OFFICE DE L'HARMONISATION DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR
(MARQUES, DESSINS ET MODÈLES)

Les Chambres de recours

DÉCISION
de la Quatrième Chambre de Recours
du 19 janvier 2004

Dans l'affaire R 186/2000-4

Institut pour la Protection des Fragrances (I.P.F.)
15, rue de Surène
F-75008 Paris
France — Demanderesse et appelante

représentée par Cabinet Breese Majerowicz, 3 avenue de l'Opéra F-75001 Paris, France

RECOURS concernant la demande de marque communautaire numéro 521 914

LA QUATRIÈME CHAMBRE DE RECOURS

composée de C. Hoffrichter-Daunicht (Présidente), W. Peeters (Rapporteur) et F. López de Rego (Membre)

Greffier: E. Gastinel

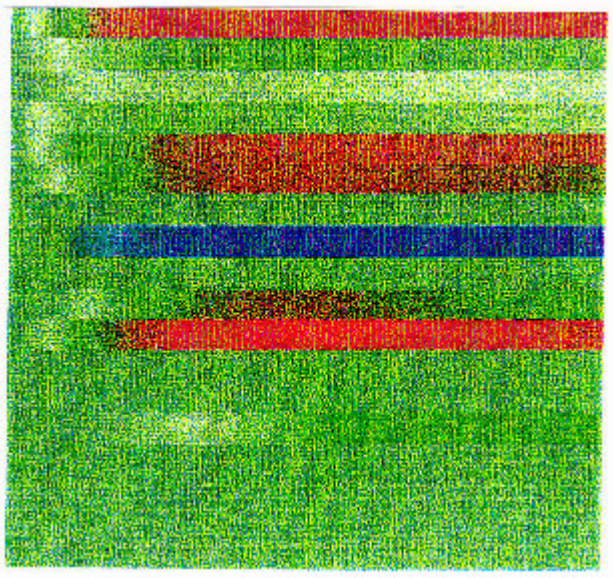
rend la présente

Langue de procédure: français

Décision

Résumé des faits

1 L'appelante a sollicité le 11 avril 1997 l'enregistrement de la marque représentée ci-dessous



en tant que marque « olfactive » et pour désigner les produits suivants :

Classe 3 – Savons, cosmétiques, huiles parfumées, crèmes cosmétiques, produits cosmétiques pour les soins de la peau, eaux de toilettes, parfums, désodorisants, produits de lavages, lessives et adoucissants, shampooings, dentifrices, eau de Javel, huiles pour la parfumerie, cire à épiler, crèmes solaires.

Classe 5 – Produits pharmaceutiques ou parapharmaceutiques, sels pour le bain à usage médical, baumes à usage médical, coton à usage médical, aliments diététiques à usage médical.

Classe 16 – Produits de l'imprimerie, matériel d'instruction et d'enseignement (à l'exception des appareils); dossiers et pochettes, cartonnés, classeurs, cahiers, papeterie, articles de bureau à l'exception des meubles, catalogues, calendriers, fournitures pour le dessin, crayons, stylographes, porte-crayons, gommes, fournitures pour l'écriture, papier d'emballage, fiches, formulaires, journaux, livres, revues, publications, feuilles de papier, enveloppes, cartes postales, reproductions graphiques, serviettes de table en papier, linge de table en papier, statuettes en papier mâché, décors de théâtre, trousse à dessin, trousses à crayons.

Classe 18 – Articles de maroquinerie en cuir ou en imitation du cuir (à l'exception des étuis adaptés aux produits qu'ils sont destinés à contenir, des gants et des ceintures), sacs à mains, sacs de voyage, cartables, articles de bourrellerie, malles et valises, sacoches adaptables à des véhicules à deux roues, couvertures en peaux; harnachements, selles pour chevaux, parapluies, cannes.

Classe 24 – Linge de maison, linge de toilette, linge de table, linge de lit.

2 Dans la demande, il était indiqué que la marque déposée constituait une « représentation graphique d'une fragrance déterminée ». A la demande de l'appelante, la phrase suivante : « Une note verte gazon, hespéridée (bergamote,

citron), florale (fleur d'oranger, jacinthe) rosée, musquée » y a ensuite été ajoutée. En revanche, l'examinateur ayant répondu que les indications suivantes : « Les échantillons sont disponibles au Cabinet BREESE-MAJEROWICZ 3 avenue de l'Opéra 75001 Paris – France » et « La représentation est réalisée sous protocole n°1 disponible au Cabinet BREESE-MAJEROWICZ » ne constituaient ni une description de marque, ni une indication de couleurs, au sens de la règle 3, paragraphe 3 et 5 du règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission, du 13 décembre 1995 (le «REMC »), portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire (le «RMC ») (JO CE 1994 n° L 11, p. 1 ; JO OHMI 1/95, p. 52), l'appelante lui a confirmé qu'elles devaient être supprimées.

3 Par la suite, l'examinateur a informé l'appelante que

(a) le signe demandé n'était pas conforme aux exigences de l'article 7 paragraphe 1, point a) renvoyant à l'article 4 du RMC car sa représentation graphique colorée même précisée par la description de marque n'était pas perçue par le consommateur directement comme le signe dont la protection était revendiquée (une fragrance déterminée) et n'était pas non plus susceptible de lui en donner une idée claire et précise. La perception de la marque étant d'autant plus difficile que celle des odeurs est subjective;

(b) qu'au cas où le signe serait jugé admissible en ce qui concerne l'article 7 paragraphe 1, point a) du RMC, il était dépourvu de caractère distinctif au sens de l'article 7 paragraphe 1, point b) du RMC pour ce qui concerne les «Savons, cosmétiques, huiles parfumées, crèmes cosmétiques, produits cosmétiques pour les soins de la peau, eaux de toilettes, parfums, désodorisants, produits de lavages, lessives et adoucissants, shampooings, dentifrices, eau de Javel, huiles pour la parfumerie, cire à épiler crèmes solaires . Produits pharmaceutiques ou parapharmaceutiques, sels pour le bain à usage médical, baumes à usage médical, coton à usage médical» car il est immédiatement perçu par le public comme une propriété habituelle à savoir la senteur de tels produits et ne remplit pas la fonction d'identification de la marque.

4 Dans ses observations en réponse, l'appelante a soutenu que

(a) le signe déposé répondait aux conditions de représentation graphique requises par les articles 4 et 7 paragraphe 1, point a) du RMC pour les raisons suivantes. Il est susceptible d'une représentation graphique fidèle, issue d'une méthode scientifique reposant sur l'utilisation de capteurs d'odeurs. Le public le perçoit ainsi dans la mesure où sa publication s'accompagne d'une description dont le vocabulaire relève du secteur de la parfumerie et de l'indication qu'il s'agit d'une marque de type « autre ». Il n'est pas nécessaire que le consommateur ait une perception claire et précise de l'odeur constituant la marque car le RMC ne prévoit pas que le consommateur doive percevoir directement le signe constituant la marque au vu de sa représentation graphique. L'argument de l'examinateur selon lequel un signe dont la perception varie d'un individu à l'autre n'est pas susceptible de constituer une marque n'est pas valable puisque de tels signes sont

effectivement enregistrés en tant que marque communautaire comme par exemple ceux constitués d'une couleur. Aucun texte concernant la marque communautaire n'oblige à décrire les moyens de reproduction permettant d'aboutir exactement au signe dont la protection est revendiquée;

(b) la marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif car elle est perçue comme une odeur particulière, qui n'empêche pas les concurrents de caractériser leurs produits par une autre odeur.

5 Par sa décision du 17 décembre 1999 (« la décision attaquée »), l'examinateur a notifié son refus d'enregistrer la marque sur la base des deux motifs présentés dans l'objection initiale. Les raisons sont résumées ci-après.

(a) En ce qui concerne les articles 4 et 7 paragraphe 1, point a) du RMC, il est clair qu'aucun texte relatif à la marque communautaire ne prévoit l'obligation pour le signe d'être directement perceptible. Il doit toutefois être suffisamment représenté pour être défini de manière non équivoque. Ce n'est pas le cas en l'espèce car la représentation graphique n'est pas suffisante par elle-même dans la mesure où le déchiffrage du signe à partir de la matrice colorée déposée ne peut se faire qu'à l'aide du nez électronique qui a servi pour établir la représentation et qu'avec une connaissance du protocole utilisé. D'après deux auteurs, la méthode utilisée comporte le risque important d'obtenir une représentation colorée identique pour deux mélanges odorants différents.
L'ajout de l'indication du type de marque et de sa description à la représentation graphique ne clarifie, ni ne précise la perception du signe revendiqué étant donné que l'état de la technique ne permet pas au public de déterminer l'étendue exacte de la protection conférée et qu'il est impossible pour un humain de percevoir le résultat de la confrontation des différentes odeurs décrites.
Si selon l'argumentation de l'appelante, la perception d'un signe constitué exclusivement d'une couleur est effectivement subjective, c'est toutefois, dans un tel cas, la couleur, et donc le signe lui-même, qui est déposé, d'où absence d'équivoque possible quant à l'objet de la protection conférée ; alors que dans le cas de la marque olfactive en cause, la subjectivité de la perception du signe s'ajoute à l'absence de moyen suffisant pour le déchiffrer dans la représentation graphique déposée, ce qui empêche une perception claire et précise de l'étendue de la protection conférée.

(b) Le fait que des odeurs soient utilisées pour rendre plus attrayants les produits visés par l'objection au titre de l'article 7 paragraphe 1, point b) du RMC n'a pas de caractère inhabituel. Cet usage, au contraire, est très répandu. Par conséquent, le signe déposé ne peut être considéré comme distinctif pour de tels produits.

6 L'appelante a dûment formé un recours contre la décision attaquée. L'examinateur n'a pas fait droit à ce dernier dans le cadre de la révision préjudicielle prévue par l'article 60 du RMC.

7 Par lettre du 1er juillet 2003 le greffe de la chambre a informé l'appelante que le recours, qui avait été initialement attribué à la troisième chambre de recours, avait été attribué à la quatrième chambre, conformément à l'article 5 de la décision n° 2003-1 de l'autorité de chambres de recours du 15 mai 2003.

Motifs du recours

8 Dans l'exposé de ses motifs de recours, l'appelante sollicite l'annulation de la décision attaquée, afin que la marque soit admise à l'enregistrement, dans la mesure où elle est susceptible de représentation graphique (articles 4 et 7 paragraphe 1, point a) du RMC) et distinctive (article 7 paragraphe 1, point b) du RMC). Les raisons invoquées sont résumées ci-après :

(a) La marque demandée est bien susceptible de reproduction puisque la figure déposée est constituée d'un symbole graphique rendant sensible (sic) l'odeur objet de la demande de protection.
Le RMC ne prévoit aucune spécification concernant la forme de la représentation, de sorte que le rejet d'une demande sur le fondement d'une irrégularité la concernant est juridiquement impossible.
La représentation n'est pas équivoque puisqu'elle est issue de signaux électriques émis par divers capteurs de la source odorante elle-même, conçus pour, et intervenant chacun dans un domaine olfactif de prédilection, lesquels sont numérisés et traités pour les rendre représentatifs du message olfactif et exploitables à des fins de comparaison ou d'archivage. A cet égard, la déclaration selon laquelle « la méthode comporte le risque important d'obtenir une représentation colorée identique pour deux mélanges odorants différents » est fausse et issue d'un article dont le fondement scientifique est contestable. Le système employé en l'espèce pour reproduire l'odeur est parfaitement « commun » dans l'industrie de la parfumerie.
En outre, la description accompagnant la marque indique sans ambiguïté au consommateur que la représentation graphique est celle d'une senteur et la détaille. Le fait qu'un signe soit perçu différemment selon les individus n'empêche pas sa protection en tant que marque (cf. les couleurs protégées en tant que marque). Pour un non-musicien, il est impossible d'appréhender non seulement l'étendue, mais aussi la nature du signe protégé à la seule vision de la portée musicale bien que cela n'empêche pas l'enregistrement de marques sonores.

(b) La marque n'est pas dépourvue de caractère distinctif car l'odeur déposée étant « inhabituelle », selon les termes même de l'examinateur, elle remplit par conséquent pleinement son rôle d'indicateur d'origine pour les produits concernés.

Motifs de la décision

9 Le recours est conforme aux articles 57, 58 et 59 du RMC et à la règle 48 du REMC. Il est par conséquent recevable.

10 Toutefois il est rejeté car les exigences liées à la représentation graphique de la marque prévue à l'article 7 paragraphe 1, point a), renvoyant à l'article 4 du RMC, ne sont pas remplies, de sorte que cette dernière ne peut être enregistrée comme marque communautaire.

11 Aux termes de l'article 7 paragraphe 1, point a) du RMC, un signe doit, pour pouvoir constituer une marque, être susceptible de faire l'objet d'une représentation graphique. Cet article n'exige toutefois pas que le signe lui-même soit visible. Il ouvre donc la protection à d'autres signes que ceux qui sont perçus par les yeux. Ainsi l'article 4 du RMC, qui cite uniquement des signes visuels comme exemples de ceux susceptibles de faire l'objet d'une marque communautaire, ne prétend pas être exhaustif.

12 En revanche, la notion de «représentation graphique » implique que le signe - même non visuel - puisse être représenté visuellement. Ceci est précisé par la règle 3 du REMC, selon laquelle la marque doit pouvoir être reproduite sur une feuille, afin de pouvoir être publiée. L'exigence d'une représentation visible et de qualité suffisante pour permettre la publication est donc posée pour toute marque, quelque soit la nature de celle-ci.

13 En outre, pour certaines marques particulières, le REMC précise la (ou les) forme(s) à considérer. Ainsi, il sera fait usage de la reproduction en couleur d'une marque en couleur et d'une à six photographies ou représentations graphiques dans le cas d'une marque tridimensionnelle. Il existe donc également des règles spécifiques définissant la forme de la représentation graphique de certains signes visibles.

14 Néanmoins, aucune règle spécifique ne définit la forme de représentation des signes non visibles, notamment des marques olfactives. Cela ne signifie toutefois pas que toute forme de représentation graphique est acceptable. En effet, d'une interprétation téléologique du RMC et du REMC découlent des exigences spécifiques auxquelles la représentation d'une marque, constituée d'un signe non visible, doit répondre.

15 Dans le système de la marque communautaire, le droit sur la marque est acquis par l'enregistrement de la représentation graphique du signe demandé. Afin d'assurer une sécurité juridique, il est impératif que par la consultation du registre, toutes les personnes et instances voulant être informées sur les conditions de la protection de la marque, en particulier les opérateurs économiques et, le cas échéant, les autorités nationales incluant les tribunaux, puissent se faire une idée intégrale, claire et précise de la portée de la protection conférée.

16 Cette interprétation a été confirmée et précisée par la jurisprudence. Dans son arrêt du 12 décembre 2002 dans l'Affaire C-273/00 *Ralf Sieckman contre Deutsches Patent- und Markenamt,* la Cour de Justice a statué – en interprétant l'article 2 de la Directive rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, dont le libellé est identique à celui de l'article 4 du RMC – que «la représentation graphique d'une marque doit répondre aux critères suivants : être

claire, précise, valoir par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective » (dispositif de l'arrêt). Il en résulte que le rejet d'une demande d'enregistrement, au motif que la forme de la représentation n'est pas conforme aux principes précités, s'impose.

17 En l'espèce, la chambre partage l'avis de la décision attaquée selon laquelle la matrice colorée déposée ne correspond pas aux exigences de représentation graphique définies ci-dessus car elle ne permet pas au public intéressé de percevoir l'identité du signe ni d'en déterminer l'étendue de protection. Il ne suffit pas, en effet, que le signe soit techniquement susceptible de reproduction, il faut encore que cette dernière soit perçue comme telle par les utilisateurs du registre et qu'elle leur procure les indications nécessaires à pouvoir l'interpréter.

18 Dans le cas d'un signe sonore constitué par une mélodie musicale, le public intéressé perçoit habituellement la partition, comportant les indications conventionnelles nécessaires à son interprétation, comme le code habituel et universellement connu de la représentation d'une mélodie, même s'il ne sait pas toujours la déchiffrer. En revanche, le public intéressé n'est généralement pas accoutumé à la nature du code de représentation utilisé par des professionnels de l'industrie de la parfumerie. La technique de représentation graphique de nuances olfactives par un jeu de points ou de raies colorées positionnées selon deux axes n'étant pas connue en dehors des milieux professionnels initiés, le public général intéressé ne perçoit même pas l'image reproduite comme un code et ne dispose, par ailleurs, d'aucune clé de lecture de cette image, comportant des indications concernant, entre autres, les paramètres et les valeurs à attribuer aux axes, de sorte que même la nature du code à appliquer reste occulté (voir, dans un sens similaire, l'appréciation par la Chambre d'une représentation d'un signe sonore dans la décision du 25 août 2003 dans l'affaire R 781/1999-4 « roar of a lion », paragraphe 29). On ne peut qu'en conclure que l'image déposée n'est pas intelligible, au moins en dehors du cercle des professionnels initiés. Il ne suffit pas que les utilisateurs du registre puissent réaliser au moyen de la description jointe, que la forme colorée est une représentation graphique d'une fragrance, il faut qu'ils disposent également, en premier lieu, d'une clé de lecture, conventionnellement admise, leur permettant de reconstituer, fût-ce au moyen d'un équipement technique approprié, qui est d'ailleurs loin d'être facilement accessible, la fragrance visée. Par conséquent, la représentation n'est, pour le moins, pas suffisamment intelligible et ne vaut pas par elle-même.

19 La chambre ne peut pas non plus considérer que la description accompagnant la représentation graphique supplée les carences précitées. Cette description est inopérante pour refléter le signe de façon claire et précise, en ce qu'elle évoque un mélange de senteurs qui est d'autant plus malaisé à déterminer, que chacune d'entre elles l'est déjà prise séparément. Ainsi, il n'est nullement évident de percevoir ce que recouvre la notion de « note verte gazon », ou de note « hespéridée (bergamote, citron) », sans mentionner l'effet olfactif qu'est supposé produire le mélange de ces « notes ». A cet égard, l'argument de l'appelante selon lequel le vocabulaire en cause relève du secteur de la parfumerie n'est pas convaincant. Au contraire, le public intéressé le saisira difficilement car il est issu d'un langage spécialisé propre aux parfumeurs (d'autant qu'il n'y a apparemment

pas de consensus total parmi les experts eux-mêmes - v. en ce sens G. SICARD, M. CHASTRETTE et N. GODINOT « Des représentations de l'espace olfactif : des récepteurs à la perception », Intellectica, 1997, 24 :85-107, III[e] partie : confrontations). Les difficultés d'interprétation, résultant de la description proposée, ne font que confirmer l'observation générale faite, à cet égard, par la Cour de Justice dans l'arrêt précité, à savoir que «s'agissant de la description d'une odeur, bien qu'elle soit graphique, elle n'est cependant pas suffisamment claire, précise et objective » (paragraphe 70 de l'arrêt).

20 Au vu de ce qui précède, la chambre conclut que la représentation graphique contenue dans la demande d'enregistrement en cause, à savoir une matrice colorée accompagnée d'une description, ne répond pas aux critères applicables du fait qu'elle n'est ni intelligible ni facilement accessible et qu'elle ne vaut pas par elle-même.

21 L'argument de l'appelante, tiré de l'enregistrement par l'Office de la marque olfactive déposée sous la forme de la description de « l'odeur de l'herbe fraîchement coupée » (décision de la Deuxième Chambre de recours du 11 février 1999 dans l'affaire R 156/1998-2 THE SMELL OF FRESH CUT GRASS) doit être rejeté, ne fût-ce que pour la raison que, selon une jurisprudence établie, l'Office ne peut pas être tenu par ses décisions antérieures.

22 Enfin, étant donné qu'il ressort de l'article 7, paragraphe 1 du RMC qu'il suffit qu'un des motifs absolus de refus énumérés s'applique pour que le signe ne puisse être enregistré comme marque communautaire, la chambre n'examinera pas le moyen lié à l'absence de distinctivité de la marque.

Dispositif

Par ces motifs,

LA CHAMBRE

Rejette le recours.

C. Hoffrichter-Daunicht W. Peeters F. López de Rego

Greffier:

E. Gastinel