



LegalBizNext ? Des juristes présentent l'actualité du droit des nouvelles technologies et de la propriété intellectuelle.

Accueil et autres articles

Forum

Abonnement aux alertes  
Legal BizNext

Abonnement au Bulletin  
d'information

Télécharger la revue PDF

Nous écrire

Recherche dans les articles

20/12/02

## La marque olfactive, mythe ou réalité ? (Analyse)

Parmi les conditions de validité de la marque se trouve la distinctivité, elle-même subdivisée en deux exigences :

- identifier des produits et/ou services.
- être susceptible de représentation graphique.

C'est justement sur ce dernier point qu'il subsiste encore quelques difficultés, notamment sur les marques gustatives et olfactives.

En effet, pour les marques sonores, la partition constitue une solution unanimement reconnue, et ce, depuis longtemps. Mais, faute de procédé technique fiable pour représenter graphiquement un élément olfactif ou gustatif (la chromatographie, malgré ses progrès est encore controversée), la jurisprudence s'en tient au texte et se trouve donc dans l'obligation de rejeter les dépôts ou de les annuler selon les cas.

### Un exemple de marque olfactive valable

Lors d'une affaire *Vennootschap onder Firma Senta Aromatic Marketing*, la 2e Chambre de Recours de l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) avait eu à se prononcer sur la validité d'une description littérale pour désigner une odeur comme marque.

En l'espèce il s'agissait de l'odeur d'herbe fraîchement coupée pour des balles de tennis.

La Chambre avait alors considéré que "*L'odeur d'herbe fraîchement coupée est une odeur distincte que tout le monde reconnaît immédiatement sur la base de ses souvenirs.*" et à ce titre constituait une représentation valable par le truchement de l'imagination de chacun, assurant par là la représentation graphique nécessaire.

Certes, cette décision n'avait pas une très grande assise juridique, notamment au niveau de la lettre du texte mais elle avait l'avantage de tenter de répondre à la véritable question du justiciable, c'est-à-dire si oui ou non cette description renseignait suffisamment le lecteur pour que celui-ci ait immédiatement une idée non ambiguë de qu'est la marque lorsqu'elle est utilisée pour des balles de tennis.

### L'intervention de la CJCE : la marque olfactive impossible ?

Or, d'après un récent arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE, 12 décembre 2002 ; Ralf Sieckmann et Deutsches Patent und Markenamt) une odeur, même matérialisée par un support physique, notamment une formule chimique, ne peut bénéficier de la protection accordée aux marques.

La Haute Juridiction s'est basée sur l'article 2 de la directive 89/104/CEE du Conseil du 21 septembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres pour rendre sa décision et interpréter le texte en ce sens que peut constituer une marque un signe qui n'est pas en lui-même perceptible visuellement, 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. 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 éléments.

Pour dénier la qualité de représentation graphique au sens de l'article 2 de la Directive, la Cour énonce que: "*En ce qui concerne une formule chimique, peu de personnes reconnaîtraient, dans une telle formule, l'odeur en question. Une telle formule n'est pas suffisamment intelligible. En outre, une formule chimique ne représente pas l'odeur d'une substance, mais la substance en tant que telle, et n'est pas non plus suffisamment claire et précise.*"

Elle niera également pour la description littérale.

Doit-on voir pour autant dans cette décision, comme d'aucuns s'accordent à le penser, un coup d'arrêt au dépôt de marques olfactives ?

Assurément, non !

En effet, non seulement l'arrêt reprend dans ses motivations le principe d'une interprétation large de la notion de représentation graphique conformément à l'esprit de la Directive mais l'interprétation a contrario de cette décision nous fournit aussi des clefs pour la validité des marques olfactives.

### **Les conditions de validité d'une marque olfactive**

La marque olfactive, sans être impossible, reste plus difficile à mettre en œuvre que ses *cousines* purement visuelles.

Tout d'abord, ce n'est pas la combinaison d'éléments qui assurera la validité d'un tel signe. Nous pouvons donc aisément en conclure qu'un seul élément assurant la représentation graphique requise est nécessaire pour sa validité. Ensuite, nous pouvons également être certain qu'une formule chimique ne peut pas constituer le dépôt d'une marque olfactive, car la formule chimique brute n'indique nullement la manière dont les différents atomes de ces éléments sont liés entre eux et permettrait de protéger par le droit des marques une substance chimique pure, ce qui représenterait un risque trop grand eu égard au droit des brevets, censé protéger ce type de droits. Quant au dépôt d'un échantillon, il est tout simplement inutile puisqu'il ne constitue pas une représentation graphique. Au surplus, il est impossible de conserver une odeur de manière

stable et durable.

S'agissant de la description d'une odeur, celle-ci doit être claire, précise et objective. Et sur ces trois caractères nous pouvons y voir une volonté d'entériner la pratique de l'OHMI dans laquelle nous pouvons inclure la décision du 19 février 1999 précitée. En effet, l'odeur d'herbe fraîchement coupée satisfait aisément ces trois critères que les classifications de parfumerie ne remplissent pas forcément.

En conclusion, pour avoir une vision correcte des conditions de validité d'une marque olfactive, il nous apparaît essentiel de rapprocher ces deux décisions qui, loin d'être opposées, se complètent afin de préciser le régime de ce signe si particulier qu'est l'odeur.

La marque olfactive devra donc résulter soit d'un procédé graphique capable de l'identifier précisément (là, seuls les progrès en matière de chromatographie pourront apporter un changement), soit d'une description aisément reconnaissable par tout un chacun, car c'est bien ce que cherche à atteindre la CJCE en exigeant une description *claire, précise et objective*. Rappelons en effet que le droit des marques a pour fonction essentielle de protéger un signe d'identification de produits et/ou de services, c'est-à-dire susceptible de pouvoir être reconnu par n'importe qui.

**Sébastien Guerrero, juriste en propriété intellectuelle.**

*Sources :*

Site officiel de L'OHMI

CJCE, 12 décembre 2002 ; Ralf Sieckmann et Deutsches Patent und Markenamt

Décision de la 2e Chambre de Recours de l'OHMI du 11 février 1999

Vous pouvez recevoir par email des alertes chaque fois que ce thème ou d'autres sont abordés dans de nouveaux articles en cliquant ici.

[Retour au sommaire des rubriques Legalbiznext](#)

Analyse d'audience par Weborama

[Donnez votre avis sur ce site sur Weborama en cliquant ici](#)