

Vol. 20, n° 1

L'ère du numérique : deuxième chance pour la marque olfactive ?

Analyse de la capacité du signe olfactif à fonctionner comme marque de commerce ou de service

Sergio Balana*

1. L'ESSENCE DU SUCCÈS : LA MISE EN ŒUVRE DE LA MARQUE OLFACTIVE
 - 1.1 Bilan de la protection de la marque olfactive dans les différents offices
 - 1.2 La situation en Europe : la double logique de la CJCE dans l'affaire *Sieckmann*.
2. L'EXIGENCE DE REPRÉSENTATION GRAPHIQUE : UN ANACHRONISME
 - 2.1 Réseaux télématiques et publicité de la marque
3. LES CARACTÈRES ESSENTIELS DE LA NOTION DE MARQUE

© Sergio Balana, 2008.

* Avocat au Barreau de Barcelone (Espagne). Manubens & Asociados, Abogados. LL.M. (London). Cet article a été sélectionné finaliste pour le « Prix Annuel OHMI 2007 » organisé par l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur. Une version en langue espagnole a été publiée dans la revue *ADI*, t. XXVI, 2006, p. 18-58.

- 3.1 Peut-on considérer une fragrance comme un signe ?
- 3.2 Un signe olfactif est-il propre à distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux d'une autre ?
- 4. CARACTÉRISTIQUES DE LA PERCEPTION À TRAVERS L'ODORAT
- 5. LA CAPACITÉ DES SIGNES APPRÉHENDÉS PAR L'ODORAT POUR REMPLIR LA FONCTION DE DIFFÉRENCIATION D'UNE MARQUE
 - 5.1 Le moment antérieur à l'achat : « primary scents », « product scents » et « unique scents »
 - 5.2 Le moment postérieur à l'achat : la « post-sale confusion »
 - 5.3 Les consommateurs perçoivent-ils le signe olfactif comme une indication d'origine commerciale ?
- 6. LA CAPACITÉ DISTINCTIVE DU SIGNE OLFACTIF CONCERNÉ.
 - 6.1 Odeurs descriptives et odeurs génériques
 - 6.2 Marques olfactives fonctionnelles
 - 6.3 Formes olfactives imposées par la nature même du produit
 - 6.4 La forme qui produit des résultats industriels.
 - 6.5 La forme qui influe sur la valeur essentielle du produit
- 7. LES PROBLÈMES DE LA « FRAGRANCE DEPLETION » ET DE LA « SCENT CONFUSION ».
- 8. CONCLUSION

Alors que la marque olfactive aux États-Unis affiche une santé florissante¹, les développements jurisprudentiels en Europe, en revanche, lui annoncent un futur peu reluisant. Si la décision rendue par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), dans l'affaire *Sieckmann*², n'a pas exclu la possibilité de l'existence d'une marque olfactive, elle a cependant posé des conditions extrêmement strictes pour la satisfaction de l'exigence de représentation graphique. La décision rendue récemment par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE) dans l'affaire « odeur de fraise mûre »³ ne fait que confirmer cette situation peu enthousiasmante.

Dès lors, les chances de « voir » une marque de ce genre enregistrée à l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) – ou dans un des offices nationaux – sont, pour l'instant, minimes. Pourtant, grâce aux moyens technologiques, il est aujourd'hui beaucoup plus concevable de prendre connaissance d'une de ces marques qui ne serait constituée que de « message olfactif ». C'est la « technologie olfactive numérique », à l'origine de l'ère du « click-and-sniff »⁴.

1. La marque olfactive « a scent reminiscent of mint » (Demande 78483234) pour des produits visés par la classe 10, notamment des masques faciaux d'usage médical, a été récemment acceptée par l'examineur du United States Patent and Trademark Office (USPTO). La demande a été publiée dans la *Official Gazette* le 27 décembre 2005 et aucune opposition n'a été formée dans le délai imparti pour ce faire. Par conséquent, étant donné que la demande d'enregistrement a été produite en vertu de l'article §1 (b) du *US Trademark Act*, il ne manque que la preuve de son usage pour qu'elle puisse être enregistrée. C'est pourquoi tout semble indiquer que ce signe s'ajoutera dans un bref délai aux marques olfactives déjà enregistrées aux États-Unis (voir *infra* note 9). La situation administrative des marques citées ci-après a été vérifiée pour la dernière fois le 31 janvier 2006 [NDLR : cette demande d'enregistrement a été abandonnée le 2007-03-02 pour défaut d'avoir produit une déclaration d'emploi acceptable au vu de la fonctionnalité de la marque].
2. CJCE 12 décembre 2002, aff. C-273/00 R. *Sieckmann c/ Deutsches Patent- und Markenamt*.
3. TPICE 3^e ch., 27 octobre 2005, aff. T-305/04. Tel que prévu, le TPICE a rejeté la demande de marque olfactive « odeur de fraise mûre », considérant que les exigences de la représentation graphique ne sont pas remplies par une telle désignation textuelle complétée par l'image en couleur d'une fraise.
4. Voir pour cette technologie *infra*, note 35. On a cru pendant longtemps que les chances de la marque olfactive dépendaient d'une gestion efficace de ce que l'on a

Une fois que la technologie aura permis de surmonter les difficultés liées à la nécessaire représentation graphique pour la publicité du signe olfactif, il conviendra d'aborder la question, jusque-là reléguée au second plan, de la capacité du signe olfactif à permettre l'identification dans le marché des produits et des services quant à leur origine.

On analysera d'abord la situation de la marque olfactive dans les pays où elle est admise ainsi que les développements constatés à ce sujet dans l'Union Européenne. On verra ensuite les raisons qui justifient la reprise du débat sur ce genre de marques avant d'analyser la notion de marque ainsi que les particularités de la perception par l'odorat pour savoir dans quelle mesure un signe olfactif est propre à distinguer des produits ou des services. On finira par analyser les problèmes des marques génériques, descriptives et fonctionnelles lorsqu'il s'agit de signes olfactifs ainsi que ceux de la « fragrance depletion » et de la « scent confusion ».

1. L'ESSENCE DU SUCCÈS. LA MISE EN ŒUVRE DE LA MARQUE OLFACTIVE

1.1 Bilan de la protection de la marque olfactive dans les différents offices

Attirer l'attention du consommateur s'avère de plus en plus difficile. Les industriels doivent donc trouver des moyens originaux pour distinguer leurs produits. « Après les yeux – observent V. Astic et J. Larrieu⁵ – ce sont les oreilles et le nez du client que le vendeur souhaite mettre en éveil ». Les dernières techniques en marketing explorent depuis longtemps les possibilités offertes par des stimulations perçues par des sens différents de la vue. C'est ainsi que l'odorat, l'ouïe, le goût et le toucher font leur entrée dans le droit de marques⁶.

nommé « scratch and sniff » : « Although advances are continually being made in Office practices, the era of “scratch and sniff” is not yet upon us », constatait le *Trademark Trial and Appeal Board* (TTAB) dans l'affaire *In re Clarke* (voir *infra*, note 7). P. H. Karlen, par exemple, tout en admettant les difficultés que cela entraînerait, a envisagé la possibilité de coller des échantillons parfumés au Bulletin Officiel correspondant, tout comme avec les revues de mode. P.H. KARLEN, « Fragrance Registration in the US : *TMW* », févr. 1991, p. 18-21, p. 20.

5. Voir V. ASTIC et J. LARRIEU, « Des rugissements aux odeurs : l'évolution des marques commerciales », *D.* 1998, *41^e Cahier, Chr.*, p. 389-394, p. 389.

6. Voir sur l'utilisation des odeurs, les ouvrages *Marketing olfactif*, P. BREESE, *et al.* (Les Presses du Management, 1999) et *Marketing mit Duft*, H. KNOBLICH – B. SCHUBERT, R. (Oldenbourg Verlag, 2003). Le site <www.prolitec.com> se révèle particulièrement intéressant.

La première marque olfactive fut enregistrée aux États-Unis par suite de la décision du Trademark Trial and Appeal Board (TTAB) dans l'affaire *In re Clarke*⁷. Elle fut décrite comme « a high impact, fresh, floral fragrance reminiscent of plumeria blossoms » et déposée pour des fils de couture et de broderie⁸. Suivant la brèche formée par ce précédent, un certain nombre de signes olfactifs ont été accueillis à l'Office américain⁹ ; d'autres attendent toujours une résolution administrative définitive¹⁰ ; un troisième groupe réunit enfin les demandes qui, pour différentes raisons, ont été rejetées¹¹.

Au-delà des États-Unis, un survol de la pratique de certains offices nationaux de marques permet de constater que la marque olfactive a fait fortune – avec un enthousiasme variable – en Australie¹²,

7. Affaire *In re Clarke*, 17 U.S.P.Q. 2nd, 1238 (TTAB, 19 sept. 1990). Sur cette décision autant que de façon plus générale, sur la situation des marques olfactives aux États-Unis, voir notamment F.M. HAMMERSLEY, « The Smell of Success : Trade Dress Protection for Scent Marks », *2 Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 105, B. ELIAS, « Do scents signify source ? An argument against trademark protection for fragrances » : *TMR*, vol. 82, p. 475-530 et J.-E. HAWES, « Fragrances as Trademarks » : *TMR* 1989, vol. 79, p. 134.
8. US 1639128. L'enregistrement est radié depuis le 29 septembre 1997 pour non-emploi.
9. Il s'agit des marques enregistrées US 2560618 « The scent of bubble gum » appliquée à des huiles industrielles ; US 2463044 « The cherry scent » appliquée à des lubrifiants ; US 2568512 « The scent of grape » pour des lubrifiants et des huiles pour le moteur et US 2596156 « The strawberry scent », aussi pour des lubrifiants, huiles et combustibles pour le moteur. Il convient de signaler que les descriptions des marques et les listes de produits sont ici cités de manière non exhaustive. Une consultation peut être faite à l'adresse <www.uspto.gov>.
10. Il s'agit des demandes 78641524 (maintenant enr. 3140692) « grapefruit scent or fragrance », 78649230 (maintenant enr. 3140701) « apple cider scent or fragrance », 78649175 (maintenant enr. 3140700) « peppermint scent or fragrance », 78641906 (maintenant enr. 3143735) « vanilla scent or fragrance », 78641895 (maintenant enr. 3140694) « peach scent or fragrance » et 78641879 (maintenant enr. 3140693) « lavender scent or fragrance », toutes formées pour du matériel de bureau.
11. Il s'agit des demandes 75120036 « Lemon » pour des cartouches d'impression ; 75404020 « The scent of almond » pour des lubrifiants et des additifs synthétiques ; 75360106 « Tutti-frutti » également pour des additifs synthétiques ; 75360105 « Citrus » également pour des additifs synthétiques et 75301972 « Apple » pour des articles de pelleterie.
12. Elle y est reconnue explicitement dans la liste de signes susceptibles de constituer une marque. Voir en ce sens le *Australian Trade Marks Act 1995* – et plus particulièrement les articles 17 et 6 – disponible sur le site <www.ipaustalia.gov.au>. Sur la marque olfactive en Australie, voir J. MCCUTCHEON, « The Registration of Sounds and Scents as Trade Marks under Australian Law », *I.P.Q.*, 2004, 2, p. 138-172. Jusqu'à présent, six demandes ont été déposées : AU 823865 « Scent of Melon Midori (Bronson & Jacobs) » pour des shampoings et des lotions capillaires ; AU 700019 « The strong smell of beer » pour des fléchettes ;

en Nouvelle-Zélande¹³, au Royaume-Uni¹⁴ ainsi qu'au Bureau Benelux des Marques¹⁵.

La situation est pourtant différente au niveau européen (si l'on tient compte de l'Union Européenne et, par conséquent, la marque communautaire). La marque olfactive résulte de la décision de la Deuxième Chambre d'Appel de l'OHMI dans l'affaire « l'odeur de l'herbe fraîchement coupée »¹⁶, donnant lieu à un certain nombre d'autres demandes¹⁷ et suscitant ainsi un débat qui fut rapidement clos par la décision de la CJCE dans l'affaire *Sieckmann*.

AU727820 « The scent of musk applied to human skin » pour des produits cosmétiques et de parfumerie ; AU 762286 « The scent of eucalyptus » pour des produits pour la lessive ; AU 821444 « The scent of coffee » pour des lotions capillaires et AU 1065702 « The smell of lemon » pour des cigarettes.

13. Comme en Australie, en Nouvelle-Zélande la marque olfactive est aussi reconnue explicitement : voir l'article 5 de la *Trade Marks Act* 2002. Pourtant, nous n'avons connaissance que d'une seule demande de marque olfactive (NZ 248231 « The smell of cinnamon » pour des préparations pharmaceutiques) qui fut abandonnée. Voir J.-K. McGRATH, « The new Breed of Trade Marks : Sounds, Smells and Tastes », dans *Essays on Intellectual Property Law and Policy*, S. FRANKEL [et al.] (Eds.) (Victoria University of Wellington Law Review) Wellington, 2001, p. 277- 320, p. 283.
14. Marques enregistrées UK 2001416 « Floral fragrance / smell reminiscent of roses as applied to tyres » et UK 2000169 « The strong smell of bitter beer applied to flights for darts ». Toutefois, le *United Kingdom Trade Mark Registry* a expérimenté une réorientation vers des positions moins permissives. La demande UK 2000169 « The trade mark comprises the smell, aroma or essence of cinammon » pour des produits mobiliers fut rejetée car la description mentionnée était trop vague. Pour des raisons identiques, la demande de marque olfactive déposée par Chanel pour son parfum « CHANEL N° 5 » fut refusée. Voir S. MANIATIS, « Scents as Trademarks : Propertisation of Scents and Olfactory Poverty », dans *Law and the Senses : Sensational Jurisprudence*, Lionel Bently and Leo Flynn (Eds.) (Pluto Press, London – Chicago, 1996), p. 217-235. La description du parfum présentée par rapport à l'exigence de représentation graphique peut aussi se consulter dans la note du cabinet *Taylor, Joyson & Garret*, « Can a smell be registered as a trade mark ? » consultable sur le site <www.legal500.com>. Pour une analyse de la situation de la marque olfactive au Royaume-Uni, voir H. BURTON, « The UK Trade Mark Act : An Invitation to an Olfactory Occasion ? » *EIPR* 1995, p. 378- 384.
15. Déjà en février 1997 fut enregistrée la marque BX 591693 « L'odeur d'herbe fraîchement coupée » pour des balles de tennis. Il convient aussi de signaler l'existence de la marque gustative BX 625971 « La saveur de réglisse » pour des produits de papeterie. L'attitude de ce Bureau de marques, comme celui du Royaume-Uni, a révélé une réorientation vers des positions moins permissives. On percevra l'influence de la CJCE parmi les raisons qui justifient un tel positionnement.
16. Affaire *R 156/1998-2*, de laquelle découle la marque EC 428870 « L'odeur d'herbe fraîchement coupée », enregistrée pour des balles de tennis.
17. Les demandes, par ordre chronologique, sont EC 521914 (refusée, R 186/2000-4) représentée graphiquement au moyen d'une figure colorée issue de signaux électriques émis par divers capteurs de la source odorante elle-même et décrite

1.2 La situation en Europe : la double logique de la CJCE dans l'affaire *Sieckmann*

La décision de la CJCE dans l'affaire *Sieckmann* découle d'une question préjudicielle introduite par le *Bundespatentgericht* (Allemagne) dans le cadre d'un litige qui opposait M. Sieckmann à l'Office Allemand de Brevets et de Marques (*Deutsches Patent- und Markenamt*). L'Office Allemand des Brevets et des Marques avait refusé l'enregistrement d'un signe olfactif caractérisé aux motifs suivants ? : i) il s'agissait d'une marque olfactive ; ii) le nom de la substance chimique pure qui dégageait l'odeur sollicitée¹⁸ ; iii) une représentation de la formule chimique de cette substance¹⁹ ; iv) un récipient contenant un échantillon de l'odeur ; v) la mention des endroits où des échantillons de la marque olfactive étaient disponibles ; et vi) la fragrance était habituellement décrite comme « balsa-

comme suit « la marque est une représentation graphique d'une fragrance déterminée. Une note vert gazon, hespéridée (bergamote, citron), florale (fleur d'oranger, jacinthe) [...] » visant des produits dans les classes 5, 16, 18 et 24, notamment, des produits de l'imprimerie, matériel d'instruction et d'enseignement ; EC 566596 (retirée) représentée graphiquement au moyen d'un diagramme de pics résultant d'une analyse chimique de la fragrance en espèce et décrite comme suit « la marque représente les volutes d'un arôme ambré, ligneux, avec en arrière-plan des volutes du tabac Virginia et le parfum dominant de la fleur muscade [...] » pour des produits visés dans la classe 1, notamment, produits de toilette, détergents, produits chimiques pour la fabrication de cosmétiques et désodorisants ; EC 1122118 (refusée, T-305/04) dont la représentation graphique est la photographie d'une fraise mûre, complétée par la désignation textuelle « odeur de fraise mûre » visant des produits dans les classes 3, 16, 18 et 25, notamment substances pour lessiver, articles de papeterie, articles de maroquinerie et sous-vêtements (habillement) ; EC 1222090 (refusée, R 711/1999-3) représentée graphiquement par la désignation textuelle « odeur de framboise » déposée pour des carburants, des bougies et autres produits combustibles ; EC 1254861 (saisie de recours R 445/2003-4) sans données concernant la représentation graphique et décrite comme suit « la marque consiste en l'odeur citronnée appliquée aux produits sollicités ». La demande vise des produits dans la classe 25, notamment, semelles de chaussures et articles de chaussures ; et EC 1807353 (refusée) sans données concernant la représentation graphique et décrite comme suit « odeur de vanille » visant des produits dans les classes 3, 5, 14, 16, 21, 25, 26 et 30, notamment des parfums, savons, bijoux, papier, verrerie, vêtements et confiserie. Outre ces demandes, ont également été soumises à l'OHMI des demandes relatives à des marques gustatives, soit EC 1452853 (refusée, R 120/2001-2) sans données concernant la représentation graphique et décrite comme suit « la marque est constituée du parfum artificiel de la fraise » visant des produits dans la classe 5, notamment des produits pharmaceutiques et EC 3132404 (refusée) aussi sans données concernant la représentation graphique et décrite comme suit « la marque est constituée de la saveur d'orange appliquée aux produits sollicités » visant des produits pharmaceutiques.

18. Methylcinnamat (méthylester d'acide de cannelle).

19. C6H5-CH = CHCOOCH3.

mique-fruité avec des légères notes de cannelle ». La question arriva au *Budespategericht* qui introduisit une demande préjudicielle afin d'obtenir une décision de la CJCE sur la validité des moyens susmentionnés en rapport avec l'exigence de représentation graphique de l'article 2 de la Directive de la marque communautaire (désignée aux présentes comme « DM »)²⁰.

Dans sa réponse, la CJCE oscille entre deux logiques, dans une certaine mesure, contradictoires. D'un côté, elle reconnaît qu'un signe olfactif peut constituer une marque²¹. D'un autre côté, elle s'empresse de préciser que bien qu'un signe olfactif puisse constituer une marque (à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique) cette représentation graphique « doit permettre au signe de pouvoir être représenté visuellement, en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères, de sorte qu'il puisse être identifié avec exactitude »²².

Comment peut-on « dessiner » une fragrance de façon à ce qu'elle puisse être identifiée avec exactitude ? On s'aperçoit donc que les difficultés liées à la marque olfactive résultent moins d'obstacles de nature juridique que des difficultés d'ordre technique²³.

Enterrée en Europe par la jurisprudence, la marque olfactive ne suscitera plus d'intérêt dans la doctrine. Pourquoi alors remuer les cendres d'un débat déjà éteint ?

20. Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

21. « [...] peut constituer une marque un signe qui n'est pas en lui-même susceptible d'être perçu visuellement, à condition qu'il puisse faire l'objet d'une représentation graphique ». Affaire *Sieckmann* précitée, point 45. Il convient de souligner que l'avocat général avait déjà exprimé de façon limpide cette opinion : « En tout cas de cause je pense que la capacité abstraite des signes perceptibles par l'odorat à remplir une fonction représentative est indiscutable. » Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, aff. C-273/00, *Sieckmann*, point 29.

22. « Exactitude » qui se traduit dans le « critère *Sieckmann-7* », selon lequel la représentation graphique doit transmettre une idée « claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, non équivoque et objective » par rapport aux contours du signe demandé comme marque. Voir arrêt *Sieckmann* précité, points 51 à 54.

23. Voir K.-H. FEZER, *Markenrecht* (Verlag C.H. Beck München, 2001, § 3, 280), p. 239 et M. VIEFHUES, « Geruchsmarken als neue Markenform » : *MarkenR*, 8-9/ 1999, p. 249-254, p. 250.

2. L'EXIGENCE DE REPRÉSENTATION GRAPHIQUE : UN ANACHRONISME

La DM autant que le Règlement sur la marque communautaire²⁴ (ci-après le RMC) prévoient que seuls les signes susceptibles d'une représentation graphique peuvent constituer une marque. Ainsi, ces signes peuvent être reproduits dans les bulletins de marques respectifs (ce qui explique que la représentation doit être *graphique*) de telle sorte que les personnes intéressées puissent, à travers sa consultation, connaître avec précision la portée des monopoles demandés. De ce point de vue, il peut être affirmé que la représentation graphique est une exigence formelle, objective et fonctionnelle²⁵ subordonnée à une finalité supérieure : celle de la publicité.

Malgré ce caractère fonctionnel, le législateur communautaire décida d'élever l'exigence de représentation graphique jusqu'au noyau de la notion de marque. De la sorte, selon la DM et le RMC, ne peuvent constituer des marques que « les signes susceptibles d'une représentation graphique [...] à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises »²⁶.

La décision du législateur communautaire peut s'expliquer par deux raisons de différente nature : en premier lieu, l'importance de la publicité dans un système basé sur l'octroi du droit sur la marque à travers son enregistrement²⁷, en second lieu, parce qu'au moment où ladite décision fut prise, il n'était pas possible de prévoir que la technologie mettrait à notre disposition des moyens propres à assurer la publicité des marques différents – voire plus efficaces – de ceux

24. Règlement (CE) n. 40/94 du Conseil, de 20 décem. 1993, sur la marque communautaire.

25. Voir L.A. Marco ALCALÁ, « La tipificación de la falta de carácter distintivo como motivo de denegación absoluto en la nueva ley española de marcas » : *ADI*, Tomo XXII, 2001, p. 111-142, p. 115.

26. Article 2 DM et article 4 RMC, comme l'article L. 711-1 du CPI.

27. Ce qui est incontestable par rapport à la marque communautaire (voir sixième considérant et article 6 du RMC) mais pas forcément par rapport au système de marques nationales harmonisées par la DM (voir quatrième considérant DM). Quant à la marque française, le CPI établit un système d'enregistrement (voir article L. 712-1 CPI). De son côté, le système espagnol est un système hybride ou mixte.

basés sur la traditionnelle feuille de papier, en reléguant ainsi l'exigence de représentation graphique à l'obsolescence²⁸.

Le cours du temps a mis en évidence que la décision du législateur communautaire était erronée²⁹. L'exigence de représentation graphique, comme il a été signalé, est une exigence formelle, objective et fonctionnelle vis-à-vis de l'exigence de « signe propre à distinguer », qui est une exigence de premier ordre, de nature matérielle et basée sur la fonction de la marque comme forme de communication entre le producteur et le consommateur³⁰. Par conséquent, la notion de marque devrait pivoter exclusivement autour de l'exigence essentielle de « signe servant à distinguer »³¹, les exigences de nature fonctionnelle, comme c'est le cas de la représentation graphique (ou

-
28. Une exigence que J. McCutcheon décrit comme « anomalous », « anachronistic » et « outmoded ». Selon cet auteur « [...] the insistence upon a requirement of graphic representation is a hangover from the old law that should never have been reproduced in the TMA ». Voir J. McCUTCHEON, *op. cit.*, p. 151. De son côté, selon K.-H. Fezer la technologie actuelle permettrait de faire abstraction de l'exigence mentionnée. Voir en ce sens sa conférence intitulée : « Quand est-ce qu'un signe devient une marque ? », dans le cadre du Symposium sur la Marque Communautaire (Alicante-España, 1999) chronique de L.A. Marco ALCALÁ, *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1475-1500.
29. Selon J.M. OTERO LASTRES « [...] compte tenu des progrès scientifiques constants, c'est dommage que la notion de marque se soit limitée aux signes « graphiquement reproductibles » ». [Traduction de l'auteur] J.M. OTERO LASTRES, « La definición legal de marca en la nueva ley española de marcas » : *ADI*, Tomo XXII, 2001, p. 195-213, p. 204. M.-L. Llobregat suggère la possibilité de trouver des alternatives à l'exigence de représentation graphique. M.-L. LLOBREGAT, « Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto » : *RDM*, n° 227, 1998, p. 51-116, p. 60.
30. « Ce n'est pas la fonction de la marque qui justifie l'exigence [...] d'un signe « susceptible de représentation graphique ». Ce sont les contraintes techniques du dépôt et de la publicité. » Voir V. ASTIC et J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 389.
31. Comme c'est le cas en Allemagne, où le législateur n'a pas cru violer la DM en excluant l'exigence de représentation graphique de la définition de marque qui, par conséquent, n'envisage dans ce pays que l'aptitude à distinguer. L'exigence de représentation graphique est ainsi contenue hors de la définition de marque. Voir § 3(1) et § 8(1) de la *Markengesetz* du 25 octobre 1994. La majorité de la doctrine, avec plus ou moins de conviction, estime que la définition de la marque ne devrait comprendre que l'exigence de distinctivité, voir M.-D. RIVERO GONZÁLEZ, « Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas » *RMD*, n° 238, 2000, p. 1645-1687, p. 1667. Voir également K.-H. FEZER, « Olfaktorische gustatorische und haptische Marken » *WRP*, Juni, 1999, p. 575-708, p. 576. Cette opinion a été de fait accueillie dans l'ADPIC, dont l'article 15.1 prévoit que « tout signe ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce » en laissant la liberté aux Membres « d'exiger, comme condition de l'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement ». En dernier lieu, il convient de souligner que conformément à l'article 2 du *Lanham Act*, aux États-Unis « No trademark

comme n'importe quelle autre exigence qui puisse la remplacer dans un futur prochain³²), devraient être établies indépendamment de cette notion³³.

Les raisons sont faciles à comprendre : un signe *a priori* capable d'identifier des produits ou des services quant à leur origine (comme par exemple une odeur ou un son³⁴) ne devrait pas se voir refuser la qualification de marque simplement parce qu'il ne peut pas faire l'objet d'une représentation graphique, à condition bien entendu que sa reproduction puisse être garantie par des moyens alternatifs de façon « claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, non équivoque et objective » en satisfaisant ainsi aux contraintes de la publicité.

2.1 Réseaux télématiques et publicité de la marque

Les alternatives que nous suggérons existent depuis longtemps : il s'agit des réseaux télématiques. Jusqu'à présent, pourtant, les informations qui pouvaient être transmises sur ces réseaux ne permettaient que la reproduction des images et des sons. Dans le contexte de constant développement technologique que nous vivons, apprendre qu'une fragrance puisse aussi faire l'objet d'une telle transmission risque de ne plus surprendre personne³⁵. Par consé-

by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature [...] ».

32. Selon C. Rohnke, « [...] il convient de signaler que la représentation graphique n'est pas la seule possibilité de délimiter, de façon non équivoque, le périmètre de la protection conférée à un signe. » [Traduction de l'auteur]. C. ROHNKE, « Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH ? » *MarkenR*, 1/2001, p. 12-14, p. 13. Voir également U. HILDEBRANDT, « Zum Begriff der graphischen Darstellbarkeit des Art. 2 Markenrichtlinie » *MarkenR* 1/2002, p. 1-5, p. 2.
33. « [...] étant donné que les possibilités techniques d'enregistrer certains signes peuvent évoluer dans le cours du temps de façon que, ce qui aujourd'hui n'est pas techniquement enregistrable pourrait pourtant être enregistré dans le futur, il aurait été désirable de maintenir une notion de marque selon laquelle serait propre à constituer une marque tout ce qui est propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux des autres entreprises. » J.M. OTERO LASTRES, *op. cit.*, p. 204.
34. Comme la CJCE a tenu à le signaler dans les affaires *Sieckmann* (odeurs) et *Shield Mark* (sons).
35. Voir en ce sens notamment les notes de presse « Un XML pour codifier et transmettre les odeurs » consultables sur <www.silicon.fr> et « Email tries out a sense of smell » BBC News, 19 fév. 2004. Jusqu'à présent, les principales entreprises qui ont développé cette technologie sont « AromaJet » <www.aromajet.com>, « TriSenx » <www.trisenx.com>, et la disparue « DigiScents », créatrice de la technologie olfactive numérique « iSmell ». Cette technologie consiste en un langage informatique (« software ») accompagné d'un périphérique (« hardware ») qui

quent, faciliter la publicité d'un signe olfactif³⁶ ne dépend que des Offices de marques, qui devraient avoir à leur disposition la technologie nécessaire à cet effet³⁷. Cela fait, l'exigence de représentation *graphique* -vestige de l'ère du papier³⁸ – aurait peu d'avenir, ce qui devrait rendre l'espoir à la marque olfactive³⁹.

Pourtant, la réalité législative exige la satisfaction de l'exigence de représentation graphique. Alors que la réforme qui devrait adapter le droit de marques à l'ère du numérique se fait attendre, il est douteux que la reproduction d'une fragrance (ou d'un son) au moyen de sa transmission sur le Web puisse être considérée comme une représentation *graphique* de ces signes⁴⁰.

La CJCE n'a pas eu jusqu'à présent l'occasion de se prononcer sur la question.

Même si la possibilité de retransmettre une fragrance sur le Web était déjà connue à l'époque⁴¹, la CJCE n'a pas eu l'occasion de la mentionner dans l'affaire *Sieckmann* si l'on considère les termes

s'accouple au terminal récepteur. Le périphérique contient des échantillons d'une palette de fragrances qui s'activent selon les ordres que transmet le langage informatique.

36. Non seulement d'un signe olfactif : la publicité des couleurs en elles-mêmes et surtout celle des sons (notamment quand il s'agit de « bruits ») bénéficierait aussi des réseaux télématiques.
37. Ce qui ne devrait pas entraîner des difficultés insurmontables, compte tenu que la plupart des Offices publient leurs bulletins de marques sur le Web.
38. « L'exigence de représentation graphique surtout, pose difficultés car nous vivons dans un système de dépôt qui est de surcroît construit pour l'écrit et le visuel. » J.-M. BRUGUIÈRE, « L'odeur saisie par le droit », dans *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy* (Dalloz, Paris, 2004), p. 169-190, p. 188. Voir en ce sens également K. SESSINGHAUS, « Die graphische Darstellung von Geruchsmarken vor dem Hintergrund des deutschen Markenrechts » *WRP*, 2002, p. 650-664, p. 651.
39. Selon J. McCUTCHEON, « Digitisation is perhaps the best means by which all trade marks (even, it seems scents) can be reduced to a common, universal language, thereby facilitating a consistent interpretation of the trade mark and curing any ambiguity on the Register » *op. cit.*, p. 150. Voir en ce sens également J.-S. Macera et J. Finlayson : « [...] there is apparently a recent technological breakthrough in computer-generated scent recognition technology. Since many trade-mark searches are now done on the computer in any event, it may ultimately be possible to file applications in which the description corresponds to this new "nose technology" » J.-S. MACERA et J. FINLAYSON, « Eccentric Trade-Marks : Smells and Bells, Grooves and Moves » *CIPR* 20, p. 259.
40. Puisque la CJCE a établi que la représentation graphique doit permettre au signe d'être représenté visuellement « en particulier au moyen de figures, de lignes ou de caractères ». Voir affaire *Sieckmann* précitée, point 46.
41. K.-H. Fezer mentionne la technologie « iSmell » dans l'édition de 2001 de son traité. Voir K.-H. FEZER, *Markenrecht*, *op. cit.*, p. 239.

avec lesquels la question préjudicielle fut posée⁴². Dans l'affaire *Shield Mark*⁴³, en revanche, la situation contraire s'est présentée : la question sur la possibilité de retransmettre un son sur le Web en relation avec l'exigence de représentation graphique fut posée directement à la CJCE, même si malheureusement l'organe émetteur la posa sans qu'elle ait rien à voir avec les signes distinctifs que *Shield Mark* faisait valoir dans l'affaire au principal. Par conséquent, ici encore la CJCE garda le silence à ce sujet.

Dès lors, reste à attendre que le législateur communautaire prenne l'initiative d'adapter le droit des marques à l'ère du numérique. En attendant, il serait souhaitable de déposer des demandes de marque olfactive dans l'espoir de pouvoir offrir un jour à la CJCE l'occasion de se prononcer à nouveau au sujet de l'exigence de représentation graphique à la lumière des possibilités qu'aujourd'hui la technologie nous offre.

Dans le cadre de la scène que nous venons de décrire, il nous semble inutile d'entreprendre ici une analyse des différents moyens à travers lesquels la représentation graphique d'une fragrance a été tentée jusqu'à présent⁴⁴. Dans l'espoir que le droit des marques ne tardera pas à s'adapter aux possibilités que nous offre la technologie, on considère comme plus convenable de consacrer les pages qui suivent à la question de savoir si – comme il a été affirmé – une fragrance peut remplir la fonction principale de la marque.

42. Termes qui sont subordonnés aux faits du litige, dans lequel une telle possibilité ne fut pas proposée. La CJCE, au risque de trancher *ultra petita*, ne put se prononcer à cette occasion.

43. CJCE 27 novembre 2003, affaire C-283/01 *Shield Mark*.

44. Question, celle-ci, abondamment traitée par la doctrine. Voir notamment R. SIECKMANN, « Zum Begriff der graphischen Darstellbarkeit von Marken » *WRP*, 2002, 491 ; K. SESSINGHAUS, « Die graphische Darstellbarkeit von Geruchsmarken », précité, voir *supra*, note 38 ; D. LYONS, « Sounds, Smells and Signs », *EIPR* 1994, p. 540 et P. BREESE, « La difficile mais irréversible émergence des marques olfactives » *Prop. Intell.*, 2003, n° 8. En attendant le perfectionnement de la technologie susmentionnée ainsi que la réforme du droit des marques mentionnée, on n'abordera pas ici la question de l'interprétation de l'exigence de représentation graphique. Nous nous limiterons à approuver l'opinion de la Troisième Chambre d'Appellations de la OHMI, selon laquelle « il n'est pas nécessaire d'interpréter les termes « susceptibles d'une représentation graphique » d'une manière plus restrictive que celle qui est exigée par ce but ». Affaire R 711/1999-3 point 29.

3. LES CARACTÈRES ESSENTIELS DE LA NOTION DE MARQUE

L'article L-711-1 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle (aux présentes « CPI »⁴⁵) définit la marque comme étant « un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ».

Il ressort de cette définition que la notion de marque comprend trois éléments : i) un signe ii) susceptible de représentation graphique et iii) servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Par conséquent, tout ce qui ne satisfait pas les trois exigences antérieures ne peut pas être considéré comme marque.

On analysera d'abord si une fragrance peut être considérée comme un signe pour voir ensuite si une fragrance est propre à distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux d'une autre. Par les raisons déjà exposées, on fera abstraction de l'analyse de l'exigence de représentation graphique.

3.1 Peut-on considérer une fragrance comme un signe ?

Une fragrance (de même qu'une couleur) n'est d'habitude « qu'une simple propriété des choses »⁴⁶. Le signe, au contraire, s'ajoute au produit ; il n'en est pas un élément constitutif habituel⁴⁷. Par conséquent, d'un point de vue sémantique, une fragrance (autant qu'un goût ou qu'un toucher) ne peut pas être considérée comme un signe. Toutefois, il serait erroné de croire que ces « signes » perdent automatiquement leur possibilité de constituer une marque. En effet, une forme tridimensionnelle s'avère aussi peu un « signe » qu'une fragrance, et pourtant personne ne doute qu'elle soit susceptible de constituer une marque⁴⁸. Par conséquent, le terme « signe » doit être interprété au sens large⁴⁹. La proposition de V. Astic et J. Larrieu d'y comprendre « un élément porteur d'un sens » nous semble satisfaisante⁵⁰.

45. Voir également article 2 DM et article 4 RMC.

46. CJCE 6 mai 2003, affaire C-104/01 *Libertel*, point 27.

47. Voir V. ASTIC et J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 391, note 12.

48. Voir J.-M. OTERO LASTRES, *op. cit.*, p. 199.

49. Comme de fait l'exige l'alinéa 8.2 des Directives d'Examen de l'OHMI.

50. Voir V. ASTIC et J. LARRIEU, *op. cit.*, p. 391.

En règle générale une fragrance n'est pas distinctive de façon inhérente, ce qui comporte qu'en principe elle ne sera pas porteuse de ce « sens ». Cela dépend, comme la CJCE a tenu à le signaler par rapport aux couleurs⁵¹, du contexte dans lequel la fragrance est utilisée.

3.2 Un signe olfactif est-il propre à distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux d'une autre ?

Il résulte du but principal de la marque, qui est celui de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux des autres⁵², que seuls les signes propres à distinguer peuvent constituer une marque.

En vue de proposer une réponse à la question de savoir si une fragrance est capable d'identifier les produits ou les services quant à leur origine, il faut d'abord répondre à la question préalable de savoir si notre odorat est un moyen propre à nous transmettre des informations précises en ce sens.

4. CARACTÉRISTIQUES DE LA PERCEPTION À TRAVERS L'ODORAT

En ce qui concerne notre étude, il convient de signaler les particularités suivantes de la perception à travers l'odorat.

D'une part, il convient de signaler que l'odorat est étroitement lié aux émotions et aux sentiments, plus qu'à la pensée ou à des décisions⁵³. Notre mémoire olfactive est épisodique et non sémantique. En effet, en même temps que l'odeur, on enregistre tout son contexte sensoriel et émotionnel⁵⁴. C'est pourquoi les fragrances évoquent d'habitude des souvenirs et pas des noms⁵⁵, car le codage verbal du

51. Affaire *Libertel* précitée, point 27. Les observations de la CJCE concernent les couleurs quant à elles, mais elles peuvent être appliquées aux odeurs.

52. Voir dixième considérant DM.

53. « Olfaction [...] seem[s] [...] more related to feelings and emotions than to thoughts and decisions. » E.-P. KÖSTER, « The Specific Characteristics of the Sense of Smell » dans *Olfaction, Taste and Cognition* (ouvrage collectif), Catherine Rouby [et al.] (Eds.) (Cambridge University Press, Cambridge 2002), p. 27-43, p. 27.

54. J. CANDAU, « Mémoire des odeurs et savoir-faire professionnel » dans *Odeurs et parfums*, (ouvrage collectif) (Éditions du Comité des travaux historiques et scientifiques, Paris, 1999), p. 182.

55. « Olfactory memory is episodic, and not semantic in nature. We can remember where and when we encountered an odour before, but in most cases we cannot call up the name of the odour, and, if we do, often it is by deduction [...] ». E.-P. KÖSTER, *ibid.*, p. 33.

message olfactif est médiocre⁵⁶. Notre mémoire olfactive étant bien plus émotionnelle que notre mémoire visuelle⁵⁷, pour se référer à une odeur (ou pour la décrire) on se référera soit au contexte sensoriel ou émotionnel, soit à un souvenir y étant lié⁵⁸, soit tout simplement à la source de laquelle provient cette odeur (l'odeur « de roses »). D'autre part, la mémoire olfactive est durable et résistante⁵⁹. Toutefois, elle est totalement incapable de reconstruire mentalement une fragrance quand cette fragrance n'est plus là⁶⁰. C'est pourquoi bien que nous ayons une capacité extraordinaire pour distinguer des odeurs, leur identification s'avère si complexe⁶¹. En dernier lieu, nous dirons que la mémorisation des odeurs n'est pas un exercice intentionnel, car elle se produit inconsciemment⁶².

5. LA CAPACITÉ DES SIGNES APPRÉHENDÉS PAR L'ODORAT À ASSURER LA DISTINCTIVITÉ DE LA MARQUE

La doctrine qui a traité de la marque olfactive a bien noté les particularités de la perception par l'odorat mentionnées aux présentes.

-
56. Comment décrire, par exemple, l'odeur d'herbe fraîchement coupée ?
57. « In general, odours are easily linked to emotions by association and olfactory memories have been found to be more emotional than visual memories. » E.-P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 32.
58. On attirera ici l'attention du lecteur sur l'évocation célèbre de la petite madeleine de Proust.
59. Proust l'avait déjà signalé : « [Q]uand d'un passé ancien rien ne subsiste [...] 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 souvenir. » M. PROUST, *À la recherche du temps perdu. Du côté de chez Swann*, 1913. Le TPICE dans l'affaire « L'odeur de fraise mûre » T-305/04, point 25 dit : « [...] la mémoire olfactive est probablement la plus fiable dont dispose l'être humain » et U. HILDEBRANDT, précité, p. 3, écrit : « Doch weisen gerade Gerüche eine starke Erinnerungswirkung auf, die ihre Erklärung in einer engen Verbindung der Riechbahn mit dem limbischen System findet ; bestimmte « Schlüsselgerüche » können ganze Erinnerungspakete aus der Kindheit wachrufen ».
60. Nous reconnaissons tous sans problèmes l'odeur « d'herbe fraîchement coupée », toutefois, quand cette odeur n'est plus là, sa reconstruction mentale devient impossible.
61. « [...] we are far from being able to identify large numbers of odours. Yet it seems that even though we are not very good at identifying odours, our capacity to discriminate between odours is as impressive as our capacity to discriminate faces. » S. ISSANCHOU, D. VALENTIN, C. SULMONT, J. DEGEL et E.-P. KÖSTER, « Testing Odor Memory : Incidental versus Intentional Learning, Implicit versus Explicit Memory », dans *Olfaction, Taste and Cognition*, *op. cit.*, p. 211-230, p. 212.
62. « Odors [...] are learned through repeated exposures without explicit learning intention », S. ISSANCHOU [et al.], *op. cit.*, p. 212.

Puisque la mémoire olfactive est durable et résistante, plusieurs auteurs ont pourtant signalé que pour qu'une fragrance puisse remplir la fonction de différenciation d'une marque, il ne suffit pas que celle-ci (la fragrance) soit familière au public ; il sera avant tout nécessaire que le public puisse associer l'odeur à un produit particulier⁶³ et qu'il se serve de cette association pour identifier le produit dont il s'agit sur le point d'achat⁶⁴.

Notre mémoire olfactive étant épisodique, il est hautement probable que la mémoire d'une odeur soit stockée en étant liée à son contexte sensoriel. Ce contexte sensoriel toutefois ne doit pas nécessairement coïncider avec le produit qui dégage l'odeur (le citron, pour « l'odeur de citron ») ; il pourra tout simplement être un sentiment aux contours indéterminés, une simple émotion ou un souvenir flou. Notre mémoire olfactive étant *émotionnelle*, il est pourtant beaucoup plus probable que cette évocation se produise par rapport au deuxième genre d'évocations mentionnées, plutôt qu'en relation avec le nom du produit à l'origine de l'odeur⁶⁵. Rien ne s'oppose toutefois à ce que la perception d'une odeur puisse évoquer le souvenir du produit qui la dégage⁶⁶. Ceci arrivera selon différents facteurs parmi lesquels, sans intention d'exhaustivité, peuvent être mentionnées i) la familiarité de la personne dont il s'agit avec l'odeur particulière, ii) l'intensité avec laquelle elle sera habituée à y être exposée,

63. « The consumer must not only be able to recognize a product's scent as familiar, but he or she must also be able to link the scent with the identity of the product (or manufacturer) on a reliable basis ». B. ELIAS, « Do scents signify source ? An argument against trademark protection for fragrances » *TMR*, Vol. 82, p. 475-530, p. 480. Voir également J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 290 : « Sounds, smells and tastes are distinctive and perceptible features. This means that their use in relation to a product can serve to distinguish it. [...] However, a trade mark must distinguish a product in such a way as to create a connection with the product's source ».

64. « While scent might become associated through such practice with its origin, if the product is generally then selected without the assistance of such association the fragrance still does not function as a trade mark in the pre-sale context. » H. BURTON, *op. cit.*, p. 379.

65. « While it is possible for a scent to faithfully evoke a memory, the memory is likely to be a general mood designated to elicit apprehension or ease rather than detailed information about the scent's source », J. PREZIOSO, « Making Scents of Canadian Trade-Mark Law : The Case against Trade-Mark Protection for Fragrances » *IPJ* 2003, n° 16, p. 195-219, p. 214. Voir également B. Elias : « Smells may conjure up associated memories, but when it comes to recalling a particular smell itself or remembering its name, there is ample scientific support for the conclusion that the sense-memory link is far weaker than in the case of sound and sight. » B. ELIAS, *op. cit.*, p. 481.

66. Et d'habitude l'on utilise ici l'anecdote de la femme qui reconnaît dans son compagnon la marque d'un parfum concret.

et iii) l'absence dans le moment de la perception d'autres données dans ce contexte sensoriel qui aient un pouvoir évocateur plus ou moins remarquable que le produit qui dégage la fragrance lui-même. En dernier lieu, en prenant en compte que la mémorisation d'une fragrance n'est pas intentionnelle, le sujet ne sera conscient ni de la forme dont le stockage du souvenir s'est produit ni du stockage effectif du souvenir ni, enfin, des conséquences qu'un tel stockage aurait dans sa conduite⁶⁷.

La majorité d'entre nous ne peut pas reconstruire mentalement le souvenir d'une odeur quand cette odeur n'est plus là⁶⁸. Cela empêcherait-il l'aptitude d'une odeur à remplir la fonction d'une marque ? B. Elias se prononce dans le sens affirmatif⁶⁹. Pourtant, en accord avec J. Prezioso, il nous semble que cette incapacité n'est pas pertinente en ce qui concerne la capacité d'une odeur à fonctionner comme marque ; ce qui est vraiment important, c'est de savoir si le public distingue le produit grâce à la fragrance qu'il dégage⁷⁰. Dans l'affirmative, le signe olfactif aura fonctionné comme marque.

Le codage verbal déficient de l'expérience olfactive est-il susceptible d'empêcher une odeur de remplir la fonction d'une marque ? B. Elias, à nouveau, se prononce dans le sens affirmatif⁷¹. Nous croyons, toutefois, que l'exigence de « signe propre à distinguer » n'exige du signe qu'une aptitude générique à distinguer un produit quant à son origine, ne rendant ainsi pas nécessaire que le public soit au courant de l'origine particulière⁷². La fonction de la marque est remplie si le consommateur est capable de distinguer le produit qu'il

67. « Many, if not most, of these links are created without any intention to learn and result simply from contingent circumstances in which the subject may be unaware of the presence of the odour. Thus the emotions evoked by a given odour can be very different from one individual to another, depending on the different emotional encounters with that odour in each person's personal history », E.-P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 32.

68. Ce que les parfumeurs ou « nez » peuvent faire apparemment sans difficulté. Cependant le critère pour le droit des marques est celui du consommateur « moyen de la catégorie de produits concernée et censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ». Voir CJCE 22 juin 1999, affaire C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, point 26.

69. B. ELIAS, *op. cit.*, p. 481.

70. « All that is required of a trade mark is that the singular stimulus (the mark) indicate a single source of goods (the owner) in the consumer's mind. In other words, as long as the consumer "knows the right product when they smell it", the smell has acted as a trade mark. » J. PREZIOSO, *op. cit.*, p. 210.

71. B. ELIAS, *op. cit.*, p. 481.

72. « [A] trade mark [...] indicates a connection between the goods and the source from which previously satisfactory goods emanated, rather than from a particular, known source. » J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 280.

désire en se servant du signe olfactif particulier, indépendamment de savoir si, en plus, le public connaît la dénomination particulière du fabricant du produit qu'il identifiait déjà comme désiré⁷³.

Afin de distinguer le produit qu'il désire, le public doit, dans des conditions normales, pouvoir le confronter avec le reste des produits qui lui sont proposés. Dans le cas où la marque olfactive se généraliserait, le public devrait être capable de distinguer les différentes fragrances qu'il rencontrerait sur le marché. Selon J. Prezioso, eu égard à notre capacité limitée à distinguer une odeur d'une autre, les fragrances ne seraient pas propres à remplir les fonctions de la marque⁷⁴. Les spécialistes, toutefois, distinguent entre la capacité dite « odour identification » et celle dite « odour discrimination »⁷⁵. Bien que faible lorsqu'il s'agit d'identifier des odeurs, notre odorat est extrêmement précis en ce que les spécialistes ont dénommé « odour discrimination », c'est-à-dire pour distinguer entre des odeurs différentes⁷⁶. Ayant cette capacité *a priori*, la question de la distinction se résoudra dans le cas particulier, selon que l'odeur particulière a été ou non mémorisée.

De tout ce qui précède on peut conclure que « not only does smell sell, fragrances identify » même si, une fois constatés les innombrables obstacles que le signe olfactif doit surmonter pour pouvoir fonctionner comme marque, nous ne le ferons pas avec autant d'enthousiasme que J. Hawes⁷⁷.

73. « L'expérience démontre que les consommateurs ignorent généralement l'identité du fabricant des biens qu'ils consomment. La marque acquiert une vie propre. [...] Les messages véhiculés par la marque sont en outre autonomes. Le signe distinctif peut indiquer à la fois la provenance, la réputation de son titulaire et la qualité des produits qu'il représente, mais rien n'empêche le consommateur, qui ne sait pas qui fabrique les produits ou fournit les services qui portent la marque, de les acquérir parce qu'il perçoit celle-ci comme un emblème de prestige ou de garantie de qualité. » Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, affaire C-206/01 *Arsenal* points 46 et 47.

74. « Humans are surprisingly poor at distinguishing between scents [...] For this reason scents are incapable of acting as trade-marks. » J. PREZIOSO, *op. cit.*, p. 213.

75. E.-P. KÖSTER, *op. cit.*, p. 28, et S. ISSANCHOU [*et al.*], *op. cit.*, p. 212.

76. « Earlier works on odours [...] showed that we are far from being able to identify large numbers of odours. Yet it seems that even though we are not very good at identifying odours, our capacity to discriminate between odors is as impressive as our capacity to discriminate faces. » S. ISSANCHOU [*et al.*], *op. cit.*, p. 212.

77. J.-E. HAWES, *op. cit.*, p. 142. Voir également la CJCE (de façon opaque) autant que l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer (manifestement) dans l'affaire *Sieckmann*, *supra*, note 21.

S'agissant de la capacité du signe olfactif à remplir la fonction de différenciation d'une marque, la doctrine n'est pas unanime.

Comme on l'a vu, d'un point de vue organoleptique rien ne s'oppose à ce qu'un signe olfactif puisse remplir la condition de distinctivité. Pourtant, au fur et à mesure que l'on approfondira l'étude du régime juridique de la marque, on trouvera de nombreux inconvénients à considérer qu'un signe olfactif puisse, d'un point de vue théorique et juridique, fonctionner comme marque. Parfois, comme on le verra, le signe olfactif parviendra à surmonter toutes ces difficultés, étant ainsi apte, *a priori*, à distinguer quant à leur origine des produits ou des services. Cependant, pour savoir si le signe olfactif particulier fonctionne *de facto* comme marque, il est encore nécessaire que le public se serve de l'odorat pour distinguer les produits qui lui sont offerts avant de les acquérir⁷⁸.

Rien dans notre système sensoriel n'empêche qu'une odeur, dans certaines occasions, puisse remplir la fonction de différenciation de la marque. Toutefois, il est probable que, faute d'être finalement acceptée, la marque olfactive reste une option minoritaire⁷⁹, compte tenu des particularités de l'odorat qu'on a déjà analysées ainsi que du grand nombre d'obstacles que le signe olfactif doit surmonter afin de fonctionner comme marque, comme on le verra plus loin.

Pour qu'il puisse être dit que le public se sert de l'odorat pour distinguer des produits avant de les acquérir, il est indispensable que ce public ait d'abord l'opportunité de percevoir l'odeur particulière avant le moment de l'achat. Si pour pouvoir percevoir l'odeur que dégage un produit particulier, l'acheteur prospectif doit attendre d'être arrivé chez lui, il en résulte que cette odeur a perdu toute chance de fonctionner comme marque *sur le point de vente*⁸⁰. Ceci pose à nouveau certains problèmes quant aux signes olfactifs. On consacra la section suivante à leur étude.

78. « Consumers may prefer scented products, and they may recognize familiar scents, but do consumers actually use scent to identify the source of a product before they purchase it ? » B. ELIAS, *op. cit.*, p. 479.

79. Une opinion soutenue par M.-D. RIVERO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1687 ainsi que par M. VIEFHUES, *op. cit.*, p. 254, et renforcée par le nombre (faible jusqu'à présent) de marques olfactives enregistrées et/ou sollicitées.

80. Voir B. ELIAS, *op. cit.*, p. 480. Il convient de souligner que cette opportunité se perd seulement sur le « point de vente » car, comme on le verra par la suite, rien n'empêche que ce même signe puisse fonctionner comme marque dans un contexte postérieur à l'achat.

La fonction de communication du signe distinctif, cependant, ne se limite pas au moment immédiatement préalable à l'acte d'achat. Souvent le signe distinctif continuera à exercer sa fonction communicative après ce moment et pendant tout le long de la vie utile du produit auquel il s'applique. Dès lors, la perception que le public en a est aussi à considérer par le droit des marques. Il s'agit, comme on le verra ensuite, de ce qu'on appelle « post-sale confusion ». Compte tenu des caractéristiques propres au signe olfactif il en découle sans grande difficulté que la perception dans le contexte postérieur au moment de l'achat a une importance particulière quand il s'agit de ce genre de signes.

5.1 Le moment antérieur à l'achat : « primary scents », « product scents » et « unique scents »

En règle générale, les conditions dans lesquelles le public accèdera à une odeur sur le point de vente ne s'avèrent guère optimales : présence d'emballages qui rendront difficile sa perception, odeurs provenant d'autres produits ou du point de vente lui-même, avec lesquelles le signe olfactif se mélangera, dégradation de l'odeur elle-même par le cours du temps, etc. Il semble ainsi difficile que, dans des conditions normales, une odeur puisse, sur le point de vente, remplir la fonction de différenciation de la marque. Néanmoins, il s'impose une distinction selon le produit dont il s'agit.

Selon la terminologie employée par B. Elias⁸¹, les « primary scents » sont des produits dont la raison d'être est précisément celle de l'odeur qu'ils dégagent. C'est ce qui arrive, par exemple, avec les parfums ou les désodorisants pour la voiture ou la maison. Compte tenu de l'importance de l'odeur dans ces produits, les fabricants et les distributeurs ont l'habitude de mettre à la disposition du public des échantillons afin que celui-ci puisse évaluer leurs caractéristiques olfactives avant de les acquérir. Dès lors, la question de l'accès au signe olfactif avant le moment d'achat ne se pose pas quant à eux.

Les « product scents », en revanche, sont des produits auxquels s'ajoute habituellement une odeur, sans que celle-ci constitue la raison principale de l'achat de ces produits. Les savons, les produits pour laver le linge ou la vaisselle, entre autres, sont des « product scents », leur fonction (nettoyer, désinfecter, dégraisser, etc.) étant différente de celle de simplement « parfumer ».

81. B. ELIAS, *op. cit.*, p. 476.

En dernier lieu, selon F.-M. Hammersley⁸², les « unique scents » sont des produits auxquels une odeur a été incorporée sans que ceci soit une pratique habituelle dans le secteur correspondant du marché. Les balles de tennis qui dégagent une odeur d'herbe fraîchement coupée, l'essence des « plumeria blossoms » pour des fils à broder ou l'odeur de bière pour des fléchettes en sont quelques exemples.

Comme règle, l'odeur des « product scents » et des « unique scents » n'est pas accessible au public dans le moment précédant l'achat, contrairement à celle des « primary scents », qui l'est habituellement.

5.2 Le moment postérieur à l'achat : la « post-sale confusion »

Comme il a été dit, la perception du public concerné n'est pas nécessairement limitée au moment antérieur à l'achat. Le droit des marques protège aussi contre la confusion qui peut se produire chez des acheteurs prospectifs une fois que le produit désigné par la marque est utilisé⁸³.

Les conséquences de ce genre de confusion peuvent se répercuter sur le propriétaire de la marque de deux façons différentes. D'une part, une diminution des ventes pourrait arriver à cause de la déception des consommateurs qui constatent la qualité inférieure des produits indûment pourvus de la marque. D'autre part, les conséquences pourraient découler de ladite « dilution », c'est-à-dire, de la perte du prestige associé à une marque à cause de la commercialisation de produits de qualité et de prix inférieurs indûment pourvus de celle-ci. Notons que la raison qui pousse à acquérir des produits de « marque exclusive » à un prix beaucoup plus élevé que celui du marché est étroitement liée à une volonté dirigée vers la recherche d'une exclusivité qui, clairement, disparaît quand une version identique ou similaire du même produit se met à la portée du pouvoir d'achat de tout le monde. La dilution de la marque menace, en particulier quand il s'agit de marques de luxe, avec des conséquences fatales pour son propriétaire.

Ce genre de confusion ayant lieu quand les produits se révèlent au public après leur vente (« post-sale confusion ») est particulière-

82. F.M. HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 125.

83. CJCE, affaire *Arsenal* précitée, point 57. Pour une étude poussée de la « post-sale confusion » concernant les odeurs voir M.-K. CHAI, « Protection of Fragrances under the Post-Sale Confusion Doctrine » *TMR*, Vol. 80, p. 368-381.

ment significatif en ce qui concerne le signe olfactif qui, libre des emballages qui rendent difficile sa perception, atteint dans ledit contexte la plénitude de sa signification. En outre, contrairement à ce qui arrive sur le point de vente, dans le cadre du « post-sale context » l'odeur se présente libre d'emballages sur lesquels apparaissent des indications verbales, des éléments figuratifs ou d'autres signes distinctifs plus puissants qui pourraient avoir pour effet que le consommateur, au moment d'identifier le produit souhaité, se fie à eux plutôt qu'au signe olfactif, ce qui freine l'hypothèse que ledit signe fonctionne en tant que marque. Ce qui précède, bien entendu, présuppose que les consommateurs sont capables d'identifier des odeurs et qu'ils perçoivent une odeur particulière comme indication d'origine, question qui sera analysée plus loin. Si les consommateurs ne sont guère capables d'identifier le produit qu'ils souhaitent à travers sa fragrance ou – ce qui est encore plus important – si, en étant *a priori* capables, ils ne se servent pas de cette association pour identifier des produits, alors il est évident que l'odeur ne fonctionne pas en tant que marque. La doctrine de la « post-sale confusion » ne pourra donc pas s'appliquer par rapport à ce genre de signes⁸⁴.

De tout ce qui précède, il s'ensuit que le « post-sale context » est particulièrement important en ce qui concerne des produits de parfumerie de luxe, par rapport auxquels la prolifération sur le marché des imitations bon marché menace d'avoir des effets dévastateurs pour son aura de prestige et d'exclusivité⁸⁵.

5.3 Les consommateurs perçoivent-ils le signe olfactif comme une indication d'origine commerciale ?

Rien ne s'oppose dès lors à ce que, dans certaines circonstances, le consommateur puisse sentir l'odeur au moment pertinent en vertu du droit des marques, c'est-à-dire antérieurement ou postérieurement au moment de l'achat. Pourtant, cela ne suffit pas pour qu'il puisse être affirmé que le signe olfactif fonctionne effectivement en tant que marque. En effet, il faudra, en outre, que ce signe olfactif soit perçu par le public en tant que signe distinctif.

84. « The doctrine [de la confusion dans un moment postérieur à l'achat] should only be applied to protect designer fragrances which have acquired secondary meaning. » M.-K. CHAI, *op. cit.*, p. 378.

85. Dans le cas, bien entendu, que les consommateurs puissent reconnaître chez les autres personnes la marque d'un parfum en percevant sa fragrance.

Si le public concerné perçoit le signe olfactif, par exemple, comme simple ornement visant à embellir les produits en cause⁸⁶ ou comme une caractéristique leur étant propre⁸⁷ (plutôt que comme signe portant un message identificateur), alors il ne peut pas être dit que ce signe fonctionne comme marque et, dès lors, son appropriation n'est plus justifiée dans le cadre du droit des marques⁸⁸.

Cela pose à nouveau un certain nombre de problèmes vis-à-vis des signes olfactifs⁸⁹. Le public aura tendance à percevoir une odeur artificiellement incorporée à un produit comme tentative visant à l'embellir, plutôt que comme indication d'origine commerciale⁹⁰. En outre, les produits sont d'habitude présentés au public accompagnés d'autres signes distinctifs plus puissants⁹¹ (ils sont vendus dans un emballage sur lequel apparaissent des indications verbales ou des éléments figuratifs) ce qui rend difficile de croire que le consommateur, pouvant y faire appel, comptera pourtant sur l'odeur pour distinguer l'origine commerciale⁹².

À nouveau, rien ne s'oppose à ce qu'un signe olfactif particulier puisse être perçu par le public pertinent comme indiquant une origine commerciale. Il reviendra au demandeur de démontrer que le signe olfactif a acquis un caractère distinctif par l'usage⁹³.

86. Comme ce pourrait être le cas avec lesdits « product scents », c'est-à-dire avec des produits aromatisés dont la fonction principale est autre que celle de simplement aromatiser le corps ou la maison (détergents, savons, produits pour lessiver, etc.).

87. Comme ce pourrait être le cas avec les « primary scents » : l'odeur, dans le cas du parfum, est le produit lui-même. Voir *infra*, note 108.

88. « La protection exclusive conférée à la marque ne bénéficie pas aux signes qui ne remplissent pas la fonction primordiale de différencier le produit et ne permettent de ce fait d'en identifier l'origine, c'est-à-dire, le fabricant. » Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer. Affaire *Philips* précitée, point 13.

89. Dans l'affaire *In re Clarke*, l'examineur de la USPTO affirma par rapport à la marque olfactive que celle-ci « is not of a character usually recognized by potential consumers as an indication of origin. » B. Elias se demandera « [...] do consumers actually use scent to identify the source of a product before they purchase it ? » (*op. cit.*, p. 481) pour arriver à une conclusion négative.

90. Voir *infra*, note 109.

91. Ce que B. Elias décrit comme « the presence of other adequate stronger indicia of origin », B. ELIAS, *op. cit.*, p. 483. Voir également J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 296.

92. Voir en ce sens B. ELIAS, *op. cit.*, p. 483. Également H. BURTON, *op. cit.*, p. 379.

93. Voir art. L-711-2 CPI, art. 3.3 DM et art. 7.3 RMC.

6. LA CAPACITÉ DISTINCTIVE DU SIGNE OLFACTIF CONCERNÉ

6.1 Odeurs descriptives et odeurs génériques

Le caractère distinctif d'une marque ne peut pas être déterminé au préalable. Pour savoir si le signe concerné est distinctif, il faut analyser les particularités de ce signe vis-à-vis des produits ou services visés⁹⁴.

En effet, le modèle de la DM (et par extension les différents systèmes nationaux) comme le système de marque communautaire créé par le RMC prévoient un certain nombre de motifs de refus à l'enregistrement.

Aux termes de l'article 3.1 c) de la DM (*mutatis mutandis* art. L. 711-2 b) CPI et art. 6 c) RMC) sont refusées à l'enregistrement « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ».

Des tels signes sont considérés comme descriptifs des produits qu'ils désignent et par conséquent sont, en principe, dépourvus de caractère distinctif. On reconnaîtra « l'impératif de disponibilité » dans le motif de refus des signes descriptifs⁹⁵. Dès lors, en principe⁹⁶, ces signes ne pouvant être monopolisés comme marques, leur usage sera par conséquent libre⁹⁷.

Transposée au domaine olfactif, cette disposition détermine que, par exemple, « l'odeur de cacao » ne puisse pas être acceptée comme marque pour désigner des produits qui contiennent du chocolat au motif que l'odeur susmentionnée est « une caractéristique

94. M.-D. RIVERO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1668. Voir également CJCE 18 juin 2002 affaire C-299/99 *Philips* point 59 : « Le caractère distinctif d'une marque [...] doit être apprécié par rapport aux produits ou services pour lesquels l'enregistrement de la marque est demandé. »

95. Voir CJCE 4 mai 1999 affaires cumulées C-108/97 et C-109/97 *Windsurfing Chimsee* point 25.

96. Sauf si ces signes ont acquis caractère distinctif par l'usage (« secondary meaning »).

97. Il s'agit des marques dites descriptives. Par exemple, la dénomination « cabernet Sauvignon » serait refusée comme marque pour distinguer des vins, de la même façon que le terme « confortable » pour distinguer des fauteuils.

propre au produit ». Ce motif de refus deviendra inopérant si l'odeur demandée ne garde pas de relation vis-à-vis des produits qu'elle vise à désigner. C'est ainsi qu'il ne peut pas être invoqué par rapport à « l'odeur des *plumeria blossoms* » pour des fils de couture et de broderie, « l'odeur de bière » pour des fléchettes ou « l'odeur d'herbe fraîchement coupée » pour des balles de tennis.

De son côté, aux termes de l'article 3.1 d) DM (art. L. 711-2 a) CPI et article 7.1 d) RMC) sont refusées à l'enregistrement « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce ». En effet, de tels signes sont considérés comme génériques et, tel qu'il arrive avec les signes descriptifs, ils sont en principe dépourvus de caractère distinctif⁹⁸.

En appliquant cette disposition au domaine olfactif, il résulte qu'un certain nombre d'autres signes désignant certains produits ne peuvent pas être enregistrés comme marques. Ainsi, « l'odeur de lavande » ne peut pas être monopolisée pour des désodorisants pour la maison ou pour la voiture, de même que « l'odeur de citron » vis-à-vis des produits pour faire la vaisselle, toutes les deux étant des « indications » qui sont devenues usuelles dans les habitudes loyales et constantes du commerce pour « distinguer » les produits susmentionnés.

Selon l'article 3.3 DM (art. L. 711-2 CPI *in fine*) « une marque n'est pas refusée à l'enregistrement [...] en application du paragraphe 1 points b), c) ou d) si avant la date de la demande d'enregistrement et après l'usage qui en a été fait, elle a acquis un caractère distinctif ». C'est ainsi que le caractère distinctif acquis par l'usage, ou « secondary meaning », sert à neutraliser les effets des dispositions des articles 3.1 c) et 3.1 d) susmentionnées.

6.2 Marques olfactives fonctionnelles

Aux termes de l'article L. 711-2 c) CPI « sont dépourvus de caractère distinctif [...] les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle ».

98. C'est ainsi que la dénomination « jeans » ne peut pas s'enregistrer pour distinguer des pantalons ou le terme « PC » pour distinguer des ordinateurs.

Le lecteur nous permettra d'interpréter le terme « forme » de façon suffisamment large pour que l'idée de « forme olfactive » puisse y être comprise. De la sorte, il s'ensuit que la doctrine de la fonctionnalité semble être un obstacle notable pour qu'un signe olfactif puisse faire l'objet d'une protection à titre de marque.

En effet, la tentative d'enregistrer, par exemple, « l'odeur de citron » pour des produits de ce genre ou des produits dérivés, rencontrerait l'obstacle du premier alinéa de l'article L. 711-2 c) CPI, soit que le signe olfactif « odeur de citron » est imposé par la nature du produit. Également, les « product scents » (odeurs appliquées à des savons, détergents, produits pour lessiver, etc.) risquent d'être considérées comme des « formes imposées par la fonction du produit » aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 711-2 c) CPI. Finalement, les « primary scents » (parfums, désodorisants ainsi que tout autre produit dont la fragrance qu'il dégage constitue sa véritable raison d'être) pourraient se voir rejeter comme marques sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 711-2 c) : « formes qui influent sur la valeur essentielle du produit ».

De fait, la frange de la doctrine qui est hostile à la marque olfactive justifie son positionnement en faisant appel à la doctrine de la fonctionnalité⁹⁹. Néanmoins, un examen attentif de la *ratio legis* de l'article susmentionné impose quelques précautions au moment d'en déduire l'application à l'espace olfactif. En effet, il ne doit pas être oublié que l'article L. 711-2 c) CPI fut pensé pour des formes tridimensionnelles : une application par rapport aux odeurs ne peut donc pas se déduire automatiquement.

99. « A perfume's entire functionality lies in its scent. Therefore, under the strict prohibition against functional marks [...] registration of primary scent marks is unlikely. » J. PREZIOSO, *op. cit.*, p. 205. « Primary scents, which are the product, and product scents that are added for the purpose of masking odours, fulfil utilitarian functions and could not be registered as trade marks » J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 302. « Primary scents are the product. The function of the product is to emit fragrance » H. BURTON, *op. cit.*, p. 382. « Verleiht ein bestimmter Geruch einem Produkt seinen wesentlichen Wert, wie dies z. B. bei Parfums oder Lufterfrischern der Fall ist, so wird ein Schutz des Geruchs als Marke ausgeschlossen sein. » M. VIEFHUES, *op. cit.*, p. 251. « The registrability of fragrance marks, in the jurisdictions in which such marks are accepted as trade-marks, often turns on the issues of functionality » J. MACERA et J. FINLAYSON, *op. cit.*, p. 258. Et pas seulement la doctrine : dans l'affaire *In re Clarke*, le TTAB avertit : « It should be noted that we are not here talking about the registrability of scents or fragrances of products which are noted for those features, such as perfumes, colognes or scented household products ». Voir *supra*, note 7.

Une première difficulté sémantique a déjà été signalée : une interprétation littérale de l'article L. 711-2 c) CPI, dont la lettre ne parle que de « formes », ne permet pas d'y inclure des odeurs¹⁰⁰. Il serait possible néanmoins de faire abstraction de cet important obstacle sémantique et d'appliquer la disposition en réalisant une interprétation téléologique. Pour que cela puisse être fait, il est nécessaire que la *ratio legis* de l'article L. 711-2 c) CPI puisse être partagée quand celui-ci est appliqué à l'espace olfactif. Nous allons examiner cette *ratio legis* pour voir par la suite si l'article L. 711-2 c) CPI peut s'appliquer aux odeurs.

La doctrine de la fonctionnalité tient à une préoccupation visant à éviter de fausser les conditions de concurrence dans le marché. En effet, la forme imposée par la nature même du produit, celle qui produit des résultats industriels ou celle qui influe sur la valeur essentielle du produit doit être considérée comme une forme nécessaire pour la commercialisation du produit concerné et, par conséquent, elle doit être exclue du monopole en vertu de l'impératif de disponibilité.

Voyons donc dans quelle mesure cette *ratio legis* subsiste quand la doctrine de la fonctionnalité s'applique à l'espace olfactif.

6.3 Formes olfactives imposées par la nature du produit

L'industriel qui se fait accorder un droit de marque sur la forme (olfactive) imposée par la nature du produit concerné (« odeur de citron » pour des produits au citron, pour continuer avec notre exemple) acquiert une position privilégiée dans ce marché qui, en pratique, lui permet d'empêcher ses concurrents de commercialiser les produits mentionnés, leur nature imposant que ceux-ci dégagent une odeur de citron. Dans ces circonstances, toute possibilité de concurrence efficace dans ce marché disparaîtrait. D'ailleurs, il est évident que le signe olfactif « odeur de citron » est impropre à jouer le rôle distinctif de la marque vis-à-vis des agrumes, le public ne le percevant pas comme indicateur d'origine commerciale mais comme une caractéristique lui étant propre¹⁰¹.

100. Voir en ce sens V. ASTIC et J. LARRIEU : « Une lecture plus attentive de l'article L. 711-2 (c) montre cependant que son application aux parfums n'est pas pertinente dans la mesure où cet alinéa vise exclusivement les « formes » [...] et pas les odeurs. » *op. cit.*, p. 391.

101. D'évidence, les formes naturelles sont, indépendamment de leur origine commerciale, consubstantielles aux produits dont il s'agit. Par voie de conséquence,

Cela dit, il faut s'interroger sur les effets d'une telle monopolisation quand il s'agit de l'odeur d'un parfum.

Contrairement à ce qui arrivait dans le cas précédent, l'industriel qui monopolise la forme (olfactive) d'un parfum (c'est-à-dire sa fragrance) n'acquiert aucune position privilégiée sur le marché lui permettant d'exclure ses concurrents de la fabrication ou de la commercialisation de n'importe quel parfum ; l'industriel n'acquiert qu'un monopole limité à la fragrance particulière du parfum concerné et, par conséquent, pas opposable à tous les parfums, dont le nombre est d'ailleurs illimité¹⁰².

Ce point ne fait pas l'unanimité. À l'argument qui vient d'être exposé, il a été opposé que le nombre de fragrances à disposition du parfumeur est très limité, un grand nombre de composants olfactifs ne pouvant pas être combinés, soit pour des raisons chimiques, soit pour des raisons dictées par des impératifs esthétiques¹⁰³. En effet, octroyer des monopoles sur des fragrances de parfum risquerait de limiter considérablement la palette olfactive disponible aux concurrents sur le marché, particulièrement compte tenu qu'un grand nombre de nuances d'odeurs – l'on avance de façon erronée¹⁰⁴ – échappe à notre rudimentaire odorat, incapable de percevoir les nuances qui rendent différentes deux fragrances que nous, cependant, percevrions comme identiques¹⁰⁵.

Avant qu'il puisse être proclamé que la fragrance d'un parfum surmonte l'obstacle de la fonctionnalité quant au premier alinéa de l'article L. 711-2 c) CPI, il convient de savoir si celle-ci surmonte avec autant d'aisance l'obstacle de la preuve du caractère distinctif.

le consommateur ne peut pas les percevoir comme signe porteur d'une signification distinctive ; il les percevra, en revanche, comme ce qu'elles sont en réalité, c'est-à-dire la forme inhérente au produit particulier.

102. Voir J.-E. HAWES, *op. cit.*, p. 153 : « Given the innumerable possible scent combinations and variations, and the numerous different perfumes on the market today, consistent with the stated objectives of the Lanham Act it would seem that perfume fragrances should not be viewed as functional » comme F.M. HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 138 et M.-K. CHAI, *op. cit.*, p. 372.

103. « Perfumers must design fragrances that comply with societally accepted hedonic norms. [...] Therefore, perfumers are to some extent discouraged from introducing wholly unfamiliar essences into their repertoire as these are less likely to gain the approval of consumers. » J. PREZIOSO, *op. cit.*, p. 206-207. Voir dans le même sens B. ELIAS, *op. cit.*, p. 521.

104. Voir *supra*, 5.2 « Caractéristiques de la perception à travers l'odorat ».

105. Et l'on arrive ainsi aux portes du problème dit de la « fragrance depletion » (épuisement de fragrance) que nous aborderons par la suite.

Ceci revient donc à déterminer si la fragrance d'un parfum peut être perçue par le public comme indicateur d'origine commerciale.

Alors que le signe olfactif « odeur de citron » est dépourvu de tout caractère distinctif quand il est appliqué à des produits de ce genre (car il est l'odeur qui est imposée par la nature du produit et donc le public ne le perçoit pas comme indicateur d'origine commerciale, mais plutôt comme une caractéristique lui étant propre) le produit « parfum » est dépourvu d'une odeur spécifique lui étant propre, chaque parfum dégageant la fragrance (de fantaisie) que son créateur décida librement de lui imprimer et donc ne partage avec la fragrance générique du parfum que certains traits caractéristiques qui permettent d'identifier sa fragrance comme s'agissant d'une fragrance « de parfum »¹⁰⁶. Voilà pourquoi la forme (olfactive) d'un parfum ne peut pas être considérée comme « la forme imposée par la nature même du produit », car le produit « parfum » n'impose aucune forme olfactive déterminée¹⁰⁷. Par conséquent, les fragrances de fantaisie appliquées à des « primary scents » ne peuvent pas être considérées comme des formes naturelles au sens de l'article L. 711-2 c) CPI. Rien dans la loi, une fois surmontés les inconvénients des formes qui produisent des résultats industriels et des formes qui influent sur la valeur essentielle du produit que nous analyserons par la suite, n'empêche que les consommateurs puissent percevoir ce genre d'odeurs comme indicateurs d'origine commerciale¹⁰⁸.

De son côté, quelles conclusions peuvent être tirées de l'analyse du deuxième alinéa de l'article L. 711-2 c) CPI ?

106. Les considérations qui précèdent présupposent que le parfum dont il s'agit consiste en une combinaison artificiellement élaborée (« novel scent » ou une « fragrance de fantaisie ») et non pas une fragrance de base comme, par exemple, « l'odeur de jasmin ».

107. Mis à part l'hypothèse que le parfum doit sentir bon.

108. Même pas le principe d'indépendance de la marque par rapport au produit (« estraneità del marchio al prodotto » ou « Selbständigkeit der Marke gegenüber der Ware ») peut être invoqué quand il s'agit de la fragrance d'un parfum car, comme on l'a vu, la fragrance d'un parfum est dans chaque cas particulier un « signe » indépendant au produit générique « parfum ». Rien ne s'oppose à ce que le public puisse identifier un parfum en faisant appel à sa fragrance. C'est même à travers ce « signe » qui est la fragrance d'un parfum qu'un parfum particulier se distingue du reste des parfums : « [l'odeur spécifique d'un parfum] est arbitrairement choisie par la maison dans le seul but d'agir comme signature, comme marque de commerce pourrait-on dire ». C. LECLERC et D. GERVAIS, « Être au parfum : protéger la marque de commerce olfactive au Canada ? » : *Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 15, n° 3, mai 2003, p. 865-904, p. 896.

6.4 La forme qui produit des résultats industriels

Imaginons un instant les odeurs qui produisent des résultats techniques : odeurs utilisées pour masquer l'odeur typiquement désagréable de certains produits¹⁰⁹, pour chasser des insectes¹¹⁰, pour prolonger les effets aromatiques d'une certaine fragrance¹¹¹, celles qui peuvent être utilisées avec des finalités thérapeutiques¹¹², etc. Quelles conséquences sur la concurrence aurait leur admission en tant que marque ? Est-ce que la forme qui produit un résultat industriel doit se voir automatiquement refuser la protection à titre de marque ou, au contraire, faudrait-il en premier lieu se demander si le même résultat industriel peut être accompli par des formes (olfactives) alternatives ? Autrement dit : est-ce que la prohibition du deuxième alinéa de l'article L. 711-2 c) CPI est limitée audit « best method » ou, au contraire, s'étend à n'importe quelle forme produisant un résultat technique, indépendamment du point de savoir si cette forme est la plus appropriée ? Dans la première hypothèse, compte tenu de la relation existante entre la première partie de l'article L. 711-2 (c) CPI (manque de caractère distinctif des formes fonctionnelles) et le dernier alinéa du même article L. 711-2 CPI (caractère distinctif acquis par l'usage), peut-il être considéré qu'une forme produisant un résultat industriel mais pour laquelle il existe des alternatives est susceptible d'acquiescer un caractère distinctif ?

L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer se prononce dans le sens négatif : « dès lors que les éléments essentiels d'une forme sont nécessaires pour remplir une fonction, la protection de la marque doit être refusée, sans qu'il faille se demander si cette fonction peut aussi être remplie par d'autres éléments »¹¹³. Selon l'avocat général, une forme qui remplit une fonction pratique ne peut jamais faire l'objet d'une marque¹¹⁴. L'avocat général admet seulement qu'on

109. Voir *supra*, note 9 les marques US 2560618, US 2463044, US 2568512 et US 2596156 ainsi que *supra*, note 17, les tentatives « odeur de framboise » et « parfum artificiel de la fraise » visant des produits d'odeur (ou de saveur) typiquement désagréables : pneus, huiles, lubrifiants, médicaments, sous-vêtements, peaux, etc.

110. Tout le monde sait que, par exemple, l'odeur de cèdre éloigne les mites.

111. Il s'agit des *fixateurs*. Dans l'industrie du parfum, par exemple, la bergamote est utilisée comme fixateur.

112. Il s'agit de l'olfactothérapie. Certaines odeurs sont utilisées, par exemple, comme thérapie contre le stress.

113. Affaire CJCE *Philips* précitée, point 35.

114. « Les formes naturelles, fonctionnelles ou ornementales ne sont pas susceptibles, par la volonté expresse du législateur, d'acquiescer un caractère distinctif. Il est totalement vain – outre que c'est contraire à l'économie de la directive – de

puisse s'interroger sur le caractère distinctif d'une telle forme dans l'hypothèse où seules les formes *indispensables* à l'obtention d'un résultat pratique seraient des « formes imposées par la fonction du produit » au sens de l'article L. 711-2 c) CPI¹¹⁵. Dans cette hypothèse, il serait raisonnable de réfléchir sur le caractère distinctif des formes fonctionnelles *non indispensables*. L'avocat général, défavorable à cette thèse, avance deux arguments différents pour justifier son avis. D'un côté, il estime qu'une forme imposée par la fonction du produit (et le raisonnement s'étend aux formes imposées par la nature du produit et aux formes qui confèrent au produit sa valeur substantielle) n'est pas susceptible, par la volonté expresse du législateur, d'acquérir un caractère distinctif¹¹⁶. D'un autre côté (et le raisonnement sur ce point ne peut s'étendre qu'aux formes qui confèrent au produit sa valeur substantielle) l'avis de l'avocat général s'explique en prenant en compte que les formes sont normalement protégées par une législation limitée dans le temps (les brevets d'invention et les modèles industriels), ce qui constituerait une sorte de fraude à la

se demander si des formes présentant ces caractéristiques ont ou non des vertus distinctives. » Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, Affaire *Philips*, précitée, point 17.

115. « Dans ces conditions, j'estime qu'il ne faudrait s'interroger sur les vertus de différenciation de la marque [...] si l'on admettait que seules les formes indispensables à l'obtention d'un résultat technique ont un caractère fonctionnel [...]. » *ibid.*, point 23.
116. Et c'est justement sur ce point que, à notre avis, l'avocat général commet une erreur. La volonté du législateur ne peut pas influencer sur la capacité d'un signe à acquérir un caractère distinctif. Le législateur peut décider quels signes sont aptes à se qualifier comme marques et, au contraire, ceux auxquels cette aptitude fait défaut. L'aptitude de chacun d'entre eux à acquérir un caractère distinctif, pourtant, échappe à ce qui peut être décidé par le législateur. Le législateur ne peut pas établir quels signes sont aptes à acquérir un caractère distinctif car c'est une question d'ordre factuel et, par conséquent, extérieure à l'ordre juridique. Au surplus, le législateur peut présumer que certains signes sont dépourvus de caractère distinctif. Par voie de conséquence, à notre avis, l'interprétation correcte de l'article L. 711-2 c) est la suivante : le législateur présume dans un premier temps que les formes naturelles, les formes fonctionnelles et les formes conférant au produit sa valeur substantielle sont dépourvues de caractère distinctif. En tenant compte de ce que, pour des raisons qui ont à voir avec le maintien d'un système de concurrence non faussé, il n'est pas souhaitable que de telles formes se constituent comme marques, le législateur établit, dans un deuxième temps, que de telles formes ne peuvent pas acquérir de caractère distinctif par l'usage réussissant ainsi, par une action à deux vitesses, à convertir en une présomption *juris et de jure* de manque de caractère distinctif une présomption qui autrement n'aurait été qu'une simple présomption *juris tantum*. À noter que si l'on acceptait que les formes de l'article L. 711-2 c) sont intrinsèquement impropres à distinguer, alors le même article L. 711-2 c) serait inutile autant que redondant, car les signes intrinsèquement impropres à distinguer sont déjà exclus par l'article L. 711-1 (« Éléments constitutifs de la marque »).

loi que de permettre d'acquérir un droit perpétuel par le biais de la législation des marques¹¹⁷. L'avocat général indique, en outre, que si les formes qui produisent un résultat pratique et pour lesquelles il existe une alternative peuvent être enregistrées à titre de marques, rien n'empêche un industriel d'enregistrer toutes les formes alternatives possibles pour atteindre ce résultat en acquérant de la sorte un monopole perpétuel sur une solution technique particulière¹¹⁸.

Dans l'hypothèse où la « utilitarian functionality » serait applicable à l'espace olfactif, les réflexions précédentes se révèlent d'une importance extrême. Une odeur qui remplit une fonction pratique est-elle dans tous les cas dépourvue de caractère distinctif ou, au contraire, n'est-elle dépourvue de ce caractère distinctif qu'en l'absence d'odeurs alternatives pour remplir cette même fonction technique¹¹⁹ ?

Dans la première hypothèse, les odeurs qui remplissent une fonction pratique ne seraient jamais admises pour constituer des marques. Dans la deuxième hypothèse, en revanche, certaines des odeurs précédentes pourraient, malgré leur fonctionnalité, être enregistrées comme marques à condition qu'elles aient acquis un caractère distinctif par l'usage. La difficulté suivante consiste, dès lors, à déterminer dans quelle mesure une odeur qui remplit une fonction pratique est susceptible d'être perçue par le public comme différenciant des produits ou des services¹²⁰.

117. « [A]lors que la marque jouit d'une protection illimitée dans le temps, les droits sur les modèles – comme ceux sur les brevets – ont une vocation temporaire. De ce point de vue également, il est approprié d'utiliser, pour exclure l'enregistrement comme marques de formes fonctionnelles et ornementales, un critère plus sévère que celui qui doit être employé pour classer les modèles et les brevets. » Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, affaire *Philips* précitée, point 38.

118. Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, affaire *Philips* précitée, point 39.

119. Voir articles L. 711-2 (c) CPI et L. 711-2 dernier alinéa ainsi que les explications *supra*, note 116.

120. Comme l'ont signalé les chambres de recours de l'OHMI : « L'adjonction d'arôme de framboise aux combustibles comme du diesel ou du gazole, dont l'odeur est particulièrement désagréable, est semblable à l'utilisation d'un spray parfumé dans une pièce malodorante. Le consommateur aura donc tendance à considérer cette adjonction d'arôme de framboise comme l'une des nombreuses tentatives de l'industrie de rendre l'odeur de ces produits plus agréable. Ce consommateur perçoit l'odeur comme une amélioration de l'image, à l'instar d'un élément décoratif, et non comme un signe assumant une fonction d'indiquer l'origine ou de distinguer le produit. » affaire R 711/1999-3 point 43. Une opinion qu'on retrouve quant à un signe gustatif, dans l'affaire R 120/2001-2, point 16 : « Moreover, the

L'interprétation de la dernière partie de l'article L. 711 c) CPI (les signes conférant au produit sa valeur substantielle manqueraient de caractère distinctif) pose autant de difficultés que celle des deux parties précédentes.

6.5 La forme qui influe sur la valeur essentielle du produit

Aux termes de la dernière partie de l'article L. 711-2 c) CPI, « sont dépourvus de caractère distinctif [...] les signes constitués exclusivement par la forme [...] conférant [au produit] sa valeur substantielle ».

Le parfum, comme l'ensemble des « primary scents », acquiert « sa valeur substantielle » grâce à sa forme olfactive¹²¹. Dès lors, une interprétation littérale de l'article susmentionné empêcherait automatiquement toute « primary scent » d'être admise pour constituer une marque. De fait, la frange de la doctrine qui est hostile au principe de la protection des odeurs comme marques se sert de cet argument pour soutenir l'opinion que la fragrance d'un parfum ne peut pas constituer une marque visant ce genre de produits. Cependant, avant de tirer des conclusions précipitées, quelques précisions doivent être prises en compte.

S'il semble évident que, par exemple, « l'odeur de roses » ou « l'odeur de lavande » appliquées à des désodorisants pour la maison sont des formes olfactives « qui influent sur la valeur substantielle du produit », la même conclusion ne peut pas être tirée automatiquement vis-à-vis de la fragrance d'un parfum.

Il est évident que la fragrance d'un parfum lui confère sa valeur substantielle. Dès lors, une application automatique de l'article L. 711-2 c) CPI empêcherait que la fragrance d'un parfum puisse se

taste is unlikely to be perceived by consumers as a trade mark ; they are far more likely to assume that it is intended to disguise the unpleasant taste of the product ». K.-H. Fezer le décrit comme suit : « Die Selbständigkeit der Marke gegenüber der Ware ist eine zwingende Folge der *Identifizierungsfunktion* der Marke. [...] Die sensorische Marke darf nicht mit dem Produkt, das es kennzeichnet, identisch oder ein funktionell notwendiger Bestandteil des Produkts sein. » K.-H. FEZER, *op. cit.*, p. 578. « However, as the scent is not being used to indicate the source of the product, such a purchase will be made without the assistance of such an association. The scent will therefore not be functioning as a trade mark. » J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 296.

121. C'est ainsi que l'odeur d'herbe fraîchement coupée pour des balles de tennis n'est pas fonctionnelle au sens de l'article L. 711-2 c) CPI tandis que, en revanche, la fragrance du « Chanel n° 5 » en constitue la véritable raison d'être.

constituer comme marque. Cependant, l'appropriation de la fragrance d'un parfum particulier (en tant que fragrance de fantaisie) n'implique aucune barrière pour la concurrence effective dans le marché, car les concurrents disposent d'innombrables alternatives à cette fragrance avec lesquelles atteindre le même objectif, à savoir aromatiser le corps¹²². La doctrine de la « aesthetic functionality » ne s'appliquerait aux fragrances de fantaisie (et donc aux produits de parfumerie) que quand il serait démontré que les préférences de la demande d'un certain genre de fragrances (par exemple, celles destinées au public féminin) nourrissent l'espoir d'une note de type, par exemple, « florale-fruitée ». Dans cette hypothèse, la note « florale-fruitée » devrait être considérée comme « esthétiquement nécessaire » et donc fonctionnelle aux termes de l'article L. 711-2 c) CPI et non susceptible d'appropriation à titre de marque.

7. LES PROBLÈMES DE LA « FRAGRANCE DEPLETION » ET DE LA « SCENT CONFUSION »

Imaginons un instant qu'un signe olfactif particulier réussisse à surmonter tous les obstacles mentionnés et soit finalement enregistré comme marque.

Aux termes de l'article L. 713-3 CPI sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public : « a) la reproduction l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement. »

Compte tenu des particularités de notre odorat, on a avancé que l'octroi d'un droit de marque pour une fragrance élargirait considérablement les contours du monopole conféré entraînant ainsi un danger pour la concurrence. En effet, le public percevrait beaucoup de fragrances, sinon comme identiques, au moins comme similaires, ce qui entraînerait un plus grand risque de confusion dans l'esprit du public et, par conséquent, un pouvoir d'interdiction plus large du

122. « [...] the more complex and creative the scent, the better its chances to defeating the competition theory within the aesthetic functionality doctrine », F.M. HAMMERSLEY, *op. cit.*, p. 141. Comme il a été dit, ces considérations sont valables quand le parfum concret peut être considéré comme une fragrance « de fantaisie ». Si, en revanche, ce qu'on prétend monopoliser à titre de marque pour un produit de parfumerie est « l'odeur de jasmin », alors il est clair que cette forme olfactive doit être considérée comme « conférant à ce dernier sa valeur substantielle ».

propriétaire de la marque. Les défenseurs de cette thèse ajoutent en outre que la palette d'odeurs disponible en ce qui concerne des parfums ou d'autres « primary scents » est plutôt limitée. Il suffirait donc de s'approprier quelques fragrances pour que le spectre olfactif disponible aux concurrents se voie dramatiquement réduit. C'est dans ce contexte que se situe le problème de l'épuisement de fragrances, dont la « scent confusion » n'est que le catalyseur.

À son tour, le problème dit de la « scent confusion » est susceptible d'être analysé d'un point de vue différent, notamment du point de vue de la délimitation du contenu du droit octroyé. En effet, toujours selon ceux qui sous-estiment les capacités de notre odorat, dans le cas des marques olfactives il serait problématique de déterminer les contours du monopole octroyé¹²³, ce qui entraîne de graves difficultés au moment de déterminer s'il y a contrefaçon de la marque. Ils ajoutent en outre l'inconvénient (supposé plus que réel) de la subjectivité de la perception par l'odorat. Comment réaliser une analyse organoleptique de la marque olfactive (le « sniff test ») sans s'exposer à des subjectivités¹²⁴ ? Il faut noter qu'à ce propos des « nez » experts (ainsi que des appareils de laboratoire) ne peuvent pas porter secours au tribunal qui doit trancher sur la question de la confusion en fonction du « consommateur moyen de la catégorie de produits concerné censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ». Autrement dit, il ne s'agit pas de savoir si deux fragrances sont effectivement identiques, mais de savoir s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public qui perçoit ces deux fragrances comme identiques.

8. CONCLUSION

Les inconvénients du signe olfactif pour fonctionner comme marque dans le marché sont nombreux et sont de grande envergure. Cependant, aucun d'entre eux ne semble définitif pour exclure la

123. « Problematisch wird der Schutz der Geruchsmarke, wenn es um die Bestimmung ihres Schutzzumfangs geht. Vor allem bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit im Rahmen der Verwechslungsgefahr kann es schwierig werden, den geschützten Geruch zu bestimmen und seinen Schutzzumfang festzulegen. » M. VIEFHUES, *op. cit.*, p. 252, une remarque que font également J.-K. McGRATH, *op. cit.*, p. 279 et p. 315, J. PREZIOSO, *op. cit.*, p. 217-218, B. ELIAS, *op. cit.*, p. 489 et p. 522, M.-D. RIVERO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1646, et L. MANSANI, *op. cit.*, p. 274.

124. « Außerdem bedürfte es plausibler Anhaltspunkte, welche bereits die Grenze der Ähnlichkeit überschritten haben. Da das Geruchsempfinden verschiedener Menschen unterschiedlich ausgeprägt ist, kann es zudem schwierig werden, die Entscheidung eines Widerspruchsprüfers oder Richters über die Geruchsähnlichkeit nachzuvollziehen », M. VIEFHUES, *op. cit.*, p. 252.

possibilité qu'un signe olfactif particulier visant des produits ou des services déterminés fonctionne comme marque. Il reviendra au demandeur dans chaque cas particulier de démontrer que le signe olfactif déposé remplit les conditions pour être accepté comme marque.

Il faut aussi attirer l'attention sur quelques questions générales qui ont fait l'objet d'importants malentendus. À cet égard, s'il s'agit de protéger une création aromatique en forçant le droit de marques (l'on pense ici à des parfums), il faut préciser qu'une marque ne confère pas à son propriétaire un monopole exclusif opposable à tous mais un monopole relatif, c'est-à-dire limité à la fonction que le signe réalise sur le marché. De ce point de vue, l'usage d'une marque qui ne peut pas être considéré comme « usage comme marque »¹²⁵ reste en dehors des possibilités du propriétaire pour l'interdire.

De ce qui précède, nous croyons que la marque olfactive est possible (et souhaitable) dans l'hypothèse où une odeur est effectivement utilisée comme indicateur de source commerciale et qu'elle réussit à surmonter tous les obstacles qui apparaissent quand le droit des marques s'étend au domaine olfactif. Pourtant, en accord avec certains auteurs¹²⁶, nous croyons que, dans l'hypothèse où elle serait acceptée, la marque olfactive demeurera une option minoritaire, comme le démontre le nombre jusqu'à présent restreint de demandes déposées aux États-Unis après quinze ans d'expérience avec la marque olfactive.

Abréviations utilisées

ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
DI	Il Diritto Industriale
IPQ	Intellectual Property Quarterly
MarkenR	Zeitschrift für deutsches, europäisches- und internationales Markenrecht

125. Au sujet de ce qui doit être considéré comme « usage comme marque », la CJCE eut l'occasion de se prononcer dans l'affaire *Arsenal*, précitée.

126. Voir notamment M. VIEFHUES, *op. cit.*, p. 254, M.-D. RIVERO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1687, et par rapport aux marques gustatives S. MIDDLEMISS, *op. cit.*, p. 154.

Abréviations utilisées (suite)

Prop. Intel.	Propriétés Intellectuelles
RDI	Rivista di Diritto Industriale
RDM	Rivista de Derecho Mercantil
RMC	Règlement sur la marque communautaire
TMW	Trademark World
WRP	Wettbewerb in Recht- und Praxis