive, comme en droit d'auteur, nous avons constaté que l'objet de la protection concerne la forme olfactive, et non pas la formule chimique. Si l'on devait protéger la formule chimique, il va sans dire que celle-ci serait techniquement nécessaire. Dans le cas d'un signe olfactif primaire, comme nous l'avons relevé à propos du droit d'auteur, il existe en principe une possibilité de choix de la forme olfactive. Ce choix n'a cependant rien de technique. La forme olfactive du parfum ne constitue dès lors pas une forme technique indispensable. La première condition d'exclusion au sens de l'article 2 *litt. b in fine* LPM n'est donc pas remplie pour le parfum. En revanche, une fragrance simple comme la vanille sera techniquement nécessaire.

561. En droit des marques américain, la théorie fonctionnelle interdit de monopoliser le « meilleur » produit disponible pour les concurrents¹⁰⁷⁹. En raison du nombre considérable de fragrances, HAWES estime néanmoins qu'un parfum ne doit pas être considéré comme fonctionnel¹⁰⁸⁰. Par conséquent, le parfum devrait pouvoir être enregistré en tant que tel comme marque olfactive¹⁰⁸¹. De même, CHAI observe qu'aucun parfum ne saurait être considéré comme le « meilleur » et, partant, être fonctionnel au sens du droit américain¹⁰⁸².

562. HAMMERSLEY admet également la marque olfactive pour le parfum en tant que signe olfactif primaire en droit américain¹⁰⁸³. Dans le cas du N° 5 de Chanel, il relève que l'argument des opposants qui consisterait à soutenir qu'ils ont besoin de le copier, car il s'agit du « meilleur » parfum disponible, n'est pas valable au regard de la fonctionnalité utilitaire¹⁰⁸⁴. En outre, HAMMERSLEY considère que même si la fonctionnalité utilitaire est définie comme un « usage essentiel », contrairement à une simple fragrance, telle que le jasmin, le N° 5 de Chanel ne saurait être exclu pour ce motif¹⁰⁸⁵. En effet, un usage essentiel du N° 5 de Chanel par des concurrents ne peut être motivé

¹⁰⁷⁹ CHAI, Moon-Ki, « Protection of fragrances under the post-sale confusion doctrine », *TMR* 1990/4, p. 372 ; HAWES, *op. cit.*, p. 150 et ss.

¹⁰⁸⁰ HAWES, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁸¹ HAWES, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁸² CHAI, *op. cit.*, p. 372.

¹⁰⁸³ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 137 et ss.

¹⁰⁸⁴ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 137, 138.

¹⁰⁸⁵ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 138, 139.

que par l'attrait du *goodwill* de Chanel, et non pas par le besoin d'efficacité des concurrents sur le marché¹⁰⁸⁶.

563. En droit suisse, on peut développer la même argumentation par rapport à l'exclusion des formes fonctionnelles. En effet, si une simple fragrance, comme le jasmin, doit pouvoir être utilisée par tous les concurrents, il en va différemment du N° 5 de Chanel. Dans les signes olfactifs primaires, nous avons classé le parfum, l'eau de parfum, l'eau de toilette ou eau rafraîchissante, ainsi que les parfums d'ambiance et les pots-pourris. Or, certains de ces signes olfactifs primaires semblent ne pas pouvoir être évités par les concurrents : ils sont fonctionnels et ne sauraient être monopolisés.

564. A notre avis, la distinction ne dépend cependant pas des catégories précitées, mais bien de la complexité de la fragrance. Un parfum d'ambiance peut être composé uniquement de jasmin ou être plus élaboré. Une simple note, qui ne peut être évitée par les concurrents, sera bien entendu fonctionnelle. En revanche, plus la composition du « bouquet » comporte de notes différentes, plus l'argument de la fonctionnalité devra être écarté. La question est un peu plus délicate pour une « signature odorante », telle que la « guerlinade », composée des notes « fève tonka-iris-ambre gris », ou telle que la note boisée d'Hermès¹⁰⁸⁷. Selon nous, si les notes séparées peuvent être considérées comme fonctionnelles, à l'instar de la note simple utilisée par Hermès, il n'en va pas de même de la réunion des trois notes de Guerlain, dont l'utilisation semble pouvoir être évitée par les autres parfumeurs.

565. De même, la forme olfactive du parfum ne devrait pas, en principe, constituer une forme fonctionnelle qui ne peut pas être évitée par les concurrents. Par conséquent, sous réserve de notes simples qui doivent rester à la disposition de tous, le parfum ne tombe pas sous le coup de la deuxième condition d'exclusion au sens de l'article 2 *litt. b in fine* LPM. Le parfum n'est pas une forme olfactive techniquement nécessaire. En revanche, la question de savoir si la marque olfactive peut désigner un parfum, soit un signe olfactif primaire, doit être posée au regard de l'exclusion des formes qui constituent la nature même du produit.

2.3. La forme qui constitue la nature même du produit

2.3.1. La forme « esthétiquement nécessaire »

566. L'exclusion des formes qui constituent la nature même du produit a pour but d'empêcher que le produit, qui doit être distingué, ne devienne

¹⁰⁸⁶ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁸⁷ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

son propre signe distinctif¹⁰⁸⁸. Dans l'arrêt « *Lego III (3D)* », le Tribunal fédéral relève que les formes dont les contours, en raison de la fonction de l'objet, sont prédéterminés pour le public, constituent la nature même du produit au sens de l'article 2 *litt. b* LPM¹⁰⁸⁹. La forme doit s'écarter de ce qui est usuel ou attendu par le consommateur¹⁰⁹⁰. Le caractère usuel ou attendu ne doit cependant pas mener à une analyse des antériorités, de la nouveauté de la marque (les motifs relatifs d'exclusion examinés dans la section 4, ci-dessous) ou à un examen de l'originalité au sens des créations nouvelles (LBI, LDA, LDes)¹⁰⁹¹. Le caractère usuel ou attendu nous paraît ainsi être une notion très délicate à manipuler.

567. Le Tribunal fédéral cite comme exemple un tabouret carré à quatre pieds, une raquette de tennis traditionnelle, un ballon de football ou de rugby, ou encore une rose artificielle¹⁰⁹². M. RITSCHER souligne qu'il s'agit d'« archétypes », de formes classiques pour un produit déterminé¹⁰⁹³. A notre avis, tant le ballon de football, de rugby, la raquette de tennis que le tabouret constituent des formes techniquement nécessaires¹⁰⁹⁴. En effet, en changeant par exemple la forme d'un ballon on modifie également les caractéristiques techniques indispensables à la fonction dudit ballon. En revanche, dans la mesure où elle ressemble à une rose, telle qu'on la trouve dans la nature, la rose artificielle constitue une forme purement décorative ou « esthétiquement nécessaire »¹⁰⁹⁵.

568. La notion « esthétiquement nécessaire » est cependant difficilement compréhensible pour elle-même¹⁰⁹⁶. Pour A. TROLLER, la forme « esthétiquement nécessaire » est celle qui a une signification esthétique centrale, et non pas accidentelle¹⁰⁹⁷. HEINRICH et RUF reprennent cette dernière définition et considèrent qu'elle équivaut à l'exclusion de la valeur substantielle du produit au sens du droit communautaire¹⁰⁹⁸. La valeur substantielle du produit,

¹⁰⁸⁸ WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit., ad art. 2*, n° 211, p. 99 ; ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 833 ; arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 125.

¹⁰⁸⁹ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 518.

¹⁰⁹⁰ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 520 ; arrêt « *The Original* », ATF 120 II 307, 311 ; Tribunal du commerce de Zurich, du 17 décembre 2002, (ci-après arrêt « *Lego II (3D)* ») *sic!* 2003/4, p. 332, 333, 334 ; arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666, 667.

¹⁰⁹¹ SIMON, Jürg, « Formmarke und Design – Von einem relativ trojanischen Pferd – Zehn Thesen », in : BAUDENBACHER/SIMON, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht*, Bâle / Genève / Munich 2000, p. 153, 160, 164, 165.

¹⁰⁹² Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 518.

¹⁰⁹³ RITSCHER, Michael, Note sous l'arrêt « *Lego III (3D)* », *sic!* 2003/11, (ci-après M. RITSCHER, *Note sous l'arrêt « Lego III (3D) »*), p. 899, 900.

¹⁰⁹⁴ ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 838.

¹⁰⁹⁵ ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 838.

¹⁰⁹⁶ HEINRICH / RUF, *Formmarke, op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁹⁷ A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 30, p. 444, 445.

¹⁰⁹⁸ HEINRICH / RUF, *Formmarke, op. cit.*, p. 258, 259, 260.

notion qui n'est du reste pas très claire¹⁰⁹⁹, constitue toutefois une condition supplémentaire du droit communautaire. Ce dernier connaît aussi une exclusion de la forme imposée par la nature même du produit¹¹⁰⁰. Par conséquent, dans la mesure où HEINRICH et RUF assimilent la nature même du produit à sa valeur substantielle au sens du droit communautaire, leur raisonnement ne nous convainc guère. En revanche, nous approuvons la doctrine qui définit la forme « esthétiquement nécessaire » comme celle qui a une signification esthétique centrale, et non pas accidentelle.

569. Selon ARNET, une forme « esthétiquement nécessaire » n'a pas d'autre fonction que son but esthétique¹¹⁰¹. En ce qui concerne la rose artificielle, ARNET relève qu'elle ne possède pas une forme distincte de la rose comme produit, de sorte qu'il n'existe aucun signe distinctif qui diffère de la marchandise en tant que telle¹¹⁰².

570. S'agissant de la forme rectangulaire de la brique *Lego*, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle constitue la nature même du produit. En revanche, contrairement à l'instance cantonale, les juges de Mon-Repos estiment que tel n'est pas le cas pour les saillies cylindriques, ajoutées pour permettre de fixer les briques entre elles¹¹⁰³. Ces saillies vont au-delà de ce qui est usuel et attendu par le public pour ce type de briques¹¹⁰⁴. Par l'ajout de celles-ci, le Tribunal fédéral considère que les briques *Lego* ne sont pas formées essentiellement d'éléments qui constituent la nature même du produit¹¹⁰⁵.

571. A notre avis, l'analyse effectuée par le Tribunal fédéral consiste à se demander si la forme de la brique *Lego* ne peut pas être évitée par les concurrents. En d'autres termes, est-elle fonctionnelle? Comme nous l'avons relevé ci-dessus, le Tribunal fédéral place lui-même ce critère sous l'exclusion des formes techniquement nécessaires au sens de l'article 2 *litt. b in fine* LPM. Faire ce même examen une seconde fois sous l'aspect de la nature même du produit n'a guère de sens.

572. Les deux conditions de l'article 2 *litt. b* LPM sont en effet étroitement liées, mais il peut être contre-productif d'établir une seconde définition de la fonctionnalité qui s'analyse avec le caractère techniquement nécessaire. La question de savoir si la brique *Lego* est techniquement nécessaire dépasse le

¹⁰⁹⁹ ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 834, 835.

¹¹⁰⁰ Article 3 al. 1 *litt. e* Directive 89/104/CEE.

¹¹⁰¹ ARNET, *Formmarke*, *op. cit.*, p. 88, 89; ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 834, 835.

¹¹⁰² ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 837, 838.

¹¹⁰³ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 521.

¹¹⁰⁴ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 521.

¹¹⁰⁵ Arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 525, 522; cf aussi M. RITSCHER, *Note sous l'arrêt « Lego III (3D) »*, p. 899, 900.

cadre de notre étude¹¹⁰⁶. En revanche, il nous semble important de relever que le Tribunal fédéral n'a pas examiné la nature même du produit de ladite brique. Selon les Directives en matière de marques, la nature même du produit est assimilée aux formes purement génériques¹¹⁰⁷. Ce constat ne permet cependant pas de délimiter l'analyse entre les *litterae* a et b de l'article 2 LPM.

573. Dans l'arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », le Tribunal fédéral a jugé, à propos de la nature même du produit, qu'« Une forme ne peut bénéficier de la protection du droit des marques que si elle se différencie des caractéristiques fonctionnelles ou esthétiquement nécessaires du produit concerné¹¹⁰⁸. » De telles formes doivent rester à la libre disposition de tous¹¹⁰⁹. En l'absence de rapport fonctionnel étroit entre des pastilles de chocolat et leur emballage en forme de tube, qui possède une forme propre (il ne s'agit ni d'une poudre, ni d'un liquide), le Tribunal fédéral a ainsi affirmé que ce dernier ne constitue pas la nature même du produit au sens de l'article 2 *litt. b* LPM¹¹¹⁰.

574. Il est en effet déterminant que certaines formes de produits restent à la libre disposition de tous¹¹¹¹. Cette constatation s'applique cependant de manière générale aux motifs d'exclusion au sens de l'article 2 *litt. b* LPM. De l'avis de la CREPI, un objet fonctionnel ne peut pas constituer la nature même du produit, car un tel objet peut remplir sa fonction, même après la modification de sa forme¹¹¹². Il apparaît ainsi qu'examiner la question fonctionnelle sous la nature même du produit peut conduire à des solutions incohérentes.

575. Dans l'arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », le Tribunal fédéral observe, à juste titre, que le tube des *Smarties* n'est pas fonctionnel. Dans le cadre de l'analyse de la forme techniquement nécessaire, le Tribunal fédéral a cependant déjà constaté cela en jugeant qu'un monopole sur l'emballage en forme de tube ne contraint pas la demanderesse « [...] à utiliser elle-même

1106 Arrêt du Tribunal fédéral n. p. 4C.86/2004, *Lego System A/S c/ Mega Bloks Inc.*, du 7 juillet 2004, (ci-après arrêt « *Lego IV (3D)* »), in : INGRES NEWS 9/04, p. 1, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1, 3, 4, dans lequel le Tribunal fédéral considère que le caractère techniquement nécessaire, faute d'alternatives raisonnablement imposables au concurrent, doit découler de l'absence de formes alternatives compatibles entre elles, mais non avec les briques *Lego*.

1107 Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.10.2.3.1, p. 82, 83.

1108 Arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 125; cf. aussi l'arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 520; arrêt n. p. 4C.57/2004, *Bausch & Lomb Inc. c/ Novartis AG*, du 26 avril 2004, (ci-après arrêt « *Katalysatorträger* »), sur Internet (dernière visite 7.02.2006) [www.bger.ch], p. 1 et ss, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que la forme d'un support du filtre qui se trouve dans le liquide de nettoyage de lentilles de contact ne constitue pas la nature même du produit, car cette forme n'est ni fonctionnelle, ni esthétiquement nécessaire.

1109 Arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 125.

1110 Arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 126.

1111 SIMON, *op. cit.*, p. 163, 164.

1112 Arrêt de la CREPI du 22 février 2000, (ci-après arrêt « *Fünfeckige Tablette* »), *sic!* 2000/4, p. 299, 300; cf. aussi DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 46, p. 46.

des formes d'emballage moins commodes, moins robustes ou plus coûteuses à fabriquer»¹¹¹³.

576. Le tube *Smarties* peut ainsi être évité par les concurrents, de sorte que la seconde exclusion au sens de l'article 2 *litt. b* LPM n'est pas remplie. Examiner une seconde fois la fonctionnalité dudit tube au regard de la nature même du produit n'avait dès lors aucun sens. En revanche, bien que le Tribunal fédéral énonce les caractéristiques «esthétiquement nécessaires» sous la condition de la nature même du produit, il ne tranche pas la question pour le tube *Smarties*.

577. Sous l'empire de l'ancienne Loi sur la concurrence déloyale (ci-après aLCD), dans l'arrêt «*Arlequins*», le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer l'aLCD à des poupées au motif que leur aspect esthétique ne résulte pas «[...] d'un élément supplémentaire extérieur, destiné à caractériser la marchandise ou l'ouvrage [...]»¹¹¹⁴. En d'autres termes, l'aspect esthétique de la forme de ces poupées n'a pas de force distinctive, de caractère arbitraire par rapport à ces dernières. Ces poupées n'ont pas été considérées comme originales au sens du droit des signes distinctifs.

578. Notre Haute Cour a ajouté que, s'agissant de produits purement décoratifs, l'aspect esthétique n'a pas de capacité distinctive¹¹¹⁵. L'absence d'usage pratique ne saurait toutefois être déterminante pour juger de la force distinctive¹¹¹⁶. Le Tribunal fédéral aurait dès lors pu se contenter de constater l'absence de force distinctive des poupées, inaptes à individualiser l'entreprise productrice¹¹¹⁷. En prohibant les formes qui constituent la nature même du produit, l'article 2 *litt. b* LPM exclut ainsi les formes qui sont «esthétiquement nécessaires»¹¹¹⁸.

¹¹¹³ Arrêt «*Smarties (3D) / M&M's (3D)*», ATF 131 III 121, 124, 125.

¹¹¹⁴ A. X. c/ B. Y., du 12 novembre 1984, (ci-après arrêt «*Arlequins*»), ATF 110 IV 102, *JdT* 1985 I 209, 213.

¹¹¹⁵ Arrêt «*Arlequins*», ATF 110 IV 102, *JdT* 1985 I 209, 213: «[...] pour les produits qui n'ont aucun but utilitaire et dont la valeur marchande se mesure uniquement d'après le contenu esthétique, leur configuration esthétique ne sert pas à renforcer leur force distinctive. Au contraire, le style et la coupe font alors partie intégrante de l'effet esthétique d'ensemble [...], et ne sont pas constitutifs d'une présentation caractéristique [...]»

¹¹¹⁶ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 30 n° 3, p. 376 note 10; dans une version plus récente, K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.1, p. 110, expose ce qui suit: «Si l'on ne posait pas la fonction distinctive indépendante de la marque de forme comme condition absolue de sa protection en tant que marque, la porte serait ouverte au dépôt abusif en tant que marque d'objets purement esthétiques (bijoux, sculpture), ce qui permettrait de contourner la loi sur les designs et la LDA. Les objets de pur ornement ne devraient donc pas, de manière générale, pouvoir être protégés en tant que marques de forme, puisque leur forme constitue leur nature intégrale et exclusive.»

¹¹¹⁷ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 30 n° 3, p. 376 note 10.

¹¹¹⁸ SIMON, *op. cit.*, p. 155; ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 837, 838; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.1, p. 109.

579. L'article 2 *litt. b* LPM a pour conséquence d'empêcher la protection des formes dont l'effet esthétique est inhérent, donné dans ce seul but, et non pas ajouté à des fins de distinction par rapport à d'autres formes¹¹¹⁹. De manière similaire, une partie de la doctrine soutient qu'une marque de forme est valable si, par un exercice intellectuel, il est possible de la séparer des éléments constitutifs spécifiques du produit qu'il s'agit de distinguer¹¹²⁰.

580. Nous avons souligné que, d'une part, l'article 2 *litt. b in fine* LPM exclut les formes indispensables ou fonctionnelles et que, d'autre part, l'article 2 *litt. a* LPM permet, de manière générale, d'exclure les marques de forme qui n'ont pas de capacité distinctive. Dès lors, la nature même du produit doit constituer une exclusion qui ne recouvre ni l'une, ni l'autre de ces deux catégories. Par ailleurs, rappelons que l'exclusion de la nature même du produit ne peut pas être corrigée par la marque imposée (examinée ci-dessous) et qu'elle est déterminante, du point de vue systématique, pour délimiter la marque de forme par rapport au design et au droit d'auteur.

581. A notre avis, une forme constitue la nature même du produit, lorsque la configuration esthétique est uniquement due à la nature du produit qu'il s'agit de distinguer. En d'autres termes elle est «esthétiquement nécessaire». Aucun élément susceptible d'être ou de devenir distinctif ne peut être séparé d'une telle forme. Dans ce cas, la forme ne saurait être arbitraire par rapport au produit, elle ne possède pas de capacité distinctive en relation avec le produit en cause.

582. Dans l'arrêt «*Sac Dior*», la CREPI a affirmé que la forme des anses d'un sac pour dame, soit la partie supérieure de ce dernier, constitue la nature même du produit¹¹²¹. Dans cette affaire, la CREPI a par ailleurs jugé que l'ajout de perles et d'un médaillon, sur les anses dudit sac, ne permet pas d'identifier l'origine du produit de manière initiale¹¹²². Notons encore que la marque imposée, qui sera définie ci-dessous, n'a pas été admise¹¹²³. Ce résultat peut être approuvé, car dans la mesure où l'on admet que la seule forme des anses du sac n'est pas déjà exclue en raison de sa nature fonctionnelle, elle n'est pas arbitraire par rapport au produit. Elle constitue au contraire sa nature même,

¹¹¹⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 2.1, p. 201, 202; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.1, p. 109; cf. arrêt de la CREPI du 12 février 1998, (ci-après arrêt «*Blaue Flasche*»), *sic!* 1998/3, p. 300, 301.

¹¹²⁰ SIMON, *op. cit.*, p. 155; ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 834 : «[...] es ist ausschliesslich nach objektiven Kriterien zu klären, ob eine zumindest gedankliche Trennung zwischen Ware und kennzeichnender Form möglich ist»; cf. aussi K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 17 n° 2.1, p. 109.

¹¹²¹ Arrêt de la CREPI du 4 septembre 2003, (ci-après arrêt «*Sac Dior*»), *sic!* 2004/2, p. 98.

¹¹²² Arrêt «*Sac Dior*», *sic!* 2004/2, p. 98, 99 : «Der Käufer erblickt in den Perlen ein ästhetisches Stilmittel und nicht einen Hinweis auf betriebliche Herkunft der Taschen.»

¹¹²³ Arrêt «*Sac Dior*», *sic!* 2004/2, p. 98, 99, 100.

elle est «esthétiquement nécessaire». En revanche, l'ajout de perles sur les anses du sac ne constitue pas la nature même du produit, de sorte que sa capacité distinctive pouvait encore être examinée au sens de l'article 2 *litt. a* LPM. En l'absence de capacité distinctive initiale, il était dès lors justifié de se poser la question de la marque imposée qui sera étudiée ci-dessous (§ 4).

583. A notre avis, le tube *Smarties* ne tombe pas sous le coup de l'exclusion de la nature même du produit. Le choix d'un tube ovale, plutôt qu'une autre forme, qui est séparable du produit, est susceptible d'être arbitraire et, par conséquent, de donner une force distinctive au tube *Smarties*, qui permet de reconnaître l'entreprise à l'origine des pastilles de chocolat. En revanche, la forme rectangulaire de la brique *Lego* doit être écartée au sens de l'article 2 *litt. b* LPM. La configuration de sa forme, dans la mesure où elle n'est pas déjà exclue en raison de sa nature fonctionnelle, est uniquement due à la nature du produit, dont elle ne peut pas être séparée. Elle ne saurait avoir de caractère distinctif. De même, le Tribunal fédéral est parvenu au bon résultat quant à l'ajout de saillies aux briques *Lego*, dont la forme n'est pas «esthétiquement nécessaire», inhérente aux jouets en forme de brique. Il s'ensuit qu'elle ne doit pas être exclue au motif de constituer la nature même du produit.

584. Les formes purement décoratives ne sont ainsi pas exclues en tant que telles du droit des marques¹¹²⁴. Leur enregistrement reste néanmoins peu probable, car le risque qu'elles soient «esthétiquement nécessaires», en d'autres termes, dépourvues de force distinctive ou de caractère arbitraire par rapport au produit, est relativement élevé. A cet égard, on rappellera que dans un souci de systématique générale des droits de propriété intellectuelle, nous soutenons que la marque de forme ne doit pas permettre de conférer un monopole potentiellement éternel à des formes dont la protection, en tant que design ou par le droit d'auteur, est de durée limitée. Qu'en est-il pour un signe olfactif primaire tel que le parfum ?

2.3.2. *Le parfum constitutif de la nature même du produit ?*

585. Dans son analyse, HAMMERSLEY relève que le signe olfactif primaire doit être examiné au regard de la théorie de la fonctionnalité esthétique au sens du droit des marques américain¹¹²⁵. Selon ladite théorie, des designs plaisants du point de vue esthétique sont considérés comme fonctionnels et, en conséquence, doivent pouvoir être copiés et imités librement¹¹²⁶. HAMMERSLEY distingue deux aspects dans cette théorie. Au regard du premier aspect,

¹¹²⁴ ARNET, *Formmarke*, *op. cit.*, p. 16; INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 198; *contra* HEINRICH, Peter / RUF, Angelika, «Markenschutz für Produktformen ?» *sic!* 2003/5, (ci-après HEINRICH / RUF, *Produktformen*), p. 407; HEINRICH / RUF, *Formmarke*, *op. cit.*, p. 264.

¹¹²⁵ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 140; cf. également ELIAS, *op. cit.*, p. 497.

¹¹²⁶ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 140.

il examine à nouveau la fonctionnalité du point de vue de la concurrence en précisant qu'un signe olfactif primaire tel que le jasmin doit rester libre, contrairement à un parfum plus complexe¹¹²⁷. Comme dans le raisonnement du Tribunal fédéral, cela revient à faire un double examen de la question fonctionnelle qui, à notre avis, est inutile.

586. Le deuxième aspect de la fonctionnalité esthétique doit être comparé avec la théorie de la diminution du nombre de couleurs disponibles pour les marques de couleur¹¹²⁸. Ainsi l'enregistrement de certaines couleurs ne peut pas être admis, car celui-ci priverait les concurrents d'alternatives¹¹²⁹. En reprenant l'exemple du jasmin, HAMMERSLEY conclut à ce que l'enregistrement de ce dernier, en tant que marque olfactive primaire, aurait pour effet de priver les concurrents de fragrances de base, mais que tel n'est pas le cas d'un parfum plus élaboré¹¹³⁰. Ce second aspect comme le premier relève de la forme techniquement nécessaire.

587. En droit allemand, FEZER analyse cette question au regard de l'indépendance (« *Selbständigkeit* ») de la marque, qui est une conséquence impérative issue de la fonction d'identification¹¹³¹. Un signe n'est pas protégeable lorsqu'il constitue un élément fonctionnel nécessaire du produit¹¹³². FEZER en déduit que la marque olfactive doit être autonome par rapport au produit qu'elle est censée distinguer¹¹³³. Dans son analyse, FEZER ne distingue cependant pas clairement entre le caractère techniquement nécessaire, la nature même du produit et la valeur du produit au sens du droit allemand¹¹³⁴. Son examen n'est ainsi d'aucun secours.

588. Selon LYONS, qui examine le droit anglais, un parfum ne peut pas être enregistré en tant que marque olfactive pour lui-même, mais uniquement en relation avec d'autres produits ou services¹¹³⁵. LYONS invoque le fait qu'un tel parfum ne permet pas de remplir la fonction d'indication d'origine, mais ne donne pas d'autres raisons¹¹³⁶. On doit néanmoins retenir que la question

1127 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 140, 141; *contra* ELIAS, *op. cit.*, p. 497, 498 qui estime que tous les parfums sont exclus au regard de cette théorie.

1128 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 141.

1129 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 142.

1130 HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 142; *contra* ELIAS, *op. cit.*, p. 489, 497, 498.

1131 FEZER, *Olfaktorische Marken*, *op. cit.*, p. 578.

1132 FEZER, *Olfaktorische Marken*, *op. cit.*, p. 578.

1133 FEZER, *Olfaktorische Marken*, *op. cit.*, p. 578.

1134 FEZER, *Olfaktorische Marken*, *op. cit.*, p. 578; DUBARRY, *op. cit.*, p. 52, examine le critère de la valeur substantielle en droit français; cf. aussi ASTIC/LARRIEU, *op. cit.*, p. 391; en droit suisse, la valeur substantielle n'est toutefois pas pertinente.

1135 LYONS, Debrett, « Sounds, Smells and Signs », *EIPR* 1994/12, p. 540.

1136 LYONS, *op. cit.*, p. 540.

de savoir si un parfum peut avoir une capacité distinctive en tant que signe olfactif primaire est pertinente.

589. Pour avoir une capacité distinctive, être arbitraire par rapport à la fragrance, la forme olfactive doit être ajoutée dans le but de distinguer le parfum d'un producteur par rapport à celui d'une autre entreprise. Tel ne saurait être le cas pour une marque olfactive primaire qui ne sert pas à individualiser un autre produit que le parfum lui-même. Dans cette hypothèse, la forme olfactive fait partie intégrante du parfum, sa configuration esthétique est uniquement due à la nature du produit qu'il s'agit de distinguer : elle ne confère aucune force distinctive qui permettrait d'indiquer l'origine dudit parfum. La forme olfactive primaire est « esthétiquement nécessaire », elle constitue la nature même du produit.

590. Ce constat s'applique en principe pour tous les produits que nous avons qualifiés de signes olfactifs primaires, à savoir le parfum, l'eau de parfum, l'eau de toilette ou eau rafraîchissante, ainsi que les parfums d'ambiance et les pots-pourris. On peut néanmoins se demander s'il en est de même des notes « fève tonka-iris-ambre gris » de Guerlain¹¹³⁷. A notre avis, cette « signature odorante » a bien été insérée à des fins distinctives, elle peut être considérée de manière séparée, de sorte qu'elle n'est pas « esthétiquement nécessaire ». Il s'ensuit qu'elle ne doit pas être écartée en raison de l'exclusion de la nature même du produit.

591. On doit néanmoins relever, à l'instar des perles ajoutées sur les anses dans l'arrêt « *Sac Dior* », qu'il est peu probable qu'un tel signe ait un caractère distinctif initial. La question de la marque imposée (examinée ci-dessous au § 4) pourra cependant être posée conformément à l'article 2 *litt.* a LPM. Par conséquent, sous réserve de la « signature odorante », composée de plusieurs notes, les signes olfactifs primaires constituent la nature même du produit et sont exclus de la protection du droit des marques, en raison du principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme. Voyons ce qu'il en est aux Etats-Unis à l'aide d'un exemple.

2.4. *Le cas du fil à broder de Célia Clarke déposé aux Etats-Unis*

592. Aux Etats-Unis, une marque olfactive a été accordée, pour un fil de couture et de broderie, à Célia Clarke (la société OSEWEZ ou « *Oh-Sew-Easy* »), par l'instance d'appel (Trademark Trial and Appeal Board, ci-après TTAB) de l'Office des brevets et des marques (US Patent and Trademark Office,

¹¹³⁷ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

ci-après USPTO)¹¹³⁸. ELIAS observe que cette marque a initialement été rejetée pour deux motifs : l'absence de possibilité d'une fragrance de constituer une marque et pour une objection de nature fonctionnelle¹¹³⁹.

593. La question fonctionnelle semble cependant avoir été écartée, avant l'audience devant le TTAB. La raison invoquée est que les concurrents peuvent utiliser d'autres parfums pour leur fil à broder, comme la rose ou le muguet¹¹⁴⁰. Lors de l'appel, il ne restait plus qu'à examiner si le fil à broder peut être reconnu comme indication de l'origine du produit, et ainsi être utilisé en tant que marque¹¹⁴¹. Célia Clarke a fait valoir qu'elle est la seule à produire un fil à broder avec une fragrance, soulignant qu'elle s'est fait connaître par son fil avec de la publicité, en se référant au parfum en tant qu'odeur douce (« *sweet smell* » ou « *Soft-Scent* »)¹¹⁴².

594. Le TTAB a considéré que la marque de Célia Clarke est suffisamment distinctive, compte tenu du fait que la fragrance « forte, fleurie et fraîche, rappelant les fleurs du frangipanier¹¹⁴³ » n'est pas une caractéristique naturelle, inhérente au fil à broder¹¹⁴⁴. Par conséquent, il a admis que ce parfum permet de distinguer le produit¹¹⁴⁵. La marque a par la suite été abandonnée pour des motifs administratifs¹¹⁴⁶.

595. Le fil à broder parfumé de Célia Clarke, examiné dans cette affaire, fait partie des signes olfactifs tertiaires (« *unique scent marks* »), car les fils de couture ne sont pas caractérisés, en tant que tels, par une odeur particulière. Selon ELIAS, l'arrêt « *In re Clarke* » a été influencé par le fait que Célia Clarke était la seule à produire un fil à broder parfumé¹¹⁴⁷. ELIAS en déduit que la reconnaissance du parfum par les utilisateurs a été facilitée de ce fait, de sorte

1138 TTAB n° 758,429 du 19 september 1990, (ci-après arrêt « *In re Clarke* »), *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118, 119; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 323; DUBARRY, *op. cit.*, p. 48, 49; ELIAS, *op. cit.*, p. 504 et ss; KARLEN, Peter H, « Fragrance registration in the US », *Trademark World* 1991/February, p. 18 et ss; HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 126 et ss; ZENDEL, Daniel / PRAHL, Dennis S, « Making Sense of Trademarks », *Trademark World* 1996/August, p. 21 et ss.

1139 ELIAS, *op. cit.*, p. 505.

1140 ELIAS, *op. cit.*, p. 505.

1141 ELIAS, *op. cit.*, p. 505.

1142 ELIAS, *op. cit.*, p. 505.

1143 Traduction de DUBARRY, *op. cit.*, p. 48, du texte anglais, arrêt « *In re Clarke* », *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118: « The mark is a high impact, fresh floral fragrance reminiscent of Plumeria blossoms. »

1144 Arrêt « *In re Clarke* », *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118, 119; DUBARRY, *op. cit.*, p. 49.

1145 Arrêt « *In re Clarke* », *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118, 119.

1146 BRESÉ, *Emergence des marques olfactives*, *op. cit.*, p. 5, relève que la marque n° 1.639.128, enregistrée en 1991, a été abandonnée en 1997, faute de production de la déclaration d'usage.

1147 ELIAS, *op. cit.*, p. 506 et ss.

que la référence au parfum dans la publicité, par des mots vagues d'odeur douce (« *Soft-Scented* »), a pu suffire¹¹⁴⁸. La question de la représentation de la marque olfactive relève cependant de l'enregistrement de la marque qui sera examinée ci-après (section 3).

596. HAMMERSELEY fait remarquer, avec raison, que la jurisprudence « *In re Clarke* » n'admet que les signes olfactifs qu'il appelle uniques (« *unique scent marks* »)¹¹⁴⁹. En d'autres termes, seuls les signes olfactifs tertiaires, comprenant les produits qui ne sont pas caractérisés par une fragrance, sont susceptibles d'être protégés à titre de marques. HAMMERSELEY expose néanmoins que certains signes olfactifs secondaires peuvent aussi constituer des marques olfactives valables¹¹⁵⁰.

597. KARLEN, qui commente cette même jurisprudence, considère que le parfum et le savon sont destinés à faire émaner un parfum agréable du destinataire final¹¹⁵¹. Par conséquent, il interprète l'arrêt « *In re Clarke* » comme interdisant d'enregistrer les signes olfactifs, primaires et secondaires en tant que marques¹¹⁵². En tout état de cause, on peut retenir de cette affaire que les formes olfactives primaires ne constituent pas des marques olfactives valables en droit américain. Cela est conforme à nos conclusions au regard du droit suisse, selon lesquelles, hormis la « signature odorante », les formes olfactives primaires sont « esthétiquement nécessaires » : elles constituent la nature même du produit. Un autre exemple, tiré du droit communautaire, mérite d'être évoqué.

2.5. La demande d'enregistrement « *Der Duft von Himbeeren* (L'arôme de framboises) »

598. La Chambre de recours OHMI s'est prononcée sur la demande d'enregistrement numéro 001222090, en tant que marque communautaire olfactive, du signe caractérisé par la description verbale qui suit : « *Der Duft von Himbeeren* (L'arôme de framboises)¹¹⁵³ ». L'enregistrement a été demandé en classe 4 de la classification internationale des produits et services (ci-après

¹¹⁴⁸ ELIAS, *op. cit.*, p. 506, 507.

¹¹⁴⁹ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵⁰ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵¹ KARLEN, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁵² KARLEN, *op. cit.*, p. 20 : « There is a strong argument that the fragrance of perfumes and personal hygiene and apparel products should be unregistrable, as hinted in the TTAB's Clarke opinion. »

¹¹⁵³ Myles Limited, OHMI, 3^e Chambre de recours du 5 décembre 2001, Affaire R 711/1999-3, (ci-après décision « *L'Arôme de framboises* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 2.

Classification de l'AN)¹¹⁵⁴, pour « [...] des combustibles, y compris les carburants pour moteurs, notamment le diesel sous forme de gazole, de combustible et de carburant¹¹⁵⁵ ». Selon la Chambre de recours OHMI, dans des cas exceptionnels tels que celui de l'arôme de framboises, un parfum peut être décrit avec suffisamment de précision¹¹⁵⁶.

599. La Chambre de recours OHMI a ainsi précisé que l'odeur de *l'arôme de framboises* est clairement reconnaissable par sa description, au contraire de l'odeur « [...] balsamique fruitée avec une légère note de cannelle¹¹⁵⁷ » qui n'a pas été admise dans l'arrêt « *Sieckmann* », commenté ci-après¹¹⁵⁸. L'argument consistant à soutenir que la marque peut varier selon le contexte de son utilisation, en l'occurrence avec du diesel, n'a pas été retenu¹¹⁵⁹.

600. Sur l'exigence de la représentation graphique, qui sera examinée ci-après, la Chambre de recours OHMI ne s'est pas écartée de l'arrêt « *Odeur de l'herbe fraîchement coupée* »¹¹⁶⁰, également commenté ci-après, en considérant que l'article 4 du Règlement CE 40/94 ne fait pas obstacle à l'enregistrement de la marque olfactive *l'arôme de framboises*¹¹⁶¹. En revanche, la demande d'en-

1154 Cette classification découle de l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques révisé à Genève le 13 mai 1977, RS 0.232.112.9 : le texte de la huitième édition de la Classification de l'AN, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002, est disponible sur Internet de l'OMPI (dernière visite 4.11.2005) [www.wipo.org/classifications/fulltext/nice8/frmain.htm].

1155 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 2.

1156 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 14 et 15.

1157 Arrêt CJCE Ralf Sieckmann c/ Deutsches Patent- und Markenamt, du 12 décembre 2002, C-273/00, (ci-après arrêt « *Sieckmann* »), REC. CJCE 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 3, 4.

1158 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 17.

1159 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 18 et 19.

1160 Veenootschap onder firma senta aromatic, OHMI, 2^e Chambre de recours du 11 février 1999, Affaire R 156/1998.2, (ci-après décision « *Odeur de l'herbe fraîchement coupée* »), PIBD 2000/689 III, p. 10 et s.

1161 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 5, 6, considérants 28 à 31 : « [...] pour constituer une marque, il n'est pas nécessaire qu'un signe puisse être représenté directement graphiquement, comme c'est le cas pour une marque verbale ou une marque figurative. Dans certaines circonstances il suffit en effet que le signe soit descriptible de manière indirecte, du moins tant que la forme de la marque demandée ne peut, en raison de sa nature même, être reproduite directement de manière écrite ou figurative, comme c'est le cas par exemple, pour des marques sonores ou olfactives et tant que le principe de détermination juridique ait été respecté pour ce qui concerne l'attribution de la date de dépôt. Dans ce cas, une description précise ou par exemple, une représentation par notation musicale, doit suffire si l'on ne souhaite pas refuser la protection de cette marque ab initio. »

registrement de ladite marque olfactive a en définitive été refusée, faute de caractère distinctif¹¹⁶².

601. La Chambre de recours OHMI distingue entre les produits tels que les carburants pour moteurs (diesel sous forme de gazole, de combustible et de carburant) et des produits qui font partie de la description générique « combustibles » (bougies et pétrole), que l'on trouve déjà sur le marché. En ce qui concerne ces derniers, elle relève : « L'arôme de framboises constitue l'une des caractéristiques essentielles de ces odeurs de combustibles en combustion, et ne possède dès lors de toute évidence aucun caractère distinctif.¹¹⁶³ »

602. Par rapport aux carburants pour moteur, en particulier le diesel, la Chambre de recours OHMI a considéré que « [...] le consommateur ne perçoit pas l'arôme de framboises séparément des produits¹¹⁶⁴ » et que l'adjonction de cet arôme à l'odeur désagréable du carburant « [...] ne modifie pas ou très peu cette impression olfactive chez le consommateur de ces produits même si l'arôme de framboises permet de rendre l'odeur de ces produits légèrement plus agréable »¹¹⁶⁵. Par conséquent, elle a estimé que ce « parfumage » du produit est insuffisant au regard de l'exigence du caractère distinctif de la marque¹¹⁶⁶.

603. Cette décision de la Chambre de recours OHMI concerne les trois catégories de signes olfactifs. Dans la mesure où les bougies odorantes sont principalement achetées pour l'attrait de leur fragrance, elles pourraient constituer des signes olfactifs primaires. La fonction principale des bougies étant cependant d'éclairer, nous sommes d'avis de les placer dans la catégorie des signes olfactifs secondaires. Les parfums d'ambiance sous forme de combustibles constituent en revanche des signes olfactifs primaires, à l'instar du parfum lorsqu'il sert à se distinguer lui-même. Nous avons observé que les signes olfactifs primaires sont « esthétiquement nécessaires », qu'ils constituent la nature même du produit et sont, de ce fait, exclus de la protection en droit suisse. Par conséquent, tel est le cas pour les parfums d'ambiance. En effet, la forme olfactive en question n'est pas séparable de la fragrance. Dès lors, elle ne saurait être arbitraire par rapport au produit dont la caractéristique principale est son odeur.

¹¹⁶² Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 6 et ss, considérants 32 et ss.

¹¹⁶³ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 7.

¹¹⁶⁴ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 2, 7, considérant 43.

¹¹⁶⁵ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 2, 7, considérant 43.

¹¹⁶⁶ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 7, considérant 44.

604. Dans le cas de la marque communautaire, l'article 3 al. 1 *litt. e* Directive 89/104/CEE vise à exclure les signes constitués exclusivement par la forme de la nature même du produit. Cette disposition retranscrit le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif. C'est pourquoi nous approuvons les considérations de la Chambre de recours OHMI sur l'absence de caractère distinctif de ces signes olfactifs primaires.

605. En revanche, exiger que la marque olfactive soit entièrement indépendante de l'odeur du produit lui-même, même si celle-ci est désagréable, nous semble exagéré. En effet, comme la Chambre de recours OHMI le souligne elle-même, dans un autre considérant, le contexte concret d'utilisation de la marque ne constitue pas un obstacle à son enregistrement¹¹⁶⁷. Comme HAMMERSLEY, nous avons classé l'huile de moteur parfumée, par exemple avec une fragrance cerise, dans les signes olfactifs tertiaires¹¹⁶⁸. En droit suisse, nous avons constaté que de tels signes ne doivent pas être examinés selon le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, (art. 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme). Il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas être «esthétiquement nécessaires», constituer la nature même du produit au sens de cette disposition.

606. Dans le cas contraire, on condamne la marque olfactive. En effet, une odeur relève par définition d'une expérience esthétique, d'un «parfumage» destiné à rendre l'ambiance plus agréable. Toutefois, comme pour la marque de couleur, soutenir qu'une senteur (une couleur) a été ajoutée après coup, pour donner un caractère distinctif, devient moins pertinent lorsque le produit en question possède une odeur (une couleur) d'origine. Même s'il s'agit d'un cas moins évident que celui des autres signes olfactifs tertiaires, nous sommes d'avis que l'adjonction de *l'arôme de framboises* au carburant n'est pas uniquement esthétique, mais a bien pour fonction de distinguer ce dernier.

607. Comme souligné par la Chambre de recours OHMI, la solution ne doit pas être influencée par le fait qu'il n'est pas usuel d'ajouter un arôme à un carburant pour moteur¹¹⁶⁹. En conséquence, si l'on imagine que tous les carburants contiennent un additif olfactif destiné à les rendre moins désagréables, la question se pose de manière un peu différente. Malgré tout, il nous semble que l'odeur framboise plutôt que vanille aurait pour effet de distinguer un carburant d'un autre. En effet, au contraire des parfums d'ambiance, a priori,

¹¹⁶⁷ Décision «*L'Arôme de framboises*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérant 18, 19.

¹¹⁶⁸ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁶⁹ Décision «*L'Arôme de framboises*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 7, considérant 46 : «L'expérience sur des marchés similaires montre cependant qu'il est probable que les additifs olfactifs pour le diesel seront mis au point dans le futur.»

le consommateur n'achète pas son carburant pour ses propriétés olfactives, qui ne sont nullement nécessaires à celui-ci.

Conclusions sur les signes qui constituent la nature même du produit ou qui sont techniquement nécessaires

608. Dans la catégorie des signes olfactifs secondaires, qui comprend notamment les produits corporels tels que les savons et les produits de nettoyage, nous avons observé que le parfum peut être remplacé par un autre, sans que les qualités principales du produit désigné n'en soient altérées. De ce fait, la question de l'appartenance au domaine public des signes olfactifs secondaires ne doit pas être vérifiée selon le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme), mais relève de l'article 2 *litt.* a LPM.

609. Pour les signes olfactifs tertiaires, qui désignent des produits en principe inodores, il en est de même. Un parfum peut être remplacé par un autre. Lorsque l'on ajoute *l'arôme de framboises* à un carburant ou une fragrance cerise ou à de l'huile de moteur, la réponse reste identique : les qualités premières de ces produits ne sont pas affectées par l'adjonction d'un parfum.

610. Le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme, se limite en conséquence aux signes olfactifs primaires tels qu'un parfum. Nous avons cependant exposé que la «signature odorante» constitue une exception, dès lors qu'elle est composée de plusieurs notes, à l'instar de la «guerlinade». L'exclusion des formes techniquement nécessaires comprend deux aspects : les formes indispensables pour lesquelles il n'existe pas d'alternative technique, d'une part, et les formes fonctionnelles qui ne peuvent pas raisonnablement être évitées par les concurrents, d'autre part. Un parfum complexe, dont la composition du «bouquet» comporte des notes différentes, ne sera ni indispensable, ni fonctionnel. En revanche, des notes simples comme le jasmin sont indispensables et fonctionnelles.

611. Le résultat selon lequel certaines fragrances, en tant que signes olfactifs primaires, sont techniquement nécessaires, alors que d'autres ne le sont pas, ne semble cependant pas avoir de portée pratique. En effet, sous réserve de la «signature odorante», les signes olfactifs primaires sont exclus en raison du principe général de l'interdiction pour le signe de constituer son propre signe distinctif (retranscrit pour les marques de forme à l'article 2 *litt.* b LPM), car ils constituent la nature même du produit. Ils sont «esthétiquement nécessaires», raison pour laquelle ils ne sauraient avoir de caractère distinctif au sens du droit des marques. Par conséquent, le parfum ne devrait pas pouvoir constituer son propre signe distinctif. Se pose alors la question du caractère distinctif des signes olfactifs secondaires, tertiaires et

de la « signature odorante ». L'étude des motifs absolus d'exclusion au sens de l'article 2 *litt. a* LPM va nous permettre d'y répondre.

§ 3. Les signes appartenant au domaine public (art. 2 *litt. a* LPM)

612. Selon les termes de l'article 2 *litt. a* LPM, sont exclus de la protection « les signes appartenant au domaine public, sauf s'ils se sont imposés comme marque pour les produits ou services concernés ». Force est de reconnaître que les signes qui appartiennent au domaine public ne sauraient être enregistrés. En effet, non seulement ils ne permettent pas de distinguer le produit d'une entreprise déterminée par rapport à ceux d'une autre entreprise, mais encore toute entreprise devrait pouvoir en faire usage¹¹⁷⁰. Il existe plusieurs catégories de signes appartenant au domaine public¹¹⁷¹. Un signe fait partie du domaine public lorsque son usage est indispensable dans la vie de tous les jours¹¹⁷².

613. Selon les Directives en matière de marques, les signes qui font partie du domaine public se divisent en deux catégories : les signes qui ne possèdent aucune force distinctive (ils ne permettent pas de distinguer une entreprise déterminée) et les signes qui sont indispensables au commerce (ils ne peuvent pas être monopolisés par une seule entreprise, car les concurrents sont également tributaires de leur utilisation)¹¹⁷³. Ces derniers sont fonctionnels (techniquement nécessaires).

614. Dans cette étude des signes olfactifs secondaires, tertiaires et de la « signature odorante », qui ne sont pas exclus par le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme, nous commencerons par examiner les signes descriptifs ou génériques (3.1). Cet exposé sera suivi par celui sur les signes banals (3.2). Enfin, nous terminerons l'analyse de l'article 2 *litt. a* LPM avec les signes dégénérés ou libres (3.3).

3.1. Les signes descriptifs ou génériques

615. Les signes descriptifs donnent des informations sur des caractéristiques comme par exemple la nature, la composition, la qualité, la quantité, la

¹¹⁷⁰ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 381, p. 194.

¹¹⁷¹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 17 n° 1, p. 183 ; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 382, p. 194.

¹¹⁷² DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 2, n° 6, p. 27.

¹¹⁷³ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.2, p. 59.

destination, la valeur ou l'origine des produits qu'ils servent à distinguer¹¹⁷⁴. A cet égard, les jugements des tribunaux étrangers ne constituent pas des précédents¹¹⁷⁵. Pour déterminer si un signe est une désignation générique, l'opinion du consommateur final est déterminante¹¹⁷⁶. L'IFPI considère par exemple que « VERT » est une couleur caractéristique pour des colorants, laques ou cosmétiques et appartient de ce fait au domaine public¹¹⁷⁷. De même, « ROUGE » est une couleur inhérente pour des tomates, « ORANGE » une couleur générique pour des oranges et la couleur « CORAIL » descriptive pour du vin¹¹⁷⁸.

616. Dans le cas des signes olfactifs tertiaires, l'odeur de citron pour désigner des citrons devrait par exemple être considérée comme descriptive¹¹⁷⁹. Il en serait de même pour un arôme de fraise pour une confiture à la fraise¹¹⁸⁰ ou d'un arôme de cacao pour un dessert au chocolat¹¹⁸¹. Par ailleurs, un tel signe est fonctionnel (techniquement nécessaire), de sorte qu'il doit rester à la disposition de tous et ne saurait être enregistré en tant que marque imposée (la marque imposée sera examinée au § 4, ci-dessous).

617. Au contraire, un signe olfactif tertiaire tel que *l'arôme de framboises* n'est pas descriptif selon nous, lorsqu'il désigne un carburant, comme dans la décision commentée ci-dessus, et non pas le fruit qu'il décrit¹¹⁸². On doit néanmoins relever que si tous les carburants étaient pourvus d'un parfum, un tel signe pourrait perdre son caractère distinctif. En revanche, nous sommes d'avis qu'il n'est pas fonctionnel (techniquement nécessaire), de sorte qu'il pourrait dans un tel cas être enregistré sous la forme d'une marque imposée, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous.

618. Dans la décision « *Odeur de fraise mûre* », commentée ci-dessous, la Chambre de recours OHMI n'a pas eu à se pencher sur le caractère descriptif

1174 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 1.1.1, p. 184; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 383, p. 194; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 1, n° 10, p. 29; cf. aussi MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 520, p. 103.

1175 Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.9, p. 58; arrêt de la CREPI du 5 octobre 2000, (ci-après arrêt « *Siddharta* »), *sic!* 2001/1, p. 31, 33; arrêt de la CREPI du 30 avril 2003, (ci-après arrêt « *Pâte dentifrice (3D)* »), *sic!* 2003/10, p. 804, 806; arrêt du Tribunal fédéral n. p. 4A.5/2003, X. Inc. c/ IFPI, du 22 décembre 2003, (ci-après arrêt « *Discovery Travel & Adventure Channel* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, in: *sic!* 2004/5, p. 400, 403; arrêt du Tribunal fédéral du 25 novembre 2004, (ci-après « *Firemaster* »), *sic!* 2005/4, p. 278, 280.

1176 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 1.1.1, p. 192; Association suisse des experts comptables c/ Fiducia SA, (ci-après arrêt « *Fiducia* »), ATF 80 II 138, *JdT* 1955 I 34, 37.

1177 Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.4.2.4, p. 65, 66.

1178 Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.4.2.4, p. 65, 66.

1179 KARLEN, *op. cit.*, p. 19.

1180 DUBARRY, *op. cit.* p. 52.

1181 ASTIC/LARRIEU, *op. cit.*, p. 392.

1182 Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4.

de ladite fragrance au regard du droit communautaire. La raison en est qu'elle a refusé l'enregistrement faute de représentation graphique¹¹⁸³. On peut néanmoins relever que l'enregistrement était demandé pour un nombre important de produits, dont notamment des préparations pour blanchir, des savons, des produits de la parfumerie, des eaux de toilettes, des huiles essentielles, des articles de papeterie et des produits d'imprimerie¹¹⁸⁴.

619. Notons néanmoins que l'examineur a estimé que si, par impossible, la marque devait être admise, elle serait dépourvue de caractère distinctif au sens de l'article 7 al. 1 *litt. b* du Règlement CE 40/94. A cet égard, on soulignera que parmi les produits revendiqués figurent des signes olfactifs primaires, secondaires et tertiaires. Nous avons déjà examiné la question des signes olfactifs tertiaires et primaires. En revanche, on doit se demander si *l'odeur de fraise mûre* en tant que signe olfactif secondaire peut être distinctif pour du savon, par exemple.

620. A notre avis, tel n'est pas le cas, car pour le consommateur final, même si tous les savons n'ont pas cette odeur, elle n'a rien d'arbitraire par rapport à ce produit. De plus, pour du savon, des odeurs simples telles que *l'odeur de fraise mûre* sont fonctionnelles et, partant, ne peuvent pas constituer une marque imposée. En revanche, un parfum complexe, utilisé en tant que signe olfactif secondaire pour du savon, à défaut d'être distinctif à l'origine, pourrait devenir une marque imposée (cf. § 4 ci-après).

3.2. Les signes banals

621. De manière générale, sont banals les signes simples comme par exemple des lettres de l'alphabet latin, les chiffres arabes ou romains, les couleurs de base, les signes mathématiques¹¹⁸⁵. La combinaison d'éléments banals, présentés dans une forme caractéristique peut toutefois constituer une marque valable¹¹⁸⁶.

622. Dans le cas d'un signe olfactif tertiaire ou secondaire, une odeur simple, telle qu'une note de base qui fait partie des sept familles ou palettes, devrait à notre avis être considérée comme un signe banal. A propos du droit

¹¹⁸³ Laboratoires France Parfum SA, OHMI, 1^{re} Chambre de recours du 24 mai 2004, Affaire R 591/2003-1, (ci-après décision « *Odeur de fraise mûre* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 9.

¹¹⁸⁴ Décision « *Odeur de fraise mûre* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 3.

¹¹⁸⁵ DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 2, n° 31, p. 39; MARBACH, *Immateriälgüterrecht*, *op. cit.*, n° 532, p. 106.

¹¹⁸⁶ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. I, § 17 n° 1.2, p. 198; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 386, p. 197; DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 1, n° 31, p. 39, qui parle de signes primitifs.

américain, HAMMERSLEY considère par exemple le jasmin comme une fragrance usuelle qui doit rester à la libre disposition d'éventuels concurrents¹¹⁸⁷. Dans le cas de la « signature odorante » (signe olfactif primaire), les notes « fève tonka-iris-ambre gris » de Guerlain¹¹⁸⁸ sont sans doute banales séparément. Leur combinaison peut néanmoins avoir un caractère distinctif. Si un tel signe n'est pas admis initialement, faute d'être reconnu par le consommateur, il pourra cependant être enregistré en tant que marque imposée, examinée ci-après (§ 4).

623. *L'odeur de fraise mûre*, à l'instar de *l'arôme de framboises*, pourrait a priori constituer un signe banal au sens de l'article 2 *litt. a* LPM, qui doit rester à la libre disposition de tous. Par conséquent, plus le signe olfactif est une senteur simple, qui doit rester à la disposition de tous, moins il aura de chances d'être admis comme marque olfactive. Trop de sévérité condamnerait toutefois, en tant que marque, le signe olfactif tertiaire, secondaire et la « signature odorante ».

624. Pour les couleurs de base, l'interdiction de les enregistrer comme marque se comprend d'autant plus que tout objet doit nécessairement avoir une couleur. En revanche, il est parfaitement envisageable qu'un objet soit inodore. Ainsi, le fait d'utiliser un parfum tel que celui de fraise, vanille ou framboise pour distinguer un objet, dont l'odeur normale est neutre, ne saurait empêcher un concurrent de commercialiser le même objet. En conséquence, il serait exagéré de considérer ces senteurs, certes triviales, comme des signes banals dans de tels cas, sous peine de condamner la marque olfactive.

3.3. Les signes dégénérés ou libres

625. Une marque, à l'origine valable, peut dégénérer en signe libre lorsqu'elle perd sa force distinctive, en devenant la désignation usuelle des produits de la même catégorie, et non plus le produit du fabricant qui en est le titulaire¹¹⁸⁹. Les signes libres ou dégénérés sont des signes qui pourraient constituer des marques valables, mais qui ont perdu leur caractère distinctif¹¹⁹⁰. Un signe distinctif est privé de ce caractère, si la généralisation de son

¹¹⁸⁷ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 139.

¹¹⁸⁸ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

¹¹⁸⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 1.3, p. 199; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 381, p. 194; A. c/ Assoziation Montessori (Schweiz), 3 novembre 2003, (ci-après arrêt « Montessori »), ATF 130 III 113, 117; Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.4.7, p. 69.

¹¹⁹⁰ DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 25, p. 37; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 526, p. 105; cf. Vereinigte Altenburger und Stralsunder Speilkarten-Fabriken c/ OFPI, du 29 juin 1988, (ci-après arrêt « Eile mit Weile »), ATF 114 II 171, JdT 1988 I 295; ROHNER, *op. cit.*, p. 115; cf. aussi Tribunal du commerce de Zurich, du 27 mars 2001, (ci-après arrêt « Die Gelben Seiten »), sic! 2001/7, p. 639, 643; arrêt « Montessori », ATF 130 III 113, 117.

emploi lui a fait perdre tout caractère distinctif: il doit être considéré comme générique par les milieux intéressés et une évolution contraire doit se révéler impossible¹¹⁹¹.

626. La dégénérescence est en quelque sorte la rançon du succès. La transformation d'une marque en signe dégénéré ne doit pas être admise facilement. Selon la jurisprudence, elle est « [...] parfaite seulement lorsque tous les milieux intéressés à la production, à la distribution et à l'achat des marchandises en cause ne la prennent plus que pour une indication du domaine public [...] »¹¹⁹². Un signe devient libre lorsqu'il n'a plus aucune force distinctive¹¹⁹³.

627. Pour une marque olfactive secondaire ou tertiaire, on pourrait songer à la fragrance du parfum *Chypre* qui est devenu un « archétype ». Il s'agit même d'une des sept palettes ou familles à la disposition du compositeur de parfums. Il est possible que la note chypre soit considérée comme un signe libre, par exemple pour certains savons.

628. Au regard du droit américain, HAWES fait remarquer que l'odeur citron est incorporée dans de nombreux savons liquides¹¹⁹⁴. Il considère néanmoins qu'elle n'est pas générique, car elle n'a aucun lien descriptif avec la qualité de nettoyant desdits savons¹¹⁹⁵. En revanche, il estime qu'elle est devenue si usuelle pour ce type de savons qu'elle ne permet plus de distinguer le produit, à l'instar des mots « aspirine » ou « escalator »¹¹⁹⁶. On peut ainsi considérer que l'odeur de citron pour du savon a dégénéré, qu'elle est devenue un signe olfactif secondaire libre.

629. Par conséquent, certains signes olfactifs (secondaires, tertiaires et « signature odorante ») qui ne sont pas condamnés par le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme, peuvent être exclus selon l'article 2 *litt. a* LPM. Nous nous demanderons toutefois si les marques olfactives secondaires et tertiaires, voire primaires, peuvent être enregistrées en tant que marque imposée.

¹¹⁹¹ Spera SA c/ Welta et Orion SA, du 30 avril 1957, (ci-après arrêt « Spera »), ATF 83 II 216, 219.

¹¹⁹² Arrêt « Eile mit Weile », ATF 114 II 171, JdT 1988 I 295 ; arrêt « Die Gelben Seiten », sic! 2001/7, p. 639, 643 ; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 27, p. 37 ; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 527, p. 105.

¹¹⁹³ DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 29, p. 38 ; SA Edigio Galbari c/ Migros AG, du 15 mai 1934, (ci-après arrêt « Bel Paese »), ATF 60 II 249, 254.

¹¹⁹⁴ HAWES, *op. cit.*, p. 149, 150.

¹¹⁹⁵ HAWES, *op. cit.*, p. 149, 150.

¹¹⁹⁶ HAWES, *op. cit.*, p. 150.

§ 4. La marque imposée

4.1. La notion de marque imposée

630. La marque imposée consacre une exception, visant à enregistrer un signe qui est devenu distinctif par un usage long ou intensif¹¹⁹⁷. Un signe s'est imposé (« *Verkehrsdurchsetzung* ») lorsque, pour un produit donné, une grande partie du public l'attribue à une entreprise déterminée¹¹⁹⁸. Le signe doit s'être imposé dans toute la Suisse pour bénéficier de cette protection¹¹⁹⁹.

631. Le Tribunal fédéral précise qu'une marque de forme, exclue en vertu de l'article 2 *litt. b* LPM, ne peut pas être enregistrée comme marque imposée, contrairement à la marque qui fait partie du domaine public au sens de l'article 2 *litt. a* LPM¹²⁰⁰. Les formes qui constituent la nature même du produit ou qui sont techniquement nécessaires doivent en effet rester libres, quel que soit leur degré de notoriété¹²⁰¹. Les Directives en matière de marques ajoutent que les signes exclus au sens de l'article 2 *litt. d* LPM ne peuvent pas devenir des marques imposées¹²⁰². En revanche, une indication de provenance trompeuse peut perdre son caractère trompeur par l'acquisition d'une signification propre (« *secondary meaning* »)¹²⁰³.

¹¹⁹⁷ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 14 n° 3.4.4, p. 137; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 38, 39, p. 43: « Voraussetzung der Verkehrsdurchsetzung ist die lang dauernde oder umfangreiche Benutzung mit bedeutenden Umsätzen im Zusammenhang mit Ware oder Dienstleistungen, unterstützt durch gross angelegte, weitverbreitete und geschickte Werbung [...] »; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 533, p. 106.

¹¹⁹⁸ The Swatch Group SA c/ IFPI et CREPI, du 24 février 2004, (ci-après arrêt « *Uhrenarmband (3D)* »), ATF 130 III 328, 331; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 39, p. 43; WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit.*, ad art. 2, n° 170, p. 90; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 533, p. 106.

¹¹⁹⁹ Jumbo Sud SA c/ Brico SA, du 11 juillet 2000, (ci-après arrêt « *Brico* »), ATF 127 III 33, *JdT* 2001 I 340, 341.

¹²⁰⁰ Arrêt « *Smarties (3D) / M&M's (3D)* », ATF 131 III 121, 123, 124; arrêt « *Lego III (3D)* », ATF 129 III 514, 518; arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666; cf. aussi HEINRICH / RUF, *Produktformen, op. cit.*, p. 409; CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt « Lego II (3D) », op. cit.*, p. 336; ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 837.

¹²⁰¹ ARNET, *Formmarke, op. cit.*, p. 62; ARNET, *Markenschutz, op. cit.*, p. 837; CHERPILLOD, Ivan, « La notion de marque », in: MARCHETTO, *La nouvelle loi fédérale sur la protection des marques*, CEDIDAC N° 27, Lausanne 1994, (ci-après CHERPILLOD, *La notion de marque*), p. 27; CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt « Lego II (3D) », op. cit.*, p. 336; MARBACH, *Markenrecht, op. cit.*, p. 61; STREULI-YOUSSEF, *Formmarken, op. cit.*, p. 795; arrêt « *Parfümflasche I* », *sic!* 1998/4, p. 399, 400; arrêt de la CREPI du 30 décembre 1998, (ci-après arrêt « *Parfümflasche II* »), *sic!* 1999/2, p. 130; INEICHEN, *Die Formmarke, op. cit.*, p. 197, 201.

¹²⁰² Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 10.1, p. 116.

¹²⁰³ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 8.7.2 et 10.1, p. 108, 116; Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH c/ Eidg. Amt für geistiges Eigentum, du 17 septembre 1963, (ci-après arrêt « *Dorset* »), ATF 89 I 290: la marque *Parisienne* s'est imposée pour des cigarettes.

632. Pour bien comprendre l'enjeu de la marque imposée, une présentation plus approfondie du conflit entre les *litterae* a et b nous semble indispensable (4.2). Elle sera suivie de considérations sur l'opportunité d'admettre l'enregistrement d'un signe qui constitue la nature même du produit, en tant que marque imposée (4.3). Après quelques remarques sur la marque de couleur imposée (4.4), nous terminerons cette analyse par la marque olfactive imposée (4.5).

4.2. Le conflit entre les *litterae* a et b de l'article 2 LPM

633. Lors de l'examen de l'article 2 *litt.* a LPM, certaines jurisprudences considèrent que les marques de forme doivent se distinguer de ce qui est usuel et attendu¹²⁰⁴. HEINRICH et RUF relèvent avec raison que ceci a pour conséquence que les motifs d'exclusion des *litterae* a et b de l'article 2 LPM se recoupent¹²⁰⁵. A juste titre, ils en déduisent que lorsqu'une forme est exclue selon l'article 2 *litt.* b LPM, il n'est plus nécessaire de vérifier si elle est également exclue selon l'article 2 *litt.* a LPM et, encore moins, si elle s'est imposée dans le commerce¹²⁰⁶.

634. INEICHEN considère qu'on doit se montrer restrictif pour exclure une marque de forme selon l'article 2 *litt.* b LPM. A son avis, l'exclusion doit plutôt se faire par l'article 2 *litt.* a LPM qui présente l'avantage de pouvoir être corrigé par le mécanisme de la marque imposée¹²⁰⁷. Ainsi, les investissements pour obtenir la forme d'un produit ne sont pas d'emblée exclus d'une éventuelle protection par la marque de forme¹²⁰⁸. Le but du droit des marques n'est cependant pas de protéger l'investissement par rapport à la forme d'un produit qui, selon nous, relève plutôt du droit des créations nouvelles.

635. Pour ARNET, la question de l'article 2 *litt.* b LPM s'analyse selon des critères objectifs, tandis que l'absence de force distinctive initiale au sens de l'article 2 *litt.* a LPM relève de l'attente subjective des destinataires¹²⁰⁹. Ce

¹²⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 octobre 1999, (ci-après arrêt «*Runde Tablette*»), *sic!* 2000/4, p. 286 : «*Ausschlaggebend ist, dass das Zeichen vom Gewohnten und Erwarteten abweicht [...] ; arrêt «*The Original*», ATF 120 II 307, 310 ; arrêt «*Lego II (3D)*», *sic!* 2003/4, p. 332, 334 ; arrêt «*Zigarettenverpackung (3D)*», *sic!* 2006/10, p. 666, 667 ; arrêt de la CREPI du 24 juin 2003, (ci-après arrêt «*Eistorte (3D)*»), *sic!* 2004/6, p. 502 ; arrêt «*Pâte dentifrice (3D)*», *sic!* 2003/10, p. 804, 805 ; arrêt de la CREPI du 20 août 2002, (ci-après arrêt «*Milchgetränkflasche (3-D)*»), *sic!* 2003/1, p. 38 ; arrêt de la CREPI du 3 août 2005, (ci-après arrêt «*Radiokörper*»), *sic!* 2006/1, p. 33, 34 ; arrêt de la CREPI du 11 novembre 2005, (ci-après arrêt «*Tetrapack 3D*»), *sic!* 2006/4, p. 264, 265.*

¹²⁰⁵ HEINRICH / RUF, *Produktformen*, *op. cit.*, p. 397, 398 ; ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 837.

¹²⁰⁶ HEINRICH / RUF, *Produktformen*, *op. cit.*, p. 409 ; HEINRICH / RUF, *Formmarke*, *op. cit.*, p. 255, 256.

¹²⁰⁷ INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 197.

¹²⁰⁸ INEICHEN, *Die Formmarke*, *op. cit.*, p. 197.

¹²⁰⁹ ARNET, *Markenschutz*, *op. cit.*, p. 835, 836, 839.

constat ne règle cependant pas le conflit entre les *litterae* a et b de l'article 2 LPM, au regard de la question de la marque imposée.

636. Dans l'arrêt «*Buttermödeli*», la CREPI a examiné une plaque de beurre rectangulaire, dont l'enregistrement était demandé, en tant que marque de forme¹²¹⁰. La CREPI a affirmé que l'article 2 *litt.* b LPM ne définit pas de manière absolue, pour les marques de forme, la limite des signes qui doivent rester à la disposition de tous¹²¹¹. Par conséquent, lors de l'examen de l'article 2 *litt.* a LPM, la CREPI a jugé que si la forme est indispensable à la vie quotidienne, elle ne peut en aucun cas devenir une marque imposée¹²¹². Cet arrêt est à cet égard contraire au texte de l'article 2 *litt.* a LPM qui permet la marque imposée.

637. La CREPI relève du reste au passage que la plaque de beurre constitue la nature même du produit¹²¹³. Il est dès lors difficile de comprendre ce qui motive une analyse au sens de l'article 2 *litt.* a LPM. A notre avis, le problème posé par cette plaque de beurre ne se limite cependant pas à la nature même du produit. Nous pensons en effet qu'elle est fonctionnelle, car elle ne peut pas être évitée par les concurrents. Il s'ensuit qu'elle doit être considérée comme techniquement nécessaire, de sorte que l'impossibilité de l'enregistrer en tant que marque imposée résulte de l'article 2 *litt.* b LPM.

638. Dans l'arrêt «*Uhrenarmband (3D)*», le litige portait sur le refus de la CREPI d'enregistrer la partie supérieure du bracelet de la montre *Swatch* en tant que marque de forme imposée¹²¹⁴. La CREPI a examiné l'appartenance au domaine public au regard de l'article 2 *litt.* a LPM, ce qui n'est pas remis en cause par le Tribunal fédéral¹²¹⁵. Ce dernier limite donc son analyse à la question de savoir si la forme du bracelet de la montre *Swatch* s'est imposée. Il constate que tel n'est pas le cas¹²¹⁶. Le Tribunal fédéral affirme à cet égard qu'on ne saurait reprocher à l'IFPI d'augmenter ses exigences pour admettre la marque imposée, lorsque le degré de banalité est plus élevé¹²¹⁷.

639. Selon nous, même si le résultat final peut être approuvé, l'examen de la forme du bracelet de la montre *Swatch* aurait dû préalablement se faire à la lumière de l'article 2 *litt.* b LPM. Compte tenu des alternatives disponibles pour le concurrent, ledit bracelet n'est ni indispensable, ni fonctionnel, de sorte qu'il ne doit pas être considéré comme techniquement nécessaire. De

¹²¹⁰ Arrêt de la CREPI du 7 décembre 1999, (ci-après arrêt «*Buttermödeli*»), *sic!* 2000/2, p. 101.

¹²¹¹ Arrêt «*Buttermödeli*», *sic!* 2000/2, p. 101, 102.

¹²¹² Arrêt «*Buttermödeli*», *sic!* 2000/2, p. 101, 102, 103.

¹²¹³ Arrêt «*Buttermödeli*», *sic!* 2000/2, p. 101, 103.

¹²¹⁴ Arrêt «*Uhrenarmband (3D)*», ATF 130 III 328, *sic!* 2005/5, p. 569.

¹²¹⁵ Arrêt «*Uhrenarmband (3D)*», ATF 130 III 328, *sic!* 2005/5, p. 569, 570.

¹²¹⁶ Arrêt «*Uhrenarmband (3D)*», ATF 130 III 328, *sic!* 2005/5, p. 569, 570, 572.

¹²¹⁷ Arrêt «*Uhrenarmband (3D)*», ATF 130 III 328, *sic!* 2005/5, p. 569, 571.

même, se posait la question de savoir si la forme de ce bracelet constitue la nature même du produit, si elle est « esthétiquement nécessaire ».

640. Nous pensons que la réponse est négative, car la configuration esthétique de la partie supérieure dudit bracelet n'est pas uniquement due à la nature du produit, mais a bien été ajoutée dans un but distinctif, en relation avec d'autres bracelets de montre. Par conséquent, étant donné l'absence de caractère distinctif initial du signe en cause, constaté cette fois à la lumière de l'article 2 *litt.* a LPM, la question de la marque imposée pouvait effectivement être posée. En principe, tel n'aurait pas pu être le cas si nous étions parvenus à la conclusion inverse sur le caractère « esthétiquement nécessaire », même si cette forme n'est pas considérée comme techniquement nécessaire.

641. Dans l'arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », le Tribunal fédéral a refusé, en tant que marque de forme, un emballage de cigarettes dont les côtés latéraux sont tronqués¹²¹⁸. Certes, notre Haute cour considère que la forme n'est pas techniquement nécessaire et ne constitue pas une forme pour laquelle il n'existe pas d'alternative raisonnable du point de vue économique¹²¹⁹. Toutefois, notre instance suprême ajoute que la forme ne s'écarte pas de ce qui est usuel ou attendu par le consommateur et qu'elle ne s'est pas imposée dans le commerce¹²²⁰. Le résultat final peut à notre avis être approuvé, mais l'argumentation du Tribunal fédéral nous semble en partie critiquable.

642. RUF se demande, à propos de cet arrêt, combien d'alternatives sont nécessaires pour qu'une forme soit techniquement nécessaire¹²²¹. Selon nous, la forme sera techniquement nécessaire s'il n'existe qu'une seule alternative (forme indispensable) ou s'il en existe plusieurs, mais qui ne peuvent pas raisonnablement être évitées par les concurrents (forme fonctionnelle). Avec raison, tout en utilisant d'autres termes, le Tribunal fédéral estime que l'emballage en question n'est ni indispensable, ni fonctionnel. Il restait à se demander si cette forme constitue la nature même du produit. Le Tribunal fédéral ne répond cependant pas à cette question, mais se contente de constater l'absence de caractère distinctif initial de la forme de cet emballage au sens de l'article 2 *litt.* a LPM.

643. A notre avis, dans un premier temps, il aurait dû constater que les côtés latéraux de cet emballage ont bien été tronqués dans un but distinctif, de sorte que la forme n'est pas « esthétiquement nécessaire », elle ne constitue pas la nature même du produit. En revanche, dans un deuxième temps, en

¹²¹⁸ Arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666, 668.

¹²¹⁹ Arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666, 667.

¹²²⁰ Arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », *sic!* 2006/10, p. 666, 667, 668.

¹²²¹ RUF, Angelika, Note sous l'arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* », (ci-après RUF, Note sous l'arrêt « *Zigarettenverpackung (3D)* »), *sic!* 2006/10, p. 668, 669.

raison de l'absence de caractère distinctif initial, il était légitime de se demander si la marque s'est imposée dans le commerce. Une question importante se pose dès lors pour nous, celle de savoir si l'interdiction de la marque imposée pour une forme constitutive de la nature même du produit est justifiée.

4.3. *Le signe qui constitue la nature même du produit comme marque imposée?*

644. A cet égard, il est surprenant de constater que l'IFPI a enregistré la forme de la montre *Rolex Oyster* en tant que marque imposée¹²²². A l'origine, la forme de cette montre est purement décorative. La configuration esthétique de celle-ci est uniquement due à la nature du produit. La forme dans son ensemble ne se présente pas comme un élément ajouté à des fins distinctives. Elle est «esthétiquement nécessaire» et ne saurait avoir un caractère arbitraire par rapport au produit. Cette forme constitue ainsi la nature même du produit au sens de l'article 2 *litt. b* LPM. Par conséquent, elle ne devrait en principe pas constituer une marque imposée.

645. Il est évident qu'une forme techniquement nécessaire selon l'article 2 *litt. b in fine* LPM, telle que nous l'avons définie, doit rester à la disposition de tous. En effet, la forme indispensable du point de vue technique ou qui ne peut pas être évitée par les concurrents (fonctionnelle), ne doit pas être protégée, sous prétexte qu'elle s'est imposée. En revanche, dans la mesure où nous avons limité la forme qui constitue la nature même du produit aux seules formes «esthétiquement nécessaires», on peut se demander si ces dernières peuvent bénéficier de la protection en tant que marque imposée.

646. Cela obligerait à distinguer entre les deux motifs d'exclusion au sens de l'article 2 *litt. b* LPM au regard de la marque imposée, mais permettrait de justifier l'admission par l'IFPI de la montre *Rolex Oyster* en tant que marque imposée. Mais avant d'y revenir, il est utile de donner certaines précisions sur les marques de couleur au regard de la marque imposée.

4.4. *La marque de couleur imposée*

647. Initialement, une couleur simple et unie ne pouvait pas être protégée à titre de marque en droit suisse¹²²³. L'IFPI admet désormais le principe

¹²²² Marque n° P-416338, enregistrée le 26.04.1995 en tant que marque tridimensionnelle, avec la mention « Marque imposée », sur Internet (dernière visite 13.10.2005) [www.swissreg.ch].

¹²²³ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 376, p. 193; cf. aussi arrêt « *Blaue Flasche* », *sic!* 1998/3, p. 300 et ss; arrêt de la CREPI du 10 janvier 1995, (ci-après arrêt « *Milka* »), *RSPI* 1996/2, p. 315, 317, 318; arrêt de la CREPI du 8 février 2000, (ci-après arrêt « *Cybernet* »), *sic!* 2000/4, p. 297 et ss, où une combinaison de couleurs associée à un mot a été admise comme marque.

du dépôt de marques de couleur abstraites, en indiquant notamment une gamme chromatique standard (Pantone, RAL)¹²²⁴. Néanmoins, il souligne de manière judicieuse qu'il faut veiller à ce que la disponibilité des couleurs ne porte pas atteinte à la concurrence¹²²⁵. Bien davantage, l'IFPI rappelle leur fonction qui en général n'est pas distinctive, mais purement esthétique¹²²⁶.

648. Tant la marque de couleur *lila* N° 419105 pour du chocolat, que la marque de couleur *orange* N° 464577 pour des boissons à base de chocolat ont été enregistrées à titre de marques imposées¹²²⁷. Par ailleurs, la CREPI a partiellement admis la couleur jaune de la Poste (RAL 1004, Pantone 116 C / 119 U) sous forme de marque imposée¹²²⁸. Elle considère cependant que, pour les articles de consommation courante, les couleurs de base, y compris les couleurs que l'on trouve dans le commerce, doivent rester à la disposition de tous et, partant, ne peuvent pas s'imposer¹²²⁹.

649. Relevons au surplus qu'en droit communautaire, la CJCE a récemment jugé qu'une couleur en elle-même, sans délimitation dans l'espace, peut constituer une marque valable à certaines conditions¹²³⁰. Elle a toutefois pré-

¹²²⁴ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.2.8, p. 21; arrêt de la CREPI du 5 février 2002, (ci-après arrêt «*Die Post*»), *sic!* 2002/4, p. 242, 243; RÜETSCHI, David / STAUBER, Demain, «*Eintragung und Schutz abstrakter Farbmarken*», *sic!* 2006/1, p. 8; en droit communautaire, Heidelberg Bauchemie GmbH c/ Deutsches Patent- und Markenamt, du 24 juin 2004, C-49/02, (ci-après arrêt «*Bauchemie*»), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 1 et ss, la CJCE a établi des critères pour les couleurs ou combinaisons de couleurs désignées de manière abstraite.

¹²²⁵ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.9, p. 80; RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 9, 10; en droit communautaire, dans l'arrêt «*Bauchemie*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 8, 10, la CJCE a précisé que dans l'examen il convient de tenir compte de l'intérêt général de ne pas restreindre de manière indue la disponibilité des couleurs pour les concurrents.

¹²²⁶ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.9, p. 80.

¹²²⁷ Sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.swissreg.ch]; MARBACH, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 23; cf. aussi SCHULZE, Charlotte, «*Registering Colour Trade Marks in the European Union*», *EIPR* 2003/2, p. 60, 64, 65, qui constate que notamment pour le droit allemand et la marque communautaire, en principe la marque de couleur abstraite n'est pas valable avant d'avoir acquis un caractère distinctif par l'usage; également STRÖBELE, Paul, «*The Registration of New Trademark Forms*», *IIC* 2001/2, p. 181, 182, en droit allemand.

¹²²⁸ Arrêt «*Die Post*», *sic!* 2002/4, p. 242, 247.

¹²²⁹ Arrêt «*Die Post*», *sic!* 2002/4, p. 242, 244; cf. aussi GASSER, Christoph, Note sous l'arrêt «*Die Post*», *sic!* 2002/4, (ci-après GASSER, Note sous l'arrêt «*Die Post*»), p. 247, 248; Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 4.9, p. 80.

¹²³⁰ Arrêt de la CJCE Libertel Group BV c/ Benelux-Merkenbureau, du 6 mai 2003, C-104/01, (ci-après arrêt «*Libertel*»), *REC. CJCE* 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 11, 12, 13: la CJCE admet une couleur abstraite comme marque «[...] à condition, notamment, qu'elle puisse faire l'objet d'une représentation graphique qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective. Cette dernière condition ne peut pas être satisfaite par la simple reproduction sur papier de la couleur en question, mais peut l'être par la désignation de cette couleur par un code d'identification internationalement reconnu.»

cisé qu'on doit éviter que la palette des couleurs ne soit épuisée par un petit nombre d'enregistrements et que, partant, il est nécessaire d'en tenir compte, lorsqu'on apprécie le caractère distinctif d'une couleur donnée qui doit être reconnue par le public déterminant¹²³¹. Bien plus, elle a fait remarquer que le caractère distinctif ne peut être admis qu'exceptionnellement avant l'usage de la marque¹²³².

650. De même, RÜETSCHI et STAUBER soutiennent qu'un caractère distinctif initial pour des couleurs abstraites doit en principe être nié, mais que, dans ces cas isolés, il reste dans le domaine du possible¹²³³. Une couleur abstraite peut toutefois être enregistrée en tant que marque imposée, à l'exception des couleurs rouge, bleu, jaune, vert, blanc et noir qui doivent rester à la disposition de tous¹²³⁴. Pour les autres couleurs, la question de savoir si leur enregistrement ne peut pas être admis, à ce titre, doit être vérifié au cas par cas¹²³⁵.

651. Il apparaît ainsi que certains signes de couleur, qui sont exclus au sens de l'article 2 *litt. a* LPM, ne peuvent pas être enregistrés en tant que marque de couleur imposée, contrairement au texte de l'article précité. La justification de l'absence d'enregistrement de certaines couleurs abstraites est qu'elles sont fonctionnelles¹²³⁶. A l'instar de certaines marques de forme, elles ne peuvent pas être évitées. En d'autres termes, elles sont techniquement nécessaires selon notre définition de cette notion¹²³⁷.

652. Par conséquent, la question de savoir si un signe peut être enregistré en tant que marque imposée ne devrait pas uniquement dépendre de son exclusion au sens de l'article 2 *litt. a* ou *b* LPM. Selon nous, la réponse à cette question doit en premier lieu être tranchée à la lumière du caractère techniquement nécessaire, soit techniquement indispensable ou fonctionnel, d'un signe. S'il est techniquement nécessaire, il ne peut en aucun cas devenir une marque imposée. En revanche, s'il est «esthétiquement nécessaire» le problème est plus délicat.

¹²³¹ Arrêt «*Libertel*», *REC. CJCE* 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 9, 10, 14.

¹²³² Arrêt «*Libertel*», *REC. CJCE* 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 10, 11: «Dans le cas d'une couleur en elle-même, l'existence d'un caractère distinctif avant tout usage ne pourrait se concevoir que dans des circonstances exceptionnelles, et notamment lorsque le nombre des produits ou des services pour lesquels la marque est demandée est très limité et que le marché pertinent est très spécifique.»

¹²³³ RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 9.

¹²³⁴ RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 9, 11, 14.

¹²³⁵ RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 9, 11, 12, 14.

¹²³⁶ RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 13, 14.

¹²³⁷ RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 13, 14.

653. A l’instar de la forme de la montre *Rolex Oyster*¹²³⁸, qui était à l’origine « esthétiquement nécessaire », les couleurs *lila* pour du chocolat et orange pour des boissons à base de chocolat, admises par l’IFPI en tant que marque imposées¹²³⁹, étaient initialement dépourvues de caractère distinctif. Les signes de couleur sont toutefois indépendants des produits ou services qu’ils distinguent et, partant, ne sont pas « esthétiquement nécessaires ». Ils ne constituent dès lors pas la nature même du produit, de sorte que leur examen se fait à juste titre uniquement selon l’article 2 *litt.* a LPM.

654. On soulignera qu’au regard du droit du design, une seule couleur ne peut être protégée que si elle est combinée avec un autre élément¹²⁴⁰. En conséquence, la délimitation entre le design et la marque de couleur ne pose pas de problème. A notre avis, un signe de couleur, qui n’a pas de capacité distinctive initiale, peut dès lors être enregistré en tant que marque imposée, contrairement à une couleur techniquement nécessaire. Il en résulte néanmoins une contradiction avec le texte de l’article 2 *litt.* a LPM qui autorise l’enregistrement d’une marque de couleur, qu’elle soit techniquement nécessaire ou pas.

655. En revanche, il nous semble critiquable d’admettre qu’une forme « esthétiquement nécessaire », qui constitue la nature même du produit au sens de l’article 2 *litt.* b LPM, puisse être enregistrée comme marque imposée. Rappelons en effet que sur le plan systématique des droits de propriété intellectuelle, nous sommes d’avis que la marque de forme ne doit pas servir à contourner le droit du design. En effet, si un signe « esthétiquement nécessaire » peut être enregistré en tant que marque imposée, il bénéficie d’une protection potentiellement éternelle, alors que le droit du design et le droit d’auteur confèrent un monopole de durée limitée. Il nous reste ainsi à prendre la mesure de ce qui précède à propos de la marque olfactive imposée. Pour ce faire, la représentation qui suit, sous forme de schéma, permettra de visualiser et de résumer nos observations à propos des motifs d’exclusion des marques de forme :

¹²³⁸ Marque n° P-416338, (dernière visite 13.10.2005), sur Internet [www.swissreg.ch].

¹²³⁹ Marque suisse de couleur n° P-419105 et marque suisse de couleur n° 464577, sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [www.swissreg.ch].

¹²⁴⁰ Message du CF, *FF* 2000, p. 2596; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, p. 87, 88; CELLI, Alessandro L., *Designrecht*, STAUB/CELLI, *ad art.* 1, Zurich 2003, p. 39, 40; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 644, p. 301; DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, *ad art.* 2, n° 7, p. 439; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 24 n° 1, p. 164; WANG, *op. cit.*, p. 151; STUTZ, *Individualität*, *op. cit.*, p. 238, en déduit que le droit des marques devient de ce fait plus attractif, dans la mesure où une seule couleur peut être enregistrée comme marque si elle s’impose dans le commerce.

Motifs d'exclusion pour les marques de forme			
Art. 2 litt. b LPM			Art. 2 litt. a LPM
techniquement nécessaire		nature même du produit	absence de capacité distinctive, sauf marque imposée
absence d'alternative : forme indispensable	forme fonctionnelle : la plus pratique, la plus solide ou la moins chère	« esthétiquement nécessaire » configuration esthétique due à la nature du produit : absence d'élément susceptible d'être distinctif, séparable de la forme du produit	

4.5. La marque de forme olfactive imposée

656. Nous avons constaté que, sous réserve de la « signature odorante », les signes olfactifs primaires sont « esthétiquement nécessaires ». Selon le principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif, retranscrit à l'article 2 litt. b LPM pour les marques de forme, ils sont exclus de la protection, car ils constituent la nature même du produit. Par conséquent, théoriquement, ils ne peuvent pas être enregistrés en tant que marque imposée, à moins que l'IFPI ne confirme sa pratique, initiée avec l'enregistrement de la forme de la *Rolex Oyster*¹²⁴¹.

657. Si tel devait être le cas, il convient néanmoins de rappeler que le signe techniquement nécessaire (art. 2 litt. b *in fine* LPM pour les marques de forme) ne peut en aucun cas être enregistrée en tant que marque imposée. Dans le cas du parfum, nous avons observé que les notes simples, telles que le jasmin, doivent rester à la disposition de tous. Dès lors, elles ne peuvent pas être enregistrées sous forme de marques olfactives primaires imposées, en raison de leur caractère techniquement nécessaire.

658. En revanche, nous avons relevé qu'une composition complexe, dont le « bouquet » comporte des notes différentes, ne sera ni indispensable, ni fonctionnelle. Il s'ensuit que l'interdiction d'enregistrer une marque de forme techniquement nécessaire ne saurait lui être opposée. Ainsi, à ce stade du raisonnement, on ne peut pas exclure qu'un parfum tel que le N° 5 de Chanel puisse bénéficier de la brèche ouverte par la *Rolex Oyster* et, en conséquence, être enregistré en tant que marque imposée.

659. Par ailleurs, notons que la couleur du jus d'un parfum pourrait être considérée comme un signe de couleur sans caractère distinctif initial.

¹²⁴¹ Marque n° P-416338, sur Internet (dernière visite 13.10.2005) [www.swissreg.ch].

L'enregistrement d'une telle couleur est susceptible d'être admise, en tant que marque imposée au sens de l'article 2 *litt.* a LPM, à condition qu'elle ne soit pas considérée comme techniquement nécessaire. En ce qui concerne les signes olfactifs secondaires et tertiaires, on rappellera que leur appartenance au domaine public doit être appréciée selon l'article 2 *litt.* a LPM. Pour ces derniers, la question de la marque imposée dépend ainsi de l'analyse de l'article précité. Toutefois, même si cette disposition ne le précise pas, à notre avis, le signe techniquement nécessaire ne peut pas être enregistré en tant que marque imposée.

Conclusions sur la marque imposée

660. Les signes olfactifs primaires simples ne peuvent pas constituer une marque imposée, hormis la «signature odorante», composée de plusieurs notes. Selon nous, cette dernière ne constitue pas la nature même du produit. En revanche, si l'IFPI confirme sa pratique, un signe olfactif primaire tel que le parfum est susceptible d'être enregistré en tant que marque imposée. Cela nous semble cependant critiquable. En effet, la forme olfactive du parfum est protégée par le droit d'auteur à titre de création de l'esprit. Si l'on admet le parfum sous forme de marque olfactive primaire imposée, il peut bénéficier d'une protection de durée potentiellement illimitée, qui s'étend bien au-delà de la durée de protection du droit d'auteur. Par ailleurs, il n'aurait pas besoin d'avoir un caractère individuel.

661. Pour les signes olfactifs secondaires et tertiaires, ainsi que pour la «signature odorante», la question de savoir si un tel signe, en l'absence de caractère distinctif initial, peut être enregistré en tant que marque imposée, dépend de savoir s'il est techniquement nécessaire. Dans ce dernier cas, son enregistrement à titre de marque imposée ne pourra pas être admis, contrairement au texte de l'article 2 *litt.* a LPM.

662. Le parfum en tant que marque olfactive primaire est exclu de la protection en vertu du principe général de l'interdiction de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme) et, à notre avis, ne peut pas être admis en tant que marque imposée. Par conséquent, l'examen des signes susceptibles d'induire en erreur au sens de l'article 2 *litt.* c LPM (§ 5) ou de contrevenir à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur selon l'article 2 *litt.* d LPM (§ 6), sera limité aux signes olfactifs secondaires et tertiaires et à la «signature odorante».

§ 5. Les signes propres à induire en erreur (art. 2 *litt. c* LPM)

663. La marque ne doit pas être objectivement propre à induire les consommateurs en erreur¹²⁴². L'article 3 *litt. g* de la Directive 89/104/CEE est plus précis et exclut « les marques qui sont de nature à tromper le public, par exemple sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ». Le caractère trompeur selon l'article 2 *litt. c* LPM peut être compris de manière similaire¹²⁴³. Notons que la question de savoir si un signe induit en erreur ou non s'analyse selon l'opinion du consommateur final et indépendamment de l'intention qu'avait le titulaire de la marque¹²⁴⁴.

664. Par ailleurs, le caractère trompeur d'un signe ne peut pas être guéri par un long usage¹²⁴⁵. A propos de la marque imposée, nous avons toutefois relevé qu'une indication de provenance trompeuse peut perdre ce caractère par l'acquisition d'une signification propre (« *secondary meaning* »)¹²⁴⁶. De même, DAVID considère qu'un signe, à l'origine trompeur, peut perdre ce caractère par la suite¹²⁴⁷. A son avis, contrairement à l'ancienne loi, l'article 2 *litt. c* LPM n'a pas pour but d'éliminer toutes les possibilités d'erreur, mais seulement les plus évidentes¹²⁴⁸. La jurisprudence elle-même semble être devenue moins sévère pour le caractère trompeur d'un signe¹²⁴⁹. Selon DESSEMONTET, c'est la renommée du produit ou de la marque qui permet d'éviter l'erreur du public¹²⁵⁰.

665. En termes de marque olfactive tertiaire et secondaire, voire de « signature odorante », il est difficile d'envisager une marque trompeuse. Il est vrai que dans l'exemple d'un parfum de santal, enregistré par hypothèse pour du bois qui ne serait pas du santal, la marque pourrait être refusée, au motif qu'elle induit en erreur. Toutefois, si l'on est en présence de véritable

¹²⁴² K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 3.1, p. 204, 205: « La déception peut avoir trait, avant tout, à la composition de la marchandise, aux relations d'affaires du titulaire du signe ou à la provenance géographique du produit »; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 392, p. 199, 200; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 51, p. 48; MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 541, p. 107.

¹²⁴³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 3.1, p. 205.

¹²⁴⁴ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 3.1, p. 204.

¹²⁴⁵ Fofag Forsanose Fabrik H. Schubert c/ Merz et Co, du 2 mars 1943, (ci-après arrêt « *Patentex* »), ATF 69 II 202, *JdT* 1943 I 482, 487; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 17 n° 3.1, p. 206.

¹²⁴⁶ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 8.7.2 et 10.1, p. 108, 116.

¹²⁴⁷ DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 54, p. 49.

¹²⁴⁸ DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 51, p. 48.

¹²⁴⁹ Arrêt « *Dorset* », ATF 89 I 290, 296; Verband Schweiz Gerbereien c/ Spörry & Schaufelberger AG, (ci-après arrêt « *Plasticleder* »), ATF 87 II 345, 348, 349.

¹²⁵⁰ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 393, p. 200.

bois de santal, la marque devrait de toute manière être refusée, car elle serait descriptive. La question de savoir si une marque olfactive trompeuse peut acquérir une signification propre (« *secondary meaning* ») nous semble délicate dans l'abstrait, mais on ne peut pas l'exclure. Il nous reste encore à examiner brièvement l'article 2 *litt. d* LPM, avant de conclure sur les motifs absolus d'exclusion.

§ 6. Les signes contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur (art. 2 *litt. d* LPM)

666. Ce motif d'exclusion comprend les normes impératives pour l'ordre public. Il s'agit du sentiment de morale sur les valeurs humaines ou culturelles d'une partie de la population. S'agissant du droit en vigueur, il faut se référer à l'ensemble des traités contraignants pour la Suisse, ainsi qu'au droit fédéral et cantonal¹²⁵¹. L'ordre public et les bonnes mœurs prohibent l'enregistrement de marques qui lèsent le sentiment religieux ou politique, ridiculisent un Etat ou des institutions, ou encore portent atteinte au sentiment moral ou aux valeurs humaines bien établies¹²⁵². MARBACH nous rappelle que les allusions doivent figurer dans le signe lui-même, les motivations du déposant n'étant pas pertinentes¹²⁵³.

667. A priori, le refus d'une marque olfactive tertiaire, secondaire ou d'une « signature odorante » pour ce motif est très peu probable. On peut néanmoins, pour autant que de telles odeurs existent, envisager l'exclusion de parfums qui ne respecteraient pas les normes de fabrication, qui seraient toxiques ou contiendraient des drogues. Le filtre d'amour, bien évidemment inexistant, fait partie de la légende de la parfumerie. Si celui-ci devait un jour exister, il pourrait tomber sous le coup de cette disposition. Le parfum *Pheromax*, probablement lié à la demande de brevet sur une composition qui contient des phéromones humaines¹²⁵⁴, n'a sans doute pas un effet qui pourrait justifier une telle exclusion.

1251 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. 1, § 17 n° 4.3, p. 211 et ss; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 394, p. 201, 202; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 2, n° 78 et ss, p. 61 et ss.

1252 K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. 1, § 17 n° 4.1, 4.2, p. 210.

1253 MARBACH, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 543, p. 108.

1254 Le parfum *Pheromax* est commercialisé par la société The Wellness Company, sur Internet (dernière visite 18.11.2005) [www.pheromax.com]; la demande de brevet EP 0 562 843 A2, dont le titre est « *Fragrance compositions and other compositions which contain human pheromones* », a été déposée le 24.03.1993 par la société Erox Corporation.

Conclusions sur les signes appartenant au domaine public et les motifs absolus d'exclusion

668. En ce qui concerne les signes olfactifs primaires, à l'exception de la «signature odorante» composée de plusieurs notes, nous avons constaté qu'ils sont exclus de la protection en vertu du principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme), car ils sont «esthétiquement nécessaires» et, partant, constituent la nature même du produit. Les fragrances simples, qui sont par ailleurs techniquement nécessaires (art. 2 *litt. b in fine* LPM pour les marques de forme), ne peuvent en aucun cas constituer une marque imposée. En revanche, si l'IFPI confirme sa pratique instaurée avec l'enregistrement de la forme de la montre *Rolex Oyster*, un parfum élaboré pourrait être admis en tant que marque olfactive primaire imposée. A notre avis, une telle pratique serait cependant critiquable.

669. Pour les signes olfactifs secondaires, tertiaires et la «signature odorante», trop de sévérité par rapport aux exclusions au sens de l'article 2 *litt. a* LPM ne serait pas judicieux. Des fragrances simples telles que *l'odeur de fraise mûre* ou *l'arôme de framboises* permettent de distinguer des produits habituellement inodores ou avec une odeur «désagréable», tels qu'un carburant. Le signe olfactif tertiaire peut ainsi constituer un signe distinctif olfactif. Si l'usage de signes olfactifs pour des carburants devait se généraliser, on pourrait en tous les cas admettre de tels signes en tant que marque imposée. A notre avis, une «signature odorante», telle que les notes «fève tonka-iris-ambre gris» de Guerlain¹²⁵⁵, peut constituer une marque olfactive primaire imposée.

670. Dans le cas des signes olfactifs secondaires, la prudence s'impose, car l'usage de parfums pour des savons et produits de nettoyages est généralisé. Ainsi, l'odeur de citron pour du savon liquide constitue un signe dégénéré qui ne saurait être enregistré en tant que marque olfactive. Les odeurs simples sont fonctionnelles pour des signes olfactifs secondaires et, partant, ne peuvent pas être enregistrées en tant que marques imposées. En revanche, un parfum complexe peut devenir distinctif pour du savon. Se pose alors une question fondamentale qui est de savoir si un signe olfactif peut satisfaire aux conditions d'enregistrement au sens du droit des marques.

671. La section consacrée à l'enregistrement de la marque olfactive sera divisée en deux parties : l'exigence de représentation (§ 1) et les méthodes de représentation d'une marque olfactive (§ 2). Dans le cadre de cette première partie, nous commencerons par présenter les fondements de l'exigence de la représentation graphique (1.1), avant de nous interroger brièvement sur l'existence d'autres possibilités (1.2).

¹²⁵⁵ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

Section 3. L'enregistrement de la marque olfactive

§ 1. L'exigence de représentation

1.1. L'exigence de la représentation graphique

672. L'enregistrement de la marque fait naître le droit (art. 5 LPM) qui est accordé au premier déposant (art. 6 LPM)¹²⁵⁶. Selon l'article 15 al. 1 *in fine* de l'Accord ADPIC, « Les membres pourront exiger, comme condition d'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement. » Le droit suisse ne contient cependant pas une telle exigence, qui pourrait condamner non seulement la marque olfactive, mais également les marques sonores. L'article 10 al. 1 première phrase de l'Ordonnance sur la protection des marques (ci-après OPM)¹²⁵⁷ dispose que la marque doit pouvoir être représentée graphiquement. Notons que le droit communautaire consacre également l'exigence de la représentation graphique¹²⁵⁸.

673. Comme en droit d'auteur, la marque olfactive appréhende la forme olfactive, la senteur en tant que telle, et non pas sa représentation ou la substance odorante (le substrat du signe olfactif¹²⁵⁹). D'après DUBARRY, un enregistrement au sortir du flacon ainsi que de la forme olfactive évoluée devrait permettre de contourner l'obstacle du manque de stabilité du signe olfactif¹²⁶⁰. Indépendamment du problème pratique que cela représente, il ne nous semble pas nécessaire de faire une telle distinction. Le fait qu'une couleur se fane au soleil, n'impose pas d'enregistrer la marque avant et après l'exposition. Pour une fragrance simple, cette distinction nous paraît du reste moins pertinente.

674. Dans les Directives en matière de marques, l'IFPI relève l'absence de moyens techniques, permettant de respecter l'exigence de la représentation graphique au sens de l'article 10 al. 1 OPM, en ces termes : « Une formule chimique, une description verbale, un échantillon de l'odeur ne le permettent pas. Il en va de même de la combinaison de ces éléments¹²⁶¹. »

¹²⁵⁶ DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 6, n° 3, p. 103 ; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 6, n° 4, p. 170.

¹²⁵⁷ RS 232.111.

¹²⁵⁸ Article 2 de la Directive 89/104/CEE ; article 4 du Règlement CE 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire (ci-après Règlement CE 40/94) ; article 3 du Règlement CE 2868/95 de la Commission du 13 décembre 1995 portant sur les modalités d'application du Règlement CE 40/94 (ci-après Règlement CE 2868/95).

¹²⁵⁹ BRESÉ, *Emergence des marques olfactives*, *op. cit.*, p. 3 ; BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 326.

¹²⁶⁰ DUBARRY, *op. cit.*, p. 46, 47.

¹²⁶¹ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.2.11, p. 22.

675. En ce qui concerne le dépôt d'un échantillon, HAMMERSELEY suggère une mouillette scellée hermétiquement, à remplacer tous les cinq ans¹²⁶². KARLEN fait remarquer qu'on ne peut pas exclure une obligation de renouveler le dépôt d'un tel échantillon¹²⁶³. Par ailleurs, il soulève avec pertinence les difficultés liées au délai d'opposition, dans lequel un opposant serait éventuellement censé pouvoir sentir le parfum, ainsi que celles qui consistent à rendre le public attentif à la présence de la marque protégée¹²⁶⁴. De ce fait, la marque olfactive ne pourrait pas être publiée comme les autres marques¹²⁶⁵. La solution de l'échantillon n'est dès lors pas convaincante.

676. De l'avis de DAVID, les signes olfactifs ne peuvent pas être représentés sur un format imprimé¹²⁶⁶. Pour JEANRENAUD, si la marque olfactive peut être représentée graphiquement, elle n'est pas exclue par la LPM¹²⁶⁷. Quant à DESSEMONTET, il constate, à moins que la fragrance puisse être décrite avec précision, que les marques olfactives ne sont pas valables¹²⁶⁸. Au premier abord, l'enregistrement de la marque olfactive semble ainsi délicat, faute de représentation graphique précise.

1.2. La possibilité d'utiliser d'autres représentations ?

677. La représentation graphique ne semble cependant plus être la seule possibilité. Le Conseil fédéral a en effet modifié l'article 10 al. 1 OPM, par Arrêté du 3 décembre 2004, en ajoutant que « L'Institut peut autoriser d'autres modes de représentation pour des formes de marques particulières »¹²⁶⁹. L'IFPI précise à cet égard que « Les marques olfactives pourront être représentées de manière électronique, au cas où l'Institut autorise de nouveaux modes de représentation (cf. art. 10 al. 1 in fine) »¹²⁷⁰.

¹²⁶² HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 132, 133; cf. aussi HAWES, *op. cit.*, p. 148, 149.

¹²⁶³ KARLEN, *op. cit.*, p. 19; cf. également HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 133.

¹²⁶⁴ KARLEN, *op. cit.*, p. 20; le fait que le signe ne puisse pas être appréhendé directement n'est pas un obstacle, d'autres signes comme la marque auditive ne l'étant pas non plus selon BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 329.

¹²⁶⁵ DUBARRY, *op. cit.*, p. 60; cf. aussi ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 392, 393.

¹²⁶⁶ DAVID, *Basler Kommentar, op. cit.*, ad art. 1, n° 8, p. 19; dans le même sens WANG, *op. cit.*, p. 319.

¹²⁶⁷ JEANRENAUD, Yves, *La nouvelle loi sur la protection des marques, SJ 1994*, p. 701, 707; INEICHEN, *Das Urheberrechtlich geschützte Werk, op. cit.*, p. 63; INEICHEN, *Die Formmarke, op. cit.*, p. 196; WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit.*, ad art. 1, n° 27, p. 53; BAUDENBACHER, Carl, *Lauterkeitsrecht, Bâle / Genève / Munich 2001, ad art. 3 litt. d*, n° 128, p. 461, 465, en particulier 425, 426, n'exclut pas totalement la marque olfactive, notamment dans le cas des fragrances synthétiques.

¹²⁶⁸ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 378, p. 193: « Les marques olfactives ne sont probablement pas des marques valables, à moins qu'on puisse les exprimer précisément par écrit. Il ne suffit pas que la formule chimique du parfum soit décrite, mais bien la senteur telle qu'elle est diluée. »

¹²⁶⁹ Art. 10 al. 1 OPM *in fine*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

¹²⁷⁰ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.2.11, p. 22, cf. aussi § 4.15, p. 88 où l'IFPI renonce à présenter les conditions.

678. Ce faisant, l'IFPI ne fait qu'entrouvrir la porte aux marques olfactives. En effet, on voit difficilement en quoi l'admission de la forme électronique serait de nature à contribuer à modifier la question de la représentation d'une marque olfactive. Le texte de l'article 10 al. 1 *in fine* OPM n'exige du reste pas expressément une représentation électronique qui, il est vrai, est à l'origine de la modification de cet article.

Conclusions sur l'exigence de représentation

679. La représentation graphique est en principe exigée. Avec la modification de l'article 10 al. 1 *in fine* OPM, l'IFPI peut désormais accepter d'autres modes de représentation pour des formes de marques particulières. Il serait regrettable que l'IFPI limite cette possibilité à la forme électronique qui n'a pas expressément été introduite dans le texte de l'article précité. Il reste néanmoins à déterminer la nature de la représentation¹²⁷¹.

680. La représentation par un échantillon doit à notre avis être écartée. En revanche, se pose la question de savoir si une description verbale, par un moyen technique, par la formule chimique ou une combinaison de ces éléments permet de satisfaire à l'exigence de représentation graphique ou peut constituer un autre mode de représentation. Pour examiner les méthodes de représentation d'une marque olfactive, nous commencerons par un bref exposé des premières demandes d'enregistrements dans les pays d'Europe (2.1). Il sera suivi par l'analyse d'exemples de demandes de marques communautaires au regard de la jurisprudence de la CJCE (2.2 à 2.5). Nous terminerons par une prise de position sur la description de la marque olfactive (2.6).

§ 2. Les méthodes de représentation d'une marque olfactive

2.1. Les premières demandes d'enregistrements de marques olfactives dans les pays d'Europe

681. En droit français, où l'exigence de la représentation graphique existe également, plusieurs demandes de marques olfactives ont été déposées¹²⁷². Selon BARBET ET AL., la demande de dépôt n° 97698179, établie par un nez électronique sous forme de « matrice colorée », satisfait entièrement à l'exigence de la publication permettant aux tiers de connaître le signe. Il s'agit d'une

¹²⁷¹ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 341, à propos du droit français.

¹²⁷² Demande d'enregistrement n° 97698179, n° 97658685, n° 99824562, n° 97705451, n° 97705450.

«[...] représentation graphique réalisée selon un protocole usuel, dont les données sont par ailleurs publiquement accessibles auprès d'un organisme indépendant»¹²⁷³.

682. Dans l'extrait que nous a remis l'Institut national de la propriété intellectuelle en France (ci-après INPI), il est indiqué qu'un échantillon est disponible chez le mandataire. Par ailleurs, il est précisé : «Le signe objet de la présente marque est constitué par une senteur floréale, épicée, blanche, légèrement orientale dont le modèle est la représentation graphique correspondant à la caractérisation selon le protocole AMF2 de l'échantillon PB 1615¹²⁷⁴.»

683. La marque figurative n° 97658685 est déposée sous une forme similaire, de sorte qu'il est indiqué : «La marque est une représentation graphique d'une fragrance déterminée.¹²⁷⁵» Les marques n° 97705451 et n° 97705450 sont aussi enregistrées comme marques figuratives, mais leur représentation est faite sous la forme d'un spectre de pics qui provient d'un profil chromatographique en phase gazeuse sur colonne capillaire (CPG)¹²⁷⁶.

684. BARBET ET AL. critiquent cette méthode qui n'est pas entièrement satisfaisante, dans la mesure où elle ne caractérise pas la fragrance en tant que telle, la signature olfactive, mais sa composition chimique¹²⁷⁷. La marque figurative n° 99824562, qui comporte également un tel spectre comprend dès lors les informations complémentaires suivantes :

«Marque olfactive; représentation graphique d'une fragrance déterminée, présentant une note de tête <jacinthe et melon>, une note de cœur <rose, cyclamen, muguet, jasmin, accord marin>, et une note de fond <iris et musc>, sous forme de chromatographe (échantillon disponible auprès du mandataire afin de description sensorielle alternative)¹²⁷⁸.»

685. En droit allemand, FEZER plaide en faveur de la marque olfactive, en faisant remarquer que le problème de la représentation graphique n'est qu'un problème technique qui ne justifie pas le refus des marques olfactives¹²⁷⁹.

¹²⁷³ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 325.

¹²⁷⁴ Demande d'enregistrement n° 97698179 déposée auprès de l'INPI.

¹²⁷⁵ Demande d'enregistrement n° 97658685 déposée auprès de l'INPI.

¹²⁷⁶ Demande d'enregistrement n° 97705451 et n° 97705450 déposées auprès de l'INPI.

¹²⁷⁷ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 326 : «Il est possible que deux substances produisant les odeurs très différentes se traduisent par des spectres de chromatographie très voisins, alors que des substances présentant des odeurs très voisines présentent des spectres totalement différents»; cf. aussi KARLEN, *op. cit.*, p. 20 : «But a similar scent is not necessarily produced using a similar chemical composition.»

¹²⁷⁸ Marque figurative n°99824562 déposée auprès de l'INPI.

¹²⁷⁹ FEZER, *Olfaktorische Marken*, *op. cit.*, p. 575 et ss, 578, 579; FEZER, Karl-Heinz, «Was macht ein Zeichen zur Marke? – Die Latente Herkunftsfunktion als rechtliche Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit einer Marke (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG, art. 3 Abs. 1 lit b bis d MarkenRL, art. 7 Abs. 1 lit b bis d GMV)», *WRP* 2000/1, (ci-après FEZER, *Zeichen*), p. 7, 8.

Notons au surplus que des demandes de marques olfactives ont été déposées en Grande-Bretagne¹²⁸⁰.

686. Dans ces différents exemples, on retrouve en général une description verbale de la fragrance ou une description par un moyen technique. Il apparaît ainsi que ce sont des méthodes identiques à celles que nous avons examinées, à propos du droit d'auteur, qui sont utilisées. Le mérite principal de ces exemples est de démontrer qu'il est possible de représenter une marque olfactive par lesdites méthodes. Mais qu'en est-il en droit communautaire ?

2.2. *La marque communautaire olfactive l'odeur de l'herbe fraîchement coupée*

687. En date du 11 décembre 1996, la société *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing* (ci-après la société *Vennootschap*), dont le siège est aux Pays-Bas, a déposé une demande d'enregistrement de marque communautaire de type olfactive N°000428870. Elle est caractérisée par « l'odeur de l'herbe fraîchement coupée » pour désigner des balles de tennis.

688. Pour satisfaire à l'exigence de la représentation graphique, la société *Vennootschap* a inséré, sous la rubrique correspondante, la simple description verbale de cette odeur en anglais, à savoir : « *The smell of fresh cut grass* ». Il est par ailleurs indiqué que « La marque consiste en l'odeur de l'herbe fraîchement coupée appliquée sur le produit¹²⁸¹. » Le premier examinateur en charge du dossier a rejeté la demande, au motif qu'il ne s'agit pas d'une représentation graphique de la marque olfactive en elle-même, mais d'une simple description verbale de la marque¹²⁸².

689. Contre cette décision de l'examinateur, un recours a été interjeté devant la Chambre de recours OHMI. Cette dernière a constaté que le Règlement CE n° 2868/95 ne prévoit rien à son article 3 en ce qui concerne la marque olfactive, contrairement aux marques tridimensionnelles et aux marques de couleur. Par conséquent, le recours a été admis par la Chambre de recours OHMI qui a considéré la description comme suffisante :

¹²⁸⁰ BARBET ET AL., *op. cit.*, p. 323 ; CHAUDRI, Abida, « Graphically speaking – Registering smell, colour and sound marks in the UK and Europe », *Trademark World* 2003/May, p. 27 ; VÖLKER, Stefan, « Registering new forms under the Community Trademark », *Trademark World* 2002/November, p. 29 ; BRESÉ, *Emergence des marques olfactives, op. cit.*, p. 5, 7, 8 : la marque n° 2001416 « Odeur florale de rose » pour des pneus enregistrée le 9 avril 1996 et la marque n° 2000234 « forte odeur de bière » pour des fléchettes enregistrée le 26 juillet 1996. En revanche, la marque n° 2.000.169 « odeur et arôme de cannelle » a été refusée le 19 décembre 2000 en raison des différentes concentrations possible selon l'origine de la cannelle.

¹²⁸¹ Marque communautaire n° 000428870, *The smell of fresh cut grass*, déposée le 11 décembre 1996 et publiée le 15 mai 2000, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].

¹²⁸² Décision « *Odeur de l'herbe fraîchement coupée* », PIBD 2000/689 III, p. 10, 11.

«L'odeur de l'herbe fraîchement coupée est une odeur distincte que tout le monde reconnaît immédiatement sur la base de ses propres 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 agréables¹²⁸³.»

690. Dans le cadre des marques communautaires olfactives, *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée* est la seule qui a le statut d'enregistrement publié¹²⁸⁴. Avec une certaine retenue, FEZER salue cette décision qu'il qualifie de généreuse, car elle admet le principe de la marque olfactive¹²⁸⁵. La senteur «odeur de l'herbe fraîchement coupée» est relativement simple et ne saurait, à notre avis, être comparée avec un parfum complexe. Ce dernier nécessite un long travail de création et sa description relève bien évidemment d'un exercice d'une tout autre nature.

691. VÖLKER nous indique une description de *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée* en langage du compositeur de parfums que nous avons traduite comme suit: «une fragrance basée sur des notes de cœur ambre et bois, avec comme note de fond du tabac de Virginia et la fleur de muscade comme note de tête»¹²⁸⁶. Il est vrai que celui qui ignore le langage du parfumeur créateur aura beaucoup de difficultés à reconnaître ainsi *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée*, ce qui a sans doute motivé le déposant à opter pour une description plus aisée à comprendre. Il s'ensuit que ladite odeur semble a priori reconnaissable pour tous, mais est-elle aussi triviale que l'odeur de fraise¹²⁸⁷ ou de vanille¹²⁸⁸ ?

692. A propos des couleurs, BLONDEEL observe que «La couleur rouge n'est représentée par la description verbale ni directement, ni indirectement», de

1283 Décision «*Odeur de l'herbe fraîchement coupée*», PIBD 2000/689 III, p. 11; BRESÉ, *Emergence des marques olfactives*, op. cit., p. 6, relève que la marque a été enregistrée le 11 octobre 2000.

1284 Marque communautaire n° 000428870, *The smell of fresh cut grass*, déposée le 11 décembre 1996 et publiée le 15 mai 2000, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr].

1285 FEZER, *Olfaktorische Marken*, op. cit., p. 579; FEZER, *Zeichen*, op. cit., 8, où il la qualifie d'extrêmement libérale; cf. aussi VÖLKER, Stefan / SCHUSTER, Silke, «Community Trade Marks and absolute Grounds for refusal – Part 2», *Trademark World 2000/March*, p. 25: «This first decision suggests a welcome liberal trend.»

1286 VÖLKER, op. cit., p. 29: «The mark consists of a fragrance based on amber and woody notes with Virginia tobacco as the base note and mace as the head note.»

1287 Décision «*Odeur de fraise mûre*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 1 et ss, dans laquelle, la demande de marque communautaire n° 001122118, déposée le 26 mars 1999 et décrite comme «Odeur de fraise mûre», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr], a été refusée.

1288 La demande de marque communautaire n° 001807353, *The smell of vanilla*, déposée le 14 août 2000 pour des savons, cosmétiques, serviettes vernis à ongles, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr], a été refusée.

sorte que la notion de représentation indirecte est inexistante¹²⁸⁹. On peut néanmoins relever que même s'il y a différents tons dans la couleur rouge, comme il existe différentes possibilités d'odeurs simples telles que la fraise ou la vanille, le consommateur est en principe capable de les reconnaître.

693. De manière similaire, *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée* est reconnaissable, même s'il existe différentes manières de reproduire cette odeur. La question est donc de savoir si cette description verbale de la Chambre de recours OHMI peut être considérée comme suffisante. Avant de répondre à cette question, nous examinerons un arrêt récent de la CJCE.

2.3. L'arrêt « *Sieckmann* »

694. Dans cette affaire, l'office allemand des marques (*Deutsches Patent- und Markenamt*) a rejeté une demande de marque olfactive déposée par Ralf Sieckmann pour diverses classes de produits, notamment pour absence de représentation graphique suffisante¹²⁹⁰. La description comportait ce qui suit :

« La protection de la marque est demandée pour la marque olfactive déposée auprès du Deutsches Patent- und Markenamt pour la substance chimique pure Methylcinnamat (= méthylesther d'acide de cannelle) dont la formule chimique est représentée ci-après. Des échantillons de cette marque olfactive sont également disponibles auprès du laboratoire local dont les coordonnées sont indiquées dans les pages jaunes de la Deutsche Telekom AG ou auprès de la société E. Merck à Darmstadt. $C_6H_5-CH=CHOOCH_3$. »¹²⁹¹

695. Ralf Sieckmann a interjeté un recours auprès du BPatG. Celui-ci a cependant décidé de surseoir à statuer et de poser des questions préjudicielles à la CJCE¹²⁹². La CJCE a jugé que l'article 2 de la Directive 89/104/CEE permet d'enregistrer un signe qui n'est pas perceptible par la vue « [...] à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, qui soit claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective »¹²⁹³.

1289 BLONDEEL, Paul, « Les motifs absolus de refus : marques de couleur », *OHMI Session de travail 1.3*, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/FR/office/ejs/pdf/Blondeel%20FR.pdf>], p. 11.

1290 Arrêt « *Sieckmann* », *REC. CJCE* 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 3.

1291 Arrêt « *Sieckmann* », *REC. CJCE* 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 3.

1292 Arrêt « *Sieckmann* », *REC. CJCE* 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 4.

1293 Arrêt « *Sieckmann* », *REC. CJCE* 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 8, 11 ; la CJCE a confirmé ces critères à propos de la marque de couleur dans l'arrêt « *Libertel* », *REC. CJCE* 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 6 ; cf. aussi arrêt « *Bauchemie* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 7.

696. A propos de cette fragrance, décrite comme «[...] balsamique fruitée avec une légère note de cannelle»¹²⁹⁴, la CJCE a jugé que «S'agissant d'un signe olfactif, les exigences de la représentation graphique ne sont pas remplies par une formule chimique, par une description au moyen de mots écrits, par le dépôt d'un échantillon d'une odeur ou par la combinaison de ces éléments¹²⁹⁵.» En conséquence, s'il existe une alternative, on doit se demander par quoi cette exigence est remplie. La CJCE ne condamne pas expressément la marque olfactive, mais ne répond pas à cette dernière question.

697. Dans le cadre d'un commentaire sur l'arrêt «*L'Oréal I*», affaire que nous avons étudiée à propos du droit d'auteur, BRUGUIÈRE relève que ledit arrêt n'est pas si éloigné de l'arrêt «*Sieckmann*», à propos du problème de la perception subjective. Il considère que cette dernière doit être écartée par la description, mais que le droit des marques est «prisonnier» de l'exigence de la représentation écrite ou visuelle¹²⁹⁶. Comme CHAUDRI le souligne, les demandes d'enregistrement postérieures à l'arrêt «*Sieckmann*» seront immanquablement étudiées au regard des critères établis par la CJCE dans l'arrêt précité. Il s'ensuit que les marques, telles que *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée* risquent d'être invalidées¹²⁹⁷.

698. Il est surprenant que la CJCE adopte une position aussi radicalement opposée à celle de la Chambre de recours OHMI pour la marque communautaire. La décision de cette dernière sur la marque *l'Odeur de l'herbe fraîchement coupée*¹²⁹⁸, peut certes prêter le flanc à la critique, comme nous l'avons constaté ci-dessus. On peut néanmoins rappeler que dans la décision «*L'Arôme de framboises*», rendue postérieurement à l'arrêt «*Sieckmann*», la Chambre de recours OHMI a confirmé, avec raison, le principe de l'enregistrement des marques olfactives¹²⁹⁹.

699. Comme déjà relevé, la Chambre de recours OHMI a jugé que, contrairement à l'odeur «[...] balsamique fruitée avec une légère note de cannelle»,

¹²⁹⁴ Arrêt «*Sieckmann*», REC. CJCE 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://www.curia.eu.int], p. 3, 4.

¹²⁹⁵ Arrêt «*Sieckmann*», REC. CJCE 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://www.curia.eu.int], p. 10, 11; à noter que VÖLKER, *op. cit.*, p. 29, 30, avant cet arrêt, soutenait notamment: «Representing a smell in the form of a chemical formula satisfies the requirements with regard to graphic representability within the meaning of Article 2 TMD if the chemical formula fully and completely describes the substance concerned, and provided that this substance always smells the same under like conditions (e.g. temperature).»

¹²⁹⁶ BRUGUIÈRE, *op. cit.*, p. 1699. 1700.

¹²⁹⁷ CHAUDRI, *op. cit.*, p. 28; cf. aussi arrêt «*Libertel*», REC. CJCE 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 6.

¹²⁹⁸ Décision «*Odeur de l'herbe fraîchement coupée*», PIBD 2000/689 III, p. 10, 11.

¹²⁹⁹ Décision «*L'Arôme de framboises*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 3 et ss, considérants 6 à 31.

le signe olfactif *l'arôme de framboises* est clairement reconnaissable pour le consommateur, par sa description¹³⁰⁰. Plus précisément, dans sa décision «*L'Arôme de framboises*», la Chambre de recours OHMI a développé l'argumentation suivante pour contourner les obstacles de l'arrêt «*Sieckmann*» :

«Les exigences d'intégralité, de clarté, de précision, et d'objectivité ne sont que rarement satisfaites simultanément dans le cas des marques olfactives, étant donné qu'une odeur est généralement composée de plusieurs éléments chimiques, qui engendrent des tonalités variées, se volatilisent, sont perçues subjectivement de diverses façons, et ne peuvent le plus souvent qu'imparfaitement être décrites par des mots. Il n'en est pas moins possible qu'un arôme puisse exceptionnellement être décrit de façon complète, claire, précise, et objective. C'est le cas de «*L'arôme de framboises*», c'est-à-dire du parfum que dégage ce fruit rouge [...].¹³⁰¹»

700. La Chambre de recours OHMI nous donne ainsi une interprétation de l'arrêt «*Sieckmann*» qui semble préserver la possibilité de décrire verbalement des fragrances simples. Notons cependant qu'un certain nombre de demandes de marques communautaires olfactives ont été refusées¹³⁰². Par ailleurs, une demande avec une représentation graphique, sous forme de pics chromatographiques, a été retirée¹³⁰³. On observera en outre qu'un recours semble encore en attente d'une décision¹³⁰⁴. Parmi les demandes refusées, deux décisions publiées et l'arrêt, qui a confirmé l'une d'entre elles, nous intéressent plus particulièrement.

¹³⁰⁰ Décision «*L'Arôme de framboises*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 17.

¹³⁰¹ Décision «*L'Arôme de framboises*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 14 et 15.

¹³⁰² Sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>] : demande de marque communautaire N° 003132404 déposée le 14 avril 2003 et décrite comme suit «*The mark consist of the taste of oranges applied to the goods...*» ; demande de marque communautaire N° 001807353, *The smell of vanilla*, déposée le 14 août 2000 pour des savons, cosmétiques, serviettes vernis à ongles ; cf. aussi demande de marque communautaire N° 000750414, pour une carte postale odorante dont la représentation graphique, qui consiste en un rectangle indiquant l'endroit où devait être intégrée la fragrance, n'a pas été considérée comme suffisante ; cf. aussi VÖLKER, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁰³ Demande de marque communautaire N° 000566596 déposée le 25 juin 1997 et décrite comme «*La marque représente les volutes d'un arôme ambré ligneux, avec en arrière-plan les volutes du tabac virginia et le parfum dominant de la fleur de muscade...*», sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].

¹³⁰⁴ Sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>] : demande de marque communautaire N° 001254861, *El olor a limon*, déposée le 10 septembre 1999 pour des semelles et articles de chaussures.

2.4. La décision « *Matrice colorée* »

701. Pour la demande d'enregistrement n° 000521914 en tant que marque olfactive¹³⁰⁵, la représentation a été déposée sous forme de « matrice colorée », établie grâce à un nez électronique¹³⁰⁶. La Chambre de recours OHMI a rejeté la marque pour défaut de représentation graphique intelligible et suffisamment accessible, en se référant notamment à l'arrêt « *Sieckmann* »¹³⁰⁷. La Chambre de recours OHMI relève que le public intéressé, qui n'est pas accoutumé à cette forme de représentation, utilisée par les professionnels dans le domaine de la parfumerie, ne dispose d'aucune « clé de lecture » pour reconstituer la fragrance¹³⁰⁸.

702. Pour les mêmes raisons, la description faite avec le langage des compositeurs de parfums n'a pas non plus trouvé grâce auprès de la Chambre de recours OHMI qui a jugé qu'« [...] il n'est nullement évident de percevoir ce que recouvre la notion de < note verte de gazon >, ou de note < hespéridée (bergamote, citron) >, sans mentionner l'effet olfactif qu'est supposé produire le mélange de ces < notes > »¹³⁰⁹. » La Chambre de recours OHMI précise encore, à propos de la Décision « *Odeur de l'herbe fraîchement coupée* », qu'elle n'est pas tenue par ses jurisprudences antérieures¹³¹⁰.

703. La décision « *Matrice colorée* » s'inscrit dans la lignée de l'arrêt de la CJCE « *Sieckmann* ». Tout en admettant implicitement le principe de la marque communautaire olfactive, à l'instar de l'arrêt précité de la CJCE, cette décision rend son enregistrement quasiment impossible. Il est vrai que la technique de la « matrice colorée » ne semble pas être la plus appropriée pour caractériser une fragrance¹³¹¹. Selon KARLEN, les descripteurs et capteurs d'odeurs, sont encore loin d'être précis et doivent encore être développés¹³¹². Quant à la description verbale, il n'est pas étonnant que la Chambre de recours OHMI

¹³⁰⁵ Demande de marque communautaire n° 000521914 déposée le 11 avril 1997 et décrite comme « La fragrance est une représentation graphique d'une fragrance déterminée. Une note verte gazon, hespéridée (bergamote, citron), florale (fleur d'oranger, jacinthe) rosée, musquée... », sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].

¹³⁰⁶ Décision « *Matrice colorée* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 4, 7.

¹³⁰⁷ Décision « *Matrice colorée* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 6, 7.

¹³⁰⁸ Décision « *Matrice colorée* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 7.

¹³⁰⁹ Décision « *Matrice colorée* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 7.

¹³¹⁰ Décision « *Matrice colorée* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf], p. 8.

¹³¹¹ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 394.

¹³¹² KARLEN, *op. cit.*, p. 19, 20, 21; ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 394.

suive ses réflexions à propos de la description verbale de *l'arôme de framboises*, considérée comme exceptionnelle. Avant de se déterminer sur la description verbale, une dernière décision doit être examinée.

2.5. La décision « Odeur de fraise mûre » et l'arrêt « Eden »

704. Dans la demande d'enregistrement pour la marque communautaire olfactive n° 001122118¹³¹³, destinée notamment à des produits de parfumerie, la représentation graphique était constituée par une représentation sous forme de photographie d'une fraise et de la description « odeur de fraise mûre »¹³¹⁴. La Chambre de recours OHMI souligne que les odeurs ne sont pas expressément exclues de l'enregistrement¹³¹⁵.

705. En revanche, sans doute influencée par l'arrêt « *Sieckmann* », la Chambre de recours OHMI a rejeté la marque pour défaut de représentation graphique¹³¹⁶. Comme dans la décision « *Matrice colorée* », la Chambre de recours OHMI précise qu'elle n'est pas liée par la décision « *Odeur de l'herbe fraîche-ment coupée* », ni d'ailleurs par les pratiques d'autres offices¹³¹⁷.

706. Dans un arrêt rendu en date du 27 octobre 2005, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci-après TPI) a confirmé la décision « *Odeur de fraise mûre* » de la Chambre de recours OHMI¹³¹⁸. Le TPI fait remarquer, à titre liminaire, que même si la mémoire olfactive est probablement « [...] la plus fiable dont dispose l'être humain [...] », d'où l'intérêt de protéger les signes olfactifs, les exigences d'exactitude du droit des marques « [...] ne peuvent pas être modifiées ni assouplies afin de faciliter l'enregistrement des signes dont la nature rend la représentation graphique plus difficile »¹³¹⁹.

707. En ce qui concerne la description verbale, à la lumière de l'arrêt « *Sieckmann* », le TPI se montre un peu moins définitif que la Chambre de recours OHMI en précisant qu'on ne saurait exclure qu'une description puisse éven-

¹³¹³ Demande de marque communautaire n° 001122118, déposée le 26 mars 1999 et décrite comme « Odeur de fraise mûre », disponible sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr/>].

¹³¹⁴ Décision « *Odeur de fraise mûre* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 2.

¹³¹⁵ Décision « *Odeur de fraise mûre* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 7.

¹³¹⁶ Décision « *Odeur de fraise mûre* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 8.

¹³¹⁷ Décision « *Odeur de fraise mûre* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 7, 8, 9.

¹³¹⁸ Arrêt du TPI Eden SARL c/ OHMI, du 27 octobre 2005, T-305/04, (ci-après arrêt « *Eden* »), sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int/], p. 7.

¹³¹⁹ Arrêt « *Eden* », sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int/], p. 5.

tuellement satisfaire à toutes les conditions exigées par la jurisprudence¹³²⁰. Toutefois, en se basant sur une étude produite dans la procédure, selon laquelle 5 sur les 9 récoltes de fraises examinées ont pu être différenciées par leur odeur, le TPI a jugé que l'«odeur de fraise mûre» n'est pas unique, de sorte qu'elle n'est pas suffisamment univoque et précise pour écarter toute subjectivité¹³²¹. Le TPI déplore également l'absence de «[...] classification internationale d'odeurs généralement admise qui permettrait, à l'instar des codes internationaux de couleur ou de l'écriture musicale, l'identification précise d'un signe olfactif [...]»¹³²².

708. A propos de l'élément figuratif, le TPI cite encore l'arrêt «*Sieckmann*», dans lequel la CJCE a considéré que la formule chimique à l'origine de l'odeur ne saurait être admise comme représentation graphique¹³²³. Le TPI considère en effet que l'image de la fraise ne représente que le fruit qui émet l'odeur qui serait «[...] prétendument identique au signe olfactif en cause, et non l'odeur revendiquée [...]». De l'avis du TPI, il ne s'agit donc pas d'une représentation graphique valable, d'autant plus que la variété de fraises n'est pas spécifiée, à l'instar de ce qu'il a constaté à propos de la description verbale¹³²⁴.

709. S'agissant enfin de la combinaison de la description verbale et de l'élément figuratif, le TPI relève qu'au moins un des deux éléments doit satisfaire à toutes les conditions, ce qui n'est pas le cas en l'espèce¹³²⁵. Bien plus, le TPI constate que l'image représentant une fraise «mûre» n'ajoute rien à la description verbale qui contient déjà cette dernière précision¹³²⁶.

710. La décision «*Odeur de fraise mûre*» et l'arrêt «*Eden*» peuvent être approuvés à propos de l'élément figuratif, la photographie, qualifiée par la Chambre de recours de «fraise prétendument mûre¹³²⁷». Cette dernière n'apporte en effet aucune précision utile pour la description de la forme olfactive de la marque. En revanche, on peine à comprendre qu'aucune référence ne soit faite à la décision «*L'arôme de framboises*» qui date du 5 décembre 2001 et,

¹³²⁰ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 5.

¹³²¹ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 5, 6.

¹³²² Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 6.

¹³²³ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 6; arrêt «*Sieckmann*», REC. CJCE 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 10.

¹³²⁴ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 6.

¹³²⁵ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 7; arrêt «*Sieckmann*», REC. CJCE 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 10; arrêt «*Libertel*», REC. CJCE 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 7.

¹³²⁶ Arrêt «*Eden*», sur Internet (dernière visite 1.02.2006) [www.curia.eu.int], p. 7.

¹³²⁷ Décision «*Odeur de fraise mûre*», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf], p. 7, 8.

partant, est antérieure à la décision « *Odeur de fraise mûre* » du 24 mai 2004, ainsi qu'à l'arrêt « *Eden* »¹³²⁸.

711. Nous avons pu constater, il est vrai, que *l'arôme de framboises* a, en définitif, été écarté pour défaut de caractère distinctif¹³²⁹. Comme rappelé ci-dessus, la Chambre de recours OHMI a cependant admis que *l'arôme de framboises* est clairement reconnaissable pour le consommateur par sa description verbale¹³³⁰. En quoi consiste la différence avec l'« odeur de fraise mûre » ? Serait-ce dû au fait que l'odeur de la fraise a été qualifiée de « mûre » au lieu d'être limitée à l'arôme de fraise ? Les variétés de framboises et leurs odeurs respectives seraient-elles similaires, contrairement à celles des variétés de fraises ?

712. Dans l'arrêt « *Eden* », le TPI estime qu'il n'est pas exclu qu'une description verbale puisse satisfaire aux conditions requises. Malheureusement, on constatera qu'il ne développe pas son raisonnement, en particulier par rapport à la décision « *L'arôme de framboises* ». L'étude sur les odeurs des différentes variétés de fraises a probablement contribué en grande partie à ce jugement du TPI. Le formalisme dont fait preuve le TPI, à l'égard de la marque olfactive, nous semble toutefois quelque peu excessif. Cela d'autant plus qu'on ignore si le TPI aurait admis une odeur de fraises mûre d'une variété spécifique.

713. Quant à la classification des odeurs avec un code, à l'instar des couleurs, elle serait sans doute utile et permettrait plus de précision. Nous pensons que le consommateur est cependant plus à même d'identifier l'odeur de fraises ou de framboises qu'un code abstrait. L'on ne peut que regretter que ni la Chambre de recours OHMI, ni le TPI n'aient suivi la décision « *L'Arôme de framboises* » et, partant, semblent condamner la description verbale de la marque olfactive. Il nous reste ainsi à prendre position sur la description de la marque olfactive.

2.6. *Prise de position sur la description d'une marque olfactive*

714. En droit américain, HAWES plaide en faveur d'une description verbale pour enregistrer une marque olfactive¹³³¹. On peut rappeler à cet égard que l'arrêt « *In re Clarke* », a permis l'enregistrement de la fragrance « forte, fleurie

¹³²⁸ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 1 et ss.

¹³²⁹ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 6 et ss, considérants 32 et ss.

¹³³⁰ Décision « *L'Arôme de framboises* », sur Internet [http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf], p. 4, considérants 17.

¹³³¹ HAWES, *op. cit.*, p. 146.

et fraîche, rappelant les fleurs du frangipanier¹³³²» pour du fil à broder¹³³³. Célia Clarke était du reste représentée devant le TTAB par HAWES¹³³⁴.

715. Selon KARLEN, en dépit d'un certain nombre de problèmes, la marque olfactive ouvre de nouvelles perspectives¹³³⁵. Pour HAMMERSELEY, la difficulté pour décrire la fragrance ne constitue pas un obstacle en droit américain, dans la mesure où des dépôts imprécis ont déjà été admis¹³³⁶. Une description verbale simple devrait être suffisante à son avis¹³³⁷. La description verbale au sens de l'arrêt «*In re Clarke*» est cependant critiquée par ELIAS qui, comme déjà relevé, considère que le TTAB a été influencé par le fait que Célia Clarke était la seule à utiliser un fil à broder parfumé¹³³⁸.

716. La fragrance «forte, fleurie et fraîche, rappelant les fleurs du frangipanier» est sans doute plus complexe que *l'arôme de framboises*. La description est plus proche de l'odeur «[...] balsamique fruitée avec une légère note de cannelle», condamnée par la CJCE dans l'arrêt «*Sieckmann*»¹³³⁹. Si l'on suit le raisonnement de la Chambre de recours OHMI, le signe olfactif de Célia Clarke ne serait pas admissible en droit communautaire, faute de pouvoir être reconnu facilement par le consommateur. Le problème de description du signe doit aussi être envisagé dans le cadre de la recherche d'antériorités par un concurrent qui examine sa marge de manœuvre pour enregistrer un nouveau signe. A notre avis, la description verbale des fragrances simples doit être admise, comme la Chambre de recours OHMI l'a relevé dans sa décision «*L'Arôme de framboises*». Il peut être reconnu par les consommateurs et permet une recherche d'antériorités.

717. S'agissant de la description faite avec les termes du compositeur de parfums, elle est condamnée tant par la CJCE que par la Chambre de recours OHMI, faute de pouvoir être reconnue par le consommateur. A cet égard, on relèvera qu'en droit suisse, l'IFPI exige désormais une représentation de la marque sonore par une «[...] portée comprenant toutes les informations importantes (en particulier la clé, les notes et les silences)», ce qui est conforme

¹³³² Traduction de DUBARRY, *op. cit.*, p. 48, du texte anglais, arrêt «*In re Clarke*», *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118.

¹³³³ Arrêt «*In re Clarke*», *EIPR* (News Section, National Reports) 1991/6, D-118, 119; DUBARRY, *op. cit.*, p. 49.

¹³³⁴ ELIAS, *op. cit.*, p. 505.

¹³³⁵ KARLEN, *op. cit.*, p. 21: «The registration of scents opens up a Pandora's box.»

¹³³⁶ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 131, 132; BRESÉ, *Emergence des marques olfactives, op. cit.*, p. 5 note 11, relève qu'en droit américain la marque n° 75.360.102 («*Strawberry scent of the goods*» pour des lubrifiants de véhicules) a été publiée le 28 juillet 1998.

¹³³⁷ HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 132, 133.

¹³³⁸ ELIAS, *op. cit.*, p. 494, 495, 506 et ss.

¹³³⁹ Arrêt «*Sieckmann*», *REC. CJCE* 2002, I-11754, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://www.curia.eu.int>], p. 3, 4.

à la jurisprudence de la CJCE¹³⁴⁰. En effet, dans l'arrêt « *Shield Mark* », la CJCE a confirmé les principes de l'arrêt « *Sieckmann* », en posant des exigences sévères quant à la représentation graphique pour l'enregistrement d'un signe sonore¹³⁴¹.

718. L'enregistrement de la marque sonore reste cependant possible, par une représentation qui, comme nous l'avons déjà souligné, ne peut être comprise par le consommateur que s'il apprend le langage de la musique¹³⁴². Par ailleurs, on rappellera que l'enregistrement des marques de couleur par une gamme chromatique (Pantone, RAL) est admis¹³⁴³. Le standard de couleur Pantone ou RAL, même s'il est internationalement reconnu, n'est toutefois pas compréhensible pour celui qui ignore cette classification. Le consommateur ou le concurrent, qui font une recherche d'antériorités, doivent avoir dans ce cas des connaissances spécifiques. En conséquence, nous sommes d'avis qu'il n'est pas approprié d'être aussi sévère que la CJCE dans l'arrêt « *Sieckmann* ». En effet, cela rend l'enregistrement d'une marque olfactive impossible, alors que son principe est accepté. La représentation verbale dans le langage du compositeur de parfums doit ainsi également être admise.

719. En revanche, se pose la question de savoir si cette représentation peut suffire, lorsque le parfum est complexe et, partant, ne peut pas être complété par une description simple telle que *l'arôme de framboises*. A propos des signes banals, nous avons observé que plus le signe olfactif est une senteur simple, qui doit rester à la disposition de tous, moins il aura de chances d'être admis comme marque olfactive.

720. Paradoxalement, plus la fragrance est une composition élaborée, plus il sera difficile de l'enregistrer au regard de sa représentation, de manière à lui donner un caractère clairement reconnaissable. Par conséquent, le principe de la marque olfactive étant admis, nous estimons que sa seule représentation

¹³⁴⁰ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.2.7, p. 21: « Un oscillogramme, un spectrogramme ou un sonogramme ne sont par contre pas à même de représenter des sons ou des bruits de manière facilement accessible et compréhensible. »

¹³⁴¹ Arrêt « *Shield Mark* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 10, 11, 12, dans lequel la CJCE n'admet ni « [...] une représentation graphique telle que « les neuf premières notes de « Für Elise » ou le « chant du coq » [...] », ni les onomatopées telles que « [...] « Kukelekuuuuu » [...] », ni une succession de notes de musique « [...] telle que « mi, ré dièse, mi, ré dièse, mi, si, ré, do la » [...] ». En revanche, la CJCE a jugé que la représentation graphique par des notes de musique peut être admise « [...] lorsque le signe représenté au moyen d'une portée divisée en mesures et sur laquelle figurent, notamment, une clé, des notes de musique et des silences dont la forme indique la valeur relative et, le cas échéant, des altérations » ; cf. arrêt « *Bauchemie* », sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 1 et ss, dans lequel la CJCE a établi des critères pour les couleurs ou combinaisons de couleurs désignées de manière abstraite.

¹³⁴² Cf. aussi DUBARRY, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁴³ Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 3.2.8, p. 21; RÜETSCHI / STAUBER, *op. cit.*, p. 8 ; en droit communautaire, cf. l'arrêt « *Libertel* », *REC. CJCE* 2003, I-3822, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.curia.eu.int], p. 11, 12, 13.

verbale dans le langage du compositeur de parfums doit être valable pour son enregistrement. Ainsi, il serait possible de représenter une « signature odorante » telle que les notes « fève tonka-iris-ambre gris » de Guerlain¹³⁴⁴.

721. La description, par des moyens techniques ou une formule chimique, pose les mêmes problèmes que la description verbale par un compositeur de parfums. En d'autres termes, elle n'est pas reconnaissable en tant que telle¹³⁴⁵. La description par des moyens techniques, tels que les chromatographies, n'est pas parfaite. Il nous semble qu'elle peut néanmoins constituer un complément utile pour enregistrer une marque olfactive. Elle est du reste utilisée pour les marques de couleur. Par ailleurs, son emploi n'a pas expressément été rejeté par la CJCE pour la marque olfactive. La pratique devra encore déterminer quel moyen est le plus approprié, au regard de l'évolution de la technique. En revanche, la formule chimique doit à notre avis être écartée, car elle constitue la recette qui permet de recomposer le parfum. Elle ne représente pas sa forme olfactive. Des fragrances identiques peuvent en effet avoir une formule chimique différente¹³⁴⁶.

Conclusions sur les méthodes de représentation d'une marque olfactive et sur l'enregistrement d'un signe olfactif

722. La CJCE a condamné à titre de représentation graphique 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 l'inverse, la chromatographie n'a pas expressément été exclue. Si l'on suit la Chambre de recours OHMI, l'exigence de représentation graphique par une description verbale n'est cependant pas définitivement exclue pour des fragrances simples telles que *l'arôme de framboises*.

723. En droit suisse, l'article 10 al. 1 *in fine* OPM permet désormais d'autres modes de représentations pour des formes de marques particulières. La représentation graphique au sens du droit communautaire ne constitue cependant pas un obstacle en tant que tel pour les différentes représentations possibles. À notre avis, on doit écarter le dépôt des échantillons, car ils sont plus difficiles d'accès et devraient être renouvelés. Quant à la formule chimique, elle ne doit pas être admise comme complément. Nous savons en effet qu'elle ne représente pas la forme olfactive, mais la recette de sa composition.

724. L'enregistrement de la marque olfactive doit à notre avis se faire par un langage verbal, si possible reconnaissable par tous, complété par une

¹³⁴⁴ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

¹³⁴⁵ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 394.

¹³⁴⁶ DUBARRY, *op. cit.*, p. 55 ; ELIAS, *op. cit.*, p. 491.

description dans la langue du compositeur de parfums. Les équipements techniques tels que les chromatographies peuvent constituer un complément utile, mais en l'état actuel de la technique, nous ne recommandons pas de figer la représentation par un moyen plutôt qu'un autre. On ne peut que regretter que l'IFPI n'admette ni la représentation verbale, ni celle par les moyens techniques. A notre avis, l'enregistrement des signes olfactifs devrait être possible, puisque dans d'autres pays, en particulier aux Etats-Unis, elle est admise. Il reste ainsi à vérifier comment défendre une marque olfactive contre des atteintes.

Section 4. Atteintes à la marque olfactive (motifs relatifs d'exclusion selon l'art. 3 LPM)

725. Le titulaire d'une marque peut notamment interdire à un tiers l'usage ou l'apposition de sa marque ou d'une marque similaire (art. 13 al. 2 LPM). Bien plus, il peut s'opposer à l'enregistrement d'une marque exclue de la protection au sens de l'article 3 LPM, de sorte qu'on analysera l'atteinte au droit et les motifs relatifs d'exclusion dans une même section. L'article 3 al. 1 *litt. a* LPM doit être interprété au regard de l'article 16 al. 1 de l'Accord ADPIC, en vertu duquel le risque de confusion est présumé¹³⁴⁷, tandis que pour les articles 3 *litt. b* et *c* LPM, le risque de confusion est nécessaire. Nous commencerons par quelques notions générales sur le risque de confusion (§ 1), avant l'examen de ce dernier pour les marques olfactives (§ 2).

§ 1. Notions générales

726. Les fonctions de distinction et d'indication d'origine de la marque justifient l'interdiction du risque de confusion. Ce dernier doit être apprécié d'après la marque telle qu'elle est enregistrée, de sorte qu'une utilisation différente dans le commerce n'est pas pertinente¹³⁴⁸. Il existe deux hypothèses, selon lesquelles une certaine probabilité de la survenance d'un risque de confusion peut être admise¹³⁴⁹.

727. Il y a non seulement un risque de confusion lorsqu'une marque est prise pour une autre par les consommateurs (risque de confusion directe), mais également lorsque lesdits consommateurs, quand bien même ils sont capables de faire la distinction, sont amenés à faire de fausses associations d'idées. Dans ce dernier cas, ils attribuent des produits ou services à une entreprise qui n'est pas le titulaire de la marque (risque de confusion

¹³⁴⁷ COTTIER, Thomas- «Das Problem der Parallelimporte im Freihandelsabkommen Schweiz-EG und im Recht der WTO-GATT», *RSPI* 1995/1, p. 56; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit., ad art. 3, n° 3, p. 69*; MARBACH, *Markenrecht, op. cit., p. 100*; JENNY, *op. cit., p. 18*; cf. aussi arrêt «Chanel», ATF 122 III 469, 480; Message du CF, FF 1991/143 I, p. 20.

¹³⁴⁸ Directives en matière de marques, *op. cit., § 7.2.1, p. 150*; DAVID, *Basler Kommentar, op. cit., ad art. 3, n° 12, p. 73*; MARBACH, *Markenrecht, op. cit., p. 115*; WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit., ad art. 3, n° 58, p. 132*; Rösch Waschmittel SA c/ Lever SA, du 21 décembre 1993, (ci-après arrêt «Radion»), ATF 119 II 473, *JdT* 1994 I 358, 359, où le risque de confusion n'a pas été admis entre *Radion* et *Radomat* pour des produits de lessive.

¹³⁴⁹ WILLI, *Markenschutzgesetz, op. cit., ad art. 3, n° 11, p. 121*; arrêt «Radion», ATF 119 II 473, *JdT* 1994 I 358, 360: «Le risque de confusion ne résulte pas d'une vague et lointaine possibilité de confusion mais présuppose que le consommateur moyen soit vraisemblablement exposé à ce risque.»

indirecte)¹³⁵⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le domaine du droit des signes distinctifs, le risque de confusion ne relève pas des faits, mais constitue une question de droit que le juge apprécie librement¹³⁵¹. A cet égard, on soulignera que le juge doit cependant se baser sur des faits allégués et prouvés dans le cadre de la procédure¹³⁵².

728. La survenance d'un cas réel de confusion n'est ni nécessaire, ni déterminante, mais elle peut constituer un indice du risque de confusion¹³⁵³. Selon SCHNEIDER, le risque de confusion s'analyse de manière abstraite en droit des marques¹³⁵⁴. Les signes en cause ne doivent toutefois pas être comparés de manière simultanée. Pour déterminer s'il existe un risque de confusion ou non, le juge doit se référer à l'impression d'ensemble, au souvenir laissé par les deux signes en cause auprès de l'acheteur moyen¹³⁵⁵.

729. Le risque de confusion ne dépend pas seulement de la plus ou moins grande similitude entre les marques, mais également de la force distinctive

1350 DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 3, n° 6, p. 70; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 446, p. 217; BAUDENBACHER, Carl / CASPERS, Wolfgang, in: BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2001, ad art. 3 litt. d, n° 7, p. 417; INEICHEN, *Das Urheberrechtlich geschützte Werk*, *op. cit.*, p. 125; JOLLER, *op. cit.*, p. 166, 204; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 243; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 550, p. 109; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 16 n° 3.1, p. 86; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 3, n° 11, p. 121; Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 7.2.2, p. 150; arrêt « Kamillosan », ATF 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 232, où le risque de confusion entre *Kamillosan* et *Kamillan* a été admis pour des produits pharmaceutiques; Denner c/ Rivella AG, du 18 juillet 2000, (ci-après arrêt « Rivella/Apiella III »), ATF 126 III 315, *sic!* 2000/7, p. 618, 621, 622; arrêt n. p. du Tribunal fédéral, 4C.139/2003, X. Sàrl c/ CAP Compagnie d'assurance de protection juridique SA, du 4 septembre 2003, (ci-après arrêt « CAP »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, in: *sic!* 2004/5, p. 430, 432.

1351 Arrêt « Rivella/Apiella III », ATF 126 III 315, *sic!* 2000/7, p. 618, 619; arrêt de la CREPI du 9 février 2005, (ci-après arrêt « CJ Cavalli Jeans (fig.)/Rocco Cavalli (fig.) »), *sic!* 2005/7-8, p. 571, 572.

1352 Cf. à ce sujet DE WERRA, Jacques, Note sous l'arrêt « Maggi/www.Maggi.com », *sic!* 2005/5, p. 393 et ss.

1353 WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 3, n° 10, p. 121; arrêt « Rivella/Apiella III », ATF 126 III 315, 317, où le risque de confusion a été admis entre *Rivella* et *Apiella* pour des boissons à base de lactosérum; SMP Management Programm St. Gallen AG c/ MZSG Management Zentrum St. Gallen, (ci-après arrêt « SMP Management »), ATF 122 III 369, *JdT* 1997 I 239, 242, à propos du risque de confusion de raisons sociales; Aramis Inc. c/ Cedrico SA, du 28 février 1997, (ci-après arrêt « TATTOO »), ATF 123 III 189, *SJ* 1997, p. 602, 604; BAUDENBACHER / CASPERS, *op. cit.*, ad art. 3 litt. d, n° 103, p. 454, 455; arrêt « CAP », 4C.139/2003, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *sic!* 2004/5, p. 430, 432.

1354 SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 409, 410; *contra* LUCHSINGER, Martin, « Verwechslungsgefahr – abstrakt oder konkret? » *sic!* 2003/1, (ci-après LUCHSINGER, *Verwechslungsgefahr*), p. 76, 80, qui considère néanmoins qu'il convient de s'attacher à des critères objectifs, à l'exclusion d'éléments de l'état de fait.

1355 JOLLER, *op. cit.*, p. 222; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 244; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 568, 569, p. 113; K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, *op. cit.*, § 16 n° 3.2.4 et 3.3, p. 89; WILLI, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, ad art. 3, n° 67, p. 134; DAVID, *Basler Kommentar*, *op. cit.*, ad art. 3, n° 14, 15, p. 74, 75; arrêt « Kamillosan », ATF 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 233; Hugo Boss AG c/ Reebok International Ltd, (ci-après arrêt « Hugo Boss »), ATF 121 III 377, *JdT* 1996 I 232, 233.

de ces dernières¹³⁵⁶. Les signes qui ont une grande capacité distinctive, en raison de leur originalité au sens du droit des marques, ou parce qu'ils se sont imposés dans le commerce, disposent d'une meilleure protection: le risque de confusion est accru. Dans le cas des signes qui ont une faible force distinctive, autrement dit les «signes faibles», de légères différences dans un signe postérieur suffisent pour éviter le risque de confusion¹³⁵⁷.

730. MARBACH souligne cependant avec raison que la qualification de signe faible ou fort n'est jamais définitive. Elle peut évoluer avec le temps¹³⁵⁸. De surcroît, l'impression d'ensemble étant déterminante, l'analyse ne doit pas se faire sous forme de mosaïque¹³⁵⁹. Par conséquent, les éléments faibles ou qui n'ont pas de capacité distinctive ne peuvent pas tout simplement être écartés, même si à eux seuls ils ne bénéficient pas de protection¹³⁶⁰. Compte tenu de ces considérations, voyons comment le risque de confusion peut être analysé pour les marques olfactives.

§ 2. Le risque de confusion de marques olfactives

731. En droit d'auteur, nous avons observé que le test de consommateurs ne peut constituer qu'un indice pour déterminer la contrefaçon ou l'imitation, car cette manière de faire relève du risque de confusion tel qu'il ressort du droit des marques. En conséquence, dans l'hypothèse d'une marque olfactive, un test de consommateurs serait sans doute un des meilleurs moyens de preuves pour permettre au juge d'admettre l'existence d'un risque de confusion.

732. De l'avis d'ELIAS, de tels tests risquent d'être faussés, en raison de l'anosmie dont souffre une partie de la population, de l'âge et du sexe des personnes interrogées, ainsi que de fluctuations hormonales chez la femme¹³⁶¹. Dans le cas d'autres marques, des influences subjectives de ce type ne peuvent cependant pas non plus être écartées. On peut du reste y remédier, en partie, en sélectionnant un échantillon adéquat dans la population.

¹³⁵⁶ Arrêt «Kamillosan», ATF 122 III 382, JdT 1997 I 231, 233; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 554, p. 110; BAUMGARTNER, op. cit., p. 86; SCHNEIDER, op. cit., p. 411 et ss; DAVID, *Basler Kommentar*, op. cit., ad art. 3, n° 13, p. 74; GILLIÉRON, op. cit., p. 247.

¹³⁵⁷ K. TROLLER, *Précis du droit suisse*, op. cit., § 16 n° 3.2.2, p. 88; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 555, p. 110; Directives en matière de marques, op. cit., § 7.5, p. 151, 152.

¹³⁵⁸ MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, op. cit., n° 556, p. 110; également GILLIÉRON, op. cit., p. 248.

¹³⁵⁹ DAVID, *Basler Kommentar*, op. cit., ad art. 3, n° 11, p. 73; WILLI, *Markenschutzgesetz*, op. cit., ad art. 3, n° 63, p. 133; arrêt «Hugo Boss», ATF 121 III 377, JdT 1996 I 232, 233.

¹³⁶⁰ WILLI, *Markenschutzgesetz*, op. cit., ad art. 3, n° 65, p. 133; arrêt «Kamillosan», ATF 122 III 382, JdT 1997 I 231, 234.

¹³⁶¹ ELIAS, op. cit., p. 490, 491, 523.

733. Par ailleurs, la contrefaçon ou imitation d'une marque olfactive dépend de la représentation qui est retenue pour l'admission d'une telle marque à l'enregistrement. Les descriptions verbales et par des moyens techniques, tels que la chromatographie, doivent donc être prises en considération à cet égard. Nous nous intéresserons donc à la question de savoir de quelle manière les utiliser. Pour examiner le risque de confusion entre marques olfactives, on se demandera en premier lieu si deux signes olfactifs constituent des signes identiques au sens de l'article 3 al. 1 *litt.* a LPM ou des signes similaires au sens de l'article 3 al. 1 *litt.* c LPM (2.1). Une seconde question portera sur la similitude des produits distingués par une marque olfactive identique ou similaire (2.2.).

2.1. *Signe olfactif identique ou similaire à la marque olfactive antérieure*

734. L'article 3 al. 1 *litt.* a LPM exclut de la protection les signes identiques pour des produits identiques. Les Directives en matière de marques, précisent toutefois que les signes doivent être parfaitement identiques¹³⁶². Pour déterminer si des signes olfactifs sont identiques, on peut utiliser une analyse chromatographique ou une description des deux parfums dans le langage des compositeurs de parfums. Par exemple dans l'arrêt «*Jeanne Arthes*», jugé en droit français et commenté dans le chapitre consacré à la concurrence déloyale, ci-dessous, la chromatographie a permis de détecter la reprise par le parfum *Ostentation* de 31 constituants, parmi les 32 ou 33 constituants du parfum *Trésor*¹³⁶³. Une telle analyse révèle ainsi que les signes olfactifs ne sont pas strictement identiques, mais similaires¹³⁶⁴. En conséquence, en droit des marques suisse, l'article 3 al. 1 *litt.* c LPM pourrait s'appliquer, de sorte que le risque de confusion doit être établi.

735. On rappellera que pour apprécier le risque de confusion entre deux signes olfactifs similaires, le juge doit tenir compte de l'impression d'ensemble. Par ailleurs, un test de consommateurs peut être produit comme moyen de preuve. Dans l'exemple de l'arrêt «*Jeanne Arthes*» précité, 83% de consommatrices ont considéré les deux parfums comme étant proches¹³⁶⁵. Un tel résultat permet au juge de constater la contrefaçon. Pour la protection du parfum, la marque constitue dès lors un instrument plus efficace que le droit d'auteur, pour lequel nous avons souligné que le risque de confusion n'est pas

¹³⁶² Directives en matière de marques, *op. cit.*, § 7.1, p. 150.

¹³⁶³ Arrêt «*Jeanne Arthes*», *RIPIA* 2001/204, p. 17, 21.

¹³⁶⁴ BURTON, *op. cit.*, p. 383, qui relève à propos du droit anglais qu'il est quasiment impossible d'établir que deux odeurs sont exactement les mêmes.

¹³⁶⁵ Arrêt «*Jeanne Arthes*», *RIPIA* 2001/204, p. 17, 21

déterminant. Cela suppose toutefois que la marque olfactive primaire soit admise à l'enregistrement comme marque imposée.

736. Dans le cas d'une « signature odorante », telle que les notes « fève tonka-iris-ambre gris » de Guerlain¹³⁶⁶, un compositeur de parfums pourra constater leur présence dans deux parfums. Si les deux parfums contiennent la même signature, autrement dit un signe distinctif identique, le risque de confusion sera présumé au sens de l'article 3 al. 1 *litt.* a LPM.

737. Pour des fragrances simples telles que *l'arôme de framboises*, l'identité des signes pourra en principe être aisément constatée, sans analyse chromatographique. Lorsque *l'arôme de framboises* distingue un carburant (marque olfactive tertiaire) et qu'un autre producteur de carburant utilise le même arôme, le risque de confusion sera donc aussi présumé, en vertu de l'article 3 al. 1 *litt.* a LPM.

738. Dans l'exemple de la fragrance *l'odeur de l'herbe fraîchement coupée* pour des balles de tennis, si une odeur similaire est utilisée pour d'autres balles de tennis, il est probable qu'une description dans le langage des compositeurs de parfums ou un test chromatographique soient nécessaires, pour déterminer si l'on est en présence de signes identiques ou similaires. S'il s'agit de signes similaires, un test de consommateur pourra être utilisé.

739. On peut encore prendre un exemple de marque olfactive secondaire telle qu'un savon dont le parfum, enregistré en tant que marque olfactive, serait repris par un autre fabricant de savons. Nous avons observé que pour avoir un caractère distinctif pour un tel produit, le parfum sera en principe complexe. Par conséquent, on peut se servir d'une analyse chromatographique, pour établir si les deux parfums sont identiques ou non. Qu'en est-il de la similitude des produits ?

2.2. *Produits similaires distingués par une marque olfactive identique ou similaire*

740. Selon l'article 3 al. 1 *litt.* b et c LPM, sont exclus de la protection les signes qui sont identiques ou similaires lorsque les produits distingués sont similaires et qu'il en résulte un risque de confusion. Cela signifie que deux marques identiques ou similaires peuvent exister en parallèle pour des produits qui ne sont pas similaires, sous réserve d'une marque qui a acquis une haute renommée au sens de l'article 15 LPM¹³⁶⁷. Cette dernière ne sera

¹³⁶⁶ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

¹³⁶⁷ MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 562, p. 111; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 404, 444, p. 205, 216, qui relève que le droit des marques est fondé sur le principe de spécialité; CHERPILLOD, *La notion de marque*, *op. cit.*, p. 38.

cependant pas examinée dans notre étude. En effet, dès lors que nous avons constaté qu'un parfum, susceptible d'être célèbre, ne peut pas constituer son propre signe distinctif, la question de la marque de haute renommée perd tout intérêt.

741. La similarité des produits découle traditionnellement de la fonction d'indication d'origine de la marque, permettant d'identifier l'entreprise qui fabrique le produit¹³⁶⁸. Il peut ainsi en résulter un risque de confusion indirecte par une fausse association d'idées¹³⁶⁹. Sous l'empire de l'ancien droit, un risque de confusion a par exemple été admis entre des marques identiques, l'une pour du café et thé et l'autre pour des moulins à café¹³⁷⁰.

742. MARBACH relève avec raison que cette règle n'est pas satisfaisante, en raison du passage de l'indication de provenance concrète de l'entreprise à l'indication de provenance abstraite¹³⁷¹. Le Tribunal fédéral a néanmoins affirmé que la jurisprudence rendue sous l'article 6 al. 3 de l'ancienne Loi fédérale sur les marques (principe de spécialité) demeure applicable pour l'article 3 al. 1 *litt. b* LPM¹³⁷². Dans l'arrêt « SWC », le Tribunal fédéral a récemment jugé que les articles de mode ne constituent pas aux yeux du public une catégorie de marchandises en tant que telle¹³⁷³. Des marchandises en cuir, des étuis à lunettes, des habits, des articles de papeterie ou des accessoires pour fumeurs ne sont dès lors pas des produits similaires¹³⁷⁴.

743. Dans le cas d'une marque olfactive, lorsque l'*arôme de framboises* distingue du carburant, un concurrent doit pouvoir utiliser le même arôme pour un produit totalement différent tel qu'un jouet qui serait ainsi distingué. En revanche, s'agissant d'un parfum qui serait enregistré en tant que marque olfactive primaire, un risque de confusion pourrait résulter du même parfum utilisé pour distinguer une marque olfactive secondaire comme par exemple un savon.

¹³⁶⁸ MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 563, p. 111, 112.

¹³⁶⁹ Arrêt « Kamillosan », ATF 122 III 382, *JdT* 1997 I 231, 232.

¹³⁷⁰ Narok AG c/ Müller, du 9 mai 1961, (ci-après arrêt « Narok »), ATF 87 II 107, 110; MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 563, p. 112.

¹³⁷¹ MARBACH, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 563, p. 112.

¹³⁷² SCW Swiss Classic Watches F. Schifferle c/ Porsche Design Management GmbH & Co. KG, du 19 décembre 2001, (ci-après arrêt « SCW »), ATF 128 III 96, 99; arrêt « TATTOO », ATF 123 III 189, 191; arrêt « Hugo Boss », ATF 121 III 377, 378.

¹³⁷³ Arrêt « SCW », ATF 128 III 96, 99, 100.

¹³⁷⁴ Arrêt « SCW », ATF 128 III 96, 99, 100.

Conclusions sur les atteintes à la marque olfactive

744. Pour déterminer si un signe olfactif est identique, on peut utiliser une analyse chromatographique ou une description verbale dans le langage des compositeurs de parfums. Pour des compositions complexes, il est toutefois très peu probable que les signes soient considérés comme identiques. En principe, le risque de confusion ne pourra être présumé au sens de l'article 3 al. 1 *litt.* a LPM que pour des signes olfactifs simples comme *l'arôme de framboises* ou pour une « signature odorante », par exemple la « guerlinade ».

745. Pour constater le risque de confusion, le juge peut s'appuyer sur un test de consommateurs. Lorsque les produits distingués par les signes olfactifs sont totalement différents, deux marques olfactives identiques ou similaires doivent cependant pouvoir coexister en l'absence de risque de confusion.

Conclusions sur les marques olfactives

746. Afin de bénéficier de la protection du droit des marques, un signe olfactif doit avoir une capacité distinctive, être arbitraire par rapport au produit qu'il est censé distinguer. Parmi les signes olfactifs, nous avons fait une distinction entre les signes olfactifs primaires, secondaires et tertiaires. La question de l'appartenance au domaine public des signes olfactifs secondaires (notamment les produits corporels tels que les savons et les produits de nettoyage) et des signes olfactifs tertiaires (produits en principe inodores ou dont l'odeur naturelle est « désagréable ») doit se faire selon l'article 2 *litt. a* LPM. Il en est de même d'une « signature odorante » composée de plusieurs notes. Les autres signes olfactifs primaires, (par exemple le parfum) sont en revanche à examiner en premier lieu selon les principes généraux de l'exclusion des signes techniquement nécessaires et de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme).

747. S'agissant de signes olfactifs primaires, un parfum complexe, dont la composition du « bouquet » comporte des notes différentes, ne sera ni indispensable, ni fonctionnel, autrement dit techniquement nécessaire (art. 2 *litt. b in fine* LPM pour les marques de forme). A l'inverse, tel sera le cas de notes simples, telles que le jasmin, ou d'une « signature odorante » composée d'une seule note. Les fragrances simples, en tant que marques olfactives primaires, ne peuvent pas constituer des marques imposées. Les signes olfactifs primaires sont également exclus en vertu du principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt. b* LPM pour les marques de forme), car ils constituent la nature même du produit. A l'exception d'une « signature odorante » composée de plusieurs notes, qui est séparable du parfum, ils sont « esthétiquement nécessaires ». De ce fait, ils ne sauraient être arbitraires par rapport au produit. Le caractère distinctif au sens du droit des marques leur fait défaut.

748. Par conséquent, le parfum ne devrait pas pouvoir constituer son propre signe distinctif. Si l'IFPI confirme néanmoins sa pratique, instaurée avec l'enregistrement de la forme de la montre *Rolex Oyster*, le parfum, en tant que marque olfactive primaire, pourrait être enregistrée sous forme de marque imposée. Cela nous semble toutefois critiquable, notamment en raison de la durée de protection potentiellement illimitée du droit des marques. Nous pensons en effet qu'un tel monopole irait à l'encontre de la systématique avec le droit d'auteur. Quant aux signes olfactifs secondaires, tertiaires, de même qu'une « signature odorante », ils peuvent constituer des marques imposées, à condition de ne pas être fonctionnelles (techniquement nécessaires). Cette dernière exigence est cependant contraire au texte de l'article 2 *litt. a* LPM.

749. Lors de l'exclusion de ces signes au sens de l'article 2 *litt. a* LPM, on ne doit pas se montrer trop exigeant. Par exemple l'*arôme de framboises*, en tant que marque olfactive tertiaire, peut être distinctive, arbitraire, pour un produit tel que du carburant. On précisera qu'il serait possible de l'admettre comme marque imposée, si l'usage de signes olfactifs pour des carburants devait se généraliser. Il convient d'être plus prudent pour des signes olfactifs secondaires, tels que des savons et produits de nettoyages, pour lesquels l'usage de parfums, comme par exemple du citron, est très usuel. Un parfum complexe pourrait néanmoins devenir distinctif pour du savon. Pour des signes olfactifs secondaires, les odeurs simples ne peuvent en revanche pas devenir des marques imposées, car elles sont fonctionnelles.

750. Pour l'enregistrement de la marque olfactive, la représentation graphique au sens du droit communautaire ne constitue pas un obstacle en tant que tel. En droit suisse, la modification de l'article 10 al. 1 *in fine* OPM ouvre toutefois la voie à d'autres formes de représentations. On peut cependant regretter que l'IFPI limite cette possibilité à la forme électronique. Il s'ensuit que l'IFPI n'admet pour le moment aucune représentation pour enregistrer une marque olfactive.

751. A notre avis, la jurisprudence de la CJCE qui condamne 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, est trop restrictive. Sans pour autant écarter expressément la marque olfactive, l'arrêt «*Sieckmann*» de la CJCE ne dit pas comment elle peut être enregistrée. La Chambre de recours OHMI s'est montrée un peu moins sévère, en considérant que l'exigence de représentation graphique peut être acceptée, à titre exceptionnel, par une description verbale pour une fragrance simple telle que l'*arôme de framboises*. S'il est plus aisé d'enregistrer une fragrance simple, cette dernière comporte un risque plus élevé de ne pas avoir un caractère distinctif. Paradoxalement, plus la forme olfactive est élaborée, plus il devient difficile de satisfaire à l'exigence de représentation.

752. On ne doit pas se montrer trop sévère pour l'enregistrement des marques olfactives, sous peine de les refuser définitivement. Aux Etats-Unis la marque olfactive est du reste admise. A notre avis, en raison de la difficulté d'accès et du problème de renouvellement, le dépôt d'échantillons doit être écarté. De même, la formule chimique ne représente pas la forme olfactive du parfum, mais la recette qui le compose et, partant, ne doit pas être acceptée. En revanche, le langage verbal, si possible reconnaissable par tous, complété par une description dans la langue du compositeur de parfums, doit être admis.

753. Quant aux équipements techniques comme la chromatographie, ils peuvent constituer un complément qui ne sert pas uniquement lors de l'enregistrement. La chromatographie et la description verbale peuvent en

effet être utilisées pour déterminer si des signes olfactifs sont identiques dans une procédure d'opposition ou en cas de contrefaçon. S'agissant du test de consommateurs, il peut servir comme moyen de preuve pour permettre au juge d'admettre le risque de confusion. Si le parfum peut être enregistré en tant que marque olfactive primaire imposée, au regard de ces moyens de preuve, le droit des marques possède un avantage par rapport au droit d'auteur, pour lequel on rappellera que les équipements techniques ou les tests de consommateurs ne sont pas déterminants.

Chapitre V

La protection par le droit de la concurrence déloyale

754. L'objet de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après LCD)¹³⁷⁵, consiste à protéger l'industrie et le commerce contre les abus et à éviter que les consommateurs ne soient trompés¹³⁷⁶. Le législateur a adopté une approche fonctionnelle de la LCD: la concurrence est protégée dans son fonctionnement, ce qui signifie que la protection n'est pas limitée aux concurrents¹³⁷⁷. Selon cette approche, la protection porte sur un système de concurrence qui fonctionne.

755. Ne sont dès lors pas fonctionnelles les conséquences sur la concurrence qui ne favorisent pas la continuité de ce système¹³⁷⁸. Sous l'ancien droit, l'application de la LCD était soumise à un rapport de concurrence entre les parties¹³⁷⁹. Avec la nouvelle LCD, cette exigence a en principe été supprimée¹³⁸⁰. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral semble pourtant avoir réintroduit la condition du rapport de concurrence¹³⁸¹, ce qui est critiqué à juste titre par CHERPILLOD¹³⁸². Dans l'arrêt «CAP», le Tribunal fédéral se montre du reste plus nuancé¹³⁸³. Dans la section qui suit, nous commencerons par fixer le cadre de l'analyse des créations du domaine de la parfumerie dans ce chapitre (1.1), à la lumière du principe du *numerus clausus* de biens immatériels (1.2).

¹³⁷⁵ RS 241.

¹³⁷⁶ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 782, p. 348; JECKLIN, Barbara, *Leistungsschutz im UWG?* thèse, Berne 2003, p. 77, 78.

¹³⁷⁷ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 1 et 2, n° 24, p. 117; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 39, 40; JECKLIN, *op. cit.*, p. 90 et ss; IVANOV, Daniel, *Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, thèse, Berne 2003, p. 157, 168, 203; JENNY, *op. cit.*, p. 167 et ss; THALMANN, *op. cit.*, p. 351, 352; Message du CF, FF 1983/135 II 1037, 1054.

¹³⁷⁸ JECKLIN, *op. cit.*, p. 90, 91 et ss.

¹³⁷⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 1, p. 902.

¹³⁸⁰ S.X. c/ Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau, du 18 mars 1991, (ci-après arrêt «Bernina»), ATF 117 IV 193; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 61 n° 4.1, p. 348; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 4.2, p. 923; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 2, n° 18, p. 115; BAUDENBACHER, Carl / GLÖCKNER, Jochen, in: BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2001, ad art. 4 et 6, n° 75, p. 708, n° 55, p. 768; MEILI, Tobias, *Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht – Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens?* thèse Zurich, Berne 2000, p. 65; contra GUYET, Jaques, «Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG)», in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle 1998, (ci-après GUYET, *Spezialklauseln*), (pour art. 6 LCD, p. 230), p. 225.

¹³⁸¹ Time Warner Entertainment Company LP c/ P., du 19 février 2001, (ci-après arrêt «Central Perk»), *sic!* 2001/4, p. 317.

¹³⁸² CHERPILLOD, Ivan, Note sous l'arrêt «Central Perk», *sic!* 2001/4, (ci-après CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Central Perk»*), p. 319 et s.

¹³⁸³ Arrêt «CAP», sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, in: *sic!* 2004/5, p. 430, 432: «Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent [...]. Il n'empêche que l'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou accroître ou diminuer ses parts de marché [...].» ; cf. également arrêt n. p. du Tribunal fédéral, 4P.73/2002, M. c/ S. et X. SA, du 26 juin 2002, (ci-après arrêt «Ferrari»), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, in: *sic!* 2002/10, p. 694, 696.

Section 1. Le cadre de l'analyse des créations du domaine de la parfumerie au regard de la LCD

1.1. *La recette, la formule chimique, le jus et le signe olfactif du parfum*

756. En droit des brevets d'invention, nous sommes parvenus à la conclusion que la formule chimique de produits odorants ou de mélanges de produits odorants, de même que le jus du parfum sont susceptibles d'être brevetables. Pour que tel soit le cas, ils doivent cependant satisfaire à la condition de l'activité inventive en permettant de surmonter de manière non-évidente un problème de nature technique, mais non pas esthétique.

757. Le droit d'auteur protège la forme olfactive du parfum en tant que réalisation concrète perceptible par l'odorat. Bien davantage, la forme olfactive, envisagée comme signe distinctif, pourrait être enregistrée comme marque olfactive. Pour l'instant, aucune représentation n'est cependant admise par l'IFPI pour son enregistrement. Se pose alors la question de savoir quelle protection la concurrence déloyale peut conférer aux créations de la parfumerie, plus précisément pour la formule chimique, la recette, le jus et le signe olfactif du parfum.

1.2. *Le numerus clausus des biens immatériels*

758. En vertu du principe du *numerus clausus* des biens immatériels, un monopole ne peut être accordé qu'aux seuls biens protégés par une loi de propriété intellectuelle¹³⁸⁴. La LCD ne doit pas réduire la portée du *numerus clausus* des biens immatériels. D'où l'interdiction de protéger par la LCD des créations qui ne sont pas protégeables par le droit d'auteur ou qui n'ont pas fait l'objet du dépôt requis par les lois de la propriété industrielle, voire pire, qui n'auraient pas pu faire l'objet d'un tel dépôt, faute notamment d'originalité au sens de ces lois¹³⁸⁵. « L'on ne doit pas qualifier d'illicite ce qui est per-

¹³⁸⁴ K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 6 n° 2, p. 20, 21; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 6 n° 2, p. 31; PERRET, François, «La protection des prestations», in: CARUZZO/OBERSON, *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, CEDIDAC N° 11, Lausanne 1988, (ci-après PERRET, *La protection des prestations*), p. 38; DUCOR, Philippe, «Protection des bases de données et concurrence déloyale», in: RAGUENEAU, *Internet 2003*, CEDIDAC N° 57, Lausanne 2004, p. 169.

¹³⁸⁵ Beiersdorf AG c/ Coopérative Migros Berne, du 12 juillet 1990, (ci-après arrêt «Nivea»), ATF 116 II 365, JdT 1991 I 613, 614, 615; PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 39 et ss; cf. aussi PERRET, *La protection, op. cit.*, p. 231 et ss; BAUDENBACHER/CASPERS, *op. cit.*, ad art. 3 litt. d, n° 140, p. 465; cf. aussi l'arrêt du Tribunal supérieur de Lucerne sur mesures provisoires du 11 juin 1996, (ci-après arrêt «Ice beer»), sic! 1997/2, p. 185, 186, 187; PEDRAZZINI, Mario M. / PEDRAZZINI, Federico A., *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Berne 2002, Grundlagen, § 3 n° 3.05, p. 33, 34.

mis par les lois spéciales de propriété intellectuelle [...]», a jugé le Tribunal fédéral¹³⁸⁶.

759. La LCD ne s’applique qu’en présence de circonstances additionnelles spéciales qui dénotent de la déloyauté d’un concurrent¹³⁸⁷. En l’absence de telles circonstances, la copie, même servile, n’est pas déloyale¹³⁸⁸. La copie doit cependant être clairement distinguée de l’utilisation du support matériel comme facteur de reproduction¹³⁸⁹. La copie consiste à reprendre une valeur intellectuelle conçue par un tiers, tout en déployant une certaine activité personnelle lors de la réalisation de l’objet matériel contrefaisant¹³⁹⁰. La circonstance additionnelle susceptible de rendre la copie déloyale est le risque de confusion (art. 3 *litt.* d LCD). En revanche, lorsque le contrefacteur se borne à utiliser le support matériel comme facteur de reproduction, il ne s’agit plus d’une copie¹³⁹¹. La circonstance additionnelle qui rend ce comportement déloyal est la reprise immédiate de la prestation d’autrui selon les conditions de l’article 5 *litt.* c LCD.

760. L’absence de protection par la LCD des situations appréhendées par les lois spéciales (« *Umwegthese* ») ne fait cependant pas l’unanimité¹³⁹². Ainsi, une partie de la doctrine considère qu’une application cumulative entre la LCD et les lois de propriété intellectuelle du domaine des créations nouvelles serait parfois possible¹³⁹³. Le cumul avec la LCD peut en revanche être admis

1386 AB Volvo c/ Fritz Herren AG, du 15 octobre 1990, (ci-après arrêt « *Volvo* »), ATF 116 II 471, *JdT* 1991 I 594, 596; JENNY, *op. cit.*, p. 132, relève que le Tribunal fédéral reconnaît pour la première fois expressément la « liberté d’imitation » dans cet arrêt; arrêt « *CAP* », 4C.139/2003, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *sic!* 2004/5, p. 430, 432.

1387 PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 39; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht*, *op. cit.*, n° 974, p. 198; DUCOR, *op. cit.*, p. 169; JENNY, *op. cit.*, p. 139, 140, 225; A. AG c/ N. AG, du 4 février 2005, (ci-après arrêt « *Sch-Spider* »), ATF 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 597.

1388 JENNY, *op. cit.*, p. 176, 177, 178.

1389 PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 48.

1390 PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 48.

1391 PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 48.

1392 JECKLIN, *op. cit.*, p. 167 et ss, 172; MÜLLER, Jürg, « Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG) », in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle/Francfort 1998, p. 40, 41: « Die These des „Umwegs“ ist verführerisch einfach – und deshalb gefährlich »; PAHUD, Eric, « Zur Kritik der Umwegtheorie », *sic!* 2004/10, p. 804, 807 et ss; STREULI-YOUSSEF, Magda, « Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG) », in: VON BÜREN/DAVID, *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle/Francfort 1998, (ci-après STREULI-YOUSSEF, *art. 3 UWG*), p. 165; cf cependant FIECHTER, Markus, *Leistungsschutz nach art. 5 lit. c UWG*, thèse St.-Gall, Berne / Stuttgart / Vienne 1992, p. 189, 190; plus nuancé JENNY, *op. cit.*, p. 220, 221, 225, 263.

1393 BAUDENBACHER, *op. cit.*, *ad art.* 5, n° 77, p. 743; JENNY, *op. cit.*, p. 255, 256: « Der ergänzende Schutz durch das UWG darf also der Urheberrechtlichen Regelung nicht widersprechen »; cf. aussi l’arrêt de la Cour de justice de Genève du 19 novembre 1993, (ci-après arrêt « *Sartoris* »), *RSPI* 1994/2, p. 169, 172, dans lequel l’application cumulative de l’article 5 *litt.* c LCD et de l’article 10 LDA a été admise; arrêt du Tribunal de Commerce de Zurich du 18 août 1999, (ci-après arrêt « *Schmiermittel II* »), *sic!* 2001/7, p. 658, 659, 660, 665.

avec le droit des marques qui, comme nous l'avons déjà relevé, ne fait pas partie du domaine des créations nouvelles¹³⁹⁴. La LCD ne doit cependant pas permettre d'obtenir ce que le droit des marques exclut expressément¹³⁹⁵. A notre avis, le *numerus clausus* des biens immatériels a pour conséquence que les circonstances additionnelles au sens de la LCD ne doivent pas être interprétées de manière extensive.

Conclusions sur le cadre de l'analyse des créations du domaine de la parfumerie par la LCD

761. Par conséquent, appréhender les créations du domaine de la parfumerie par la LCD revient à vérifier quelles circonstances spéciales au sens de la LCD permettent de conférer une protection. La première interrogation à laquelle il convient de répondre est de savoir si la recette et la formule chimique du jus du parfum, gardées sous forme de secret, sont protégées par la LCD (section 2). Ceci fait, il s'agira de se demander si la copie du parfum est protégée par la LCD (section 3). Nous nous consacrerons ensuite à la question de l'utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction (section 4). Pour terminer, nous esquisserons de façon plus générale la concurrence parasitaire (section 5). Dans le cadre de notre deuxième section précitée, il est nécessaire de définir plus précisément le *know-how*, afin de déterminer si celui-ci peut être protégé par la LCD.

¹³⁹⁴ Arrêt « Brico », ATF127 III 33, JdT2001 I 340, 343 ; GOLAZ, Eric, *L'imitation servile des produits et de leur prestation*, thèse Lausanne, Genève 1992, p. 100, 101 ; JENNY, *op. cit.*, p. 215, 221 et s.

¹³⁹⁵ Arrêt « CAP », 4C.139/2003, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *sic!* 2004/5, p. 430, 432.

Section 2. La protection du *know-how* du parfumeur par le secret

§ 1. Définition du secret et *know-how*

1.1. Notions générales

762. Secret et *know-how* ne se recoupent pas entièrement¹³⁹⁶. La notion de *know-how* en elle-même n'implique pas forcément un caractère secret¹³⁹⁷. Sa protection nécessite en revanche ce caractère¹³⁹⁸. Malgré certaines opinions divergentes, nous considérons les termes savoir-faire et *know-how* comme des synonymes¹³⁹⁹. Le *know-how* est une connaissance susceptible d'être communiquée ou enseignée. Il est immatériel dans la mesure où il se distingue de son support matériel (les documents qui le décrivent et le produit auquel aboutit son application)¹⁴⁰⁰. Le *know-how* représente une exclusivité de fait qui ne fait l'objet d'aucun droit privatif de la propriété intellectuelle¹⁴⁰¹.

763. Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a jugé que le secret de fabrication au sens de l'article 162 du Code pénal suisse (ci-après CP)¹⁴⁰² équivaut à la notion de l'ancien article 13 *litt. g* aLCD¹⁴⁰³. Est un secret au sens de l'article 162 CP toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique, ni facilement accessible et que son auteur a un intérêt légitime à garder secrète¹⁴⁰⁴. Selon le Tribunal fédéral, le secret de fabrication concerne les

¹³⁹⁶ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 42, p. 763.

¹³⁹⁷ SCHLOSSER, Ralph, *Le contrat de savoir-faire*, thèse Lausanne 1996, p. 37, 41; selon CHERPILLOD, Ivan, « Les droits et obligations des parties au contrat de *know-how* après l'expiration du contrat en droit suisse », in : *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif. La responsabilité pré- et post- contractuelle. Droit international public et privé*, Zurich 1986, (ci-après CHERPILLOD, *Contrat de know-how*), p. 177 : « [...] le contrat de savoir-faire peut donc fort bien porter sur des connaissances qui ne sont pas secrètes »; dans le même sens MEILI, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹⁸ A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 27, p. 424, 425; MEILI, *op. cit.*, p. 12; SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 37, estime que tel peut être le cas : « Ainsi, la protection extra-contractuelle du savoir-faire couvre principalement les connaissances secrètes. »

¹³⁹⁹ Cf. à ce sujet SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 23; cf. aussi MEILI, *op. cit.*, p. 4; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. I, § 27, p. 420, précise : « In dieser Definition fehlt der Hinweis darauf, dass spezialrechtlich geschütztes Wissen, zu dem vor allem patentrechtlich geschützte Erfindungen gehören, nicht dem „Know-How“ zugerechnet wird. »

¹⁴⁰⁰ SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 23, 24, 27.

¹⁴⁰¹ SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁰² RS 311.0.

¹⁴⁰³ Nova-Werke Junker & Ferber c/ Brandenberger und Mitangeklagte, du 22 janvier 1954, (ci-après arrêt « Nova-Werke »), ATF 80 IV 22, 32, 33.

¹⁴⁰⁴ X. c/ Office fédéral de la police, du 26 janvier 1983, (ci-après arrêt « X c/ Office fédéral de la police ») ATF 109 Ib 47, 56, SJ 1993 p. 337, 339; R. SA c/ L. et cst., du 1^{er} juillet 1977, (ci-après arrêt « R. SA c/ L. et cst. »), ATF 103 IV 283, 284; arrêt de la Cour de justice de Genève du 17 mars 2000, (ci-après arrêt « Conseil en rémunération »), sic! 2000/8, p. 714, 716.

recettes et les moyens de fabrication, tandis que le secret commercial porte par exemple sur des connaissances telles que les sources d'achat, l'organisation, le calcul du prix, la publicité et la production¹⁴⁰⁵.

764. BAUDENBACHER et GLÖCKNER nous enseignent que le secret de fabrication a un caractère immatériel et peut être considéré comme un secret technique, sans pour autant satisfaire aux conditions requises par le droit des brevets d'invention¹⁴⁰⁶. Le secret commercial est également susceptible d'avoir un caractère immatériel lorsqu'il procure un avantage à son détenteur¹⁴⁰⁷. Pour le *know-how* du parfumeur, quelques précisions s'imposent.

1.2. *Le know-how du parfumeur*

765. Dans le cas du parfum, le *know-how* ne s'étend pas seulement à la formule chimique et à la recette, mais également à l'origine des matières premières¹⁴⁰⁸. La recette et la formule chimique du jus du parfum constituent un secret de fabrication. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'origine des matières premières est indispensable pour pouvoir reproduire un parfum, de sorte qu'elle fait également partie du *know-how* du parfumeur. Avant d'examiner si le *know-how* peut être protégé, on doit s'assurer que des indications, relatives à la formule chimique du parfum et qui doivent impérativement figurer sur l'emballage, ne portent pas préjudice à une telle protection.

766. En vertu de l'article 1 al. 2 et de l'annexe I l'Ordonnance du DFI sur les cosmétiques du 23 novembre 2005 (ci-après OCos)¹⁴⁰⁹, les parfums, eaux de toilette et l'eau de Cologne font partie des cosmétiques. L'étiquetage des parfums est par conséquent soumis à l'OCos (art. 1 al. 1 *litt.* d OCos). L'article 3 al. 1 *litt.* a OCos indique notamment que la composition doit figurer sur l'emballage des cosmétiques dans l'ordre pondéral décroissant selon une nomenclature usuelle, par exemple de l'INCI (*International Nomenclature Cosmetic Ingredient*) et que « [...] les ingrédients en concentration inférieure à 1% masse du produit fini peuvent être mentionnés dans le désordre [...] ».

767. L'article 3 al. 6 OCos, précise que « [...] les compositions parfumantes et aromatiques peuvent figurer sous la dénomination < parfum > ou < arôme > ». Cette norme est inspirée de la réglementation communautaire sur les cosmétiques¹⁴¹⁰. Par conséquent, même si l'emballage des parfums contient plus

¹⁴⁰⁵ Arrêt « R. SA c/L. et cst », ATF 103 IV 283, 284.

¹⁴⁰⁶ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 32, 33, p. 760, 761.

¹⁴⁰⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 32, 33, p. 761, 762.

¹⁴⁰⁸ LEGER, *op. cit.*, p. 15, 16, 66.

¹⁴⁰⁹ RS 817.023.31.

¹⁴¹⁰ Directive 76/768/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques (ci-après Directive 76/768/CEE), art. 6 al. 1 *litt.* g,

d'indications que par le passé, on constate que la formule chimique demeure un *know-how* qui peut être gardé secret.

768. En dehors des droits de propriété intellectuelle, l'objet de notre étude sur la protection du *know-how* étant limité à la concurrence déloyale, nous examinerons uniquement les dispositions de la LCD qui sont susceptibles de s'appliquer. Dans cette optique, nous partirons de l'incitation à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication, prohibée par l'article 4 *litt. c* LCD (§ 2). Nous verrons que celle-ci est complétée par de l'article 6 LCD qui sanctionne la violation des secrets de fabrication (§ 3). Pour terminer, nous exposerons brièvement l'exploitation du résultat d'un travail, lorsqu'il est confié au sens de l'article 5 *litt. a* LCD (§ 4), d'une part, et lorsqu'il est remis ou rendu accessible de façon indue selon l'article 5 *litt. b* LCD (§ 5), d'autre part.

§ 2. Incitation à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication (art. 4 *litt. c* LCD)

2.1. Notions générales

769. L'article 4 *litt. c* LCD condamne celui qui «Incite des travailleurs, mandataires ou auxiliaires à trahir ou à surprendre des secrets de fabrication ou d'affaires de leur employeur ou mandant». En vertu de cette norme, le détenteur du secret doit avoir la volonté de garder son secret et agir en conséquence¹⁴¹¹. Le secret est préservé s'il est gardé dans un cercle de personnes étroitement liées, tels que l'entreprise elle-même ou un licencié¹⁴¹². Un *know-how* peut être protégé par cette disposition¹⁴¹³. PEDRAZZINI et PEDRAZZINI font cependant remarquer que le *know-how* est souvent composé de connaissances complexes, dont certaines sont secrètes au sens de l'article 4 *litt. c* LCD, alors que d'autres ne le sont pas¹⁴¹⁴.

modifié par la Directive 2003/15/CE. La possibilité de non inscription est prévue par la Directive 95/17/CE de la Commission du 19 juin 1995 portant sur les modalités d'application de la Directive 76/768/CEE du Conseil. La Directive 2003/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 février 2003 modifiant la Directive 76/768/CEE (ci-après Directive 2003/15/CE), prévoit en outre la possibilité pour la Commission de modifier les critères et conditions pour la non inscription d'un ou de plusieurs ingrédients sur l'étiquette d'un produit. A noter que la Directive 2003/15/CE (cf. considérant 15) tient également compte du constat qu'il existe des substances connues pour provoquer des réactions allergiques de contact chez certains consommateurs sensibles aux parfums.

¹⁴¹¹ MEILI, *op. cit.*, p. 59 et ss; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 8 n° 8.43, p. 181, 182; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 70, p. 706.

¹⁴¹² BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 70, p. 707.

¹⁴¹³ MEILI, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴¹⁴ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 8 n° 8.44, p. 182; cf. aussi BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 69, p. 706.

770. Le fait que l'incitation ait réussie ou non n'est d'aucune pertinence¹⁴¹⁵. L'application de l'article 4 *litt. c* LCD dépend en revanche de l'existence d'un contrat, notamment un mandat ou un contrat de travail¹⁴¹⁶. Pour ce dernier, l'obligation de garder le secret résulte d'un contrat individuel ou directement de l'article 321a al. 4 du Code des obligations¹⁴¹⁷ (ci-après CO)¹⁴¹⁸. Comme BAUDENBACHER et GLÖCKNER le relèvent, l'employeur ne saurait empêcher son ex-employé de retrouver un nouvel emploi, ni de poursuivre sa formation. Dès lors, une pesée d'intérêt est nécessaire entre l'intérêt du travailleur et celui de l'employeur à garder le secret¹⁴¹⁹. De surcroît, l'article 4 *litt. c* LCD ne réprime pas la communication d'un secret faite par un employé qui « agit de son propre chef », sans avoir été incité¹⁴²⁰.

771. La question de savoir si l'incitation peut être admise, alors que le travailleur n'est plus au service du détenteur du *know-how*, ne fait pas l'unanimité. Notamment selon WENIGER, l'article 4 *litt. c* LCD n'est pas applicable après la fin du contrat¹⁴²¹. K. TROLLER estime néanmoins qu'il peut y avoir une incitation des employés même après la fin des rapports de travail¹⁴²². A notre avis, la doctrine qui applique l'article 2 LCD dans cette hypothèse peut être approuvée¹⁴²³. De même, l'exploitation du secret acquis contrairement aux règles de la bonne foi ne relève pas de l'article 4 *litt. c* LCD, mais de la clause générale de l'article 2 LCD ou de l'article 6 LCD¹⁴²⁴. Revenons néanmoins à l'incitation au sens de l'article 4 *litt. c* LCD au regard du *know-how* du parfumeur.

¹⁴¹⁵ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 74, p. 708; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 61 n° 8, p. 363; K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.1, p. 970; WENIGER, Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, thèse, Genève 1994, p. 207; MEILI, *op. cit.*, p. 65; cf. aussi PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 8 n° 8.41, p. 180, 181.

¹⁴¹⁶ MEILI, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴¹⁷ RS 220.

¹⁴¹⁸ MEILI, *op. cit.*, p. 63; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 71, p. 707; arrêt « Conseil en rémunération », *sic!* 2000/8, p. 714, 716.

¹⁴¹⁹ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 51, p. 766, 767.

¹⁴²⁰ Arrêt « Conseil en rémunération », *sic!* 2000/8, p. 714, 716.

¹⁴²¹ WENIGER, *op. cit.*, p. 206.

¹⁴²² K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.1, p. 971: « Tel est le cas notamment si la nature de leur service les obligeait à garder le secret même après la fin des rapports de travail ou s'ils ont signé des engagements de secret pour une période déterminée après la fin desdits rapports »; MEILI, *op. cit.*, p. 63 note 294, relève simplement que l'art. 321a al. 4 CO reste valable après la fin des rapports de travail.

¹⁴²³ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 4, n° 71, p. 707, n° 11, p. 687; GUYET, *Spezialklauseln, op. cit.*, p. 230; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. II, § 59, p. 949, 950.

¹⁴²⁴ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.1, p. 970; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 61 n° 8, p. 364; Parfums Christian Dior SA c/ Impo Import Parfumerien AG, du 28 mars 1988, (ci-après arrêt « Dior »), ATF 114 II 91, *JdT* 1988 I 310.

2.2. *Incitation à révéler le know-how du parfumeur*

772. Dans le cas du *know-how* du parfumeur, le caractère secret est en principe préservé. Il s'ensuit que l'article 4 *litt. c* LCD est susceptible de s'appliquer contre un concurrent qui inciterait, par exemple un mandataire ou un employé, à révéler une recette, une formule chimique ou encore l'origine des matières premières d'un parfum. Cette disposition ne sanctionne cependant ni l'incitation après les rapports de travail, ni l'exploitation de ce secret. Se pose donc la question de savoir si son utilisation peut être réprimée, ce qui nous conduit à l'analyse de l'article 6 LCD.

§ 3. **Violation des secrets de fabrication ou d'affaires (art. 6 LCD)**

3.1. *Notions générales*

773. Comme pour l'article 4 *litt. c* LCD, l'article 6 LCD dépend du caractère secret des connaissances. BAUDENBACHER et GLÖCKNER estiment que la volonté de maintenir le secret doit être présumée, tant qu'il n'y a pas d'indices de la volonté de le divulguer¹⁴²⁵. L'article 6 LCD complète la protection de l'article 4 *litt. c* LCD, en interdisant l'utilisation du secret obtenu par l'incitation. Mais l'article 6 LCD va plus loin, puisqu'il rend déloyal l'exploitation ou la divulgation de tout secret obtenu de manière indue, autrement dit contre la volonté de l'ayant droit¹⁴²⁶.

774. Pour l'exploitation du secret, la connaissance dudit secret n'est pas encore suffisante. En revanche, la fabrication ne doit pas être achevée, de sorte que la simple adaptation pour une nouvelle exploitation suffit¹⁴²⁷. Par exploitation, il faut entendre une utilisation des connaissances à des fins lucratives¹⁴²⁸. S'agissant de la durée de l'interdiction d'exploiter le secret, BAUDENBACHER et GLÖCKNER affirment avec raison qu'il n'est pas justifié de la limiter¹⁴²⁹.

¹⁴²⁵ BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 24, p. 758.

¹⁴²⁶ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.2, p. 971; MARTIN-ACHARD, Edmond, *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Lausanne 1988, p. 84; arrêt « *Conseil en rémunération* », *sic!* 2000/8, p. 714, 717; selon l'article 6 LCD: « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière. »

¹⁴²⁷ BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 65, p. 770.

¹⁴²⁸ Arrêt « *Conseil en rémunération* », *sic!* 2000/8, p. 714, 717.

¹⁴²⁹ BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 75, p. 773: « Der Verletzer soll nicht Fakten schaffen können, die ihm nachträglich erlauben, die Früchte seines verbotenen Tuns zu ernten. »

775. En ce qui concerne la divulgation, une partie de la doctrine considère qu'elle peut non seulement être active, mais également passive. Dans cette dernière hypothèse, on serait en présence d'une négligence grossière, consistant à omettre de prendre des mesures censées protéger le secret¹⁴³⁰. BAUDENBACHER et GLÖCKNER critiquent ce point, en soulevant que l'article 6 LCD est lié à la sanction du droit pénal qui exige la préméditation¹⁴³¹. Celui qui a acquis un secret licitement, par exemple dans le cadre d'un contrat de travail antérieur, peut en principe l'exploiter librement, sous réserve de l'article 321a al. 4 CO, de la clause générale de l'article 2 LCD ou d'une clause de non concurrence¹⁴³².

776. D'après K. TROLLER, l'article 6 LCD n'est pas applicable à celui qui a obtenu le secret de manière licite en raison d'une relation contractuelle. Dans cette hypothèse, la violation des engagements contractuels relève de l'article 97 et ss CO, de même que de l'article 162 CP¹⁴³³. Il en déduit que le tiers de bonne foi ne commet pas d'acte déloyal en exploitant les connaissances acquises de l'usurpateur¹⁴³⁴. Une partie de la doctrine considère néanmoins que l'article 6 LCD s'applique également au tiers de bonne foi qui exploite le secret, tout en ignorant que celui-ci a été obtenu de manière indue¹⁴³⁵.

777. Selon WENIGER, on ne saurait cependant donner une telle portée au texte de l'article 6 LCD¹⁴³⁶. Au regard de la grande valeur économique que représente parfois un secret, il lui semble néanmoins «[...] souhaitable que les tribunaux considèrent à l'avenir qu'un tiers de bonne foi est justiciable de

¹⁴³⁰ MEILI, *op. cit.*, p. 68; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 6, § 10 n° 10.15, p. 205.

¹⁴³¹ BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 71, p. 772.

¹⁴³² BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 298, p. 219; cf. aussi PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 6, § 10 n° 10.12, p. 205: «Mala fides superveniens schadet dem Wettbewerbssteilnehmer nicht. Hat er ein Geheimnis nicht unrechtmässig erfahren, so kann er dasselbe verwerten oder Dritten mitteilen, es sei denn, er sei gesetzlich oder vertraglich zur entsprechenden Unterlassung verpflichtet. Aber dieser Sachverhalt wird von UWG 6 nicht erfasst» et ad art. 6, § 10 n° 10.11, p. 204, où ils précisent que dans ce cas l'art. 321a al. 4 CO peut trouver application.

¹⁴³³ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.2, p. 972.

¹⁴³⁴ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. II, § 61 n° 8.2, p. 972.

¹⁴³⁵ BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 62, p. 769; GALLI, Giancarlo, *Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstössen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten*, thèse Bâle, Bâle / Francfort 1991, p. 59; GUYET, *Spezialklauseln*, *op. cit.*, p. 229; MARTIN-ACHARD, *op. cit.*, p. 84; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. II, § 59, p. 959, 960; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 775, p. 342, voit une modification de la législation suisse en raison de l'article 39 de l'Accord ADPIC qui protège «les renseignements non divulgués». Il en résulterait une présomption du caractère secret de telles connaissances, tant que le tiers n'a pas des éléments pour réfuter ladite présomption; cf. cependant BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, ad art. 6, n° 4, p. 751; MEILI, *op. cit.*, p. 151, qui estime que l'article 39 al. 2 de l'Accord ADPIC ne fonde pas une protection absolue, de sorte qu'un tiers de bonne foi pourrait utiliser un secret acquis licitement.

¹⁴³⁶ WENIGER, *op. cit.*, p. 211, 212; dans le même sens PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 6, § 10 n° 10.12, p. 204, 205.

l'art. 6 LCD »¹⁴³⁷. Une mauvaise foi postérieure serait également fautive, dès la connaissance de la provenance illicite du secret. Il nuance cependant son analyse en admettant, en cas d'investissements consentis par le tiers de bonne foi, qu'il serait parfois judicieux de le laisser poursuivre son exploitation¹⁴³⁸.

778. A notre avis, la thèse selon laquelle l'article 6 LCD s'applique aussi à un tiers de bonne foi, doit être approuvée. En effet, si le législateur avait voulu exclure l'application de cette norme à l'acquéreur de bonne foi, il aurait pu le faire expressément. Mais quel est le bénéfice de cette disposition pour la protection du *know-how* du parfumeur ?

3.2. *Exploitation ou divulgation du know-how du parfumeur*

779. L'article 6 LCD permet de prohiber l'exploitation commerciale et la divulgation du *know-how* du parfumeur, s'il a été obtenu contre la volonté de ce dernier. Dans le cas de la recette ou de la formule chimique du parfum, il est difficilement imaginable qu'un parfumeur obtienne une formule d'un concurrent, sans au moins envisager que celle-ci ait échappé à son concurrent de manière indue.

780. L'exploitation du *know-how*, obtenu de manière indue, peut cependant s'avérer difficile à prouver. En effet, nous avons observé que l'analyse d'un parfum, par des moyens techniques, ne permet pas de recomposer la formule chimique ou la recette. D'où la nécessité de démontrer que celui qui l'exploite, de bonne foi ou non, dispose de la formule ou de la recette. Il n'est du reste pas certain que le *know-how* soit exploité tel quel. Par conséquent, en cas de différences entre deux parfums, des difficultés de preuves supplémentaires pourraient apparaître, lorsque l'on invoque l'exploitation d'un *know-how* obtenu de manière indue. Se pose alors la question de savoir si la protection est meilleure lorsque le résultat du travail, exploité de manière indue, a été confié.

§ 4. *Exploitation indue du résultat d'un travail confié* **(art. 5 litt. a LCD)**

4.1. *Notions générales*

781. L'article 5 litt. a LCD concerne les offres, les calculs ou les plans, mentionnés de manière non exhaustive comme exemples de résultats d'un

¹⁴³⁷ WENIGER, *op. cit.*, p. 212.

¹⁴³⁸ WENIGER, *op. cit.*, p. 212.

travail¹⁴³⁹. Selon BAUDENBACHER, il peut s'agir d'esquisses, de concepts, dont le contenu n'a guère d'importance, à condition d'être exprimé dans un support matériel¹⁴⁴⁰. De l'avis de PEDRAZZINI et PEDRAZZINI, l'article 5 *litt. a* LCD ne protège que l'offre ou le plan, mais non pas le résultat issu de l'application de leur contenu, sous peine de porter atteinte au *numerus clausus* des biens immatériels¹⁴⁴¹.

782. Pour que l'article 5 *litt. a* LCD s'applique, l'exploitation du résultat d'un travail doit être faite de manière indue, par celui à qui il a été confié. Il s'agit d'une rupture d'un lien de confiance¹⁴⁴². Par ailleurs, notons que l'usage privé n'est pas concerné¹⁴⁴³. BAUDENBACHER expose que le terme « confié » est cependant mal choisi, car il laisse entendre que le résultat ne doit pas être secret¹⁴⁴⁴. Cela aurait pour effet que le résultat pourrait être exploité par tout un chacun, mais non par celui à qui il est confié¹⁴⁴⁵.

783. D'après PEDRAZZINI et PEDRAZZINI, en dehors d'une législation spéciale, censée régler la question, le résultat doit être confié dans le cadre d'une relation contractuelle. Par conséquent, l'état de fait au sens de l'article 5 *litt. a* LCD est appréhendé par le droit contractuel et n'a pas de portée propre¹⁴⁴⁶. La Cour de justice de Genève, relève à juste titre qu'« [...] il faut considérer comme confié toute connaissance confidentielle qu'un industriel ou commerçant communique à un tiers en vue de réaliser un travail pour lui¹⁴⁴⁷. » Le *know-how* du parfumeur, confié selon la définition précitée, peut-il ainsi être protégé par la LCD?

4.2. Exploitation du *know-how* du parfumeur confié

784. Dans le cas du parfum, le support matériel est constitué par le *know-how* sous forme de recette ou de formule chimique du jus du parfum qui

¹⁴³⁹ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 26, p. 727.

¹⁴⁴⁰ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 26, p. 727.

¹⁴⁴¹ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.10, p. 190; selon K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*, *op. cit.*, vol. II, § 61 n° 9.1, p. 974, la clause générale serait néanmoins applicable.

¹⁴⁴² PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 45, 46; BELHUMEUR, *op. cit.*, p. 94; DUCOR, *op. cit.*, p. 169, 170.

¹⁴⁴³ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 33, p. 729.

¹⁴⁴⁴ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 29, p. 728; dans le même sens CHERPILLOD, Ivan, Note sous l'arrêt « *Siena II* », *sic!* 1999/3, (ci-après CHERPILLOD, Note sous l'arrêt « *Siena II* »), p. 302 et s.; *contra* arrêt du Tribunal fédéral, du 18 mars 1999, (ci-après arrêt « *Siena II* »), *sic!* 1999/3, p. 300, 302.

¹⁴⁴⁵ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 31, p. 728; CHERPILLOD, Note sous l'arrêt « *Siena II* », *op. cit.*, p. 302 et s.

¹⁴⁴⁶ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.11, p. 191; cf. aussi BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 32, 34, p. 729.

¹⁴⁴⁷ Arrêt « *Conseil en rémunération* », *sic!* 2000/8, p. 714, 719.

pourrait ainsi être confié. A cet égard, il sied de rappeler que nous sommes parvenus à la conclusion que la formule chimique, de produits odorants ou de mélanges de produits odorants, est susceptible d'être brevetable. Le jus du parfum, représenté par sa recette ou sa formule chimique, n'est protégeable par le droit des brevets d'inventions que s'il permet de donner une solution non-évidente à un problème de nature technique. Quant à la forme olfactive du parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l'odorat, elle est protégeable par le droit d'auteur.

785. Dès lors que l'article 5 *litt.* a LCD s'applique uniquement à la recette ou à la formule chimique du jus du parfum, mais non pas au jus lui-même reproduit à l'aide de ces dernières, sa portée est déjà très limitée. Par ailleurs, en raison du *numerus clausus* des biens immatériels, l'article 5 *litt.* a LCD ne s'applique qu'en présence de circonstances spéciales. En l'occurrence, cette disposition nécessite un rapport de confiance, en principe dans le cadre d'une relation contractuelle. Le cas échéant, en cas d'atteinte audit rapport de confiance, une éventuelle violation contractuelle pourra être sanctionnée.

786. Enfin, on observera qu'il n'est pas évident de prouver l'usage de la recette ou de la formule confiée pour la fabrication d'une éventuelle copie. Il en résulte que cette disposition ne semble pas être d'un grand secours pour la protection du *know-how*. Il nous reste dès lors à exposer les conditions de l'exploitation du résultat d'un travail remis ou rendu accessible de façon induue selon l'article 5 *litt.* b LCD.

§ 5. Exploitation du résultat d'un travail remis ou rendu accessible de façon induue (art. 5 *litt.* b LCD)

5.1. Notions générales

787. L'exploitation au sens de l'article 5 *litt.* b LCD concerne aussi le résultat d'un travail, mais contrairement à l'article 5 *litt.* a LCD, celui-ci doit être obtenu de manière indirecte par un tiers qui l'exploite¹⁴⁴⁸. Ce dernier doit toutefois savoir que le résultat du travail lui a été remis ou rendu accessible de manière induue¹⁴⁴⁹. Cette exigence ne peut pas être interprétée de manière trop restrictive, sans quoi l'article 5 *litt.* b LCD ne serait jamais applicable¹⁴⁵⁰. De l'avis de PERRET, l'article 5 *litt.* b LCD s'applique si le concurrent qui imite,

¹⁴⁴⁸ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 34, p. 729; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art 5, § 9 n° 9.13, p. 191, 192; PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 46; arrêt « Conseil en rémunération », *sic!* 2000/8, p. 714, 720.

¹⁴⁴⁹ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 35, p. 729; arrêt « Conseil en rémunération », *sic!* 2000/8, p. 714, 720.

¹⁴⁵⁰ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.14, p. 192.

savait ou aurait dû présumer, la remise indue du support matériel¹⁴⁵¹. L'article 5 *litt.* b LCD condamne «[...] la violation d'un rapport contractuel ou précontractuel ou, d'une manière plus générale, de la rupture d'un lien de confiance [...]»¹⁴⁵².

788. PERRET cite, à titre d'exemple, le cas d'une étude établie par un bureau d'ingénieurs, à la demande d'un client, qui est transmise par ce même client à un concurrent. Ce dernier, mandaté par le client, utilise en définitive la prestation originale du premier bureau¹⁴⁵³. Cette disposition permet ainsi de protéger le travail du bureau d'ingénieurs en l'absence de protection privative, du reste injustifiée dans ce cas, selon PERRET¹⁴⁵⁴. Qu'en est-il du *know-how* du parfumeur ?

5.2. *Exploitation du know-how du parfumeur remis ou rendu accessible de manière indue*

789. A l'instar de l'article 5 *litt.* a LCD, le support matériel concerné est le *know-how* du parfumeur sous forme de recette ou de formule chimique du parfum. Par conséquent, on se demandera si l'article 5 *litt.* b LCD condamne l'exploitation de la formule chimique ou de la recette du parfum, lorsqu'un concurrent savait ou aurait dû présumer qu'elle lui a été remise ou rendue accessible de manière indue. Là encore, la question de l'atteinte au *numerus clausus* des biens immatériels se pose. Nous avons en effet souligné que la LCD ne saurait protéger ce qui est permis par la législation sur la propriété intellectuelle. Lorsqu'un concurrent qui savait ou aurait dû présumer que la formule lui a été rendue accessible de manière indue, cette circonstance spéciale doit néanmoins justifier une application de l'article 5 *litt.* b LCD. La difficulté consistera sans doute à prouver cette circonstance et, dans ce cas aussi, le fait que le parfum a effectivement été produit au moyen de ladite recette ou formule.

Conclusions sur la protection du *know-how* du parfumeur par le secret

790. Tant que le *know-how* est gardé secret, le parfumeur bénéficie de la meilleure protection possible, qui plus est sans limite dans le temps. Lors-

¹⁴⁵¹ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁵² PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 47 ; DUCOR, *op. cit.*, p. 169, 170.

¹⁴⁵³ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 47 ; cf. aussi arrêt « Chanel », ATF 122 III 469, 484 ; arrêt « Conseil en rémunération », *sic!* 2000/8, p. 714, 720.

¹⁴⁵⁴ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 47.

que le secret est violé, la LCD permet de sanctionner un certain nombre de comportements de la part de concurrents qui tirent profit de cette situation. Dans la plupart des cas, il s'agit cependant de relations contractuelles qui sont violées, de sorte que l'exploitation par un tiers de bonne foi peut s'avérer délicate.

791. Bien plus, la LCD ne crée pas un monopole au sens des biens immatériels. Ainsi seules des circonstances très particulières permettent une application de la LCD. Enfin, il n'est pas certain que le parfumeur puisse prouver que le parfum du concurrent a été produit au moyen d'une recette ou formule chimique obtenue de manière induue. A cet égard, on peut se demander dans quelle mesure la copie d'un parfum est susceptible de tomber sous le coup de la LCD.

Section 3. La copie du parfum

§ 1. Le risque de confusion (art. 3 *litt. d* LCD)

792. L'article 3 *litt. d* LCD rend déloyal «[...] les mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui [...]». Il peut notamment s'agir d'un risque de confusion avec le signe distinctif d'un concurrent. Dans le cas du parfum, lorsque le concurrent copie le jus du parfum, une éventuelle confusion portera sur la forme olfactive du parfum plutôt que sur son jus. Par conséquent, la question à laquelle nous devons répondre est de savoir si l'article 3 *litt. d* LCD permet de réprimer un risque de confusion avec un signe olfactif, utilisé pour un autre produit ou comme son propre signe distinctif.

793. D'après la jurisprudence, la notion de risque de confusion est identique pour l'ensemble des signes distinctifs. Elle provient de celle du droit de la concurrence¹⁴⁵⁵. En droit des marques, LUCHSINGER parvient à la conclusion que des critères objectifs sont à retenir, à l'exclusion d'éléments qui appartiennent à l'état de fait¹⁴⁵⁶. Il ne s'agit cependant pas d'une comparaison abstraite¹⁴⁵⁷.

794. CHERPILLOD en déduit avec raison qu'on ne saurait se contenter de soutenir que la notion de risque de confusion au regard de la LPM et de la LCD est identique¹⁴⁵⁸. En particulier, au regard de la LPM, la marque doit être considérée telle qu'elle est enregistrée¹⁴⁵⁹. La LPM permet de protéger, sur tout le territoire suisse, un signe qui n'a pas encore acquis un caractère distinctif, tandis que la LCD ne confère pas une protection aussi étendue¹⁴⁶⁰. Avant d'examiner le risque de confusion entre signes olfactifs (§ 2), nous nous intéresserons au caractère distinctif (1.1), ainsi qu'au signe techniquement ou esthétiquement nécessaire au regard de la LCD (1.2).

¹⁴⁵⁵ Institut Montana Betriebs AG c/ Commune Municipale de Montana, du 23 juillet 2002, (ci-après arrêt «*Montana.ch II*», ATF 128 III 353, 359; Kaformatik AG c/ Verein Berner Oberland Tourismus, du 2 mai 2000, (ci-après arrêt «*berneroberland.ch*»), ATF 126 III 239, 245; Anheuser-Busch Inc. c/ Budejovicky Budvar Narodni Podnik, du 15 février 1999, (ci-après arrêt «*Budweiser*»), ATF 125 III 193, 200, 201; arrêt «*CAP*», 4C.139/2003, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *sic!* 2004/5, p. 430, 432; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 5 n° 5.80, p. 89; JENNY, *op. cit.*, p. 236, 238.

¹⁴⁵⁶ LUCHSINGER, *Verwechslungsgefahr*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁵⁷ LUCHSINGER, *Verwechslungsgefahr*, *op. cit.*, p. 76, 80.

¹⁴⁵⁸ CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Lego II (3D)»*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁴⁵⁹ CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Lego II (3D)»*, *op. cit.*, p. 336; JENNY, *op. cit.*, p. 241 et ss.

¹⁴⁶⁰ JENNY, *op. cit.*, p. 242.

1.1. Le caractère distinctif (« *Verkehrsgeltung* »)

795. Pour qu'un signe puisse être protégé contre le risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD, il doit effectivement déjà avoir acquis un caractère distinctif (« *Verkehrsgeltung* »)¹⁴⁶¹, contrairement au droit des marques. Pour ce faire, le signe doit s'imposer dans le commerce comme distinctif pour un produit déterminé¹⁴⁶². En d'autres termes, le consommateur l'associe, de manière directe ou indirecte, à une même source de production¹⁴⁶³.

796. Le caractère distinctif semble pouvoir découler de l'originalité et de la notoriété du signe¹⁴⁶⁴. Pour PEDRAZZINI et PEDRAZZINI l'originalité est donnée lorsque le produit est remarqué par le destinataire moyen, de manière à ce qu'il le garde facilement en mémoire¹⁴⁶⁵. GILLIÉRON expose que l'existence d'un risque de confusion ne peut être admise que si le public concerné et les concurrents considèrent le signe comme le symbole d'une entreprise¹⁴⁶⁶. Tel ne peut être le cas que si le signe permet de distinguer les produits d'une entreprise déterminée, de par son originalité ou en raison d'une notoriété acquise ultérieurement¹⁴⁶⁷.

797. Le terme originalité doit cependant être employé avec la plus grande prudence. Comme PERRET le relève, à propos de la notion de « l'originalité concurrentielle » (« *wettbewerbliche Eigenart* »), utilisée par les tribunaux allemands: il s'agit en fait de la capacité distinctive d'un objet¹⁴⁶⁸. Elle doit être soigneusement distinguée de l'originalité au sens de l'activité créatrice que doit présenter un tel objet pour pouvoir bénéficier d'un régime de propriété intellectuelle¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶¹ Arrêt « *Nivea* », ATF 116 II 365, *JdT* 1991 I 613, 614; BAUDENBACHER / CASPERS, *op. cit.*, ad art. 3 *litt. d*, n° 145, p. 466, 467; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁶² Arrêt « *Nivea* », ATF 116 II 365, *JdT* 1991 I 613, 614.

¹⁴⁶³ Arrêt « *Nivea* », ATF 116 II 365, *JdT* 1991 I 613, 614; Rosengarten c/ Pinguin-Neuheiten Vertrieb, du 18 mars 1982, (ci-après arrêt « *Rubik's Cube* »), ATF 108 II 69, *JdT* 1982 I 528, 530: dans lequel le Tribunal fédéral a défini le caractère distinctif comme étant « [...] destiné ou de nature à permettre de distinguer la marchandise de produits semblables ou de même nature, d'origine différente. »

¹⁴⁶⁴ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 47 et ss; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 5 n° 5.71, p. 86; JENNY, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁶⁵ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 4, § 5 n° 5.71, p. 86.

¹⁴⁶⁶ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 50, 51.

¹⁴⁶⁷ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 50, 51.

¹⁴⁶⁸ PERRET, *La protection*, *op. cit.*, p. 241, 242.

¹⁴⁶⁹ PERRET, *La protection*, *op. cit.*, p. 241, 242: « Il est vrai que dans bon nombre de cas, l'originalité « créatrice » est la cause de l'originalité « concurrentielle » ce qui pose des problèmes très délicats, mais il n'empêche que ces deux notions doivent être soigneusement distinguées si l'on veut éviter des interférences entre des régimes juridiques à vocations diverses »; sur la notion d'originalité concurrentielle cf. aussi GOLAZ, *op. cit.*, p. 128, 152 et ss.

1.2. Le signe techniquement ou «esthétiquement nécessaire»

798. Dans l'arrêt «*Rubik's Cube*», le Tribunal fédéral devait juger du risque de confusion d'une imitation du célèbre jouet «Ernö Rubik», en forme de cube, à six faces mobiles horizontalement et verticalement, de couleurs différentes¹⁴⁷⁰. Le Tribunal fédéral a considéré, sous l'empire de l'aLCD, que l'imitation d'une forme techniquement nécessaire est licite¹⁴⁷¹. Il relève en effet que «Chacun a le droit de fabriquer ses marchandises de manière techniquement la plus simple, la meilleure marché et qui permette d'atteindre le meilleur résultat technique, même si ce faisant le produit acquiert le même aspect ou un aspect semblable¹⁴⁷².»

799. En conséquence, même si la forme imitée a acquis un caractère distinctif, l'imitateur pourra la copier, si elle est indispensable ou fonctionnelle. En définitive, pour une forme qui a effectivement acquis un caractère distinctif, la règle est identique à celle qui s'applique aux marques de forme techniquement nécessaires au sens de l'article 2 *litt. b in fine* LPM.

800. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt «*Rubik's Cube*» que la forme esthétique d'un produit, qui n'est pas protégée par un droit privatif, peut être copiée librement: «[...] tous les concurrents ont le droit de donner à leur produit la forme et l'aspect qui leur convient le mieux et par conséquent qui facilite le plus la vente¹⁴⁷³.» Toutefois, lorsque le produit a acquis un caractère distinctif, ses éléments caractéristiques ne peuvent pas être repris, même pour des motifs esthétiques¹⁴⁷⁴. Dans un tel cas, la copie servile constitue un «pillage particulièrement éhonté» selon le Tribunal fédéral¹⁴⁷⁵. L'imitateur n'avait pas besoin de reprendre les dimensions exactes à quelques millimètres près et les mêmes couleurs, estime notre Haute cour¹⁴⁷⁶.

801. La reprise des mêmes couleurs, qui se sont imposées dans le commerce, est ainsi protégée par l'article 3 *litt. d* LCD. L'imitateur aurait par exemple pu utiliser des numéros sur son cube, en lieu et place des couleurs. En effet, ces dernières ne sont pas inhérentes à la forme dudit cube. Elles peuvent en être séparées, de sorte qu'elles ne sont pas «esthétiquement nécessaires». Par conséquent, l'ajout d'un élément, tel que lesdites couleurs, était susceptible de s'imposer dans le commerce. A propos du droit des marques, nous avons examiné une situation analogue avec l'enregistrement de cou-

¹⁴⁷⁰ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 529.

¹⁴⁷¹ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 529.

¹⁴⁷² Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 529, 530.

¹⁴⁷³ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 530.

¹⁴⁷⁴ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 530.

¹⁴⁷⁵ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 530.

¹⁴⁷⁶ Arrêt «*Rubik's Cube*», ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528, 530, 531.

leurs, initialement dépourvues de capacité distinctive, en tant que marque imposée.

802. En revanche, une forme « esthétiquement nécessaire », qui constitue la nature même du produit au sens de l'article 2 *litt. b* LPM, ne peut pas constituer une marque imposée, en raison de la systématique du droit du design et du droit d'auteur. A cet égard, il est vrai que nous avons souligné l'enregistrement de la forme de la *Rolex Oyster*, admis par l'IFPI. Néanmoins, en raison du *numerus clausus* des biens immatériels, la protection par la LCD d'un signe « esthétiquement nécessaire », qui aurait acquis un caractère distinctif, nous semble tout aussi critiquable que l'enregistrement, en tant que marque imposée, d'un signe qui constitue la nature même du produit.

803. Dans l'arrêt « *Arlequins* », commenté ci-dessus, nous avons relevé que le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer l'aLCD à des poupées, car leur aspect esthétique ne constitue pas un élément ajouté afin de distinguer le produit¹⁴⁷⁷. En l'absence de force distinctive, de caractère arbitraire par rapport au produit, ces poupées n'ont pas été considérées comme originales au sens du droit des signes distinctifs¹⁴⁷⁸. Elles sont inaptées à individualiser l'entreprise productrice¹⁴⁷⁹. Il s'ensuit qu'il est très peu probable qu'un signe puisse effectivement acquérir un caractère distinctif (« *Verkehrsgeltung* ») au sens de l'article 3 *litt. d* LCD, lorsque la forme constitue la nature même du produit¹⁴⁸⁰. Dans ce cas, la configuration de la forme n'est pas séparable, arbitraire par rapport au produit, elle est « esthétiquement nécessaire ». Voyons ce que cela implique dans le cadre du risque de confusions entre signes olfactifs.

§ 2. Le risque de confusion entre signes olfactifs

804. Etant donné que l'enregistrement d'une marque olfactive n'est pas admis pour le moment, l'article 3 *litt. d* LCD constitue une disposition importante. A l'instar du droit des marques, le risque de confusion au sens de

¹⁴⁷⁷ Arrêt « *Arlequins* », ATF 110 IV 102, *JdT* 1985 I 209, 213.

¹⁴⁷⁸ Arrêt « *Arlequins* », ATF 110 IV 102, *JdT* 1985 I 209, 213.

¹⁴⁷⁹ K. TROLLER, *Manuel du droit suisse, op. cit.*, vol. I, § 30 n° 3, p. 376 note 10.

¹⁴⁸⁰ Cf. par exemple arrêt « *Nivea* », ATF 116 II 365, *JdT* 1991 I 613, 614, 615; arrêt « *Volvo* », ATF 116 II 471, *JdT* 1991 I 594, 596, 597, 598; dans l'arrêt du Tribunal supérieur de Lucerne, du 1^{er} mai 1996, (ci-après arrêt « *Becherfarben I* »), *sic!* 1997/2, p. 187, 191, le caractère distinctif a été admis pour un emballage pour fromage frais de six gobelets en plastique, composé de trois couleurs différentes de ton pastel pour respectivement deux gobelets de chaque couleur; dans l'arrêt n. p. du Tribunal fédéral, 4C.60/2003, qui s'en est suivi, A c/ B AG, du 2 juillet 2003, (ci-après arrêt « *Becherfarben II* »), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *in: sic!* 2003/11, p. 915, 917, 918, sans remettre en cause le caractère distinctif, le Tribunal fédéral n'a cependant pas admis le risque de confusion, au regard de l'impression d'ensemble déterminante.

la LCD doit être examiné en relation avec les signes olfactifs primaires (2.1), ainsi que secondaires et tertiaires (2.2).

2.1. Les signes olfactifs primaires

805. Les signes olfactifs primaires, tels que les notes simples ou une « signature olfactive » composée d'une seule note, comme la note boisée d'Hermès, sont fonctionnels. Ils sont techniquement nécessaires et, partant, ne doivent pas être pris en considération dans l'examen du risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD. En revanche, la question se pose pour des signes olfactifs primaires tels que le parfum ou une « signature odorante » composée de plusieurs notes. Pour le parfum, on s'intéressera à une jurisprudence française (2.1.1), tandis que pour la « signature odorante », la « guerlinade » nous servira d'exemple (2.1.2).

2.1.1. L'arrêt « Jeanne Arthes »

806. En droit français, la marque de couleur rose orangée (rose pantone 1555 c) N° 94537369, déposée par Lancôme pour son parfum *Trésor* a été admise par l'INPI¹⁴⁸¹. Il est important de noter que la marque *rose pantone 1555 c* porte sur la couleur du jus du parfum précité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a jugé que la couleur du parfum *Ostentation* constitue une contrefaçon de cette marque de couleur¹⁴⁸². Après examen visuel des deux jus, la Cour d'appel de Paris a affirmé que le jus du parfum *Ostentation* reproduit strictement la couleur, en langage courant « rose orangée », du parfum *Trésor*¹⁴⁸³.

807. De surcroît, en l'absence de marque olfactive, la Cour d'appel de Paris s'est basée sur le droit français de la concurrence déloyale pour juger que la fragrance du parfum *Ostentation* constitue une imitation quasi servile de la fragrance du parfum *Trésor*¹⁴⁸⁴. La Cour d'appel de Paris a dès lors considéré que la reproduction d'une fragrance très proche de celle du parfum *Trésor*, ainsi que de sa couleur, est constitutive de parasitisme¹⁴⁸⁵.

808. Les juges ont comparé les deux parfums, sans toutefois préciser s'ils ont eu recours à l'aide d'un expert :

« Considérant à cet égard, que la comparaison effective des deux parfums à laquelle s'est livrée la Cour lui a permis de constater dès le premier effluve

¹⁴⁸¹ Arrêt « Jeanne Arthes », *RIPIA* 2001/204, p. 15, 16, 18, 20.

¹⁴⁸² Arrêt « Jeanne Arthes », *RIPIA* 2001/204, p. 20.

¹⁴⁸³ Arrêt « Jeanne Arthes », *RIPIA* 2001/204, p. 20.

¹⁴⁸⁴ Arrêt « Jeanne Arthes », *RIPIA* 2001/204, p. 22, 23.

¹⁴⁸⁵ Arrêt « Jeanne Arthes », *RIPIA* 2001/204, p. 22.

que le produit ‹ Ostentation › commercialisé en second lieu est l'imitation pratiquement complète de ‹ Trésor ›, l'odeur de ce dernier se révélant seulement un peu plus dense et ‹ charpentés [sic] › ce qui ne constitue qu'une différence de détail ;

Que cette expérience renouvelée à plusieurs reprises et à divers moments de la journée a immédiatement généré la perception d'une sensation similaire [...] ¹⁴⁸⁶. »

809. La Cour d'appel de Paris a par ailleurs pris en considération deux études chromatographiques qui ont permis de détecter 31 constituants communs aux deux fragrances, parmi les 32 ou 33 constituants du parfum *Ostentation*. A noter que la formule de ce dernier est simplifiée par rapport à celle du parfum *Trésor* ¹⁴⁸⁷. De même, il a été tenu compte d'un test effectué auprès de 200 consommatrices âgées de 18 à 55 ans, dont 83% ont considéré les deux parfums comme étant proches ¹⁴⁸⁸.

810. En droit français, le terme de « concurrence parasitaire » s'applique aussi bien à la copie systématique, qu'à la copie unique créant un risque de confusion. La copie du parfum *Trésor*, qualifiée de parasitaire par la Cour d'appel de Paris, relève de la seconde catégorie. Par conséquent, en droit suisse, elle relève de l'article 3 *litt. d* LCD, et non pas de la concurrence parasitaire, sur laquelle nous reviendrons, ci-dessous (section 5).

811. En ce qui concerne la couleur abstraite du jus d'un parfum, nous avons souligné qu'elle n'est pas « esthétiquement nécessaire » au regard du droit suisse. Elle peut être enregistrée comme marque imposée, à condition que la couleur ne soit pas considérée comme techniquement nécessaire, autrement dit indispensable pour les concurrents. Cela ne semble pas être le cas dans cette affaire. La couleur rose orangée (rose pantone 1555 c) pourrait ainsi être admise à condition de s'être imposée. S'agissant du risque de confusion, le test visuel permet de juger de l'impression d'ensemble sans difficulté, comme l'ont constaté les juges de la Cour d'appel de Paris.

812. En revanche, en tant que signe olfactif primaire, le parfum *Trésor* constitue son propre signe distinctif, il est « esthétiquement nécessaire ». Par conséquent, il est très peu probable qu'il puisse effectivement s'imposer dans le commerce et acquérir de la sorte un caractère distinctif (« *Verkehrsgeltung* »). Ainsi, en droit suisse, la fragrance du parfum *Ostentation* ne créerait pas de risque de confusion avec la fragrance du parfum *Trésor* au sens de l'article 3 *litt. d* LCD.

¹⁴⁸⁶ Arrêt « *Jeanne Arthes* », RIPIA 2001/204, p. 20, 21.

¹⁴⁸⁷ Arrêt « *Jeanne Arthes* », RIPIA 2001/204, p. 17, 21.

¹⁴⁸⁸ Arrêt « *Jeanne Arthes* », RIPIA 2001/204, p. 17, 21, 22.

2.1.2. La « guerlinade »

813. Rappelons que la « guerlinade », avec ses notes « fève tonka-iris-ambre gris »¹⁴⁸⁹, est une « signature odorante » ajoutée aux parfums de la marque Guerlain. A notre avis, elle peut de ce fait s'imposer dans la vie des affaires comme distinctive des parfums Guerlain. Dans la mesure où elle a ainsi acquis un caractère distinctif, un concurrent qui utiliserait lesdites notes dans son parfum, créerait un risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD. Contrairement au droit des marques, le caractère distinctif doit être acquis effectivement, ce qui ne sera pas aisé à établir. La raison en est que le consommateur n'est pas habitué à reconnaître une « signature odorante ». Qu'en est-il des signes olfactifs tertiaires et secondaires ?

2.2. Les signes olfactifs tertiaires et secondaires

814. Pour les signes olfactifs tertiaires et secondaires, des considérations similaires à celles que nous avons constatées en droit des marques pourront être faites, mais toujours en ayant à l'esprit que, contrairement à ce droit, le signe doit effectivement avoir acquis un caractère distinctif. Comme en droit des marques, certains signes, comme les notes de bases, sont fonctionnels. Par exemple la note jasmin doit pouvoir être utilisée par tous les concurrents quel que soit le produit : elle est techniquement nécessaire.

815. Dans le cas du signe olfactif tertiaire de *l'Odeur de l'herbe fraîchement coupée*, le risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD ne pourra être admis que si l'usage dudit signe s'est imposé dans le commerce, par exemple pour des balles de tennis. De même, *l'arôme de framboises* doit acquérir un caractère distinctif pour du carburant. Cela lui permettra de bénéficier d'une protection contre le risque de confusion au sens de la LCD avec un autre carburant qui par hypothèse serait parfumé avec la même fragrance. Comme moyens, pour prouver que le signe s'est imposé dans le commerce, la chromatographie ou l'analyse par un compositeur de parfums ne sont pas pertinents à cet égard. Quant au test de consommateurs, il ne saurait consister à faire sentir les deux fragrances en cause. En revanche, on pourrait l'envisager en tant que moyen de preuve pour convaincre le juge que lesdits consommateurs attribuent bien le signe olfactif à une entreprise déterminée dont proviennent, respectivement tout carburant ou toutes les balles de tennis ayant la même odeur. Si le juge admet cette preuve, il pourra constater que le signe a acquis un caractère distinctif.

816. Une chromatographie ou une analyse par un compositeur de parfums pourraient uniquement servir à constater que deux signes olfactifs

¹⁴⁸⁹ ASTIC / LARRIEU, *op. cit.*, p. 390.

sont identiques ou similaires. Par exemple pour un signe olfactif secondaire comme du savon, une chromatographie, à titre de moyen de preuve, permettra d'alléguer que le concurrent a utilisé la même fragrance pour ses propres savons. Si cette fragrance particulière n'est ni techniquement, ni «esthétiquement nécessaire» et que, de surcroît, elle a acquis un caractère distinctif pour les savons de l'utilisateur initial, le risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD pourra être admis par le juge.

Conclusions sur le risque de confusion

817. La protection conférée par l'article 3 *litt. d* LCD est une protection importante en l'absence de marque olfactive. Pour bénéficier de cette protection, le signe olfactif doit cependant avoir effectivement acquis un caractère distinctif («*Verkehrsgeltung*»). Cela ne sera pas aisé à prouver, car les consommateurs ne sont pas habitués à l'usage des signes olfactifs.

818. De plus, à l'instar du droit des marques, les formes techniquement nécessaires, (des notes simples) ou les formes «esthétiquement nécessaires» (le parfum utilisé comme son propre signe) ne sauraient être considérées comme ayant acquis un caractère distinctif. Par conséquent, la protection par l'article 3 *litt. d* LCD est exclue. En revanche, on peut envisager un risque de confusion pour *l'arôme de framboises* qui distingue du carburant ou une «signature odorante», à condition qu'un caractère distinctif soit effectivement acquis par ces signes.

819. Au début de ce chapitre, nous avons distingué entre la copie réprimée en cas de risque de confusion (art. 3 *litt. d* LCD) et l'utilisation du support matériel comme facteur de reproduction. Par conséquent, il nous incombe encore de vérifier si l'utilisation du parfum, comme facteur de reproduction, peut constituer une reprise immédiate de la prestation d'autrui selon l'article 5 *litt. c* LCD.

Section 4. Utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction

§ 1. La reprise immédiate de la prestation d'autrui (art. 5 *litt. c* LCD)

820. L'article 5 *litt. c* LCD condamne la reprise et l'exploitation du résultat d'un travail d'un tiers « [...] grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant ». Cette disposition semble a priori se situer dans une zone grise par rapport au principe général de la liberté de copie. En l'absence de protection par une loi spéciale, BAUD estime qu'il y a un paradoxe entre l'interdiction de la reprise immédiate par des moyens techniques, alors que la copie servile est licite¹⁴⁹⁰.

821. La protection de la prestation constitue un corps étranger à la LCD¹⁴⁹¹. Nous avons observé qu'on ne saurait interdire par le biais de la LCD ce qui est permis au regard des monopoles susceptibles d'être conférés par les lois spéciales¹⁴⁹². Or, c'est précisément sur ce dernier point que l'article 5 *litt. c* LCD apparaît comme paradoxal. BAUD parvient ainsi à la conclusion que le « serpent se mord la queue » et qu'on doit appliquer l'article 5 *litt. c* LCD de manière restrictive¹⁴⁹³. Nous avons cependant constaté que la copie, réprimée en cas de risque de confusion (art. 3 *litt. d* LCD), doit être soigneusement distinguée de la reprise immédiate de la prestation d'autrui (art. 5 *litt. c* LCD) qui ne vise précisément pas la copie¹⁴⁹⁴.

822. A cet égard, le Tribunal fédéral relève que cette disposition ne doit pas conférer une protection à une nouvelle catégorie de biens, mais simplement qualifier de déloyal un certain comportement¹⁴⁹⁵. Comme DUCOR le fait remarquer, en utilisant le résultat matériel d'un tiers comme moyen de reproduction, le repreneur « [...] s'arroge de la sorte un avantage sur la concurrence auquel il n'a pas droit »¹⁴⁹⁶. L'article 5 *litt. c* LCD nécessite la réalisation des conditions suivantes que nous commenterons ci-après : le résultat d'un travail (1.1), prêt à être mis sur le marché (1.2), exploité comme tel (1.3), sans sacrifices correspondants (1.4) et dont la reprise immédiate doit avoir lieu par des procédés techniques de reproduction (1.5).

¹⁴⁹⁰ BAUD, Jean-Pierre, « L'article 5 *lit. c* LCD et la copie servile de la forme d'un produit », *RSJ* 84, p. 281.

¹⁴⁹¹ IVANOV, *op. cit.*, p. 192, 205, 209.

¹⁴⁹² Arrêt du Tribunal civil de Bâle ville du 19 juin 2002, (ci-après arrêt « *Pressespiegel II* »), *sic!* 2003/3, p. 217, 224; JENNY, *op. cit.*, p. 173, 255, 256.

¹⁴⁹³ BAUD, *op. cit.*, p. 283.

¹⁴⁹⁴ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁹⁵ Arrêt « *Such-Spider* », ATF 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, *SJ* 2005 I 428, 429, 430.

¹⁴⁹⁶ DUCOR, *op. cit.*, p. 170.

1.1. Le « résultat d'un travail »

823. Le résultat matériel au sens de l'article 5 *litt. c* LCD doit être compris de manière large¹⁴⁹⁷. Selon JECKLIN, la question de savoir si le résultat d'un travail est protégé par un bien immatériel ou non, n'est pas déterminante au regard de l'article 5 *litt. c* LCD¹⁴⁹⁸. Cette disposition ne protège pas une idée ou un concept¹⁴⁹⁹. Il vise uniquement un résultat matériel, un support matériel, mais non pas la prestation intellectuelle sur laquelle il est basé¹⁵⁰⁰.

1.2. « Prêt à être mis sur le marché »

824. « Prêt à être mis sur le marché » signifie que le produit doit pouvoir être commercialisé, même si, en fait, tel n'est pas encore le cas¹⁵⁰¹. PEDRAZZINI et PEDRAZZINI considèrent qu'il n'est ni requis que le produit soit destiné à un marché particulier, ni qu'il soit effectivement mis sur le marché (mis en vente)¹⁵⁰². Comme K. TROLLER le relève, la logique commerciale incite à protéger des modèles bruts, souvent fabriqués par suite d'efforts coûteux¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁷ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.24, p. 194; DUCOR, *op. cit.*, p. 172; K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 61 n° 9.3, p. 367, 368.

¹⁴⁹⁸ JECKLIN, *op. cit.*, p. 120, 170 et ss; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.24, p. 195; cf. aussi MÜLLER, *op. cit.*, p. 43; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 77, p. 743; cf. aussi arrêt de la Cour d'appel de Berne du 21 mai 2001, (ci-après arrêt « *Pressespiegel I* »), *sic!* 2001/7, p. 613, 622.

¹⁴⁹⁹ VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 1094, p. 229; CHERPILLOD, Ivan, « Geltungsbereich », in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, (ci-après, CHERPILLOD, *Geltungsbereich*), p. 27; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 799, p. 356; FIECHTER, *op. cit.*, p. 148; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 89, 90; GUBLER, Andreas, *Der Ausstattungsschutz nach UWG*, thèse, Berne 1991, p. 158, 175; GUYET, *Spezialklauseln, op. cit.*, p. 215; HILTI, Christian, *Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz statt Nachbarrechte?* thèse Zurich, Berne 1987, p. 99, 101; JENNY, *op. cit.*, p. 173, 174; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 9 n° 9.21, p. 194; Message du CF, *FF* 1983/135 II 1104; cf. aussi Touring club der Schweiz c/ Mercedes-Benz (Schweiz) AG, du 11 mars 1991, (ci-après arrêt « *Touring club* »), *ATF* 117 II 199, 202, 203; cf. aussi BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 46, p. 734.

¹⁵⁰⁰ PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 50, 51; HILTI, *op. cit.*, p. 101; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 9 n° 9.21, p. 194: « Dies bedeutet nun aber gleichwohl nicht, dass es sich bei den geschützten Arbeitsergebnissen ausschliesslich nur um körperliche Gegenstände handeln könnte. [...] Die Materialisierung kann somit auch in der Fixierung, eines Arbeitsergebnisses auf einem körperlichen Träger liegen »; DAVID, Lucas, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, Berne 1997, (ci-après DAVID, *Wettbewerbsrecht*), p. 100; JECKLIN, *op. cit.*, p. 120; FIECHTER, *op. cit.*, p. 148; GUYET, *Spezialklauseln, op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁰¹ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 90; CHERPILLOD, *Geltungsbereich, op. cit.*, p. 28; Bezirksanwaltschaft Winterthur du 27 octobre 1999, (ci-après arrêt « *TwixTel* »), *sic!* 2000/2, p. 98, 99; arrêt « *Such-Spider* », *ATF* 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 595.

¹⁵⁰² PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 9 n° 9.20, p. 193.

¹⁵⁰³ K. TROLLER, *Précis du droit suisse, op. cit.*, § 61 n° 9.3, p. 367.

1.3. L'exploitation « comme tel »

825. La condition « comme tel », à l'article 5 *litt. c in fine* LCD, pose la question de savoir si celle-ci s'applique seulement au procédé de reproduction ou également à l'exploitation¹⁵⁰⁴. Une partie de la doctrine estime que seule la reproduction est concernée, sans quoi une modification ou un développement permettrait d'échapper à l'article 5 *litt. c* LCD¹⁵⁰⁵. Tel n'est cependant pas l'avis du Tribunal fédéral qui estime que cela n'exclut pas de considérer des modifications mineures comme une exploitation « comme tel », en raison de l'existence de la condition du sacrifice correspondant¹⁵⁰⁶.

1.4. L'absence de « sacrifice correspondant »

826. Selon une partie de la doctrine, ce n'est pas le résultat qui compte, mais la question de savoir si le temps, les efforts et les investissements nécessaires pour aboutir à celui-ci ont été consentis¹⁵⁰⁷. La lecture et la réintroduction de données d'un annuaire téléphonique sur CD-ROM, par des employés en Thaïlande, ont par exemple été considérées comme un sacrifice correspondant¹⁵⁰⁸. D'après le Tribunal fédéral, un comportement contrevient à l'article 5 *litt. c* LCD lorsqu'il n'y a pas de sacrifice correspondant, ni lors de la reprise, ni lors de l'exploitation¹⁵⁰⁹.

827. Pour d'autres auteurs, la seule constatation qu'un sacrifice correspondant fait défaut ne constitue qu'un indice d'une reprise immédiate du travail d'autrui¹⁵¹⁰. JECKLIN expose que c'est l'utilisation de moyens techniques de reproduction qui constitue l'élément déterminant pour juger de la déloyauté au sens de l'article 5 *litt. c* LCD¹⁵¹¹. PERRET fait par ailleurs remarquer que

¹⁵⁰⁴ JECKLIN, *op. cit.*, p. 123.

¹⁵⁰⁵ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 45, 67, p. 733, 740; FIECHTER, *op. cit.*, p. 156; CHERPILLOD, *Geltungsbereich*, *op. cit.*, p. 29; DUCOR, *op. cit.*, p. 174, 175; *contra* JECKLIN, *op. cit.*, p. 123, 124.

¹⁵⁰⁶ Arrêt « Such-Spider », ATF 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 595, 596.

¹⁵⁰⁷ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 92, 93 qui estime que l'article 5 *litt. c* LCD doit être considéré comme réprimant une forme de parasitisme; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 9 n° 9.30, p. 198; Message du CF, FF 1983/135 II 1105: « Pour justifier du caractère approprié, il faut comparer, d'une part, la prestation du premier concurrent à celle du second et, d'autre part, la prestation de celui-ci sous forme de reprise par des moyens techniques de reproduction avec la dépense hypothétique qu'il aurait à consentir s'il devait effectuer lui-même les diverses étapes de production »; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 54, 736.

¹⁵⁰⁸ Arrêt « TwixTel », *sic!* 2000/2, p. 98, 99.

¹⁵⁰⁹ Arrêt « Such-Spider », ATF 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 595, 596.

¹⁵¹⁰ JECKLIN, *op. cit.*, p. 127; HILTI, *op. cit.*, p. 103; DUCOR, *op. cit.*, p. 173, considère que cette condition est complémentaire à celle des procédés techniques de reproduction « [...] la confirmant et la renforçant ».

¹⁵¹¹ JECKLIN, *op. cit.*, p. 128.

«[...] faire dépendre la déloyauté d'un comportement de l'économie des frais réalisés par un concurrent ne nous paraît pas correspondre à l'esprit de la lutte concurrentielle, puisque celle-ci tend précisément à faire triompher, à qualité égale, l'offre la plus économique¹⁵¹²».

828. De l'avis de PERRET, la justification de l'article 5 *litt.* c LCD ne relève pas de l'approche fonctionnelle de la LCD, mais doit être recherchée dans la confiance déçue d'un entrepreneur¹⁵¹³. On doit l'admettre chaque fois que le produit de ce dernier n'est pas utilisé conformément à sa destination, mais qu'un concurrent s'en sert comme moyen de fabrication de ses propres produits¹⁵¹⁴. Il s'agit dès lors d'une violation des règles de la bonne foi¹⁵¹⁵. Cet argument nous paraît convaincant au regard de la justification de l'article 5 *litt.* c LCD.

1.5. La reprise immédiate par « des procédés techniques de reproduction »

829. Le Message du Conseil fédéral cite, comme exemples, les procédés techniques de reproduction, le pressage, le moulage, le réenregistrement et les moyens de mesure¹⁵¹⁶. Il exclut toutefois expressément les procédés chimiques¹⁵¹⁷. A propos des moyens de mesure cités dans le message du Conseil fédéral, FIECHTER constate qu'ils ne constituent pas forcément un moyen de reproduction au sens de l'article 5 *litt.* c LCD, en particulier si une mesure est effectuée manuellement¹⁵¹⁸. Pour A. TROLLER, l'article 5 *litt.* c LCD s'applique

¹⁵¹² PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 53.

¹⁵¹³ PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 53; DUCOR, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵¹⁴ PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 53; DUCOR, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵¹⁵ PERRET, *La protection des prestations, op. cit.*, p. 53; JENNY, *op. cit.*, p. 173: «Das UWG gewährt jenseits des Anwendungsbereichs des art. 5 UWG keinen Leistungsschutz. Selbst art. 5 UWG schützt nicht die Leistung als solche, sondern den Wettbewerb vor unlauterem Verhalten der Konkurrenten.»

¹⁵¹⁶ Message du CF, *FF 1983/135 II 1104*: «Lorsqu'en outre la reprise s'effectue par des «moyens techniques de reproduction», ce fait constitutif est limité à certaines formes typiques. On pense notamment aux moyens techniques de copie, de pressage, de moulage, de réenregistrement et de mesure, tous moyens propres à reproduire en de nombreux exemplaires le résultat d'un travail et à multiplier sa forme matérialisée. En revanche, d'autres procédés techniques et chimiques ne sont pas touchés par cette disposition; pour eux, seule la protection juridique des biens immatériels peut entrer en ligne de compte»; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 1096, p. 229, relève les moyens qui suivent: «Die Übernahme muss durch ein technisches Reproduktionsverfahren erfolgen (Kopieren, Nachpressen, Nachgiesen, Überspielen, Digitalisieren, Scannen)»; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.28, p. 197; dans l'arrêt du Président du Tribunal civil de Bâle-Ville du 20 janvier 2004, (ci-après arrêt «*Arzneimittel-Kompendium*»), *sic!* 2004/6, p. 490, 494, il est question de téléchargement de données depuis Internet.

¹⁵¹⁷ Message du CF, *FF 1983/135 II 1105*; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 49, p. 735.

¹⁵¹⁸ FIECHTER, *op. cit.*, p. 152, 153; CHERPILLOD, *Geltungsbereich, op. cit.*, p. 28; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 50, p. 735.

à un appareil sophistiqué qui permet de prendre toutes les mesures nécessaires à la reproduction sur la base d'un plan¹⁵¹⁹.

830. PERRET, en revanche, considère que la reprise dans un tel cas n'est pas immédiate, de sorte que l'article 5 *litt. c* LCD ne s'applique pas, sous peine de créer un monopole qui n'est pas prévu par les droits de propriété intellectuelle¹⁵²⁰. Un palpeur ou autre instrument technique sophistiqué d'investigation ne tombe dès lors pas sous le coup de l'article 5 *litt. c* LCD selon PERRET¹⁵²¹.

831. GILLIÉRON ne partage cependant pas cet avis¹⁵²². Il estime en effet que celui qui utilise un palpeur se limite à reproduire le résultat et, partant, effectue une prestation insuffisante, ce qui est justement réprimé par l'article 5 *litt. c* LCD. Dans le cas contraire, la distinction entre reprise immédiate et copie servile ne serait plus possible selon GILLIÉRON¹⁵²³. A notre avis, la distinction doit se faire par l'utilisation du résultat matériel comme facteur de reproduction direct ou indirect. Lorsque le facteur de reproduction est indirect, il ne s'agit plus d'une reprise immédiate de la prestation d'autrui au sens de l'article 5 *litt. c* LCD, mais d'une copie qui est condamnable en cas de risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD (cf. section 3).

832. On peut ainsi donner raison à PERRET. On en veut pour preuve que, selon PEDRAZZINI et PEDRAZZINI, les moyens techniques qui ne conduisent pas directement à la reprise du résultat ne sont pas appréhendés par l'article 5 *litt. c* LCD¹⁵²⁴. Par ailleurs, le Tribunal supérieur de Zurich a relevé qu'un tel moyen de mesure devrait certes être considéré comme déloyal, mais qu'il ne s'agit pas en tant que tel d'un résultat d'une reprise par un moyen technique¹⁵²⁵. Ledit Tribunal a du reste jugé que la saisie de données manuelles n'est pas un procédé technique de reproduction¹⁵²⁶. Notons encore que le Tribunal fédéral affirme lui-même que la reprise de la prestation doit se faire de manière immédiate (« *unmittelbar* »)¹⁵²⁷. Il nous reste donc à en prendre la mesure à propos de la reprise immédiate du jus du parfum.

¹⁵¹⁹ A. TROLLER, *op. cit.*, vol. II, § 59, p. 956, 957; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 5, n° 50, p. 735; FIECHTER, *op. cit.*, p. 152, 153.

¹⁵²⁰ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 52; cf. aussi BAUD, *op. cit.*, p. 282, 283.

¹⁵²¹ PERRET, *La protection des prestations*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵²² GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵²³ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵²⁴ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 5, § 9 n° 9.27, p. 196.

¹⁵²⁵ Arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 1^{er} septembre 1992, (ci-après arrêt « *Eurotax II* »), *RSPI* 1993/2, p. 331, 335, 336.

¹⁵²⁶ Arrêt « *Eurotax II* », *RSPI* 1993/2, p. 331, 336.

¹⁵²⁷ Arrêt « *Such-Spider* », *ATF* 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 595.

§ 2. La reprise immédiate du jus d'un parfum

833. Le jus du parfum constitue un support matériel, un objet corporel liquide qui a été fabriqué après un long travail d'élaboration. Il satisfait sans aucun doute à la définition large du résultat d'un travail au sens de l'article 5 *litt. c* LCD. La commercialisation du parfum ne pose pas plus de difficulté. Par conséquent, on peut considérer que le jus du parfum est le résultat d'un travail prêt à être mis sur le marché.

834. L'exploitation « comme tel » peut en revanche poser plus de difficultés, en relation avec la quantité de modifications effectuées par rapport au jus original. Si l'on s'en tient aux modifications mineures préconisées par le Tribunal fédéral, une éventuelle analyse chromatographique devrait révéler la reprise de la majorité des éléments du parfum original, comme nous l'avons par exemple constaté dans l'arrêt « *Jeanne Arthes* », commenté ci-dessus.

835. S'agissant de la condition de l'absence de « sacrifice correspondant », il va sans dire que le concurrent qui utilise un procédé de chromatographie, pour analyser le jus d'un parfum et le reproduire, fait des économies substantielles par rapport à l'élaboration d'un parfum. La solution dépend bien entendu du cas concret, en particulier du parfum commercialisé par le concurrent, après avoir analysé le parfum original. On peut néanmoins admettre que la condition d'absence de sacrifice correspondant est susceptible d'être admise.

836. Pour déterminer si l'article 5 *litt. c* LCD permet de rendre déloyal l'utilisation du jus du parfum comme facteur de reproduction, il reste ainsi à examiner la condition de la reprise par des procédés techniques de reproduction qui, à notre avis, est essentielle.

837. Nous avons constaté que les procédés chimiques sont expressément exclus par le Message du Conseil fédéral, de sorte que la reproduction du jus du parfum par de tels procédés n'est pas appréhendée par l'article 5 *litt. c* LCD. En revanche, les équipements techniques tels que la chromatographie en phase gazeuse, les méthodes spectroscopiques et les nez artificiels (capteurs d'odeurs) ne sont pas d'emblée écartés des catégories concernées par la disposition précitée. En effet, il s'agit d'analyser la composition d'un parfum à partir du jus original, pour ensuite faire le mélange le plus proche possible, selon la formule obtenue par cette analyse.

838. Le parfum ne sert cependant qu'indirectement à sa reproduction. Il s'ensuit que cette technique n'est à notre avis pas réprimée par l'article 5 *litt. c* LCD. De manière similaire, celui qui se sert de son nez pour sentir un parfum ne tombe pas sous le coup de l'article 5 *litt. c* LCD, même si, par la suite, il utilise un moyen technique pour créer un parfum à partir des informations qu'il a ainsi pu obtenir. Cette hypothèse relève en effet de la copie qui crée

un risque de confusion au sens de l'article 3 *litt.* d LCD, dont nous avons fait l'examen dans la section 3, ci-dessus.

Conclusions sur l'utilisation du parfum d'un concurrent comme facteur de reproduction

839. A défaut de constituer une reprise immédiate par des procédés techniques de la prestation d'autrui, l'utilisation d'équipements techniques tels que la chromatographie n'est pas réprimée par l'article 5 *litt.* c LCD. Il nous reste dès lors à vérifier si la copie du parfum peut être réprimée à titre de concurrence parasitaire au sens de l'article 2 LCD (section 5). Préalablement, un exposé général sur la concurrence parasitaire s'impose (§ 1). On commencera par des explications sur l'article 2 LCD (1.1), suivi de considérations sur la concurrence parasitaire au sens de l'article 2 LCD (1.2).

Section 5. La concurrence parasitaire

§ 1. Notions générales

1.1. L'article 2 LCD

840. L'article 2 LCD couvre tous les cas de figure de concurrence déloyale, les articles 3 à 8 LCD n'étant qu'une liste exemplative¹⁵²⁸. Toutefois, si un état de fait est réglé par les articles 3 à 8 LCD et que ces derniers ne s'appliquent pas, l'article 2 LCD ne doit pas être admis facilement¹⁵²⁹. Ni une volonté subjective d'influencer la concurrence, ni un effet réel sur celle-ci ne sont nécessaires pour rendre un comportement déloyal. Le caractère illicite est objectif¹⁵³⁰.

841. Selon DESSEMONTET, pour considérer qu'un comportement ou une pratique commerciale contreviennent à l'article 2 LCD, deux conditions sont nécessaires: ils doivent être contraires à la bonne foi et avoir une influence sur le marché¹⁵³¹. BAUDENBACHER estime que la référence à l'article 2 du Code civil suisse (ci-après CC)¹⁵³² est trompeuse, l'article 2 LCD ayant une signification indépendante¹⁵³³. Pour IVANOV, le danger du critère de la bonne foi réside dans son application comme un système autre que correctif¹⁵³⁴.

842. JECKLIN relève néanmoins avec raison que pour distinguer la concurrence loyale de celle qui est déloyale, le critère de la bonne foi dans les affaires et celui de l'approche fonctionnelle de la LCD se recourent dans la majorité des cas, de sorte qu'en pratique la controverse sur l'applicabilité des deux critères n'a pas une grande importance¹⁵³⁵.

¹⁵²⁸ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 810, p. 361; BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 2, n° 7, 8, p. 111, 112; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 980, p. 200; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, ad art. 2, § 4 n° 4.14, p. 45.

¹⁵²⁹ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 2, n° 11, 12, p. 112, 113; cf. aussi JECKLIN, *op. cit.*, p. 137 et ss, qui relève que toutes les circonstances additionnelles ne doivent pas être traitées de la même manière. Ainsi, l'article 5 *litt. c* LCD est par exemple défini de manière très précise, de sorte qu'il ne saurait être complété (p. 140).

¹⁵³⁰ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 1, n° 44, p. 28; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 953, p. 193; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 43; JECKLIN, *op. cit.*, p. 80, 84; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 1 n° 1.35, p. 10, 11; A. TROLLER, *op. cit.*, vol. II, § 59, p. 923.

¹⁵³¹ DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle, op. cit.*, n° 811, p. 362; VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 981, p. 200, n° 982, p. 201; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵³² RS 210.

¹⁵³³ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 2, n° 18, p. 115; cf. aussi VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht, op. cit.*, n° 982, p. 201; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 42; JECKLIN, *op. cit.*, p. 85, 86; arrêt «CAP», 4C.139/2003, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.bger.ch], p. 1 et ss, *sic!* 2004/5, p. 430, 432: «La LCD ne protège donc pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale [...]».

¹⁵³⁴ IVANOV, *op. cit.*, p. 171, 172.

¹⁵³⁵ JECKLIN, *op. cit.*, p. 93, 94, 95.

843. L'article 2 LCD permet de réprimer différents comportements ou pratiques commerciales dont on ne saurait établir un catalogue, mais simplement donner des exemples¹⁵³⁶. Dans notre étude, l'application de l'article 2 LCD sera limitée à la concurrence parasitaire. Mais que faut-il entendre par ce terme ?

1.2. La concurrence parasitaire au sens de l'art. 2 LCD

844. Sous l'empire de l'aLCD, la concurrence parasitaire concernait l'exploitation du renom d'autrui ou de ses produits (imitation servile et reprise directe des prestations)¹⁵³⁷. Le principe de la prestation, selon lequel une entrave, par un concurrent qui ne pouvait se prévaloir d'aucune prestation propre, était déloyale, a cependant été abandonné avec la LCD¹⁵³⁸. Cette dernière réprime néanmoins à titre de circonstance spéciale la comparaison parasitaire au sens de l'article 3 *litt. e* LCD, ainsi que l'exploitation d'une prestation d'autrui au sens de l'article 5 LCD¹⁵³⁹.

845. La concurrence parasitaire au sens de l'article 2 LCD vise deux comportements à titre d'exploitation du renom d'autrui¹⁵⁴⁰. Le premier est le rattachement parasitaire direct (ou parasitisme direct) qui consiste à se référer directement aux produits d'un concurrent¹⁵⁴¹. Le second, le parasitisme indirect (ou « exploitation sournoise et systématique du renom d'autrui »), est une exploitation de la renommée d'un signe distinctif sans toutefois s'y référer de manière expresse¹⁵⁴².

846. Le parasitisme direct est illustré, dans le domaine de la parfumerie, par l'emploi de tableaux de références à la marque verbale, condamné à juste titre, tant au regard du droit de la concurrence déloyale suisse, que du droit étranger¹⁵⁴³. Une boutique à Genève a par exemple vendu toute une série de

¹⁵³⁶ PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, § 4 n° 4.14, p. 45.

¹⁵³⁷ DUTOIT, Bernard, « Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire en droit de la concurrence déloyale », *JdT* 1982 I, p. 259 ; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵³⁸ BAUDENBACHER, *op. cit.*, ad art. 1, n° 48, p. 30 ; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 42 ; JECKLIN, *op. cit.*, p. 87 et ss ; Message du CF, *FF* 1983/135 II 1069.

¹⁵³⁹ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69 ; dans l'arrêt « *Such-Spider* », ATF 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 597, 598, le Tribunal fédéral semble néanmoins réintroduire la concurrence parasitaire dans le sens de la reprise de la prestation d'autrui, sans contre-prestation correspondante : « Da die Klägerinnen ihren eigenen Aufwand nicht substantiiert haben, kann offen bleiben, ob Ausbeutung fremder Leistung im Sinne von art. 2 UWG vorliegen könnte, wenn nicht sämtliche Merkmale von art. 5 lit. c erfüllt sind. »

¹⁵⁴⁰ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁴¹ DUTOIT, *op. cit.*, p. 259, 260 ; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69, 70.

¹⁵⁴² DUTOIT, *op. cit.*, p. 259, 261 ; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 69, 77.

¹⁵⁴³ GUYET, Jaques, « Concurrence déloyale par l'emploi de tableaux de référence à des marques de parfums – Note de jurisprudence », *RSPI* 1985/1, (ci-après GUYET, *Tableaux de référence*), p. 33 et ss ; DUTOIT, *op. cit.*, p. 261 ; PAMOUKDJIAN, *op. cit.*, p. 175 et ss pour le droit français de la concurrence déloyale et p. 161 et ss, à propos de la contrefaçon en droit des marques.

parfums, distingués par de simples numéros, en utilisant de manière systématique une liste de compatibilité avec bon nombre de parfums des grandes marques françaises. Un prospectus classant les parfums de la boutique dans des catégories, en fonction de la note olfactive, avec des références à ces marques était également distribué¹⁵⁴⁴.

847. Dans l'ordonnance sur mesures provisionnelles, la Cour de justice de Genève a condamné le propriétaire de la boutique sur la base des articles 2 et 3 *litt. d* LCD¹⁵⁴⁵. GILLIÉRON fait toutefois remarquer, à juste titre, qu'elle aurait dû appliquer l'article 3 *litt. e* LCD qui réprime expressément ce comportement¹⁵⁴⁶. Dans l'arrêt sur le fond qui a suivi, la Cour de justice a du reste appliqué les articles 2, 3 *litt. d* et 3 *litt. e* LCD pour condamner l'utilisation de ces tableaux de références¹⁵⁴⁷.

848. S'agissant du parasitisme indirect, autrement dit de la copie systématique, il a déjà été appréhendé par le Tribunal fédéral au regard de l'article 2 LCD. Notre Haute cour a cependant chaque fois écarté cette disposition en invoquant l'absence de risque de confusion¹⁵⁴⁸. GILLIÉRON critique, avec raison, ce raisonnement en relevant que le caractère systématique de l'imitation est censé s'appliquer aux cas, dans lesquels il n'y a justement pas de risque de confusion¹⁵⁴⁹. La nécessité du caractère systématique, qui indique la déloyauté du parasitisme indirect, a été admise par le Tribunal fédéral en ces termes :

«[...] le rapprochement systématique grâce à des imitations <qui confinent à l'illicite> (<bis an die Grenze des Unzulässigen>) est tout aussi déloyal que la copie pure est simple, lorsque ce rapprochement a pour but d'exploiter la renommée du produit imité de façon parasitaire [...]»¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁴ Ordonnance sur mesures provisionnelles de la Cour de justice de Genève du 21 décembre 1988, (ci-après arrêt « *Tableaux de références I* »), *RSPI* 1989/1, p. 118 et ss; arrêt de la Cour de justice de Genève du 11 mai 1990, (ci-après arrêt « *Tableaux de références II* »), *RSPI* 1990/2, p. 360 et ss.

¹⁵⁴⁵ Arrêt « *Tableaux de références I* », *RSPI* 1989/1, p. 118, 123, 124.

¹⁵⁴⁶ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 76; dans le même sens PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, *op. cit.*, n° 5.50, p. 79.

¹⁵⁴⁷ Arrêt « *Tableaux de références II* », *RSPI* 1990/2, p. 360, 367, 369: « Les parfums peuvent tout aussi bien être décrits selon leurs senteurs, leurs notes dominantes et leur personnalités que par référence à la marque d'un tiers [...]. La référence systématique aux parfums des demanderesse selon la liste comparative n'était ainsi pas nécessaire si ce n'est qu'elle était utile au seul défendeur pour amener le client à acheter un parfum connu de lui ou célèbre (comme le Chanel N° 5, par exemple). Il s'agit donc bien d'un procédé relevant de la concurrence parasitaire [...] »; cf. aussi DESSEMONTET, François, « La nouvelle loi contre la concurrence déloyale », *JdT* 1993 I, (ci-après DESSEMONTET, *Jurisprudence LCD*), p. 377.

¹⁵⁴⁸ Arrêt « *Such-Spider* », *ATF* 131 III 384, *sic!* 2005/7/8, p. 593, 598; Lego Spielwaren Aktiengesellschaft c/ Suchard-Tobler AG, du 13 juillet 1982, (ci-après arrêt « *Lego c/ Suchard* »), *ATF* 108 II 327, *JdT* 1983 I 368, 370, 371; arrêt « *Nivea* », *ATF* 116 II 365, *JdT* 1991 I 613, 616.

¹⁵⁴⁹ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 80, 81, 82; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, *op. cit.*, *ad art. 3 litt. e*, n° 108, p. 504, expliquent ce constat par la subsidiarité de la clause générale, qui n'a que rarement été analysée en l'absence de circonstances spéciales.

¹⁵⁵⁰ Arrêt « *Le Corbusier* », *ATF* 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 303, 304; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 80, 81, reproche au Tribunal fédéral dans cet arrêt d'avoir retenu la seule intention, qui ne saurait être décisive, de tirer profit du renom.

849. Selon une partie de la doctrine, ce caractère systématique n'implique toutefois pas une répétition dans le temps, car ce seul constat ne saurait rendre déloyal un acte licite¹⁵⁵¹. Pour SPOENDLIN le critère essentiel de la déloyauté serait dans une intention qualifiée qui exclut le dol éventuel¹⁵⁵². D'autres auteurs distinguent selon le degré de réputation du produit parasité. Ainsi, si celui-ci est connu, le caractère systématique ne serait pas requis. En revanche, s'il n'est pas connu, pour admettre la déloyauté de l'imitation, le caractère systématique doit être recherché dans le fait d'empêcher le produit d'acquiescer une renommée¹⁵⁵³.

850. A notre avis, DUTOIT considère, à juste titre, que le caractère systématique réside dans l'application d'un certain plan global de la part du concurrent¹⁵⁵⁴. Ce dernier peut être réalisé par un seul ou plusieurs actes¹⁵⁵⁵. Le caractère systématique doit en conséquence être admis lors de l'imitation de toute une gamme de produits ou lorsqu'un seul produit est copié d'une manière particulièrement raffinée, contrairement aux règles de la bonne foi¹⁵⁵⁶. Voyons dès lors comment cela se traduit pour le parfum.

¹⁵⁵¹ DUTOIT, *op. cit.*, p. 263, 264; SPOENDLIN, Kaspar, «Schmarotzerkonkurrenz im Schweizerischen Recht» in: *La concurrence parasitaire en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne*, Genève 1981, (ci-après SPOENDLIN, *Schmarotzerkonkurrenz*), p. 116; GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 82, relève simplement que le terme est trompeur.

¹⁵⁵² SPOENDLIN, *Schmarotzerkonkurrenz, op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁵³ GILLIÉRON, *op. cit.*, p. 82; MESSERLI, Beat, «Unlauterer Wettbewerb durch systematische Annäherung an fremde Ausstattungen», *RSPI* 1988/1, p. 34; GOLAZ, *op. cit.*, p. 252, 253, 254; en droit allemand, avec la notion d'originalité concurrentielle, le parasitisme en tant que tel a par exemple été condamné dans l'arrêt du *Bundesgerichtshof* (ci-après BGH) du 8 novembre 1984, (ci-après arrêt «*Rolux Oyster*»), *GRUR* 1985/9, p. 876 et ss, ce qui à notre avis est difficilement compatible avec le principe de la liberté de copie, même servile.

¹⁵⁵⁴ DUTOIT, *op. cit.*, p. 264.

¹⁵⁵⁵ DUTOIT, *op. cit.*, p. 264; cf. cependant JENNY, *op. cit.*, p. 196, 197: «Ist die Imitation als solche zulässig, so darf der Nachahmer aus funktionaler Sicht auch planmässig und systematisch vorgehen, solange er die Kunden nicht im Sinne von art. 3 lit. d UWG über die Herkunft des Produktes täuscht oder Ausschliesslichkeitsrechte des am Original Berechtigten verletzt [...]. Nach der hier vertretenen Auffassung kann systematisches Vorgehen im engeren Sinn, verstanden als die Nachahmung einer Vielzahl oder ganzer Serien von Erzeugnissen des Konkurrenten, nämlich zu einer dysfunktionalen Behinderung des Mitbewerbers führen»; dans le même sens JECKLIN, *op. cit.*, p. 142.

¹⁵⁵⁶ Arrêt «*Le Corbusier*», *ATF* 113 II 190, *JdT* 1988 I 300, 303, 304; *Bata Schuh AG c/ Minerva Schuhfabrik AG*, du 31 octobre 1978, (ci-après arrêt «*Bata*»), *ATF* 104 II 322, *JdT* 1979 I 263, 264, 265, le Tribunal fédéral n'avait pas admis le caractère systématique, mais avait relevé que certaines circonstances pouvaient être déloyales: «[...] suivant le caractère méthodique, systématique et raffiné avec lequel l'on a cherché à se rapprocher le plus possible de la marchandise d'un concurrent [...]»; dans un arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 4 septembre 1996, (ci-après arrêt «*Chanel/Chenal*»), *sic!* 1997/2, p. 171, 172, 173, les défendeurs ont notamment été condamnés pour exploitation sournoise et systématique de la réputation d'autrui au sens de l'article 2 LCD, car ils avaient repris toute une gamme de produits.

§ 2. La concurrence parasitaire du parfum

851. Dans le cas du parfum, nous avons constaté que la reprise de celui-ci au moyen d'une étude chromatographique, voire à l'aide d'une analyse sensorielle, ne constitue pas une reprise immédiate de la prestation d'autrui au sens de l'article 5 *litt. c* LCD. Quant à la copie servile du parfum, elle peut être condamnée par l'article 3 *litt. d* LCD uniquement en cas de risque de confusion. Ce dernier porte plutôt sur la forme olfactive qui doit effectivement avoir acquis un caractère distinctif. En revanche, en l'absence de risque de confusion, si le parfum est copié de manière systématique, en application d'un plan global consistant à copier toute une gamme de parfums d'une même entreprise, ce comportement serait déloyal au sens de l'article 2 LCD.

852. De même, la copie d'un seul parfum, mais avec un raffinement particulier, pourrait être condamnée au sens de cette disposition. Une telle qualification pourrait par exemple être retenue du fait que non seulement le jus, mais également d'autres éléments, tels que sa couleur, sont repris. Par ailleurs, en cas d'utilisation d'un nom, d'un flacon, voire d'un emballage, étudiés pour renforcer le rapprochement, on pourrait parvenir à une conclusion identique.

853. Dans l'arrêt «*Jeanne Arthes*», commenté ci-dessus, nous avons relevé que la Cour d'appel de Paris a jugé, à propos du droit français, que la fragrance du parfum *Ostentation* constitue une imitation quasi servile de la fragrance du parfum *Trésor*, constitutive de parasitisme au sens du droit français de la concurrence déloyale¹⁵⁵⁷. Nous avons cependant souligné qu'en droit français, le terme « concurrence parasitaire » s'applique à la copie unique, créant un risque de confusion, comme à la copie systématique. En droit suisse, la copie même servile reste licite, en l'absence de circonstances spéciales au sens de la LCD. En présence d'une seule imitation, même servile, on ne saurait considérer qu'il s'agit d'un plan global consistant à copier une gamme complète de produits.

854. S'agissant du raffinement particulier, à notre avis, il ne saurait être retenu lorsque seule la fragrance est copiée de manière servile. En revanche, lorsque le contrefacteur ne se contente pas de copier le signe olfactif, mais qu'il reprend exactement la même couleur ou encore utilise un nom très proche, la copie pourrait être qualifiée de particulièrement raffinée et, par conséquent, être condamnée au sens de l'article 2 LCD. Dans l'arrêt «*Jeanne Arthes*», rappelons que la copie servile du parfum *Trésor* concernait également la couleur du jus. En conséquence, nous soutenons que le parasitisme au sens de l'article 2 LCD devrait être admis en droit suisse dans un tel cas.

¹⁵⁵⁷ Arrêt «*Jeanne Arthes*», *RIPIA* 2001/204, p. 15, 22, 23.

Conclusions sur la concurrence parasitaire

855. La concurrence parasitaire au sens de l'article 2 LCD offre une protection très limitée. Elle permet notamment de s'opposer à la reprise de toute une gamme de parfums selon un plan global. La reprise d'un seul parfum ne constitue pas encore du parasitisme au sens de l'article 2 LCD. En revanche, le parasitisme peut être retenu si la copie, même d'un seul parfum, est faite avec un raffinement particulier. Ce dernier se traduit par exemple par la reprise d'autres éléments, tels que la couleur du jus, ou par le choix d'un nom de parfum, d'un flacon, voire d'un emballage destinés à accentuer le rapprochement.

Conclusions sur la protection par le droit de la concurrence déloyale

856. En raison de sa durée illimitée, la protection du *know-how* du parfumeur par le secret constitue sans doute l'alternative la plus attrayante. Si le secret est violé, la LCD permet de réprimer un certain nombre de comportements limités, mais n'offre pas une protection optimale. Celle-ci est en particulier limitée contre les tiers de bonne foi et en l'absence de preuves de la reprise d'une recette ou d'une formule chimique.

857. La copie, même servile, d'un parfum n'est réprimée qu'en cas de risque de confusion. Ce dernier porte plutôt sur la forme olfactive. En l'absence de marque olfactive, la protection conférée par l'article 3 *litt. d* LCD est importante. Cette disposition ne peut cependant intervenir que si le signe a effectivement acquis un caractère distinctif («*Verkehrsgeltung*»), ce qui ne pourra être établi qu'avec difficulté, faute d'habitude par les consommateurs.

858. De surcroît, tous les signes olfactifs ne peuvent pas en bénéficier, en particulier s'ils sont techniquement ou «*esthétiquement nécessaires*», ce qui est respectivement le cas des notes simples et du parfum qui joue le rôle de son propre signe distinctif. L'article 3 *litt. d* LCD permet néanmoins de réprimer le risque de confusion d'un signe olfactif tertiaire, secondaire ou d'une «signature odorante» (composée de plusieurs notes), dans la mesure où ils ont acquis un caractère distinctif.

859. La reprise du parfum avec des équipements techniques tels que la chromatographie, à défaut d'être immédiate, n'est pas réprimée par l'article 5 *litt. c* LCD. Quant au parasitisme au sens de l'article 2 LCD, il ne vient en renfort qu'en cas de reprise d'une gamme entière de parfums ou en présence d'un raffinement particulier.

Conclusions Générales

860. Au terme de notre étude, il apparaît, en droit suisse, que les créations du domaine de la parfumerie peuvent bénéficier de différentes protections aménagées par les lois de la propriété intellectuelle et par la concurrence déloyale.

Le droit des brevets d'invention

861. Le brevet d'invention permet de protéger la formule chimique de produits odorants ou de mélanges de produits odorants qui peuvent satisfaire aux conditions matérielles et formelles de protection. Cette protection est très efficace, à condition que l'imitateur ne puisse pas fabriquer un parfum similaire, sans le produit odorant ou le mélange de produits odorants revendiqués dans le brevet.

862. Le jus du parfum, représenté par une formule chimique ou une recette, n'est pas exclu du droit des brevets d'invention en raison de sa nature esthétique en tant que telle. Nous avons cependant constaté que pour satisfaire à la condition de l'activité inventive, l'inventeur doit surmonter de manière non-évidente une difficulté de nature technique. A notre avis, lorsque le compositeur de parfums mélange différents ingrédients connus et obtient une fragrance exceptionnelle du point de vue esthétique, il ne résout aucun problème technique. Par conséquent, le critère de l'activité inventive n'est pas rempli. Il est cependant possible que le jus d'un parfum constitue une solution nouvelle et non-évidente à un problème de nature technique et, partant, puisse être brevetable.

863. Le droit des brevets d'invention nécessite des formalités d'enregistrement qui engendrent des frais et obligent à divulguer la partie brevetée. Cette dernière comporte la formule chimique ou la recette qui est protégée. Elle donne ainsi au contrefacteur de précieuses informations qui lui permettent de contourner le brevet, notamment en retirant des éléments protégés de sa copie. La durée de la protection est en outre limitée à vingt ans. L'absence de brevets sur le jus du parfum peut ainsi s'expliquer par des raisons autres que le caractère plutôt esthétique de l'activité inventive, autrement dit par des motifs stratégiques.

864. Le droit des brevets est un instrument important pour le parfum, mais son efficacité est limitée par l'étendue de la protection qui ne protège que l'aspect technique du parfum. Si l'on souhaite bénéficier d'une protection de la composante esthétique, le brevet d'invention ne constitue pas le bon instrument. Par conséquent, la protection par d'autres législations s'impose,

sans envisager de modifier la LBI. La protection des créations de la parfumerie ne doit en effet pas s'arrêter à l'aspect technique.

Le droit d'auteur

865. Le caractère esthétique du parfum nous a amené à examiner le droit d'auteur qui ne nécessite aucune formalité et confère une durée de protection qui s'étend à soixante-dix ans après la mort de l'auteur. Le parfum est une création de l'esprit au sens du droit d'auteur, car il est perceptible par le sens de l'odorat et peut dès lors être communiqué au monde extérieur. Pour être protégé, le parfum doit encore avoir un caractère individuel qui réside dans la possibilité de choix permettant de le distinguer des œuvres préexistantes et des créations de routine.

866. L'immense palette du compositeur de parfums permet en principe d'exercer un choix étendu parmi les notes à sa disposition. Le caractère individuel peut être constaté à l'aide d'un ou de plusieurs experts, étant précisé que seul le juge est habilité à trancher cette question juridique. A notre avis, ce dernier ne doit toutefois pas se montrer trop sévère pour admettre que ce seuil est atteint. En revanche, il doit veiller à écarter les « directives qui s'adressent à l'esprit humain et autres règles abstraites » qui ne sont pas protégeables, en particulier les tendances telles que celles des notes gourmandes.

867. Faut-il mentionner les parfums dans la liste des œuvres au sens de l'article 2 al. 2 LDA ? D'un point de vue technique, cela n'est pas nécessaire, car l'adverbe « notamment » confirme le caractère non exhaustif de ladite liste. En France, où il existe une liste similaire dans la législation, la jurisprudence a toutefois mis de nombreuses années avant d'admettre le parfum parmi les œuvres au sens du droit d'auteur. Dans l'arrêt « *Haarman et Reimer* », La Cour de cassation de Paris a même remis en cause cette jurisprudence. Par conséquent, il serait souhaitable d'ajouter un *littera* « i » à article 2 al. 2 LDA, dont le libellé pourrait être formulé, sur le modèle des œuvres musicales du *littera* b, comme suit : « les œuvres du domaine de la parfumerie et autres œuvres olfactives. »

868. Le droit d'auteur appréhende le parfum en tant que réalisation perceptible par l'odorat, par sa forme olfactive. Il ne protège ni la formule chimique, ni la recette exprimée dans un texte. Dans la mesure où le jus d'un parfum peut être protégé par un brevet d'invention, la LBI et la LDA pourraient à cet égard s'avérer complémentaires. Le droit d'auteur présente néanmoins l'avantage de permettre de garder secrètes la formule chimique et la recette dans le cadre de la défense contre une reproduction illicite. En effet, dans les litiges que nous avons examinés, seuls les principaux constituants ont été révélés. En pratique, la défense du parfum par le droit d'auteur s'avère

cependant difficile. La raison en est la délicate question de sa représentation. En effet, en cas de reproduction illicite, on ne peut pas esquiver ce problème pour constater l'atteinte au droit d'auteur.

869. Il existe certes différentes manières de représenter la forme olfactive d'un parfum, mais celles-ci, en dépit des progrès de la technique et du langage développé par les compositeurs de parfums, restent imparfaites. En l'absence de formalités requises par le droit d'auteur, aucune représentation ne doit être prévue dans la loi. Cela constitue un avantage par rapport à la marque olfactive.

870. Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer comment représenter un parfum, de manière à pouvoir constater une atteinte au droit d'auteur. Pour ce faire, le juge devra être vigilant, en posant des questions pertinentes à plusieurs experts qualifiés, si possible, impartiaux, sans toutefois être lié par leurs opinions. Il est également important de rappeler qu'en droit d'auteur le risque de confusion peut certes constituer un indice de l'atteinte au droit, mais qu'il ne saurait être déterminant. Celui-ci relève du droit des marques, dont l'analyse nous a permis d'examiner les créations de la parfumerie sous un tout autre angle.

La marque olfactive

871. Pour bénéficier de la protection du droit des marques, un signe olfactif doit avoir une capacité distinctive, être arbitraire par rapport au produit qu'il est censé distinguer. A l'exception d'une «signature odorante» composée de plusieurs notes, les signes olfactifs primaires sont exclus de la protection en vertu du principe général de l'interdiction pour un signe de constituer son propre signe distinctif (art. 2 *litt.* b LPM pour les marques de forme), car ils constituent la nature même du produit, ils sont «esthétiquement nécessaires». Les notes simples telles que le jasmin ou une «signature odorante» (composée d'une seule note) ne peuvent pas être protégées, car il s'agit de signes indispensables ou fonctionnels. Ils sont considérés comme techniquement nécessaires (art. 2 *litt.* b *in fine* LPM pour les marques de forme).

872. Par ailleurs, les notes simples sont exclues de l'enregistrement en tant que marques olfactives primaires imposées. En raison de la systématique avec le droit d'auteur, la marque olfactive primaire imposée devrait en principe aussi être refusée au parfum, lorsqu'il constitue son propre signe distinctif. Si l'IFPI confirme sa pratique instaurée avec l'enregistrement de la forme de la montre *Rolex Oyster* à titre de marque imposée, le parfum pourrait néanmoins bénéficier du même régime en tant que marque olfactive primaire.

873. Les signes olfactifs secondaires et tertiaires, ainsi que la «signature odorante», peuvent constituer des marques imposées à condition de ne

pas être fonctionnels (techniquement nécessaires). Cette dernière exigence est cependant contraire au texte de l'article 2 *litt. a* LPM, dont la modification suivante, dans les motifs absolus d'exclusion des signes, nous paraît souhaitable :

« les signes qui appartiennent au domaine public, sauf s'ils [*ne sont pas techniquement nécessaires*] et qu'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés ; »

874. Dans l'examen des marques olfactives tertiaires au regard de l'article 2 *litt. a* LPM, il s'agit de ne pas être trop restrictif. Ainsi, *l'arôme de framboises* peut être distinctif, arbitraire, pour du carburant. On doit en revanche se montrer plus prudent pour les marques olfactives secondaires, car l'usage de parfums pour des savons et produits de nettoyage est un usage généralisé. Les odeurs simples sont fonctionnelles et, en conséquence, ne peuvent pas devenir des marques secondaires imposées.

875. La marque olfactive n'est cependant pas protégée par le droit suisse en raison du problème de représentation qui se pose lors de l'enregistrement. Grâce à la modification de l'article 10 al. 1 *in fine* OPM, les représentations ne sont cependant plus nécessairement graphiques. En tant que telle, la représentation graphique n'a du reste pas posé de difficultés en droit communautaire.

876. Par conséquent, l'enregistrement d'une marque olfactive est en principe possible, car la liste des marques, prévue à l'article 1 al. 2 LPM, n'est pas exhaustive. Nous recommanderions néanmoins de la modifier en ajoutant expressément la marque olfactive comme suit :

« Les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, [*ainsi que les formes olfactives*] peuvent en particulier constituer des marques. »

877. Les difficultés engendrées par la représentation de la forme olfactive restent toutefois similaires à celles que nous avons constatées en droit d'auteur. Pour le droit des marques, elles se posent non seulement en cas d'atteinte à la marque, mais déjà au stade de l'enregistrement. Il s'ensuit qu'il est indispensable de se déterminer sur la représentation exigée pour l'enregistrement d'un signe olfactif. Modifier à nouveau l'article 10 al. 1 *in fine* OPM ne nous semble cependant guère opportun.

878. Sans écarter expressément la marque olfactive, la CJCE a rendu sa représentation quasi impossible dans l'arrêt « *Sieckmann* ». La seule représentation encore possible, selon une interprétation de la Chambre de recours OHMI, est une description verbale pour une fragrance simple telle que *l'arôme de framboises*. Nous avons cependant constaté, de façon générale, que plus la fragrance est simple, facile à représenter, plus elle comporte de risques de ne pas être distinctive. Si le parfum est plus élaboré, selon le type de marque

olfactive en cause, il sera alors plus facilement distinctif, mais aussi plus difficile à représenter.

879. Si l'on se montre trop sévère lors de son enregistrement, la marque olfactive risque d'être condamnée, lors même qu'elle est admise aux Etats-Unis par exemple. A notre avis, on doit admettre le langage verbal, si possible reconnaissable par tous, complété par une description dans la langue du compositeur de parfums. Une analyse chromatographique peut constituer un complément utile non seulement lors de l'enregistrement, mais également pour constater si des signes olfactifs sont identiques dans une procédure d'opposition ou en cas de contrefaçon. Dans l'hypothèse d'une atteinte à la marque olfactive, contrairement au droit d'auteur, le risque de confusion est déterminant. Un test de consommateurs peut servir de moyen de preuve pour permettre au juge d'apprécier cette question juridique en toute liberté.

La concurrence déloyale

880. Lorsque les créations de la parfumerie ne sont protégées par aucun droit de la propriété intellectuelle, il reste la protection conférée par la concurrence déloyale. Tant que le *know-how* reste secret, il peut être protégé pour une durée illimitée. La protection par la LCD n'est toutefois pas très étendue, notamment par rapport aux tiers de bonne foi et en l'absence de preuves de la reprise d'une recette ou d'une formule chimique. Cela peut s'expliquer par le principe du *numerus clausus* des biens immatériels qui interdit la protection, par la LCD, de créations qui n'ont pas fait l'objet du dépôt ou qui ne sont pas protégeables par les lois de la propriété intellectuelle.

881. La copie servile du parfum n'est réprimée qu'en cas de risque de confusion de la forme olfactive. En l'absence de marque olfactive, la protection conférée au signe olfactif contre le risque de confusion au sens de l'article 3 *litt. d* LCD est importante. Cette protection est toutefois limitée du fait que le signe olfactif tertiaire, le signe olfactif secondaire ou une « signature odorante » (composée de plusieurs notes) doivent effectivement avoir acquis un caractère distinctif (« *Verkehrsgeltung* »). Ce constat est cependant difficile à établir pour des consommateurs peu habitués à l'usage de ce genre de signes distinctifs. Le risque de confusion au sens de la LCD est en revanche inapplicable pour les signes olfactifs techniquement nécessaires, comme les notes simples, ou « esthétiquement nécessaires », tels que le parfum en tant que signe olfactif primaire.

882. Lorsque la copie du parfum n'entraîne pas de risque de confusion, le parasitisme au sens de l'article 2 LCD n'est utile que si un raffinement particulier peut être constaté ou si une gamme complète de parfums est copiée de manière systématique, selon un plan global. Quant à la reprise du jus du

parfum par des équipements techniques, tels que la chromatographie, à défaut d'être immédiate, elle ne tombe pas sous le coup de l'article 5 *litt. c* LCD.

883. Les différentes protections dont peuvent bénéficier les créations du domaine de la parfumerie se complètent plutôt bien. La reconnaissance du signe olfactif n'est pas encore entrée dans les habitudes du consommateur, mais selon les termes de ROUDNITSKA, «[...] la seule vraie grandeur de l'homme serait d'être éduicable, c'est-à-dire perfectible¹⁵⁵⁸». La principale difficulté reste néanmoins la représentation du parfum qui dicte l'étendue de sa protection, notamment en droit d'auteur et en matière de marque olfactive.

884. La représentation ne sera probablement jamais parfaite, ce qui pour le juriste est susceptible de constituer une source intarissable de contestations et de débats. L'imperfection ne doit cependant pas servir de prétexte pour remettre en cause le principe de la protection, même si son étendue peut encore évoluer au gré de nouvelles technologies. Il nous semble dès lors essentiel d'utiliser les éléments dont nous disposons, en l'état actuel de la technique, pour protéger ce «Charme profond, magique [...]»¹⁵⁵⁹ qu'est le parfum.

¹⁵⁵⁸ ROUDNITSKA, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁵⁹ BAUDELAIRE, Charles, *Les Fleurs du Mal, Spleen et idéal* XXXVIII, «Un Fantôme, II. Le Parfum», Paris 1972, p. 68.

Bibliographie

ALTENPOHL, Martina

- *Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen*, thèse Zurich, Berne 1987.

ARNET, Ruth

- *Die Formmarke*, thèse Zurich 1993, cité: ARNET, *Formmarke*.
- «Markenschutz für Formen», *sic!* 2004/11, p. 829 et ss, cité: ARNET, *Markenschutz*.

ASTIC, Valérie / LARRIEU, Jacques

- «Des rugissements aux odeurs: l'évolution des marques commerciales», *Dalloz Affaires* 1998/41, p. 389 et ss.

BALANA, Sergio

- «L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur... fumus boni juris?», *Propriétés intellectuelles* 2005/16, p. 254 et ss.

BARBET, Virginie / BRESÉ, Pierre / GUICHARD, Nathalie / LECOQUIERRE, Caroline / LEHU, Jean.Marc / VAN HEEMS, Régine

- *Le marketing olfactif*, Paris 1999.

BARILLE, Elisabeth / LAROZE, Catherine

- *Le livre du parfum*, Paris 1995.

BARRELET, Denis / EGLOFF, Willi

- *Le nouveau droit d'auteur*, 2^e éd., Berne 2000.

DE BARRY, Nicolas / TOURONNET, Maïté / VINDRY, Georges

- *L'ABCdaire du Parfum*, Paris 1998.

BASSARD, André

- «La composition d'une formule de parfum est-elle une <œuvre de l'esprit> au sens de la loi du 11 mars 1957?» *RIPIA* 1979/118, p. 461 et ss.

BAUD, Jean-Pierre

- «L'article 5 lit. c LCD et la copie servile de la forme d'un produit», *RSJ* 84, p. 280 et ss.

BAUDENBACHER, Carl

- *Lauterkeitsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2001.

BAUDENBACHER, Carl / GLÖCKNER, Jochen

- *in: BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2001.

BAUDENBACHER, Carl / CASPERS, Wolfgang

- *in: BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2001.

BAUDELAIRE, Charles

- *Les Fleurs du Mal, Spleen et idéal* XXXVIII, «Un Fantôme, II. Le Parfum», Paris 1972, p. 68.

BAUMANN, Max

- «Die Nase der Justitia», *RSJ* 89, p. 409 et ss.

BAUMGARTNER, Jacques

- *Le risque de confusion en matière de marques*, thèse Lausanne 1970.

BELHUMEUR, Jeanne

- *Droit international de la mode*, thèse Genève, Canova 2000.

BEIER, Friedrich-Karl

- «La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux», *J.D.I.* 1971, p. 5 et ss, cité: BEIER, *La territorialité*.

BERGMANS, Bernhard

- *La protection des innovations biologiques*, Bruxelles 1991.

BERTRAND, André R.

- *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris 1999.

BERTSCHINGER, Christoph

- «Patentfähige Erfindung», in: *Schweizerisches und europäisches Patentrecht*, BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 87 et ss.

BLONDEEL, Paul

- «Les motifs absolus de refus: marques de couleur», *OHMI Session de travail 1.3*, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/FR/office/ejs/pdf/Blondeel%20FR.pdf>].

BLUM, Rudolf E. / PEDRAZZINI, Mario M.

- *Das Schweizerische Patentrecht*, volume I à III, Berne 1975.

BLUMER, Fritz

- *Formulierung und Änderung der Patentansprüche im europäischen Patentrecht*, Cologne / Berlin / Bonn / Munich 1998, cité: BLUMER, *Formulierung*.
- «Schutzbereich des Patents», in: BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 647 et ss, cité: BLUMER, *Schutzbereich*.

BRANDT, Dominique

- *La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques et similaires*, thèse Lausanne, Genève 1985.

BREESÉ, Pierre

- «L'apport de la métrologie et de l'analyse sensorielles pour défendre les droits du créateur», *Dalloz Affaires* 1998/111, p. 558 et ss, cité: BREESÉ, *Apport de la métrologie*.
- «La difficile mais irréversible émergence des marques olfactives», disponible sur le site Internet du cabinet Breesé, Derambure & Majerowicz (dernière visite 28.10.2005) [www.bredema.fr], cité: BREESÉ, *Emergence des marques olfactives*.
- «Une fragrance constitue-t-elle une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur?», disponible sur le site Internet (dernière visite 3.04.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/parfum_droit_dauteur.pdf], cité: BREESÉ, *Fragrance*.
- «Propriété intellectuelle des créations sensorielles: l'apport de la science pour défendre les droits du créateur», disponible sur le site Internet (dernière visite 3.04.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/PierreBREESÉ_1995.pdf], cité: BREESÉ, *Créations sensorielles*.
- «La contrefaçon de parfum», disponible sur le site Internet (dernière visite 29.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/ParfumBREESÉ.pdf], cité: BREESÉ, *Contrefaçon*.
- «La Cour de cassation assimile le créateur de DUNE à un plombier plutôt qu'à un auteur», disponible sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [http://breese.blogs.com/pi/2006/06/ la_cour_de_cass.html], cité BREESÉ, *Dune*.
- «Nouvelle décision confirmant la protection des parfums par le droit d'auteur: l'arrêt KECOFA LANCOME de la Cour Suprême des Pays-Bas», disponible sur Internet (dernière visite 26.07.2006) [http://breese.blogs.com/pi/crations_olfactives/index.html], cité BREESÉ, *Kecofa*.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel

- «Les fragrances < au pays des merveilles > et toujours les difficultés d'appréhension de l'odeur par la propriété intellectuelle», *JCP* 2004 II 10 144, p. 1698 et ss.

BRUNNER, Eugène

- «Der Schutzbereich europäisch erteilter Patente aus schweizerischer Sicht – eine Spätlese», *sic!* 1998/4, p. 348 et ss.

VON BÜREN, Roland

- «Urheberrecht und verwandte Schutzrechte», *RDS* 1993/I, p. 193 et ss, cité: VON BÜREN, *Urheberrecht*.
- *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, VON BÜREN / MARBACH, Berne 2002, cité: VON BÜREN, *Immaterialgüterrecht*.

VON BÜREN, Roland / MEER, Michael A.

- «Der Werkbegriff», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, p. 52 et ss.

BURNIER, Dominique

- *La notion de l'invention en droit européen des brevets*, thèse Lausanne, Nyon 1981.

BURTON, Helen

- «The UK Trade Marks Act 1994: an invitation to an olfactory occasion?», *EIPR* 1995/8, p. 378 et ss.

CALVO, Jean

- Note sous l'arrêt «Mugler», *Petites Affiches* 2000/45, p. 14 et ss.

CALVO, Jean / MORELLE, Guy

- Note sous l'arrêt «De Laire», *Gaz. Pal.*1976/1, p. 45 et ss.

CARON, Christophe

- Note sous l'arrêt «L'Oréal II», *Com. Com. elec.* 2006/3, p. 26 et s.

CELLI, Alessandro L.

- in: STAUB / CELLI, *Designrecht, ad art. 1*, Zurich 2003.

CERBONESCHI, Isabelle

- «Le parfum est une œuvre intellectuelle, la preuve par le patchouli», *Journal LE TEMPS*, 19 octobre 2000, p. 39.

CHAI, Moon-Ki

- «Protection of fragrances under the post-sale confusion doctrine», *TMR* 1990/4, p. 368 et ss.

CHAUDRI, Abida

- «Graphically speaking – Registering smell, colour and sound marks in the UK and Europe», *Trademark World* 2003/May, p. 26 et ss.

CHAUVY, Laurence,

- «Le fœtus à corps de mouette de Xiao Yu réinstallé à Berne», *Journal LE TEMPS*, 2 septembre 2005, p. 30.

CHERPILLOD, Ivan

- *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC N° 1, thèse Lausanne 1985, cité: CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*.
- «Les droits et obligations des parties au contrat de know-how après l'expiration du contrat en droit suisse», in: *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif. La responsabilité pré- et post- contractuelle. Droit international public et privé*, Zurich 1986, p. 175 et ss, cité: CHERPILLOD, *Contrat de know-how*.

- «Originalité et banalité, à propos de la protection des programmes d'ordinateur», in: *Mélanges Joseph VOYAME*, Lausanne 1989, p. 39 et ss, cité: CHERPILLOD, *Originalité et banalité*.
- «La notion de marque», in: MARCHETTO, *La nouvelle loi fédérale sur la protection des marques*, CEDIDAC N° 27, Lausanne 1994, p. 19 et ss, cité: CHERPILLOD, *La notion de marque*.
- Note sous l'arrêt «Siena II», *sic!* 1999/3, p. 302 et s, cité: CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Siena II»*.
- Note sous l'arrêt «Central Perk», *sic!* 2001/4, p. 319 et s, cité: CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Central Perk»*.
- Note sous l'arrêt «Lego II (3D)», *sic!* 2003/4, p. 335 et s, cité: CHERPILLOD, *Note sous l'arrêt «Lego II (3D)»*.
- «Schranken des Urheberrechts», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, p. 260 et ss, cité: CHERPILLOD, *Schranken*.
- «Geltungsbereich», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, p. 260 et ss, cité: CHERPILLOD, *Geltungsbereich*.
- «Urheberrecht – Das Werk», in: MÜLLER / OERTLI, *Urheberrechtsgesetz (URG)*, Berne 2006, p. 22 et ss, cité: CHERPILLOD, *Das Werk*.

CHERPILLOD, Ivan / BERGER, Mathis

- *Note sous l'arrêt «Mummenschanz», sic!* 2003/2, p. 125.

COEN, Lorette

- «Le fœtus, la mouette et le censeur», *Journal LE TEMPS*, 10 août 2005, p. 24.

COMITÉ FRANÇAIS DU PARFUM (33, Champs-Élysées – 75008 Paris)

- *Parfum l'expo*.
- *Classification des parfums et terminologie (SFP)*.
- *Osmothèque, La mémoire vivante des parfums (SFP, ISIPCA)*.

COMTE, Jean-Louis

- «L'homme du métier en droit des brevets», *sic!* 2000/7, p. 661 et ss, cité: COMTE, *L'homme du métier*.
- «Schweizerisches Patenterteilungsverfahren», in: BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 221 et ss, cité: COMTE, *Patenterteilungsverfahren*.

CORBIN, Marie-Hélène

- «En donnant raison à Thierry Mugler contre Molinard la justice reconnaît le statut de création aux parfums», *Journal du Textile*, 23 octobre 2000.

COTTIER, Thomas

- «Das Problem der Parallelimporte im Freihandelsabkommen Schweiz-EG und im Recht der WTO-GATT», *RSPI* 1995/1, p. 37 et ss.

CROCHET, Jean-Louis

- «La protection des compositions de parfumerie par le droit d'auteur», *Parfums, cosmétique, arômes* 1978/23, p. 51 et ss, cité: CROCHET, *La protection des compositions*.
- «Parfumerie et droit d'auteur», *RIPIA* 1979/118, p. 458 et ss, cité: CROCHET, *Parfumerie et droit d'auteur*.

DAVID, Lucas

- «Die Werbefigur in der Praxis», *RSPI* 1982, p. 33 et ss, cité: DAVID, *Die Werbefigur*.
- *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, Berne 1997, cité: DAVID, *Wettbewerbsrecht*.
- *Basler Kommentar, Markenschutzgesetz Muster- und Modellgesetz*, 2^e éd., Bâle 1999, cité: DAVID, *Basler Kommentar*.

DESBOIS, Henri

- *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris 1978.

DESJEUX, Xavier

- «Le droit d'auteur dans la vie industrielle», *RIDA* 1975/85, p. 125 et ss.

DESSEMONTET, François

- «La nouvelle loi contre la concurrence déloyale», *JdT* 1993 I 368 et ss, cité: DESSEMONTET, *Jurisprudence LCD*.
- «L'objet du droit d'auteur et les droits d'auteurs» in: MARCHETTO, *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, CEDIDAC N° 26, Lausanne 1994, p. 20 et ss, cité: DESSEMONTET, *L'objet du droit d'auteur*.
- *Le droit d'auteur*, CEDIDAC N° 39, Lausanne 1999, cité: DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*.
- *La propriété intellectuelle*, CEDIDAC N° 42, Lausanne 2000, cité: DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle*.
- «Inhalt des Urheberrechts», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR II/1*, Bâle / Genève / Munich 2006, p. 176 et ss, cité: DESSEMONTET, *Inhalt*.

DUBARRY, Marie

- «La protection juridique d'une fragrance», Mémoire de D.E.A. de droit des Affaires 1998-1999, Intellex 2000, disponible sur Internet (dernière visite 28.10.2005) [www.en-droit.com/intellex/ouvrages/protection_juridique_fragrance.pdf].

DUCOR, Philippe

- «Protection des bases de données et concurrence déloyale», in: RAGUENEAU, *Internet 2003*, CEDIDAC N° 57, Lausanne 2004, p. 153 et ss.

DUTOIT, Bernard

- «Réflexions comparatives sur la concurrence parasitaire en droit de la concurrence déloyale», *JdT* 1982 I 258 et ss.

ELIAS, Bettina

- «Do scents signify source? – an argument against trademark protection for fragrances», *TMR* 1992/4, p. 475 et ss.

ENGEN, Trygg

- «Remembering Odors and Their Names», *American Scientist* 1987/September-October, p. 497 et ss.

ESCHMANN, Saskia

- *Rechtsschutz von Modedesign*, thèse Zurich, Berne 2005.

FEZER, Karl-Heinz

- «Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken – Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter», *WRP* 1999/6, p. 575 et ss, cité: FEZER, *Olfaktorische Marken*.
- «Was macht ein Zeichen zur Marke? – Die Latente Herkunftsfunktion als rechtliche Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit einer Marke (§8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG, Art. 3 Abs. 1 lit b bis d MarkenRL, Art. 7 Abs. 1 lit b bis d GMV)», *WRP* 2000/1, p. 1 et ss, cité: FEZER, *Zeichen*.

FIECHTER, Markus

- *Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG*, thèse St.-Gall, Berne / Stuttgart / Vienne 1992.

FIELD, Thomas G.

- «Copyright Protection for Perfumes», 45 *IDEA* 19 (2004), disponible sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [www.piercelaw.edu/tfield/perfume.pdf], p. 1 et ss.

FRANCON, A.

- «L'épuisement du droit de marque», *JCP* 1990 II 3428, p. 1 et ss.

FRANZOSI, Mario

- *L'invenzione*, Milan 1965.

GAIDE, Anne-Virginie

- *La protection des personnages fictifs par le droit d'auteur*, thèse Lausanne, Berne 1998.

GALLI, Giancarlo

- *Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstössen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten*, thèse Bâle, Bâle / Francfort 1991.

GALLOUX, Jean-Christophe

- Note sous l'arrêt «L'Oréal I», *Dalloz Affaires* 2004/36, p. 2642 et ss.

GASSER, Christoph

- Note sous l'arrêt «Die Post», *sic!* 2002/4, p. 247 et s.

GILLIÉRON, Philippe

- *Les divers régimes des signes distinctifs et leurs rapports avec le droit des marques*, thèse Lausanne, Berne 2000.

GLEMAS, Emmanuelle

- «La protection du parfum par le droit d’auteur», *RDPI* 1997/82, p. 35 et ss.

GOLAZ, Eric

- *L’imitation servile des produits et de leur prestation*, thèse Lausanne, Genève 1992.

GRUBB, Philip W.

- *Patents in chemistry and biotechnology*, Oxford 1986.

GUBLER, Andreas

- *Der Ausstattungsschutz nach UWG*, thèse, Berne 1991.

GUT, Balz A.

- *Rechtsgeschäftliche Verfügung über Urheberrechte an Markenbasiskonzepten*, thèse Zurich, Berne 2001.

GUYET, Jaques

- «Concurrence déloyale par l’emploi de tableaux de référence à des marques de parfums – Note de jurisprudence», *RSPI* 1985/1, p. 33, cité: GUYET, *Tableaux de référence*.
- «Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG)», in VON BÜREN / DAVID: *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle 1998, p. 197 et ss, cité: GUYET, *Spezialklauseln*.

HAMMERSLEY, Faye M.

- «The Smell of Success: Trade Dress Protection For Scent Marks», *Marquette Intellectual Property Law Review* 1998/2, p. 105 et ss.

HAWES, James E.

- «Fragrances as trademarks», *TMR* 1989/2, p. 134 et ss.

HEINRICH, Peter

- *Schweizerisches Patentgesetz Europäisches Patentübereinkommen*, Zurich 1998.

HEINRICH, Peter / RUF, Angelika

- «Markenschutz für Produktformen? » *sic!* 2003/5, p. 395 et ss, cité HEINRICH / RUF: *Produktformen*.
- «Die Formmarke nach <Lego III>, <Swatch-Uhrenarmband> und nach <Katalysatorträger>», *sic!* 2005/4, p. 253 et ss, cité: HEINRICH / RUF, *Formmarke*.

HEINZELMANN, Wilfried

- *Der Schutz der berühmten Marke*, thèse Zurich, Berne 1993.

HILTI, Christian

- *Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz statt Nachbarrechte?* thèse Zurich, Berne 1987.

HILTY, Reto M.

- *Note sous l'arrêt «Hobby-Kalender», sic!* 2003/1, p. 29 et ss.

HIRSCH, Fritjoff

- *Chemie-Erfindungen und ihr Schutz*, GRUR-Abhandlungen, Weinheim 1987.

HUBMANN, Heinrich / REHBINDER, Manfred

- *Urheber- und Verlagsrecht*, 8^e éd., Munich 1995.

HUG, Gitti

- «Bob Marley vs Christophe Meili: ein Schnappschuss», *sic!* 2005/1, p. 57 et ss.

INEICHEN, Markus

- *Das urheberrechtlich geschützte Werk als Zeichen für Waren und Dienstleistungen*, thèse Zurich, Berne 2002, cité: INEICHEN, *Das urheberrechtlich geschützte Werk*.
- «Die Formmarke im Lichte der absoluten Ausschlussgründe nach dem schweizerischen Markenschutzgesetz», *GRUR Int.* 2003/3, p. 192 et ss, cité: INEICHEN, *Die Formmarke*.

IVANOV, Daniel

- *Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, thèse, Berne 2003.

JEANRENAUD, Yves

- *La nouvelle loi sur la protection des marques*, *SJ* 1994, p. 701 et ss.

JECKLIN, Barbara

- *Leistungsschutz im UWG?* thèse, Berne 2003.

JELLINEK, Stephan J.

- *L'âme du parfum*, Paris 1992.

JENNY, Andreas

- *Die Nachahmungsfreiheit*, thèse, Zurich 1997.

JOLLER, Gallus

- *Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht*, thèse Saint-Gall, Berne 2000, cité: JOLLER, *Verwechslungsgefahr*.

JOOS, Ulrich

- *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, Munich 1991.

KARLEN, Peter H

- «Fragrance registration in the US», *Trademark World* 1991/February, p. 18 et ss.

KEHRLI, Thomy

- *Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst*, thèse Zurich 1989.

KOHLER, Josef

- *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Manheim 1892, cité: KOHLER, *Das literarische und artistische Kunstwerk*.
- *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim 1900, cité: KOHLER, *Handbuch*.
- *Kunstwerkrecht*, Stuttgart 1908, cité: KOHLER, *Kunstwerkrecht*.

KUMMER, Max

- *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Berne 1968.

LALIGANT, Olivier

- «Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher», *RRJ* 1992/1 p. 97 et ss, cité: LALIGANT, *Des œuvres aux marches du droit d'auteur*.
- «Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur», *RRJ* 1992/1 p. 587 et ss, cité: LALIGANT, *Problématique de la protection du parfum*.
- *La véritable condition d'application du droit d'auteur: originalité ou création?*, Aix-Marseille 1999, cité: LALIGANT, *Originalité ou création*.

LASZLO, Pierre / RIVIÈRE, Sylvie

- *Les sciences du parfum*, Que Sais-Je N° 3322, Paris 1997.

LEGER, Marie-Christine

- *La protection du parfum*, Mémoire D.E.S.S. (C.E.I.P.I.), Strasbourg 1990 (disponible à la bibliothèque de l'OMPI).

LEVENTER, Martine

- «Parfum: la guerre des essences», *Le Point* du 23 juin 1980/405, p. 124.

LOEWENHEIM, Ulrich

- *in*: SCHRICKER, *Urheberrecht*, Munich 1999.

LUCAS, André / LUCAS, Henri-Jacques

- *Traité de la Propriété littéraire & artistique*, Paris 1994.

LUCHSINGER, Martin

- «Dreidimensionale Marken, Frommarken und Gemeingut», *sic!* 1999/2, p. 195 et ss, cité: LUCHSINGER, *Dreidimensionale Marken*.

-
- «Verwechslungsgefahr – abstrakt oder konkret?» *sic!* 2003/1, p. 76 et ss, cité: LUCHSINGER, *Verwechslungsgefahr*.
- LUTZ, Martin J.
- *Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 1964.
- LYONS, Debrett
- «Sounds, Smells and Signs», *EIPR* 1994/12, p. 540 et ss.
- MACCIACCHINI, Sandro
- «Die urheberrechtlich schützbare Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum», *sic!* 2004/4, p. 351 et ss.
- MARBACH, Eugen
- «Markenrecht», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR III*, Bâle / Francfort 1996, p. 1 et ss, cité: MARBACH, *Markenrecht*.
 - *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, VON BÜREN / MARBACH, Berne 2002, cité: MARBACH, *Immaterialgüterrecht*.
- MARTIN-ACHARD, Edmond
- *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Lausanne 1988.
- MAUREL-INDART, Hélène
- *Du Plagiat*, Paris 1999.
- MEILI, Tobias
- *Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht – Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens?* thèse Zurich, Berne 2000.
- MENZL, Anna
- «Chemische Erfindung», in: REHBINDER / LARESE, *Kernprobleme des Patentrechts*, Berne 1988, p. 147 et ss.
- MESSERLI, Beat
- «Unlauterer Wettbewerb durch systematische Annäherung an fremde Ausstattungen», *RSPI* 1988/1, p. 29 et ss.
- MIJATOVIC, Ivan
- *Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteszeugnissen*, thèse Zurich, Berne 2006.
- MÜLLER, Jürg
- «Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG)», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle / Francfort 1998, p. 1 et ss.

MÜNCH, Otto / LIEBETANZ, Michael

- « Patentanmeldung », in : BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 191 et ss.

NORDMANN-ZIMMERMANN, Ursula

- « Importations parallèles et droit des marques », in : *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle, Actes du colloque de Lausanne*, Genève 1996, p. 11 et ss.

PAHUD, Eric

- « Zur Kritik der Umwegtheorie », *sic!* 2004/10, p. 804 et ss.

PAMOUDJIAN, Jean-Pierre

- *Le droit du parfum*, thèse Paris 1982.

PIOLA-CASELLI, Eduardo

- *Tratto del dritto d'autore e del contratto di edizione*, Naples / Turin / Milan 1927.

PECLET, Jean-Claude

- « En étudiant la généalogie des parfums, nous créons des signatures olfactives uniques », *Journal LE TEMPS*, 29 octobre 2005, p. 30.

PEDRAZZINI, Mario M.

- *Patent- und Lizenzvertragsrecht*, 2^e éd., Berne 1987.

PEDRAZZINI, Mario M. / PEDRAZZINI, Federico A.

- *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Berne 2002.

PERRET, François

- *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, thèse Genève 1974, cité : PERRET, *L'autonomie du régime*.
- « La protection des prestations en droit privé suisse », *RDS* 96 II (1977), p. 199 et ss, cité : PERRET, *La protection*.
- « La délimitation du champ d'application du régime des dessins et modèles industriels envers celui du droit d'auteur », *RSPI* 1983 I, p. 21 et ss, cité : PERRET, *La délimitation*.
- « La protection des prestations », in : CARUZZO / OBERSON, *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, CEDIDAC N° 11, Lausanne 1988, p. 35 et ss, cité : PERRET, *La protection des prestations*.
- « La brevetabilité des inventions biotechnologiques : le cas du virus HIV-2 », *RSPI* 1991, p. 359 et ss, cité : PERRET, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques*.
- « La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 », *SJ* 1995, p. 17 et ss, cité : PERRET, *Nouvelle LDA*.

- « Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle », *RSDIE* 1997/3, p. 267 et ss, cité : PERRET, *Quelques observations sur l'épuisement*.
- « Territorialité des droits de propriété industrielle et compétence < extraterritoriale > du juge de la contrefaçon – Etat de la question en droit des brevets d'invention », in : *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUURET*, Lausanne 1999, p. 125 et ss, cité : PERRET, *Territorialité*.
- « La protection des inventions relevant du domaine biotechnologique au regard du projet de modification de la loi fédérale sur les brevets d'invention », *SJ* 2002 II, p. 229 et ss, cité : PERRET, *Modification LBI*.

PERRET, François / AEGERTER, Cédric

- « Brevets d'invention I », *FJS* 519/1995, cité : PERRET / AEGERTER, *FJS* 519.
- « Brevets d'invention II », *FJS* 520/1995, cité : PERRET / AEGERTER, *FJS* 520.
- « Brevets d'invention III », *FJS* 521/1995, cité : PERRET / AEGERTER, *FJS* 521.
- « Brevets d'invention IV », *FJS* 522/1995, cité : PERRET / AEGERTER, *FJS* 522.

PETRANKER, Léon

- *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*, thèse Paris 1976.

VON PLANTA, Alessandra

- *Ghostwriter*, thèse Zurich, Berne 1998.

PROTHERY, Louise

- « Faux à plein nez », *L'Express* du 15 novembre 2004.

PROUST, Marcel

- *Du côté de chez Swann*, Paris 1987.

RAUBER, Georg

- *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, Zurich 1988.

REBATTET, Agnès

- « Parfums : ça sent la poudre », *L'Express* du 5 mai 1979, p. 38 et ss.

REINHART, Beat

- *Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im Schweizerischen Urheberrecht*, thèse Zurich, Berne 1985.

REHBINDER, Manfred

- *Schweizerisches Urheberrecht*, 3^e éd., Berne 2000.

RITSCHER, Michael

- Note sous l'arrêt « *Lego III (3D)* », *sic!* 2003/11, p. 899 et ss.

ROHNER, Christian

- *Die notorisch bekannte Marke in der Schweiz*, thèse, Berne 2002.

ROUDNITSKA, Edmond

- *Le parfum*, Que Sais-Je N° 1888, Paris 1996.

RÜETSCHI, David / STAUBER, Demain

- «Eintragung und Schutz abstrakter Farbmarken», *sic!* 2006/1, p. 3 et ss.

RÜF, Isabelle

- «Ces artistes par qui le scandale arrive...», Journal *LE TEMPS*, 10 août 2005, p. 24.

RUF, Angelika

- Note sous l'arrêt «*Zigarettenverpackung (3D)*», *sic!* 2006/10, p. 668 et s, cité: RUF, Note sous l'arrêt «*Zigarettenverpackung (3D)*».

SACHENMANN, Beat / BERTSCHINGER, Christoph

- «Unwirksame Patente: Gründe für die Patentnichtigkeit», in: BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 707 et ss.

SALOMON, Anne

- «Pour la justice, un parfum n'est pas une œuvre», Journal *LE FIGARO*, 21 juin 2006, sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [www.lefigaro.fr].

SCHEUCHZER, Antoine

- *Nouveauté et activité inventive en en droit européen des brevets*, thèse Lausanne 1981, cité: SCHEUCHZER, *Nouveauté et activité inventive*.
- «L'invention brevetable en 2002, en particulier les logiciels, les méthodes commerciales et les inventions génétiques», Bulletin d'information CEDIDAC n° 34, février 2002, cité: SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002*.

SCHLAEPPI, Pierre-Alexandre

- *Notion de l'art appliqué et sa protection en droit d'auteur suisse (avec un aperçu de droit français, allemand, italien et de droit international)*, thèse Lausanne, Tolochenaz 1994.

SCHLOSSER, Ralph

- *Le contrat de savoir-faire*, thèse Lausanne 1996.

SCHNEIDER, Martin S.

- «Schutzumfang der Marke – Zum Einfluss von Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad auf berühmte, bekannte, starke und schwachen Marken», *RSPI* 1996/2, p. 397 et ss.

SCHRICKER, Gerhard

- «Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen», *GRUR* 1996, p. 815 et ss.

SCHULZE, Charlotte

- «Registering Colour Trade Marks in the European Union», *EIPR* 2003/2, p. 55 et ss.

SCHUSTER, Silke

- *Die Ausnahmen vom Markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz*, thèse Mannheim, Francfort 1998.

SIMON, Jürg

- «Formmarke und Design – Von einem relativ trojanischen Pferd – Zehn Thesen», in: BAUDENBACHER / SIMON, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht*, Bâle / Genève / Munich 2000.

SIMONNET, Dominique

- «Un parfum c'est toujours une histoire d'amour», *L'Express* du 31 octobre 2002, sur Internet (dernière visite 28.10.2005) [www.lexpress.fr].

SIRINELLI, Pierre

- «(Non) protection d'un parfum – Le juge est au parfum... mais toute fragrance ne mérite pas protection», *Propriétés intellectuelles* 2004/13, p. 907 et ss, cité: SIRINELLI, *Protection*.
- «Parfum – Un parfum enfin en odeur de sainteté», *Propriétés intellectuelles* 2005/14, p. 47 et ss, cité: SIRINELLI, *Parfum*.

DE SÈZE, Sabine

- «Un droit d'auteur pour le parfum», *Cosmétique hebdo* 2004/212, p. 1.

SPOENDLIN, Kaspar

- «Erfindung und Entdeckung», in: REHBINDER/LARESE, *Kernprobleme des Patentrechts*, Berne 1988, p. 35 et ss, cité: SPOENDLIN, *Erfindung*.
- «Schmarotzerkonkurrenz im Schweizerischen Recht» in: *La concurrence parasitaire en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne*, Genève 1981, p. 106 et ss, cité: SPOENDLIN, *Schmarotzerkonkurrenz*.

SOMMER, Brigitte I. / GORDON, Clara-Ann,

- «Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit?» *sic!* 2001/4, p. 287 et ss.

STIEGER, Werner

- «Die Rechte aus dem Patent und aus der Patentanmeldung», in: BERTSCHINGER / MÜNCH / GEISER, *Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis VI*, Bâle / Genève / Munich 2002, p. 361 et ss.

STRAUB, Wolfgang

- «Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts», *GRUR Int.* 2001/1, p. 1 et ss.

STREULI-YOUSSEF, Magda

- «Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG)», in: VON BÜREN / DAVID, *SIWR V/1*, 2^e éd., Bâle / Francfort 1998, p. 79 et ss, cité: STREULI-YOUSSEF, *Art. 3 UWG*.
- «Zur Schutzfähigkeit von Formmarken», *sic!* 2002/11, p. 794 et ss, cité: STREULI-YOUSSEF, *Formmarken*.

STRÖBELE, Paul

- «The Registration of New Trademark Forms», *IIC* 2001/2, p. 161 et ss.

STUTZ, Robert M.

- *Individualität, Originalität oder Eigenart? Schutzvoraussetzungen des Design*, thèse Berne 2002, cité: STUTZ, *Individualität*.
- «Das originelle Design: eigenartig genug, um individuell zu sein? » *sic!* 2004/1, p. 3 et ss, cité: STUTZ, *Das originelle Design*.

SUSKIND, Patrick

- *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, traduit de l'Allemand par LORTHOLARY, Bernard, Paris 1986.

SUTTER, Kurt

- «Der Bundesgerichtliche Begriff des „Erfinderischen“ », *sic!* 2004/6, p. 469 et ss.

THALMANN, André

- *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle – Etude comparée des droits européen, français, anglais, allemand et suisse*, thèse Lausanne, Genève 2001.

TROLLER, Alois

- *Immaterialgüterrecht*, volumes I et II, 3^e éd., Bâle / Francfort 1983 (vol. I) / 1985 (vol. II), cité: A. TROLLER.

TROLLER, Kamen

- *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, volumes I et II, 2^e éd., Bâle / Francfort 1996, cité: K. TROLLER, *Manuel du droit suisse*.
- *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2^e éd., Bâle 2006, cité: K. TROLLER, *Précis du droit suisse*.

TROLLER, Patrick

- *Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken*, thèse Berne, Bâle 1980, cité: P. TROLLER.

-
- ULMER, Eugen
– *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin / Heidelberg / New York 1980.
- UTERMANN,
– Note sous l'arrêt «*Antanamid*», *GRUR* 1978/4, p. 240.
- VINCK, Kai
– *In: Urheberrecht*, FROMM / NORDEMANN, Stuttgart / Berlin / Köln 1994.
- VÖLKER, Stefan
– «Registering new forms under the Community Trademark», *Trademark World* 2002/November, p. 24 et ss.
- VÖLKER, Stefan / SCHUSTER, Silke
– «Community Trade Marks and absolute Grounds for refusal – Part 2», *Trademark World* 2000/March, p. 22 et ss.
- WANG, Markus
– *Die schutzfähige Formgebung*, thèse Saint-Gall, Berne / Stuttgart / Wien 1998.
- WATIN-AGOUARD, Jean
– «Guerlain... ‹Le musicien des odeurs›», *Prodimarques* 2006/53, p. 33 et ss.
- WENIGER, Olivier
– *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, thèse, Genève 1994.
- DE WERRA, Jacques
– Note sous l'arrêt «*Maggi/www.Maggi.com*», *sic!* 2005/5, p. 393 et ss.
- WILD, Gregor
– «Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff – zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von MAX KUMMERS „Das urheberrechtlich schützbares Werk“», *sic!* 2004/1, p. 61 et ss.
- WILLI, Christophe
– *Schutz fiktiver Figuren*, thèse Zurich, Berne 1996, cité: WILLI, *Schutz fiktiver Figuren*.
– *Markenschutzgesetz*, Zurich 2002, cité: WILLI, *Markenschutzgesetz*.
- ZENDEL, Daniel / PRAHL, Dennis S
– «Making Sense of Trademarks», *Trademark World* 1996/August, p. 21 et ss.
- ZSCHOKKE, Andres
– *Der Werkbegriff im Urheberrecht*, thèse Berne, Zurich 1966.

Tableau des jurisprudences

Jurisprudence suisse

« B. AG c/ C. AG »		SJ	2006 I 233	
« Sach-Spider »	ATF	131 III 384	2005 I 428	sic ! 2005/7/8, p. 593
« Smarties (3D) / M&M's (3D) »	ATF	131 III 121		sic ! 2005/5, p. 369
« Wachmann Meili II »	ATF	130 III 714		sic ! 2005/1, p. 14
« Uhrenarmband (3D) »	ATF	130 III 328		sic ! 2004/7/8/, p. 569
« Lego IV (3D) »	n. p. 4C.86/ 2004	[www.bger.ch] (dernière visite 4.11.2005)	INGRES NEWS 9/04, p. 1	
« Katalysatorträger »	n. p. 4C.57/ 2004	[www.bger.ch] (dernière visite 7.02.2006)		
« CAP »	n. p. 4C.139/ 2003	[www.bger.ch] (dernière visite 4.11.2005)		sic ! 2004/5, p. 430
« Bob Marley »	ATF	130 III 168	Bulletin CEDIDAC n° 38, p. 6 et ss	sic ! 2004/5, p. 395
« Discovery Travel & Adventure Channel »	n. p. 4A.5/ 2003	[www.bger.ch] (dernière visite 4.11.2005)		sic ! 2004/5, p. 400
« Montessori »	ATF	130 III 113		sic ! 2004/4, p. 316
« Becherfarben II »	n. p. 4C.60/ 2003	[www.bger.ch] (dernière visite 4.11.2005)		sic ! 2003/11, p. 915
« Lego III (3D) »	ATF	129 III 514		sic ! 2003/11, p. 892
« Ferrari »	n. p. 4P.73/ 2002	[www.bger.ch] (dernière visite 4.11.2005)		sic ! 2002/10, p. 694

«Montiana.ch II»	ATF	128 III 353				
«Garage VW»	ATF	128 III 146	JdT	2002 I 459		
«SCW»	ATF	128 III 96	JdT	2002 I 491		
«Brico»	ATF	127 III 33	SJ	2001 I 179 2001 I 340	sic!	2001/2, p. 123
«Rivella / Apiella III»	ATF	126 III 315			sic!	2000/7, p. 618
«berneroberland.ch»	ATF	126 III 239				
«Decanthery»	ATF	125 III 328	SJ	2000 I 26	sic!	2000/1, p. 14
«Buatzeiser»	ATF	125 III 193	JdT	1999 I 436	sic!	1999/4, p. 432
«RISA»	ATF	125 III 29	JdT	1999 I 446		
«Zeller Plastik»	ATF	123 III 485	JdT	1998 I 343		
«TATTOO»	ATF	123 III 189	SdJ	1997, p. 602		
«Chanel»	ATF	122 III 469	SJ	1997, p. 129		
«Kamillosan»	ATF	122 III 382	JdT	1997 I 231		
«SMP Management»	ATF	122 III 369	JdT	1997 I 239		
«ASTA Medica»	ATF	121 III 125	JdT	1995 I 264		
«Hugo Boss»	ATF	121 III 377	JdT	1996 I 232		
«BAT»	ATF	120 II 312				
«The Original»	ATF	120 II 307	JdT	1995 I 271		
«Bâtiment EPFZ»	ATF	120 II 65	JdT	1994 I 372		
«Radion»	ATF	119 II 473	JdT	1994 I 358		
«Bernina»	ATF	117 IV 193				
«Ecole secondaire»	ATF	117 II 466	JdT	1992 I 387		
«Touring club»	ATF	117 II 199				
«Volco»	ATF	116 II 471	JdT	1991 I 594	GRUR Int.	1991/4 p. 314
«Nivea»	ATF	116 II 365	JdT	1991 I 613		
«Verein G.»	ATF	116 II 351	JdT	1991 I 616		

«Disques»	ATF	115 II 490	JdT	1990 I 594
«Eile mit Weile»	ATF	114 II 171	JdT	1988, p. 295
«Dior»	ATF	114 II 91	JdT	1988 I 310
«Maison A. c/ X.»	ATF	114 II 82	JdT	1988 I 291
«thèse de doctorat»	ATF	113 II 306	JdT	1988 I 304
«Le Corbusier»	ATF	113 II 190	JdT	1988 I 300
«Arlequins»	ATF	110 IV 102	JdT	1985 I 209
«X c/ Office fédéral de la police»	ATF	109 Ib 47	SJ	1993, p. 337
«Lego c/ Suchard»	ATF	108 II 327	JdT	1983 I 368
«Tosolini»	ATF	108 II 325		
«Rubik's Cube»	ATF	108 II 69	JdT	1982 I 528
«Birchler»	ATF	107 II 366	JdT	1982 I 511
«Van Cleef»	ATF	105 II 297		
«Omo»	ATF	105 II 49	JdT	1979 I 261
«Bata»	ATF	104 II 322	JdT	1979 I 259
«R. SA c/ L. et cst»	ATF	103 IV 283		
«Fischer»	ATF	102 II 370		
«Canguilhem»	ATF	98 Ib 396		
«Cilag-Chemie»	ATF	98 Ia 666		
«Montre Cricket»	ATF	98 II 325		
«Firmenich»	ATF	97 I 564	JdT	1971 I 614
«Porte battante»	ATF	97 II 85	JdT	1971 I 611
«X c/ MP du Valais»	ATF	96 IV 97		
«Ygnis Kessel»	ATF	95 II 364		
«Sacer»	ATF	95 I 579	JdT	1970 I 629
«Park Davis»	ATF	93 II 504		

« <i>Sol-Rex</i> »	ATF	92 II 280	SJ	1967 p. 209
« <i>Dorset</i> »	ATF	89 I 290		
« <i>Plasticleder</i> »	ATF	87 II 345		
« <i>Narok</i> »	ATF	87 II 107	JdT	1961 I 589
« <i>Gross</i> »	ATF	87 I 87		
« <i>Fabrique de ressorts</i> »	ATF	85 II 131		
« <i>Sherlock Holmes</i> »	ATF	85 II 120		
« <i>Spera</i> »	ATF	83 II 216		
« <i>Brandt</i> »	ATF	81 II 259	JdT	1956 I 291
« <i>Nona-Werke</i> »	ATF	80 IV 22		
« <i>Fiducia</i> »	ATF	80 II 138	JdT	1955 I 34
« <i>Mickey Mouse</i> »	ATF	77 II 377	JdT	1952 I 361
« <i>Taubert</i> »	ATF	74 II 127		
« <i>Blatter</i> »	ATF	70 II 57		
« <i>Patentex</i> »	ATF	69 II 202	JdT	1943 I 482
« <i>Philips</i> »	ATF	63 II 271		
« <i>Bel Paese</i> »	ATF	60 II 249		
« <i>Soibeisa</i> »			JdT	1938 I 71
« <i>Zigarettenverpackung (3D)</i> »	sic!	2006/10, p. 666		
« <i>Tetrapack</i> »	sic!	2006/4, p. 264		
« <i>Radiokörper</i> »	sic!	2006/1, p. 33		
« <i>Grupo de danças</i> »	sic!	2006/1, p. 23		
« <i>CJ Cavalli Jeans (fig.) / Rocco Caralli (fig.)</i> »	sic!	2005/7-8, p. 573		
« <i>Firemaster</i> »	sic!	2005/4, p. 278		
« <i>Eistorie (3D)</i> »	sic!	2004/6, p. 502		
« <i>Arzneimittel-Kompendium</i> »	sic!	2004/6, p. 490		

«Milchschaumer»	sic!	2004/4, p. 331
«Finfeckige Tablette»	sic!	2000/4, p. 299
«Prélèvement d'un liquide I et II»	sic!	2004/2, p. 111
«Sac Dior»	sic!	2004/2, p. 98
«Casa M.»	sic!	2004/1, p. 20
«Pâte dentifrice (3D)»	sic!	2003/10, p. 804
«Anschlaghalter II»	sic!	2003/7-8, p. 603
«Pulverbeschichtungsanlage IV»	sic!	2003/7-8, p. 600
«Lego II (3D)»	sic!	2003/4, p. 331
«Pressespiegel II»	sic!	2003/3, p. 217
«Mummenschanz»	sic!	2003/2, p. 116
«Milchgetränkflasche (3-D)»	sic!	2003/1, p. 38
«Hobby-Kalender»	sic!	2003/1, p. 28
«KWC»	sic!	2002/9, p. 605
«Die Post»	sic!	2002/4, p. 242
«TwixTel»	sic!	2000/2, p. 98
«Vaca Lechera»	sic!	2001/8, p. 729
«Schmiermittel II»	sic!	2001/7, p. 658
«Die Gelben Seiten»	sic!	2001/7, p. 639
«Pressespiegel I»	sic!	2001/7, p. 613
«Tripp Trapp II»	sic!	2001/6, p. 504
«Central Perk»	sic!	2001/4, p. 317
«Siddharta»	sic!	2001/1, p. 31
«Conseil en rémunération»	sic!	2000/8, p. 714
«Chanel IV»	sic!	2000/4, p. 310

«Cybernet»	<i>sic!</i>	2000/4, p. 297	
«Runde Tablette»	<i>sic!</i>	2000/4, p. 286	
«Stena II»	<i>sic!</i>	1999/3, p. 300	
«Parfümflasche II»	<i>sic!</i>	1999/2, p. 130	
«Clown»	<i>sic!</i>	1999/2, p. 119	
«Pincettes de poisson»	<i>sic!</i>	1998/5, p. 481	
«Parfümflasche I»	<i>sic!</i>	1998/4, p. 399	
«Blaue Flasche»	<i>sic!</i>	1998/3, p. 300	
«Becherfarben I»	<i>sic!</i>	1997/2, p. 187	
«Ice beer»	<i>sic!</i>	1997/2, p. 185	
«Chanel/Chenal»	<i>sic!</i>	1997/2, p. 171	
«Hochdruckkraftwerk»	<i>sic!</i>	1997/1, p. 77	
«Milka»	RSPI	1996/2, p. 315	
«Sartoris»	RSPI	1994/2, p. 169	
«Eurotax II»	RSPI	1993/2, p. 331	
«Doxycyclin III»	RSPI	1991/1, p. 199	GRUR Int. 1991/8/9, p. 658
«Doxycyclin II»	RSPI	1991/1, p. 193	
«Bliss»	RSPI	1991/1, p. 79	
«Tableaux de références II»	RSPI	1990/2, p. 360	
«Erova»	RSPI	1990/1, p. 139	
«Tableaux de références I»	RSPI	1989/1, p. 118	
«Demetrin»		ZR	1979/80 (N° 15), p. 42
«Genoud»		SJ	1952, p. 404

Jurisprudence étrangère

« <i>Lancôme c/ Kecofa II</i> »	<p>Cour suprême des Pays-Bas</p> <p>arrêt n. p. du 16 juin 2006, 1^{re} Chambre civile, LJN AU8940</p> <p>disponible sur Internet (dernière visite 26.07.2006) [http://zoeken.rechtspraak.nl]</p>	RIDA	2006/210, p. 349 et ss
« <i>Haarmann et Reimer</i> »	<p>Cour de cassation de Paris</p> <p>arrêt du 13 juin 2006, 1^{re} Chambre Civile, Pourvoi n° 02-44718</p> <p>disponible sur Internet (dernière visite 23.07.2006) [www.courdecassation.fr/agenda/agenda_new/default.htm]</p>	RIDA	2006/210, p. 349 et ss
« <i>BPI c/ Bellure et Eva France II</i> »	<p>Cour d'appel de Paris</p> <p>arrêt du 15 février 2006, 4^e Chambre Section A, RG n° 2004/17594</p> <p>(obtenu auprès du greffe de la Cour d'appel)</p>	PIBD 2006/830 III, p. 378 et ss	
« <i>L'Oréal II</i> »	<p>Cour d'appel de Paris</p> <p>arrêt du 25 janvier 2006, version complète sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/CA_BELLURE.pdf]</p>	Com. Com. elec. 2006/3, p. 25 et s. PIBD 2006/828 III, p. 302 et ss	2006/208, p. 286 et ss
« <i>BPI c/ Bellure et Euro Media</i> »	<p>Cour d'appel de Paris</p> <p>arrêt n. p. du 17 septembre 2004, 4^e Chambre Section B, RG n° 2002/15306</p> <p>(disponible auprès de l'IRPI)</p>		

«Lancôme c/ Kecofa I»	Cour d'appel Den Bosch	arrêt du 8 juin 2004 [www.rechtspraak.nl] [www.piercelaw.edu/ tfield/tresor.pdf] traduction française sur Internet [http://breese.blogs. com/pi/files/bellure_loreal_nl.doc] (dernière visite 05.05.2006)	45 IDEA 31 (2004)	GRUR Int.	2005/6, p. 521
«BPI c/ Bellure et Eva France I»	Trib. de gde inst. Paris	arrêt n. p. du 4 juin 2004, 3 ^e Chambre 2 ^e Section, RG n° 2002/16546 (disponible auprès de l'IRPI)			
«L'Oréal I»	Trib. de gde inst. Paris	arrêt du 26 mai 2004, version complète sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [http://breese.blogs.com/pi/files/ jugement_bellure_paris.pdf]	JCP 2004 II 10 144, p. 1697 et ss	Dalloz Affaires	2004/36, p. 2641
«Jeanne Arthes»	Cour d'appel Vers.	arrêt du 15 mars 2001	PIBD 2001/ 722 III, p. 318	RIPIA	2001/204, p. 15 et ss
«Kenzo II»	Cour de cass. de Paris	arrêt du 18 avril 2000	PIBD 2000/700 III, p. 314		
«Kenzo I»	Cour d'appel de Paris	arrêt du 6 juin 1997 RDPI 1997/77, p. 25			
«Clarrins II»	Cour d'appel de Paris	arrêt du 28 juin 2000	PIBD 2000/708 III, p. 549		
«Mugler»	Trib. De comm. Paris	arrêt du 24 septembre 1999, version complète sur Internet (dernière visite 28.03.2006) [www.breese.fr/img/ parfum.pdf]	Petites Affiches 2000/45, p.13	RIPIA	2000/200, p. 71 et ss

«Clarins I»	Trib. de gde inst Paris	arrêt du 5 novembre 1997	PIBD 1998/649 III, p. 142
«CA-Scheduler»	Tib. de comm. Bobigny	RIDA 1995/166, p. 324 et ss	
«De Laire»	Cour d'appel de Paris	arrêt du 3 juillet 1975 RIDA 1977/ 91, p. 108 et ss	Gaz. Pal. 1976, p. 43 et ss
«The Dow Chemical Company» T-958/90		[http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t900958eu1.htm] (dernière visite 5.11.2005)	
«Déodorant» T-892/94	Chambre de recours OEB	JO 2002/1, p. 1 et ss	
«Relaxine»	Division d'opposition OEB	JO 1995/6, p. 388 et ss	
«Odeur de fraise mère»	Chambre de recours OHMI	[http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2003/FR/R0591_2003-1.pdf] (dernière visite 4.11.2005)	
«Matrice colorée»	Chambre de recours OHMI	[http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/2000/FR/R0186_2000-4.pdf] (dernière visite 4.11.2005)	
«L'Arôme de framboises»	Chambre de recours OHMI	[http://oami.europa.eu/legaldocs/boa/1999/FR/R0711_1999-3.pdf] (dernière visite 4.11.2005)	
«Odeur de l'herbe fraîchement coupée»	Chambre de recours OHMI		2000/689 III, p. 10 et s.

« <i>In re Clarke</i> »	EIPR (News Section, National Reports)	D-118, 119.			
« <i>Croustade I</i> »	ANPI	1977, p. 96 et ss			1979/8-9, p. 426
« <i>Croustade II</i> »	ANPI	1978, p. 156 et s.			GRUR Int.
« <i>Rolex Oyster</i> »	BGH	GRUR 1985/9, p. 876			
« <i>Antamand</i> »	BPatG	GRUR 1978/4, p. 238 et ss	IIC	1977/4, p. 494 et ss	
« <i>Eden</i> »	TPI	GRUR Int. 2006/2, p. 134 et ss		T-305/04	[www.curia.eu.int] (dernière visite 1.02.2006)
« <i>Bauchemie</i> »	CJCE			C-49/02	[www.curia.eu.int] (dernière visite 4.11.2005)
« <i>Shield Mark</i> »	CJCE			C-283/01	[www.curia.eu.int] (dernière visite 4.11.2005)
« <i>Libertel</i> »	CJCE	2003 I-3822 (I-3793)		C-104/01	[www.curia.eu.int] (dernière visite 4.11.2005)
« <i>Sieckmann</i> »	CJCE	2002 I-11754 (I-11737)		C-273/00	[www.curia.eu.int] (dernière visite 4.11.2005)
« <i>BMW</i> »	CJCE	1999 I-925 (I-905)		C-63/97	GRUR Int. 2003/5, p. 449
« <i>Dior c/ Evora</i> »	CJCE	1997 I-6034		C-337/95	
« <i>Chakrabarty</i> »	S.C. USA	206 USPQ 193			

Autres sources et documents cités

Brevets

- Brevet CH 689 372 A5, délivré à Firmenich SA le 31.03.1999, dont le titre est: «Aldéhyde arakylique et son utilisation en tant qu'ingrédient parfumant».
- Brevet CH 680 853 A5, délivré à Firmenich SA le 30.11.1992, dont le titre est: «1,4-diméthyl-3-cyclohexène-1-carboxylate de méthyle optiquement actif et son utilisation à titre d'ingrédient parfumant».
- Brevet CH 689 624 A5, délivré à Firmenich SA le 15.07.1999, dont le titre est: «Composés polycycliques et leur utilisation en tant qu'ingrédients parfumants».
- Brevet CH 686 394 A5, délivré à Aimé Pouly le 29.03.1996, dont le titre est: «Pain et sa pâte».
- Brevet US 6 297 211 B1, délivré à Givaudan Roure (International) SA le 2.10.2001, dont le titre est: «*Odorant compositions*».
- Brevet US 6 774 260 B2, délivré à International Flavors & Fragrances Inc., le 10.08.2004, dont le titre est: «*Fruity musk compositions*».
- Demande de brevet EP 1 174 116 A1, déposée le 21.07.2000 par Givaudan SA, dont le titre est «*Fragrance composition comprising a mixture of nitriles*».
- Demande de Brevet EP 0 562 843 A2, déposée le 24.03.1993 par Erox Corporation, dont le titre est «*Fragrance compositions and other compositions which contain human pheromones*».
- Brevet EP 1 051 148 B1, délivré à Firmenich SA le 30.06.2004, dont le titre est «Composition parfumante transparente».
- Brevet EP 0876 325 B1, délivré à Rhodia Chimie le 09.01.2002, dont le titre est «Procédé d'obtention de compositions parfumantes et de produits parfumés et produits ainsi obtenus».

Marques

- Marque suisse tridimensionnelle imposée n° P-416338, *Rolex Oyster*, sur Internet (dernière visite 13.10.2005) [www.swissreg.ch].
- Marque suisse de couleur n° P-419105, *lila*, sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [www.swissreg.ch].

- Marque suisse de couleur n° 464577, *orange*, sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [www.swissreg.ch].
- Demandes de marques olfactives en France n° 97698179, n° 97658685, n° 99824562, n° 97705451, n° 97705450.
- Demande d'enregistrement de marques olfactives en Grande Bretagne n° 2001416 « Odeur florale de rose ».
- Demande d'enregistrement de marques olfactives en Grande Bretagne n° 2000234 « forte odeur de bière ».
- Demande d'enregistrement de la marque olfactive en Grande Bretagne n° 2.000.169 « odeur et arôme de cannelle ».
- Marque olfactive de Célia Clarke aux Etats-Unis n° 1.639.128.
- Marque olfactive aux Etats-Unis n° 75.360.102 « *Strawberry scent of the goods* ».
- Marque communautaire n° 000428870, *The smell of fresh cut grass*, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire N° 001122118, (odeur de fraise mûre), sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire N° 003132404, (goût des oranges) disponible sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire 001807353, *The smell of vanilla*, sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire N° 000521914, (note verte gazon, hespéridée (bergamote, citron), florale (fleur d'oranger, jacinthe) rosée, musquée...), sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire N° 000750414, (carte postale odorante) sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].
- Demande de marque communautaire N° 000566596, (volutes d'un arôme ambré ligneux, avec en arrière-plan les volutes du tabac virginia et le parfum dominant de la fleur de muscade...), sur Internet (dernière visite 5.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].

- Demande de marque communautaire N° 001254861 *El olor a limon*, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) [<http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/fr>].

Rapports, projets de lois, directives, messages et autres documents

- Directives sur l'examen quant au fond des demandes de brevets nationales, IFPI, Berne le 1^{er} janvier 2006, disponibles sur Internet (dernière visite 6.02.2006) [www.ipi.ch], cité: «Directives en matière de brevets».
- Directives en matière de marques, IFPI, Berne le 1^{er} janvier 2006, disponibles sur Internet (dernière visite 15.08.2006) [www.ipi.ch], cité: «Directives en matière de marques».
- Message du CF, *FF* 2006, p. 1 et ss (LBI).
- Message du CF, *FF* 1954 II 197 et ss (LBI).
- Message du CF, *FF* 1976/18 II 1 et ss (LBI).
- Message du CF, *FF* 1976 III 1517 et ss (LBI).
- Message du CF, *FF* 2000, p. 2587 et ss (LDes).
- Message du CF, *FF* 2003, p. 1065 et ss (LRE).
- Message du CF, *FF* 1983/135 II 1037 et ss (LCD).
- Message du CF, *FF* 1989/141 III 465 et ss (LDA).
- Message du CF, *FF* 1922/50 III 981 et ss (aLDA).
- Message du CF, *FF* 1991/143 I, p. 1 et ss (LPM).
- Huitième édition de la Classification de l'AN, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002, sur Internet (dernière visite 4.11.2005) de l'OMPI [www.wipo.org/classifications/fulltext/nice8/frmain.htm].
- Dictionnaire Le Petit Robert 1, Paris 1986.

Directives, règlements et documents en droit communautaire

- Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, version 2005, disponible sur Internet (dernière visite 26.08.2005) [www.european-patent-office.org/legal/gui_lines/pdf_2005/guidelines_2005_f.pdf].

- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.
- Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.
- Règlement CE 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire.
- Règlement CE 2868/95 de la Commission du 13 décembre 1995 portant sur les modalités d'application du Règlement CE 40/94.
- Directive 2003/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 février 2003 modifiant la Directive 76/768/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques.
- Directive 76/768/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques.
- Directive 95/17/CE de la Commission du 19 juin 1995 portant sur les modalités d'application de la Directive 76/768/CEE du Conseil.
- Directive 2003/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 février 2003 modifiant la Directive 76/768/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux produits cosmétiques.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Activité inventive : voir non-évidence

Analyse sensorielle : 38, 39, 351, 430, 481, 483, 851

Appartenance au domaine technique : 86 et ss, 123 et ss, 131, 134

Application industrielle : 63, 72, 73, 85, 98, 100 et ss, 134

Arrêts et décisions :

- « *Arlequins* » : 577, 803
- « *BPI c/ Bellure et Euro media* » : 417 et ss, 466, 485
- « *BPI c/ Bellure et Eva France I* » : 468 et s., 474
- « *BPI c/ Bellure et Eva France II* » : 470 et ss, 483, 489
- « *Buttermödeli* » : 636, 637
- « *CAP* » : 755
- « *Clarins I* » : 412
- « *Clarins II* » : 412 et ss, 435
- « *Demeterin* » : 243
- « *Déodorant* » : 152 et ss
- « *De Laire* » : 305 et ss, 310, 316, 397, 399 et ss
- « *Doxycycline III* » : 245 et ss
- « *Eden* » : 706 et ss
- « *Firmenich* » : 119 et ss
- « *Haarmann et Reimer* » : 309 et s.
- « *In re Clarke* » : 592 et ss
- « *Jeanne Arthes* » : 466, 734, 806 et ss, 834, 853, 854
- « *Lancôme c/ Kecofa I* » : 476 et ss
- « *Lancôme c/ Kecofa II* » : 481
- « *L'Arôme de framboises* » : 598 et ss, 698, 699, 710 et ss, 716
- « *Lego III (3D)* » : 566 et ss, 583
- « *L'Oréal I* » : 421 et ss, 697
- « *L'Oréal II* » : 424 et ss, 467, 470 et ss, 483, 488
- « *Matrice Colorée* » : 60, 701 et ss, 705

- « *Mugler* » : 39, 369, 396 et ss, 419, 465, 488
- « *Odeur de l'herbe fraîchement coupée* » : 600, 687 et ss, 698, 702, 705
- « *Odeur de fraise mûre* » : 618, 704 et ss
- « *Park Davis* » : 98, 172 et ss
- « *Relaxine* » : 125, 155, 176 et ss
- « *Uhrenarmband (3D)* » : 638 et ss
- « *Sac Dior* » : 582, 591
- « *Sieckmann* » : 599, 694 et ss, 701, 703, 705 et ss, 716 et ss, 751, 878
- « *Sel-Rex* » : 244
- « *Smarties / M&M's (3D)* » : 573 et ss, 583
- « *Zigarettenverpackung (3D)* » : 641 et ss

B

Base : 20, 68

Brevets : 62 et ss

- CH 680 853 A5 : 232, 233
- CH 689 624 A5 : 182 et ss, 222
- CH 689 372 A5 : 186, 187, 250
- CH 686 394 A5 : 204 et ss
- EP 1 051 148 B1 : 193 et ss
- EP 0 876 325 B1 : 196, 197, 232
- US 6 774 260 B2 : 188
- US 6 297 211 B1 : 189 et ss

C

Capacité distinctive : 531 et ss, 554, 578 et ss, 654 et s., 729 et ss

Caractère distinctif : 795 et ss

Caractère individuel : 280 et ss, 360 et ss

- du parfum : 389 et ss
- éléments pertinents : 378 et ss
- marge de manœuvre : 290 et ss
- thèse : voir thèse de « l'œuvre à caractère individuel »

Caractère industriel :

- brevets : 112, 202, voir application industrielle
- droit d'auteur : 308, 309 et s., 311 et ss

- Caractère littéraire ou artistique:** 295 et ss, 497
- Caractère représentatif de l'œuvre:** 334 et ss, 378
- Chromatographie:** 57 et s., 424 et ss, 465 et ss, 683 et ss, 733 et ss, 815, 835 et ss
- Chypre:** 11, 405, 627
- Classification des parfums:** 34 et ss
- Comparaison de parfums:** 324, 449 et ss, 463 et ss, 484 et ss, 808
- Concurrence parasitaire:** 810, 840 et ss
- concurrence parasitaire au sens de l'art. 2 LCD: 844 et ss
 - du parfum: 851 et ss
- Confusion:** voir risque de confusion
- Contrefaçon:**
- brevets: 237 et ss
 - droit d'auteur: 324, 371, 396, 397, 419 et ss, 447 et ss
 - marques: 731 et ss
- Copie:**
- liberté de copier: 820
 - copie servile: 759, 792 et ss
- Créations esthétiques:** 112 et ss, 124 et ss, 131, 255
- et parfumerie: 122 et ss
- Création de l'esprit:** 261, 265 et ss
- et le parfum: 275 et ss

D

- Décisions:** voir arrêts
- Découvertes:** 93 et ss, 132 et s., 147, 177, 255
- hypothèses: 95 et s., 106 et ss, 147 et ss, 155 et s.
 - dans le domaine de la parfumerie: 102 et ss
- Design:** 70, 117 et s., 539 et ss, 580, 584, 654, 655, 802
- Directives qui s'adressent à l'esprit humain:**
- brevets: 89 et ss, 131, 255
 - droit d'auteur:
 - directives qui s'adressent à l'esprit humain: 358
 - «directives qui s'adressent à l'esprit humain et autres règles»: 358 et ss, 384 et ss

E

Equipements techniques: 57 et ss, 412 et ss, 441 et ss, 465 et ss, 484 et ss, 681 et ss, 829 et ss

Esthétiquement nécessaire: voir forme

Etat de la technique: 136 et ss, 165 et ss

Expert et expertise: 138, 185, 242, 326, 350, 408 et ss

F

Forme:

- olfactive: 13, 30 et ss, 336 et ss, 355, 363 et ss, 419 et ss, 522 et ss, 535 et ss, 548 et ss, 673 et ss, 757, 784, 792 et ss
- externe: 333, 338 et ss, 355, 363, 378, 385
- interne: 333, 342 et ss, 352 et ss, 360, 363, 378, 380, et ss, 390, 437
- techniquement nécessaire: 553 et ss, 654, 655, 798 et ss
 - le parfum: 560 et ss
- esthétiquement nécessaire: 566 et ss, 801 et ss
- nature même du produit: 566 et ss, 655, 802
 - le parfum: 585 et ss

Formule:

- jus du parfum: 50 et ss, 105, 106, 125, 225
- formule chimique: 50 et ss, 81, 123 et ss, 140 et ss, 145 et ss, 250 et ss, 756
- conditions formelles de protection: 221 et ss

Fragrance: 13, voir parfum

G

Guerlinade: voir signature odorante

H

Head space: 17, 21, 60, 103 et ss

Homme du métier: 138 et ss

I

Idee:

- abstraite: 71, 352 et ss, 375, 385
- exprimée: 329 et ss, 352 et ss, 380 et ss, 403

- liberté des idées: 332 et s., 353, 383 et ss
- non exprimée: 330
- opposition avec la forme: 329 et ss

Invention: 70 et ss

- invention chimique: 76 et ss
- invention et découverte: 98 et ss
- invention en tant que règle: 72 et ss
- invention de sélection: 150 et s., 154 et ss
- utilité de l'invention: 112 et ss, 124

Imitation:

- brevets: 239 et ss
- droit d'auteur: 447 et ss
- marques: 731 et ss

J

Jus: 67 et ss

K

Know-how: 762 et ss

- du parfumeur: 765 et ss

L

Libre utilisation: 453 et ss, 460 et ss

M**Marques:**

- fonctions: 511 et ss
- de couleur: 647 et ss, 806 et ss
- enregistrement: 672 et ss
- imposée: 630 et ss
- motifs d'exclusions:
 - absolus: 533 et ss
 - relatifs: 725 et ss
- olfactive: 504 et ss
- représentation graphique: 672 et ss

- trois dimensions: 539 et ss
 - tridimensionnelles: 543 et ss
 - de forme: 543 et ss
- systématique des droits de propriété intellectuelle: 539 et ss

Matières premières: 14 et ss

Message olfactif: 24, 30, 277, 415, 450, 484, 535 et s.

Moyens de preuve: 408 et ss

N

Nature même du produit: voir forme, parfum

Nez artificiels: 59 et s., 465, 837

Non-évidence: 160 et ss

- jus du parfum: 200 et ss
- produit odorant ou mélange de produits odorants: 182 et ss

Notes: 32 et ss, 81, 209, 348, 376, 395, 427 et ss, 518 et ss

- Notes de tête: 37, 140, 349 et ss, 394, 440
- Notes de cœur: 37, 140, 349 et ss, 390, 394, 440, 463
- Notes de fond ou notes de queue: 38, 140, 349 et ss, 394, 440
- Notes gourmandes (sucrées): 400 et ss

Nouveauté:

- brevets: 136 et ss
 - jus du parfum: 142 et ss
 - produit odorant ou mélange de produits odorants: 145 et ss

Numerus clausus des biens immatériels: 758 et s., 781, 785, 789, 802, 880

O

Osmothèque: 12, 392

P

Parasitisme: voir concurrence parasitaire

- direct: 845, 846 et s.
- indirect: 845, 848 et ss

Parfum: 13

Partition d'un morceau de musique: 49, 321, 367 et ss, 399

Perception par les sens: 314 et ss

Principe général de l'interdiction de constituer son propre signe distinctif:
538, 548, 550, 610, 611

Procédé:

- de création du parfum: 41 et ss
- d'analogie: 171 et ss

Produits: 67, 68, 69, 102 et ss

- produits naturels: 20, 68, 102, 109, 133, 134
- produits de synthèse: 20, 22, 68, 103
 - produits artificiels: 20, 103, 107, 134
 - isolats: 20, 103, 109, 133, 134
- produits de remplacement: 20, 103, 108, 134

Q

Qualia: 31

R

Risque de confusion:

- absence de pertinence en droit d'auteur: 420, 485, 492
- concurrence déloyale: 792 et ss, 821, 848, 851
- marques: 511 et ss, 725 et ss
- marques olfactives: 731 et ss
- signes olfactifs: 804 et ss

Règle technique: 72 et ss

Recette: 50

- brevets: 82 et ss
 - description: 224 et ss
 - non-évidence: 201 et ss
 - revendications: 229
- droit d'auteur:
 - exprimée par un texte: 358 et ss, 361 et ss
 - comparaison avec la partition d'un morceau de musique: 368 et ss

Reprise immédiate de la prestation d'autrui: 759, 820 et ss, 851

S

Savoir-faire: voir *know-how*

Secret: 50, 55, 65 et s., 762 et ss

- incitation à trahir ou surprendre des secrets de fabrication: 769 et ss
- exploitation du résultat d'un travail remis ou rendu accessible de façon indue: 787 et ss
- exploitation indue du résultat d'un travail confié: 781 et ss
- violation des secrets de fabrication ou d'affaires: 773 et ss

Signes olfactifs:

- catégories: 518 et ss
 - primaires: 518
 - secondaires: 519
 - tertiaires (uniques): 520, 521
- appartenant au domaine public: 612 et ss
- banals: 621 et ss
- contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur: 666 et s.
- dégénérés ou libres: 625 et ss
- descriptifs ou génériques: 615 et ss
- esthétiquement nécessaire: voir forme
- nature même du produit: voir forme
- propres à induire en erreur: 663 et ss
- techniquement nécessaire: voir forme

Signature odorante: 518, 564, 590 et ss, 614, 622 et ss, 665, 667, 720, 736, 813

T

Techniquement nécessaire: voir forme

Thème du parfum: 37, 43, 349, 354 et ss, 390, 463

Thèse de l'empreinte personnelle: 282 et ss, 307, 389, 391, 393, 400, 482

Thèse de «l'œuvre à caractère individuel»: 381 et ss, 386 et ss

Tendance: 396 et ss

Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bino, Maria-Antonella* 2006
**Hospitalisation forcée et droits
du malade mental**
Etude de droit international et de droit
comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007
**Propriété intellectuelle et
droits de l'homme**
L'impact des brevets pharmaceutiques
sur le droit à la santé dans le contexte
du VIH/SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992
**Les mesures préventives et de
réadaptation de l'assurance-chômage**
Prévention du chômage et
aide à la formation en droit suisse, droit
international et droit européen
- Chaix, François* 1995
**Le contrat de sous-traitance en droit
suisse**
Limites du principe de la relativité des
conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
**Die Verknüpfung von Handel und
Arbeitsmensenrechten innerhalb
der WTO**
Politisches Scheitern und rechtliche
Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
**Le retard dans l'exécution des travaux
de construction**
Selon le Code des obligations et la norme
SIA 118
- Currat, Philippe* 2006
**Les crimes contre l'humanité dans le
Statut de la Cour pénale internationale**
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
**L'immeuble dans la LP: Indisponibilité
et gérance légale**
- Ducrot, Michel* 2005
**La procédure d'expulsion du locataire
ou du fermier non agricole: quelques
législations cantonales au regard du
droit fédéral**

- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations de domaine de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen

- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
La libération conditionnelle: risque ou chance?
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/* 2006
Robert, Christian-Nils
L'art de punir
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Mani, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité

Papaux van Delden, Marie-Laure 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux

Peter, Henry 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Pont Veuthey, Marie-Claire 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Rohmer, Sandrine 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Sambuc Bloise, Joëlle 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits l'homme

Scartazzini, Gustavo 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé

Schröter, François 2007
Les frontières de la Suisse: questions choisies

Stieger-Chopard, Arlette 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

*Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ 2006

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

*Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Hottelier, 2007

Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

Insolence, désendettement et redressement

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

Problèmes actuels de droit économique

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer Law

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Droit civil

Baddeley, Margareta 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006
En l'honneur du Professeur Martin Stettler

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und
in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juristes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique, 2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ Dufour, Alfred (éd.) 1991

Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

La responsabilité aquilienne en droit commun

Damnum Culpa Datum

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry / Bellanger, François (éd.) 2002

L'administration transparente

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005

Winiger, Bénédicte (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir (Journée de la responsabilité civile 2004)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun

La lutte effective contre la reproduction du parfum ne peut pas se limiter à l'enregistrement d'une marque verbale ou du design du flacon. Les contrefacteurs ciblent de plus en plus le parfum lui-même.

La question de sa protection par un brevet d'invention découle logiquement de l'existence de sa formule ou de la recette de son jus. La forme olfactive du parfum, en tant que réalisation concrète perceptible par l'odorat, conduit à s'intéresser à la protection par le droit d'auteur, ainsi que par la marque olfactive. On se demandera notamment comment représenter la forme olfactive du parfum. Si la marque olfactive existe, permet-elle de distinguer un parfum ? Par ailleurs, la concurrence déloyale semble englober différents aspects de la lutte contre la reproduction illicite du parfum.

Basée sur le droit suisse, cette étude constitue un véritable ouvrage de référence pour le parfum en examinant les solutions retenues dans d'autres pays, notamment en France. L'examen général des conditions de protection en matière de droit des brevets d'invention, de droit d'auteur et de droit des marques, complété par des questions du droit de la concurrence déloyale, constitue également un support fort utile pour l'analyse d'autres biens susceptibles d'être protégés par ces lois, en particulier si elles peuvent s'appliquer simultanément. Cet ouvrage se veut accessible aux professionnels de la branche, aux étudiants ainsi qu'à ceux qui sont simplement curieux de découvrir ce monde fascinant.

ISBN 978-3-7255-5383-9

