



HAL
open science

LA PROTECTION PAR LE DROIT DE LA DOUCEUR DE SE PARFUMER

Laure Merland

► **To cite this version:**

Laure Merland. LA PROTECTION PAR LE DROIT DE LA DOUCEUR DE SE PARFUMER. 2018.
hal-02118765

HAL Id: hal-02118765

<https://hal.science/hal-02118765>

Submitted on 3 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PROTECTION PAR LE DROIT DE LA DOUCEUR DE SE PARFUMER

2018

Laure Merland

Maître de conférences HDR,

Aix-Marseille Univ,

LID2MS

EA4328

Aix-en Provence

France

*« La douceur n'est pas la mollesse ni la faiblesse... Elle est une intention de rendre le monde plus habitable, un antidote à la violence qui suinte tôt ou tard de toutes les formes de malheur. La douceur, envers soi ou envers les autres... c'est se souvenir que nous sommes tous des enfants fragiles derrière nos certitudes affichées et nos poitrines bombées » (Christophe André, *Et n'oublie pas d'être heureux*, Odile Jacob, 2014, p. 112).*

Abstract : Outre les conditions hygiénistes et commercialistes qui poussent le droit à protéger le parfum contre, pour certains, la contrefaçon et pour d'autres, l'imitation, c'est aussi un art de vivre que le droit défend pour ces justiciables. La formule « *dura lex sed lex* » est toujours valable, mais il ne faut pas oublier que le droit est aussi capable de défendre la qualité de vie de nos citoyens, jusqu'à la douceur de se parfumer.

La douceur de se parfumer comme antidote à la violence du monde. Monsieur le Professeur Michel Serres dans son ouvrage « Le contrat naturel », pose de ce postulat, que nous partageons, que le monde est par essence violent et que la civilisation est un moyen de le rendre « habitable », pour reprendre l'expression de Christophe André. Or, un constat s'impose. Le parfum a toujours existé justement pour rendre le monde plus habitable. Il pourrait donc à lui seul raconter une histoire de l'humanité. De fouilles archéologiques révèlent la découverte vers 5550 avant J.C. de céramiques pouvant contenir des parfums, vers 330 avant J.C. un Traité des plantes et des odeurs par Théophraste, au 1^{er} siècle après J.C., le parfum royal, créé dans la Rome antique pour éveiller l'appétit des rois. Quant aux archives, elles mettent au jour la fondation des gantiers parfumeurs en 1190, en 1370 la création de l'eau de Hongrie, qui va devenir la spécialité de Montpellier, en 1533 Catherine de Médicis qui ne se

déplace pas sans son parfumeur, René le Florentin. En 1729, les parfumeurs de Grasse obtiennent un statut approuvé par le Parlement de Provence, et 1730, c'est fondation de la Parfumerie Floris à Londres (pour en savoir plus, E. de Feydeau, Les Parfums, Histoire, anthologie, dictionnaire, R. Laffont, 2011). Ainsi, le parfum, à l'origine, concernait le sacré et le religieux, lorsqu'il était offert aux dieux sous forme de fumée d'encens, sans doute pour calmer leur colère ou adoucir leurs mœurs (notons que différents encens sont toujours de rigueur dans les lieux de culte religieux). Puis le parfum fût l'apanage des rois, de l'aristocratie, grâce à un artisanat spécifique : la parfumerie. Et que peut-elle être d'autre utilité que celle d'un rempart à la violence, à la colère des dieux et du monde ? Qu'il s'agisse de l'embellir, de le rendre neutre lorsqu'il est là pour masquer les mauvaises odeurs, ou de neutraliser l'imagination assassine de l'Autre, le parfum a vocation à endormir les craintes de celui qui l'offre ou le porte contre le côté agressif, imaginé ou réel, du vivant. Grâce aux progrès de la parfumerie, ce geste deviendra démocratique, quasi automatique, procurant presque inconsciemment cette douceur, ce réconfort, cet encouragement tant souhaité de tous.

La parfumerie moderne. La parfumerie jusqu'alors aristocratique et artisanale, pourvoyeuse d'odeurs rudes et tenaces mais instables, peu nombreuses, apanage du pouvoir, se voit peu à peu libérée par les progrès de la technologie et de la chimie et devient affaire d'industrie dont les commandes sont aux mains de la bourgeoisie du XIX^{ème} siècle. Coty comprend le premier que la parfumerie va devenir un grand marché : « Donnez à une femme le meilleur produit que vous puissiez préparer, présentez-le dans un flacon parfait d'une belle simplicité, mais d'un goût impeccable, faites le payer un prix raisonnable, et ce sera la naissance d'un grand commerce tel que le monde n'en a jamais vu ». Il s'associe à Lalique qui lui crée les flacons de « l'effleurt » et de « l'ambre antique », tandis que Poiret, quant à lui, à l'origine couturier, comprendra l'importance du parfum en employant le premier un chimiste parfumeur, et en mettant sous licence tous ses parfums, dont son grand succès, « les fleurs de Rosine ». Considérant que le parfum termine à merveille une tenue, les rapports avec les couturiers comme Dior, Chanel, Balmain, Lanvin, Vionnay, Patou et les parfumeurs ne se déferont plus. Les parfums deviennent élégants, qu'ils évoquent la nature (la rose, le muguet, les fleurs) ou les voyages (l'orient, les épices) : Guerlain, créé Shalimar en 1925 (qui signifie en sanscrit « bonheur ») mais aussi Chanel et son N° 5 créé en 1921, ou encore Dior et son Miss Dior de 1948 en l'hommage à sa sœur ou son Eau Sauvage qui connaîtra un succès mondial immédiat (1966). Hermès, spécialisé en harnacheur fabricant de selles, puis en maroquinerie, diversifiera sa production vers les vêtements, et les parfums qu'il propose à partir de 1951 avec l'Eau d'Hermès auront tous une identité olfactive de cuir, avant de se consacrer aujourd'hui sur le thème des jardins et de l'eau. Puis ce sont les joailliers qui dans les années

soixante-dix se lanceront dans la parfumerie : Cartier (Must, 1981), Van Cleef and Arpels (First, 1976). Les nez ne cesseront de créer de nouvelles fragrances. Les produits progressent en qualité : de lourds, instables, ils se font légers et stables.

Un marché florissant. Grâce à la chimie, avec la réduction des coûts de fabrication de 50 %, la plus grande stabilité des jus, la profusion des senteurs, le marché de la parfumerie est florissant. Aujourd'hui, la France et l'Amérique se partagent le marché mondial. Il y en a, pour ainsi dire, pour tous les nez. Ce qui prédomine donc aujourd'hui dans l'acte d'achat d'un parfum, c'est ce que dit la marque, son packaging et surtout sa publicité : le rêve contre l'offense de la réalité.

Dans les années 80, tout est produit. Et comme en balance à l'exigence de compétitivité qui pèse sur l'individu, celui-ci trouve dans le parfum une échappatoire à la société, un moyen de lui délivrer un message et de faire briller sa personnalité. Ainsi, le consommateur choisira sa fragrance certes, pour elle-même, mais aussi (et surtout ?) en fonction de la marque du parfum ainsi que de son flacon, ou encore du message délivré dans sa publicité. Douceur de se parfumer pour les androgynes (Calvin Klein), douceur de se parfumer pour les femmes « fraîcheurs » (Eau de roche, de Rochas, Pleasure d'Estée Lauder), douceur de se parfumer pour ceux qui veulent afficher leur caractère subversif (Opium, d'Yves Saint Laurent, Poison de Christian Dior), douceur de se parfumer pour les jeunes filles avançant leur pouvoir de séduction avec une vraie-fausse naïveté (Anaïs Anaïs de Cacharel), douceur de se parfumer pour les femmes fatales (Black opium d'Yves Saint Laurent) ou celles qui affichent leur tendresse maternelle qui rappelle la poudre des bébés (Narcisso Rodriguez for Her, Flower by Kenzo), douceur de vivre tout simplement (Dolce vita de Dior) ; douceur de se parfumer pour les loisirs (Number one d'Hugo Boss, Jazz, D'Yves Saint Laurent), douceur de se parfumer pour les sportifs (Marques Ralph Lauren, Tommy Hilfiger, Lacoste homme), douceur de se parfumer pour plus de virilité (Drakkar noir de Laroche ou Invictus de Paco Rabanne qui contiendrait des phéromones pour plus d'attractivité).

Dans les années 1990, les parfumeurs américains récupèrent la tendance new age où le rejet du progrès, l'amour de la nature, de la mer, et du désert, contenant pourtant une très grande majorité de produits de synthèse (Escape, de Calvin Klein, New west, d'Aramis, Kenzo pour homme, Dune de Dior). Côté femme, en 1992, et pour se démarquer des américains aux jus frais, Angel, de Thierry Mugler, connaît un succès planétaire, surprenant, en offrant un jus rappelant l'enfance, la nourriture : le chocolat, la vanille, les pralines, les fruits rouges ; il est suivi de près en 1997 par Lolita Lempicka qui elle aussi va user de notes de réglisse, de chocolat, et de Jean-Paul Gaultier avec la senteur de la tarte à l'abricot de sa grand-mère.

Depuis l'on ne compte plus les parfums gourmands. Nombreux sont ceux qui suivront le mouvement pour offrir des odeurs de fleurs ou de fruits à leurs clientes. Côté homme, c'est Dior qui créera la surprise et prendra un risque en introduisant de la figue dans son parfum « Dior pour homme ». Et qui ouvrira un marché de fleuris et de fruités pour les hommes, au point que les femmes s'en emparent. Le dernier d'Hermès « Rhubarbe » en est l'une des nombreuses mais non moins emblématiques illustrations.

Mais les parfumeurs français, voire anglais ou espagnols, ont souhaité retrouver leur spécificité en créant des parfums dits « de niche », pour des clientes sans doute plus affûtées. Il existe différentes catégories de parfums de niche. La première est celle de sociétés nouvelles, comme l'Artisan Parfumeur, Annick Goutal, Jo Malone, dont la spécificité réside dans le caractère insolite (créations de mélanges de jus par le client pour Jo Malone), voire plus difficile, moins communes des odeurs qu'elles proposent ainsi que du peu de publicité réalisé ou encore Serge Lutens, parfumeur de génie, qui lui, se passe totalement de publicité, et dont le packaging, identique, quelque soit le jus, d'une sobriété totale (un flacon rectangulaire avec collé sur une affichette la marque du parfum), met l'accent sur l'originalité forte du jus, et la marque, parfois sobre, parfois choquante, qui n'a pas pour objet la séduction, mais l'univers du parfumeur. L'on peut pour ce parfumeur citer une marque sans originalité particulière : « Fleur de citronnier », jusqu'à une marque qui fait froid dans le dos : « l'orpheline ». L'autre catégorie de parfums de niche appartient aux grandes sociétés qui font aussi des parfums grand public, mais qui, représentantes du luxe à la française, ont voulu renouer avec leur aura d'autrefois en matière de parfums, en mettant à l'honneur l'identité des nez qu'elles emploient pour créer des parfums extra luxe. Pour les distinguer des autres, ces parfums font l'objet de peu de publicité (souvent des articles dans des magazines féminins), ont un prix exorbitant et ne sont vendus que de manière confidentielle dans les boutiques exclusives de la société.

Car si les marques sont devenues accessibles à tous, pour rester attractives, encore faut-il qu'elles cultivent un certain élitisme que seuls quelques riches clients peuvent s'offrir, faisant rêver ceux qui en achetant des parfums moins chers de la marque participent au rêve. L'importance du degré de luxe et donc d'exclusivité est capitale pour déterminer le degré de douceur et de volupté que prendra le geste de l'individu au moment de son utilisation.

Le nécessaire maintien de la confiance dans les marques et les dessins et modèles. En matière de parfums, le droit de la propriété intellectuelle protège le droit à se parfumer en toute sécurité avec un produit en apparence authentique en lequel le consommateur aura toute confiance au moment de l'acte d'achat (mieux que le droit de la consommation et le délit de

tromperie que le consommateur ne fera pas nécessairement jouer pour la somme d'un parfum). Sans cette confiance préalable en l'origine du produit, pas de douceur... mais la peur d'utiliser un produit de moindre qualité, voire un produit dangereux, ou la tristesse d'imiter ceux qui ont les moyens de s'offrir d'authentiques parfums (concernant la condamnation de la société pirate-parfum vendant les jus dans des fioles noires ou blanches grâce à un tableau de concordance utilisé par le consommateur pour acheter une contrefaçon de son jus préféré – et ayant perdu le procès mené par vingt grand parfumeurs dans une class action à la française sur le fondement de contrefaçon de marques par reproduction au travers d'une publicité comparative illicite (CPI, art. L. 713-2), contrefaçon de marques par substitution (art. L. 716-10, d°), atteinte des marques à renommées (CPI, art. L. 713-5), publicité trompeuse (art. L. 121-1) et concurrence déloyale et parasitaire (C. Civ., art. 1382) : TGI Paris, 11 avril 2014, n° RG : 12/02594 (J.-M. Bruguière, « Pirate-Parfum », le « libérateur » des fragrances, est lourdement condamné, JCP E, 3 juillet 1994, 1373).

Il ne s'agit donc pas ici de revenir sur la controverse concernant le point de savoir si le jus du parfum doit être protégé par le droit de la propriété intellectuelle ou non au titre du droit d'auteur. La protection par l'action en parasitisme ou en concurrence déloyale semble suffisante à la Cour de cassation. Néanmoins l'on peut se demander si la protection du jus par le droit d'auteur, connue du consommateur comme étant plus répressive donc plus comminatoire pour décourager d'éventuels contrefacteurs de jus, ne constituerait pas une garantie supplémentaire, non pas pour « l'auteur », mais indirectement, pour le consommateur.

Il s'agit de la protection indirecte des consommateurs (et donc du marché) grâce au droit des marques, d'auteur ou des dessins et modèles.

I. La protection indirecte de l'authenticité du parfum par le droit des marques et le droit des dessins et modèles où la protection de la douceur de se parfumer

La marque du parfum, garantie et marqueur de la qualité du produit et de son origine.

Dans ses fonctions, la marque s'est d'abord présentée comme un témoin de la qualité du produit, puis de son origine ([\(CJCE, 22 juin 1976, aff. C-119/75, Terrapin c/ Terranova\)](#)). Néanmoins, pour les parfums, la marque a toujours été garante à la fois de la qualité et de l'origine du parfum, avec, dans un premier temps, une équivalence de la qualité du produit et

de son origine, puis ces dernières années une légère prédominance de l'origine du produit sur la qualité du produit.

Aussi, la jurisprudence, fort abondante en la matière, a eu raison de sanctionner sévèrement les marques et les dessins et modèles contrefaisants par imitation ou par similitude, voire par évocation ou vendues en dehors d'un réseau de distribution sélective. Nous ne citerons que quelques exemples.

Il a ainsi été jugé que la marque Polo de Deauville pour des vêtements et des parfums, appartenant à une société qui avait proposé à la vente (sur un site internet et dans des boutiques) des produits identiques revêtus de la marque semi-figurative *Polo de Deauville depuis 1907* et d'un logo constitué par deux joueurs de polo en action, contrefaisait la marque antérieure verbale française Polo pour des vêtements, parfums, eaux de toilette et vêtements, et communautaire figurative *Polo player*, désignant des vêtements et représentant un joueur de polo en action (CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 17 avr. 2013, n° 12/12364, SA L'Oréal et Sté The Polo/Lauren Company LP c/ Sté Polo& Co : JurisData n° 2013-009104) ; la marque « ostentation » contrefaisait la couleur orangée déposée de la marque « trésor » en cours de dépôt CA Versailles, 12^e ch., 15 mars 2001, Sté Jeanne Arthes et Sté France Feeling c/ Sté Lancôme Parfums et Beauté ; Mme Laporte, prés. ; Mes Bracka et Mendras, av. : PIBD 2001, n° 722, III, 318 Contrefaçon - Marque et Parfum : l'imagination et le droit pour Trésor... par Pascale TRÉFIGNY, Propriété industrielle n° 1, Janvier 2003, comm. 3) ; que la société eBay contrefaisait des noms de marques afin de représenter les objets offerts à la vente sur le site eBay alors que la pour fonction de garantir au consommateur l'origine du produit ou du service ainsi désigné (TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 18 sept. 2009, Sté Parfums Christian Dior et a. c/ Sté eBay Inc) ; que la société Chanel, propriétaire de diverses marques "Chanel" a pu valablement agir en contrefaçon et concurrence déloyale contre une société qui a acheté des produits de parfumerie et cosmétiques de marque "Chanel" dépendant du stock vendu aux enchères publiques sur autorisation du juge commissaire à la liquidation judiciaire d'une société, distributrice agréée de la société Chanel alors même que la société Chanel avait informé le liquidateur de la société de son opposition à la vente par adjudication et rappelé qu'elle offrait de reprendre ses produits aux conditions prévues au contrat de distribution sélective la liant à la société, les produits en cause étant offerts à la vente et vendus dans une solderie en libre-service aménagée dans un hangar situé dans une zone commerciale (Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 Mars 2010 - n° 09-65.839).

Bien évidemment, la contrefaçon n'est retenue qu'en l'absence de forclusion de l'action : **ainsi, l'action en contrefaçon du titulaire de la marque de l'Union européenne Noa se heurte à la forclusion par tolérance du fait de l'exploitation depuis plus de cinq ans d'une marque**

seconde, *Ainhoa*, dans le domaine des cosmétiques et des parfums. Le fait que la marque *Ainhoa* désigne de façon générale les produits cosmétiques, sans que les parties n'aient envisagé de sous-catégories, conduit à considérer que la forclusion par tolérance s'étend à l'ensemble de ces éléments (Cass. com., 5 juill. 2016, n° 14-18.540, Sté L'Oréal c/ Sté Cosmetica Cabinas SL : JurisData n° 2016-014260).

II. La « douceur » du droit de la propriété intellectuelle en matière de réparation du préjudice de contrefaçon de parfums

Certes, les contrefacteurs font l'objet de sanctions : ils encourent une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ainsi qu'une amende pouvant atteindre deux fois la valeur des produits authentiques. Il convient de rappeler les principes applicables en matière de réparation du préjudice de contrefaçon (A) avant que de proposer un renforcement de ces sanctions (B)

A. Principes de réparation en matière de contrefaçon

En matière de droit de la propriété industrielle, le principe est celui de réparation intégrale du préjudice de contrefaçon. Il est précisé par l'article **L716-14** modifié par [Loi n°2014-315 du 11 mars 2014 - art. 2](#), en vigueur depuis le 13 mars 2014 :
« Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée » (voir par exemple [TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 29 sept. 2016, n° 14/18124](#) : PIBD 2016, n° 1061, III, p. 932, n'admettant pas une double

réparation en raison de la présence d'une même infraction sanctionnée par deux chefs d'accusation : violation du droit des dessins et modèles et violation du droit d'auteur ; considérant comme possible la prise en considération de la perte de redevances et la dépréciation de la marque au titre des conséquences négatives de la contrefaçon (donc, nous le soulignons, du manque à gagner bien que la formule plus large de « conséquences négatives » permettent au juge davantage de latitude concernant les faits susceptibles d'être pris en compte : [Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-16.304, Sté Axelle c/ Sté Goupy](#)). La difficulté a toujours été de déterminer ce qu'il fallait entendre par « réparation intégrale » faute de données disponibles, notamment le manque à gagner et le préjudice moral ainsi que les bénéfices réalisés par le contrefacteur.

Les sondages pour quantifier le préjudice sont utiles (Romain DE NIJS, Sondages et évaluation des préjudices économiques en matière de propriété intellectuelle, 01/02/2017 Revue Propriété industrielle (pour aller plus loin, voir Maurice NUSSENBAUM, L'évaluation des préjudices économiques, Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2013, étude 13).

Les juges peuvent avoir une certaine tendance à la sévérité. C'est ainsi qu'a été saluée la condamnation de Bellure dans une affaire qui l'opposait à l'Oral en 2008. Le TGI de Paris a rendu le 25 novembre 2008, sur la base du rapport d'expertise de Pierre Gendraud, une décision condamnant Bellure à des dommages-intérêts à 8.062.500 euros.

Malheureusement, le montant de cette condamnation ne décourage pas les contrefacteurs. Et les exemples de contrefaçons de parfums sont nombreux, sans que l'on puisse parier sur une sanction plus importante que celle prononcée contre Bellure. Le vendredi 13 février 2015, les douaniers de Fréjus ont **découvert 1 285 flacons de parfum de contrefaçon dans les bagages de deux voyageurs effectuant un trajet Roumanie- Montpellier à bord d'un bus de tourisme et 747 étiquettes de grandes marques de parfums**. De nombreuses anomalies sur les flacons et la présence des étiquettes destinées à y être apposées ont rapidement permis au service de **confirmer le caractère contrefaisant de ces articles**.

De même, une saisie, opérée le 5 juillet 2016, portait sur plus de 45 000 flacons de parfum, copiant de grandes marques comme Hugo Boss, Givenchy, Kenzo ou Jean-Paul Gaultier, ont été saisis dans un conteneur en provenance de Chine sur le port de Marseille-Fos, dans le sud de la France. Elle fut qualifiée d'"*exceptionnelle*" tant par le montant – la valeur marchande des produits authentiques sur le marché intérieur est estimée à plus de 2,5 millions d'euros – que par le mode opératoire. Les flacons contrefaits étaient en effet mélangés avec de vrais parfums pour brouiller les pistes, a précisé un porte-parole de la direction des Douanes (Pour en savoir plus, on peut consulter http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/06/saisie-de-plus-de-45-000-parfums-contrefaits-provenant-de-chine_1742886_3234.html#V7u6sbEK66iLXQRh.99)

B.Des sanctions méritant d'être renforcées

Les contrefaçons de parfums sont dangereuses pour la santé, le produit étant projeté sur la peau, parfois de manière abondante. Or, par souci d'économie, les stabilisateurs comme l'ammoniaque sont parfois remplacés par de l'urine, et aucune étude n'est faite par les laboratoires clandestins des substances utilisées. Ainsi, la DGCCRF et les douanes mettent les pouvoirs publics en garde. A l'occasion d'une saisie, les douanes ont rappelé que : "*Une analyse des parfums saisis a été diligentée auprès du laboratoire de Marseille afin de connaître le niveau de dangerosité des liquides contenus dans ces flacons*", rappelant la nocivité de ces produits qui peuvent provoquer brûlures et irritation de la peau. Aussi, ne conviendrait-il pas d'aménager notre droit en prévoyant une amende pénale forfaitaire pour toute contrefaçon de produit susceptible de mettre en danger la santé des utilisateurs (parfums, pièces détachées, aliments...) ? (pour en savoir plus sur cette affaire http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/08/06/saisie-de-plus-de-45-000-parfums-contrefaits-provenant-de-chine_1742886_3234.html#V7u6sbEK66iLXQRh.99)