

La Cour de cassation des Pays-Bas reconnaît un droit d'auteur sur la fragrance d'un parfum. Le hollandais volant – Toutes voiles dehors, pas d'ancre

HERMAN COHEN JEHORAM

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'UNIVERSITÉ D'AMSTERDAM

L'idée d'étendre la protection du droit d'auteur aux parfums est apparue aux Pays-Bas à la fin des années 60, période agitée du siècle dernier. Après une première et brève intrusion en 1969, le concept s'est développé en 1970 grâce aux travaux de D.W.F. Verkade¹, qui venait juste de débiter sa carrière universitaire. Plus tard, en tant qu'Avocat général à la Cour de cassation des Pays-Bas, il allait avec succès recommander à cette dernière d'adopter cette théorie dans sa décision de 2006 portant sur les parfums. Dans l'intervalle, cette nouvelle conception a été largement entérinée par la doctrine néerlandaise sur le droit d'auteur². Pourtant, la question n'avait jamais été posée de savoir si la protection des parfums par le droit d'auteur était une solution opportune ou non. La seule question fut « pourquoi pas ? » : une approche qui correspondait à l'ère du temps des années 60.

Cette nouvelle doctrine se retrouve naturellement dans les éditions successives du *Traité de droit d'auteur Auteursrecht* (Droit d'auteur), de D.W.F. Verkade et J. H. Spoor. On peut y lire³ : « Dans les paragraphes précédents, nous n'avons mentionné que des exemples d'œuvres qui sont (rendues) perceptibles visuellement et/ou auditivement. Néanmoins, il est également possible d'imaginer des créations (visant à tirer) leur caractère original d'éléments non perceptibles par l'œil ou l'oreille mais requérant d'autres sens. Il peut par exemple s'agir de parfums ou de matières textiles faisant appel au sens du toucher (d'une manière originale et caractéristique). De même, on pourrait plaider en faveur de la protection du droit d'auteur pour les éléments gustatifs [d']une création culinaire originale ». Au cours des trente cinq premières années, cette doctrine n'a pas réellement été décidée par les tribunaux, malgré certaines tentatives pour faire admettre par des juridictions de première et seconde instance la protection du droit d'auteur pour de la réglisse et des chocolats, sans pour autant aboutir à des résultats tangibles.

Cette doctrine a finalement été acceptée avec succès en 2002. Le fabricant de parfums français Lancôme avait intenté un procès contre son concurrent néerlandais Kecofa devant le Tribunal d'arrondissement de Maastricht invoquant la contrefaçon de son célèbre parfum *Trésor*. Le tribunal d'arrondissement n'a émis aucune objection à l'encontre de la protection du droit d'auteur dans cette affaire – le juge avait probablement le manuel de D.W.F. Verkade et J. H. Spoor à sa table. Il s'est borné à ordonner aux deux parties de fournir davantage de preuves concernant les faits⁴. Dans sa note publiée à l'issue de cet arrêt, P. B. Hugenholtz, un autre partisan de cette doctrine⁵, a cité de longs passages du célèbre roman intitulé « Le Parfum », un best-seller international⁶, dont les propos absolument irréalistes sur les créateurs de parfums pourraient bien avoir inspiré de nombreux juristes dans cette affaire.

Pour la Cour d'appel de Bois-le-Duc⁷ : « Kecofa et consorts ont, selon les juges, souligné à juste titre l'intérêt de faire la distinction dans ce domaine entre d'une part, les matières odorantes (le liquide qui, de par sa



1. R. M. Schutte, *Auteursrecht of Copyright? Is een Parfumeur een Auteur?* : *BIE* 1969, p. 269 et D.W.F. Verkade, *De parfumauteur* : *BIE* 1970, p. 18.

2. Pour les parfums, Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912* : *Amhem* 1988, p. 114 ; le manuel de L. Wichers Hoeth, C. Gielen, Hagemans, Hermans, Klos, Van Oerle, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 8^e éd., 2000, p. 315, K. Limperg : *AMR* 1982, p. 129 et pour les « œuvres culinaires », P. B. Hugenholtz : *Bremerfestschrift* 1998, p. 175.

3. J. H. Spoor, D.W.F. Verkade et D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3^e éd., Deventer, 2005, p. 128.

4. Tribunal d'arrondissement de Maastricht, 18 avr. 2002 : *AMI* 2002/5, p. 193, note P. B. Hugenholtz.

5. V. également la fin de la note de bas de page n° 2.

6. P. Süskind, *Das Parfum, Die Geschichte eines Mörders (Le Parfum. L'histoire d'un meurtrier)*, Diogenes, Zürich 1985.

7. CA Bois-le-Duc, 8 juin 2004 : *AMI* 2004/5, p. 179, note J. H. Spoor.

composition, répand une fragrance particulière, et est fabriqué et utilisé à cette fin) et d'autre part, la fragrance elle-même (perceptible par le nez grâce au sens de l'odorat) ». La Cour d'appel de Bois-le-Duc a cependant fait exactement le mauvais choix en ce qui concerne la protection du droit d'auteur qu'elle aspirait à accorder. Elle a soutenu la demande pour la protection du droit d'auteur de Lancôme sur les *matières* odorantes. Cela est naturellement impossible, car le droit d'auteur ne protège que les œuvres immatérielles, c'est-à-dire, dans ce cas, la fragrance, mais en aucun cas le support matériel de l'œuvre, en d'autres termes le liquide présent dans le flacon. De même, le droit d'auteur, qui protège les livres, ne porte pas sur le papier imprimé lui-même, mais sur l'œuvre littéraire matérialisée sous la forme de pages imprimées.

Dans son commentaire, J. H. Spoor a approuvé la décision de la Cour. Ce qu'il a écrit : « Le parfum est protégé par le droit d'auteur » était annoncé par plusieurs journaux au lendemain de la communication de la décision. C'était comme si le monde avait tourné plus lentement l'espace d'un instant. Mais cette décision n'était pas si bouleversante ; elle ne faisait que refléter une application directe et en soi correcte des notions fondamentales du droit d'auteur. Plus romantique, il a ensuite écrit : « Un créateur de parfum est un artiste ». Une nouvelle fois, cet éminent juriste semble s'être inspiré du célèbre roman, *Le Parfum*, plutôt que de la littérature non romanesque et plus terre à terre traitant de ce sujet⁸. Les créateurs de fragrances y sont décrits comme des biologistes moléculaires anonymes au service d'une poignée de sociétés dans le monde, appelées les sept *Big Boys*, qui génèrent à elles seules vingt milliards de dollars par an. À leur tour, ces *Big Boys* fournissent à leurs clients, les industries du parfum et d'autres fragrances, non seulement les fragrances qui seront ensuite vendues sous des marques plus ou moins prestigieuses telles qu'*Armani*, *Chanel* et *Calvin Klein*, mais aussi des solutions de nettoyage comme le Clorox ou le savon Palmolive. Dans la doctrine française sur ce point, on peut citer le Traité du droit d'auteur des Professeurs A. Lucas et H.-J. Lucas⁹. Y est écrit « [...] la démarche du créateur (d'un parfum) est bien de même nature que dans le domaine des arts plastiques et musicaux. À une note de bas de page on lit : « Il suffit pour s'en convaincre de lire l'extraordinaire roman de P. Süskind (*Le parfum. Histoire d'un meurtrier*, Fayard, 1986) [...] ».

Pour en revenir à cette affaire, Kecofa s'est pourvu en cassation auprès de la Cour de cassation. D.W.F. Verkade, qui y était entre-temps devenu Avocat général, a rédigé un avis de plus de soixante pages à titre de recommandation à la Cour. Il n'a pu nier le fait que la cour d'appel avait commis une erreur ; il a néanmoins soutenu qu'elle n'avait pas réellement eu l'intention qui lui avait été prêtée et qu'une interprétation plus indulgente était envisageable. Il a admis que d'un point de vue « purement grammatical », on pouvait en effet déduire de la manière dont la décision de la cour était formulée qu'elle avait commis cette erreur fondamentale ; toutefois, en s'appuyant sur une explication très détaillée et effectivement moins « pure »,

l'Avocat général a réussi à donner un autre sens à cette décision défectueuse. La cour d'appel aurait réellement eu l'intention de protéger « la fragrance en tant que matière contenue dans la matière odorante ». D.W.F. Verkade voulait préserver cette décision pour une raison simple. Si elle était interprétée par la Cour de cassation de manière « purement grammaticale », elle aurait déjà été réfutée sur cette base et la Cour de cassation ne serait tout simplement pas parvenue à répondre à la question cruciale, qui était de savoir s'il était possible d'appliquer le droit d'auteur à une fragrance, ce qui aurait été particulièrement décevant pour l'Avocat général ainsi que pour la Cour de cassation. La seule question pertinente était de savoir si une fragrance pouvait être protégée par un droit d'auteur ; l'Avocat général ayant lui-même répondu affirmativement, il voulait que la Cour de cassation fasse de même.

La Cour de cassation a finalement suivi D.W.F. Verkade jusque dans le moindre détail¹⁰ : « La cour d'appel a indiqué, mais *dans des termes moins heureux* que la *fragrance* (italiques ajoutées) pouvait bénéficier de la protection du droit d'auteur dans la mesure où elle était incorporée dans la substance olfactive contenue dans les flacons de parfum ». Ailleurs, la Cour de cassation a écrit : « Lors de l'examen de ce pourvoi, le fait qu'une fragrance (y compris une combinaison de fragrances) puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur n'était pas contesté. Ce point de vue est correct. La description des œuvres mentionnées à l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur, outre la liste non exhaustive des types d'œuvres, qui définit ce qui doit être considéré comme une "œuvre" au sens de cette loi, est formulée de manière générale¹¹ et n'empêche pas l'inclusion des fragrances. Cela implique que pour déterminer si une fragrance [particulière] peut ou non bénéficier de la protection du droit d'auteur, il est essentiel de savoir s'il s'agit d'un produit accessible à la perception humaine, présentant un caractère original et portant l'empreinte personnelle du créateur. Il est vrai que la notion d'œuvre en vertu de la loi sur le droit d'auteur est restrictive dès lors que son caractère original n'excède pas la mesure requise pour obtenir un effet technique¹² ; mais comme dans le cas d'un parfum, il n'y a pas d'effet technique pur, cette dernière condition n'empêche pas



8. Par exemple, C. Burr, *The Emperor of Scent. A story of Perfume, Obsession and the Last Mystery of the Senses*, New York, 2002.

9. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n° 67.

10. Cass. civ., 16 juin 2006 (Fragrance de parfum) : AMI 2006/5, p. 161, note A. A. Quaedvlieg. V. aussi les commentaires du Professeur A. Lucas dans la chronique Droit d'auteur : *Propr. intell.* 2006, n° 21, p. 442 sq.

11. Cette disposition légale néerlandaise prévoit : « et en général tout produit dans le domaine de la littérature, de la science ou de l'art, quelle que soit sa manière ou sa forme d'expression ».

12. Ce critère a été développé par la Cour de Justice du Benelux, 22 mai 1987, *Screenprints* : *Ars Aequi* 36 (1987), p. 717-725, note H. Cohen Jehoram (= *Intellectuele Eigendom, Jurisprudentie en annotaties, Ars Aequi* 1953-1998, Nimègue, 1998, p. 312).

la fragrance d'un parfum de bénéficier de la protection du droit d'auteur ». Plus loin : « Le fait que la nature spécifique des fragrances ne permette pas d'appliquer sans restriction l'ensemble des dispositions et des limitations de la loi sur le droit d'auteur ne porte pas atteinte à ce principe. On pourrait penser par exemple, à l'utilisation d'un parfum qui ne peut être interdit à l'utilisateur normal et qui, par sa nature, nécessite la diffusion de la fragrance ».

Dans ces circonstances, on peut conclure qu'aujourd'hui les Pays-Bas sont le seul pays au monde où les sept *Big Boys* de l'industrie olfactive et les géants de l'agroalimentaire ont obtenu un droit d'auteur sur leurs produits. À plus petite échelle, les propriétaires de restaurants et les femmes au foyer qui cuisinent de manière créative peuvent aujourd'hui également tenter des actions en justice contre les contrefacteurs. Il est à prévoir que les juristes néerlandais spécialisés dans la propriété intellectuelle se féliciteront de cette décision unique de la Cour de cassation. Des commentaires élogieux ont déjà été publiés. Les deux premiers ont été écrits par C. Gielen¹³, le troisième par A. A. Quaadvlieg¹⁴, qui termine son article très détaillé par une comparaison avec la décision contraire rendue récemment par la Cour de cassation française¹⁵. Il mentionne des commentateurs français indignés par cette décision française et affirme dans sa dernière phrase : « Les Pays-Bas ne sont pas connus pour avoir surpassé la France dans les questions de droit d'auteur mais comme on peut à nouveau le constater, ce pays petit mais courageux ne faiblit pas lorsque le principe est en cause ». En réalité, le *principe* ou encore l'idée irréflichte est de déclarer que toutes les créations accessibles à la perception humaine doivent pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur, et ce quelle que soit l'opportunité des conséquences sociales que cela peut entraîner. Mais cet aspect n'a jamais inquiété les partisans d'un tel postulat. Comme D.W.F. Verkade l'a fort bien révélé dans son avis à la Cour de cassation en 2005, cette protection s'inscrit tout simplement dans le système du droit d'auteur et « pour cette raison, la problématique politique concernant l'opportunité de la protection du droit d'auteur pour les parfums n'est en réalité plus pertinente ». Un exemple parfait que ce que l'on appelle en Allemagne la *Begriffsjurisprudenz*, un raisonnement juridique doctrinal à tort et à travers, totalement éloigné des réalités sociales.

J'ai moi-même quelques objections à exprimer. Si on se réfère à la liste des exemples d'œuvres protégées mentionnée à l'article 2 de la Convention de Berne et à l'article 10 de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur, il semble que ceux qui ont été à l'origine de ces textes avaient exclusivement à l'esprit les œuvres perceptibles par deux des cinq sens humains, à savoir la vue et/ou l'ouïe. D.W.F. Verkade lui-même a dû l'admettre. Par conséquent, de nombreuses autres dispositions du Traité et de la loi ne peuvent tout simplement pas être appliquées aux « œuvres » faisant appel à l'odorat, au toucher ou au goût. Toutefois, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation des Pays-Bas n'a pas été influencée par cet argument, suivant toujours en cela son Avocat général.

La Cour a aujourd'hui franchi une frontière qui avait jusque-là semblé tellement évidente qu'elle n'avait presque jamais été formulée.

La remarque de la Cour, selon laquelle un parfum n'a pas d'effet technique et ne peut donc être exclu de la protection du droit d'auteur, reflète à nouveau l'avis de D.W.F. Verkade, qui écrit : « Il me semble qu'en règle générale, un parfum (ou en tout cas la fragrance qu'il contient), par sa nature intrinsèque, ne sert pas un but fonctionnel, contrairement à un moteur de voiture par exemple. La fragrance sert une fin esthétique. » Ce faisant, il exclut expressément les mauvaises odeurs de synthèse de la protection du droit d'auteur. Il donne l'exemple d'un produit chimique utilisé pour l'éducation canine. Quelle est la différence avec une fragrance artificielle mais agréable comme celle d'un parfum ? N'a-t-elle pas un but fonctionnel, à savoir rendre son utilisateur séduisant pour les personnes qu'il rencontre ?

La Cour de cassation cite deux conditions pour faire jouer la protection par le droit d'auteur, suivant toujours en cela l'avis de D.W.F. Verkade : l'originalité et la règle selon laquelle le produit à protéger doit être accessible à la perception humaine. Cette seconde condition est obsolète et déroutante. Il se pourrait même qu'elle soit à l'origine de la conception qui veut que le droit d'auteur protège les créations accessibles aux cinq sens humains. Elle est également en conflit avec la tendance confirmée dans plusieurs directives européennes¹⁶, qui exigent la présence du critère d'originalité et qui sont accompagnées de la disposition suivante : « aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si [ces œuvres] peuvent bénéficier de cette protection ». L'Avocat général et la Cour de cassation semblent avoir négligé ces textes européens.

Pour terminer, je voudrais souligner le fait que les Pays-Bas sont à présent en décalage par rapport aux autres États membres de l'Union européenne. La loi britannique sur le droit d'auteur fournit une liste exhaustive de huit catégories d'œuvres susceptibles de bénéficier de la protection du droit d'auteur et il va de soi que cette liste ne couvre pas les œuvres créées pour les « trois autres sens ». Le 13 juin 2006, soit trois jours avant la décision de la Cour de cassation des Pays-Bas, la Cour de cassation française a écarté sommairement la protection du droit d'auteur pour un parfum¹⁷. Je ne



13. *EIPR* 2006, n° 174 ; *Copyright World* sept. 2006, n° 3, p. 12.

14. *V. supra* n° 9.

15. *V. infra* n° 16.

16. Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateurs, art. 1^{er} § 3 ; directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 6 et directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, art. 3 § 1^{er}.

17. *D.* juin 2006, actu. La Cour de cassation a consacré une seule phrase à la question : « Mais attendu que la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; par ces motifs, rejette le pourvoi ».

connais aucun autre pays ayant des dispositions ou des décisions aussi explicites, mais quoi qu'il en soit, la situation néerlandaise est unique. L'une des conséquences de cette singularité est que les parfums (ou les nouveaux produits culinaires) ne peuvent pas être commercialisés aux Pays-Bas sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, ce qui représente un nouvel obstacle majeur à la libre circulation des marchandises préconisée par l'UE. L'Avocat général et la Cour de cassation ont donné l'impression d'avoir à nouveau ignoré la dimension européenne dans cette approche révolutionnaire. L'UE a déjà promulgué sept directives relatives à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur, justement pour éliminer ces obstacles nés des divergences entre les législations nationales en la matière. Il faudra désormais une nouvelle initiative afin d'harmoniser encore les vingt-cinq législations sur le droit d'auteur. Quelle direction prendra-t-elle ? Celle adoptée par les instances néerlandaises ou celle de toutes les autres législations ? Le Conseil européen des ministres votera, je suppose (malgré la prévisible coalition colossale des *lobbys* des industries des fragrances et de l'agroalimentaire), à 24 contre 1 pour l'abolition du droit jurisprudentiel doctrinal néerlandais. Si le ministère de la Justice néerlandais se ressaisit entre-temps, la décision du Conseil pourrait même être prise à l'unanimité.

