

Université de Montréal

Entre l'art, l'invention et la nourriture : examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien

par

Gaëlle Beauregard

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de LL.M. Droit
en LL.M. Droit
option Droit des Technologies de l'information

Août 2010

© Gaëlle Beauregard, 2010

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

Entre l'art, l'invention et la nourriture : examen de la possibilité de protéger les recettes de cuisine en droit de la propriété intellectuelle canadien

présenté par

Gaëlle Beauregard

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Konstantia Koutouki, Faculté de droit, Université de Montréal

.....
président-rapporteur

Ysolde Gendreau, Faculté de droit, Université de Montréal

.....
directeur de recherche – membre du jury

Jean-François Gaudreault-Desbiens, Faculté de droit, Université de Montréal

.....
membre du jury

RÉSUMÉ FRANÇAIS

Les recettes de cuisine sont partout de nos jours, dans les livres, à la télévision, sur l'Internet, ainsi que dans les restaurants et les entreprises alimentaires industrielles. Cette grande présence médiatique et économique soulève la question de savoir s'il est possible de les protéger par le droit de la propriété intellectuelle canadien. L'auteure commence par décrire les recettes et les plats, puis examine si ceux de nature traditionnelle et familiale sont des éléments de culture et s'ils peuvent constituer des savoirs traditionnels. Cela amène l'auteure à examiner si les indications géographiques peuvent procurer aux recettes et aux plats une certaine forme de protection contre leur appropriation à l'usage exclusif d'une personne.

L'auteure aborde ensuite les régimes usuels de propriété intellectuelle à l'aune de la recette et du plat de chefs ou de l'industrie. Elle examine en premier ceux de la propriété industrielle. Les recettes et les plats peuvent-ils être des marques de commerce? Peuvent-ils être des secrets de commerce? Peuvent-ils constituer des inventions brevetables? Elle se penche ensuite sur le droit d'auteur et examine si les recettes et les plats peuvent être des œuvres protégeables et s'ils se qualifieraient comme œuvres littéraires ou artistiques. Cet examen l'amène à regarder le développement de la protection des œuvres musicales pour mieux cerner les enjeux pour les recettes. Au terme de son analyse, l'auteure fait ressortir quel régime appert le plus approprié selon la nature des recettes et des pratiques des chefs et des entreprises industrielles.

Mots clés : propriété intellectuelle; recette de cuisine; plat; droit d'auteur; brevet; secret de commerce; marque de commerce; savoir traditionnel; indication géographique

ENGLISH SUMMARY

Nowadays, we are surrounded by recipes; they are in books, on television, on the Web, as well as in restaurants and in industrial food businesses. This great economic and media weight naturally begs the question whether recipes can be protected under Canadian intellectual property law. The author starts by describing recipes and dishes and then examines whether traditional and family recipes and dishes are elements of culture and whether they can be considered traditional knowledge. That leads the author to consider whether geographical indications can provide recipes and dishes with some kind of protection against their appropriation by a person for his or her exclusive use.

The author then examines the usual intellectual property schemes for industrial and chefs' recipes and dishes. She starts with industrial property schemes. Can recipes and dishes act as trademarks? Can they be trade secrets? Can they be patentable inventions? She then moves on to copyright, to examine whether recipes and dishes can be copyrightable works and, if so, whether they would be literary or artistic works. That leads her to look at how musical works came to be protected in order to better understand what is at issue for recipes. The author concludes her analysis by stating which scheme seems to be the most appropriate for recipes depending on their nature and the practices of chefs and industrial businesses.

Keywords : intellectual property; recipe; dish; copyright; patent; trademark; trade secret; traditional knowledge; geographical indication

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ FRANÇAIS	1
ENGLISH SUMMARY	2
TABLE DES MATIÈRES	3
LISTE D'ABRÉVIATIONS	5
REMERCIEMENTS	7
INTRODUCTION	8
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : PROTECTION DE LA RECETTE ENVISAGÉE	16
A. Recette et plat définis	17
1. Recette	17
2. Plat	21
B – Savoir de la collectivité	23
1. Élément culturel	24
2. Savoirs traditionnels	27
3. Recours aux indications géographiques	36
I. EXAMEN DE LA PROTECTION PAR LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE	45
A. Secrets de commerce	52
1. Principe	53
2. Moyens de protection	60
B. Protection par le brevet	67
1. Critères relatifs à l'objet de l'invention	68
a. Invention	69
b. Exclusions	71
c. Catégories protégées	76
i. Réalisation, fabrication ou procédé	77
ii. Composition de matières	80
2. Critères de brevetabilité	81
a. Nouveauté	82
b. Utilité	87
c. Activité inventive ou non-évidence	90
II. EXAMEN DE LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR	100
A. Critères de l'octroi du droit d'auteur	101
1. Idée ou expression; méthode ou procédé	101
2. Originalité	113
3. Fixation de l'œuvre	120
B. Catégories d'œuvres protégées par le droit d'auteur	127
1. Examen de l'influence des sens sur la nature protégeable des œuvres	127
2. Œuvre littéraire	130
a. En général	130

	4
b. Comparaison avec l'évolution de la protection de l'œuvre musicale	135
3. Œuvre artistique	145
CONCLUSION	156
ANNEXE A	167
ANNEXE B	170
BIBLIOGRAPHIE	172
LÉGISLATION & CONVENTIONS	172
DOCTRINE	174
JURISPRUDENCE	186
AUTRES DOCUMENTS	190

LISTE D'ABRÉVIATIONS

et s. : et suivants l. : ligne
p. : page par. : paragraphe

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

C.c.Q. : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

IITC : International Indian Treaty Council

LARTV : *Loi sur les appellations réservées et les termes valorisants*, L.R.Q., c. A-20.02

LB : *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4

LDA : *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42

LMC : *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.

L.R.C. : Lois révisées du Canada

L.R.Q. : Lois refondues du Québec

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

OPIC : Office de la propriété intellectuelle du Canada

RPBB : Recueil de pratiques du Bureau des brevets

S.F.C.B.Q. : Service de la formation continue du Barreau du Québec

S.F.P.B.Q. : Service de la formation permanente du Barreau du Québec

Recueils d'articles

Can. Bus. L.J. : Canadian Business Law Journal

Cardozo Arts & Ent. L. J. : Cardozo Arts & Entertainment Law Journal (États-Unis)

Cardozo L. Rev. : Cardozo Law Review (États-Unis)

C.I.P.R. : Canadian Intellectual Property Review

C.P.I. : Cahiers de propriété intellectuelle

D : Recueil Dalloz (France)

E.I.P.R. : European Intellectual Property Review

Fox Pat. C. : Fox's Patent, Trade Marks, Design and Copyright Cases

Gaz. Pal. : Gazette du Palais (France)

Health L. Can. : Health Law in Canada

Health L.R. : Health Law Review

I.P.J. : Intellectual Property Journal

JCP : La Semaine juridique Entreprises et Affaires (France)

J. High. Tech. L. : Journal of High Technology Law (États-Unis)

R.D. McGill : Revue de droit de McGill

R. du B. can : Revue du Barreau canadien

R.I.D.A. : Revue internationale de droit d'auteur (France)

RRJ : Revue de la recherche juridique (France)

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial (France)

U.B.C.L.R. : University of British Columbia Law Review

U. Toronto L.J. : University of Toronto Law Journal

Vand. J. Ent. & Tech. L. : Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law (États-Unis)

Recueils de jurisprudence

All. E.R. : All England Law Reports
 C.F.: Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada
 Ch. / Ch. D.: Chancery Appeal Cases / Law Reports Chancery Division (Royaume-Uni)
 C.P.R.: Canadian Patent Reporter
 E.M.L.R.: Entertainment and Media Law Reports (Royaume-Uni)
 E.R.: English Reports
 EWCA : référence neutre de la England & Wales Court of Appeal
 F.: Federal Reporter (États-Unis)
 F.S.R.: Fleet Street Reports (Royaume-Uni)
 F. Supp.: Federal Supplement (États-Unis)
 F.T.R.: Federal Trial Reports (États-Unis)
 J.E. : Jurisprudence Express
 LEXIS : décisions sur Lexis Nexis Quicklaw (États-Unis)
 QCCA : référence neutre de la Cour d'appel du Québec
 R.C. de l'É.: Rapports de la cour de l'échiquier
 R.C.S.: Rapports de la Cour suprême du Canada
 R.J.Q.: Recueils de jurisprudence du Québec
 R.P.C.: Reports of Patent Cases (Royaume-Uni)
 U.S. : United States Supreme Court Reports

Tribunaux

C.A. : Cour d'appel (tout seul : tribunal du Québec)
 C.A.B. : Commission d'appel des brevets
 C.A.F. : Cour d'appel fédérale
 Cass. : Cour de Cassation (France)
 C.-B. : Colombie-Britannique
 C. de l'É.: Cour de l'Échiquier
 C.F. : Cour fédérale
 Ch. : Chancery Court (Royaume-Uni)
 Cir. (5th, 7th, 8th, 9th...): Circuit (États-Unis)
 C.M.C. : Commission des marques de commerce
 C.O.M.C. : Commission d'opposition des marques de commerce
 C.S. : Cour supérieure, Cour suprême (1^{ère} instance) (tout seul : tribunal du Québec)
 Del. : Delaware (États-Unis)
 Dist. Ct. : District Court (États-Unis)
 Div. Gén. Ont. : Cour de justice de l'Ontario, Division générale
 H.L. : House of Lords (Royaume-Uni)
 IL. : Illinois (États-Unis)
 Neb. : Nebraska (États-Unis)
 N.-É. : Nouvelle-Écosse
 S.C. : Supreme Court ou Superior Court selon les juridictions
 Trib. gr. inst. : Tribunal grande instance (France)
 U.S. S.C. : United States Supreme Court

REMERCIEMENTS

Ce travail de recherche fut pour moi un doux et beau labeur. Aimant la cuisine sous toutes ses coutures, j'ai pu, à l'occasion de ce travail, en apprendre davantage sur ce domaine et découvrir des avenues de recherche et de connaissances insoupçonnées. Je remercie ma directrice, madame Ysolde Gendreau, pour son commentaire sur ce sujet il y a quelques années, soit qu'en Europe on regardait la question de la protection des recettes. Ce bref commentaire m'est resté dans la tête à travers les divers cours qui ont suivi et m'a mené à lui proposer le sujet de mon travail de recherche, qu'elle a accepté. Merci de votre intérêt pour ce sujet et de vos commentaires sur mon travail.

Ces études supérieures furent l'occasion de plonger dans multiples sujets, de parfaire mes aptitudes de rédaction ainsi que de rencontrer plein de gens intéressants et passionnés. Que de discussions enjouées sur le droit et la vie! Je vous salue tous, ce fut un plaisir de vous côtoyer pendant ces études! J'en profite ici pour remercier François Sénécal pour ses commentaires sur mon travail et ses réponses à mes moult questions sur le mémoire lorsque mon travail dirigé s'est transformé en mémoire!

Finalement, je remercie mes collègues de travail et mon directeur chez Pharmascience pour leur soutien et leurs encouragements au cours de la rédaction de ce mémoire. Ce fut bien apprécié!

Sur ce, bonne lecture!

« VII. Le plaisir de la table est de tous les âges, de toutes les conditions, de tous les pays et de tous les jours; il peut s'associer à tous les autres plaisirs, et reste le dernier pour nous consoler de leur perte. »
Brillat-Savarin, *Physiologie du goût*

Introduction

L'amateur de fine cuisine a de tout temps existé. Certains peuples grecs de l'Antiquité en étaient, à un point tel qu'à Sybaris, une peuplade grecque en Sicile, vers les 700 avant Jésus Christ, un chef pouvait obtenir un monopole d'un an sur une recette particulièrement reconnue¹. Ce serait le premier droit de propriété intellectuelle de l'Histoire². Ces chefs seraient à l'origine de la cuisine européenne comme forme d'art³. Les Grecs auraient même rédigé des traités de cuisine, dont aucun exemplaire n'a survécu⁴. Les Romains appréciaient également la fine cuisine. Le plus vieux livre de recettes existant est celui d'Apicius, un gastronome romain reconnu pour ses extravagances gastronomiques⁵. Ce livre est constitué de ses recettes de même que plusieurs autres ajoutées par divers auteurs à travers les siècles; la première version de cet ouvrage daterait d'environ l'an 400 après Jésus Christ⁶.

¹ Rapporté entre autres par Tania Su Li Cheng, « Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for disaster? », [2008] *E.I.P.R.* 93. Elle cite ce passage de *Deipnosophistae* d'Athénée : « ... passed a law that... if any caterer or cook invented a dish of his own which was especially choice, it was his privilege that no one else but the inventor himself should adopte the use of it before the lapses of a year, in order that the first man to invent a dish might possess the right of manufacture during that period, so as to encourage others to excel in eager competition with similar inventions » (livre XII, p. 521, traduit par Charles Burton Gulick Vol. I-VII, vol. 5, p. 349).

² D'après Tania Su Li Cheng, *id.*, p. 93.

³ Veronika GRIMM, « The Good Things That Lay at Hand – Tastes of Ancient Greece and Rome », dans Paul FREEDMAN, éd., *Food, The History of Taste*, Londres, Thames & Hudson Ltd., 2007, p. 63, à la page 78.

⁴ APICIUS, *L'art culinaire*, traduit par Jacques André, Paris, Société d'édition « Les belles lettres », 1974, p. IX, l'auteur de l'introduction indique que cela est rapporté par Athénée dans *Deipnosophistae*.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*, p. IX. V. GRIMM, préc., note 3, p. 72.

L'époque médiévale comporte un certain nombre de livres de cuisine. La cuisine plus raffinée est celle des nobles, à laquelle aspire la bourgeoisie, mais à moindre coût. Il y a des traiteurs ou des commerçants chez qui peuvent faire cuire leurs plats ceux qui n'ont pas les outils de cuisine chez eux⁷. La presse à imprimer de Gutenberg vient tout chambouler. Les premiers livres de recettes imprimés le sont au 15^e siècle, puis plusieurs autres suivront aux 16^e, 17^e et 18^e siècles un peu partout en Europe, notamment en Italie, en France, en Angleterre. Ils sont généralement écrits par les officiers de bouche (chefs) de la royauté et des nobles et s'adressent à leurs confrères ou aux maîtres de maison.

Le restaurant tel que nous le connaissons actuellement prend son envol en France avec la Révolution française, bien que l'Angleterre en a déjà une forme : les tavernes⁸. La Révolution française met la plupart des chefs à la rue et les amène à ouvrir des restaurants, exception faite de ceux qui travaillent chez les bourgeois ou les nouveaux dirigeants de la France, comme Carême⁹. Ce dernier révolutionnera la cuisine française, lui donnant ses lettres de noblesse et la codifiant par les multiples ouvrages qu'il a publiés au 19^e siècle. Ce sera le début de la gastronomie française chez les bourgeois. Grimod de la Reynière et Brillat-Savarin écriront les bonheurs de la gastronomie ainsi que ses règles¹⁰. Les chefs des restaurants au 19^e siècle seront bien souvent employés, sous-payés, exploités¹¹. Avec la fin

⁷ Maguelonne TOUSSAINT-SAMAT, *Histoire de la cuisine bourgeoise du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Albin Michel, 2001, p. 35.

⁸ Stephen MENNELL, *All Manners of Food, Eating and Taste in England and France from the Middle Ages to the Present*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, chap. 6.

⁹ Antonin Carême. Il a notamment officié pour Talleyrand, pour George IV alors qu'il était régent, pour le Tsar Alexandre 1^{er}. Voir l'intéressante biographie : Philippe ALEXANDRE et Béatrix DE L'AULNOIT, *Le Roi Carême*, Paris, Albin-Michel, 2003.

¹⁰ Alexandre-Balthazar-Laurent GRIMOD DE LA REYNIÈRE, *Almanach des gourmands, Huitième année (1812)*, Paris, Mercure de France, 2003 (Almanach publié de 1803 à 1812); J.-A. BRILLAT-SAVARIN, *Physiologie du goût*, coll. Champs classiques, Paris, Éd. Flammarion, 1982 (publié à Paris par A. Sautetlet en 1826).

¹¹ S. MENNELL, préc., note 8, p. 167-168.

du 19^e siècle viendra l'époque des restaurants de grands hôtels, qui firent la renommée de certains chefs, dont Escoffier¹². Le 19^e siècle est aussi celui d'inventions culinaires notables, comme la poudre de lait et celle de cacao, qui seront brevetées. Les chefs propriétaires de restaurant réapparaissent vers la moitié du 20^e siècle, dans le sillage de la nouvelle cuisine, qui serait à l'origine de la vision du chef comme artiste¹³. La littérature culinaire telle que nous la connaissons aujourd'hui, constituée, en sus des recettes, des revues sur la cuisine, de journalisme culinaire et de guides de restaurants¹⁴, commence à se développer au 19^e siècle, mais c'est surtout au 20^e siècle qu'elle prend de l'ampleur et qu'elle débouche sur l'apparition des chefs à la télévision¹⁵. Tous ces développements mènent à l'importante médiatisation actuelle de la recette, de la cuisine et des chefs.

En raison de cette grande médiatisation, l'amateur de cuisine actuel est bombardé de recettes et d'émissions pour l'inspirer. Le non-amateur aussi, puisqu'il a à sa disposition quantités de plats préparés. Ces deux faits ont en commun la cuisine et les recettes. Celles-ci sont omniprésentes dans notre société occidentale. Les livres de recettes se vendent comme des petits pains chauds et plusieurs chefs sont des étoiles médiatiques. Les domaines de l'édition de cuisine, de la restauration et des plats préparés sont extrêmement

¹² Lui-même auteur, avec d'autres chefs, d'un ouvrage encyclopédique de recettes de cuisine : Auguste ESCOFFIER, avec la coll. de Philéas Gilbert et Émile Fetu, *Le guide culinaire, Aide-mémoire de cuisine pratique*, Paris, Ernest Flammarion, Éditeur, 1921 (1^{ère} édition en 1907).

¹³ S. MENNELL, préc., note 8, p. 164.

¹⁴ Le premier guide est le Guide Michelin publié en 1901.

¹⁵ Sur la littérature culinaire et la médiatisation des chefs, voir : Chap. 10 « Food Writing » et Chap. 11 « Television Chefs », dans Bob ASHLEY, Joanne HOLLOWS, Steve JONES et Ben TAYLOR, *Food and Cultural Studies*, Londres, Routledge, 2004. Également, S. Mennell, préc., note 8.

lucratifs, particulièrement en Amérique du Nord, les deux derniers se chiffrant dans les milliards de dollars¹⁶.

Cet état de fait amène dès lors à se demander si les recettes méritent d'être protégées par le droit et dans quelle mesure. Avant d'y répondre, cependant, il faut considérer les usages qui en sont fait.

Commençons par les livres de recettes, dont la création et la vente sont florissantes au Québec (plus de 200 ouvrages chaque année) comme ailleurs¹⁷. Nombre d'éditeurs en publient sous divers formats, selon divers thèmes : recettes de restaurant livrées par leur chef; recettes novatrices de chefs; recettes de chefs ou de non-chefs animant des émissions de cuisine; encyclopédies de recettes; recettes d'un pays donné (ex. : cuisine italienne ou espagnole); recettes d'un type de plat donné (ex. : soupes, desserts); recettes avec un ingrédient donné (ex. : chocolat, champignons); recettes conçues par le fabricant d'un produit alimentaire; recettes santé; recettes familiales ou modernes,... Les sujets sont multiples. Ces ouvrages prennent moult formes, comme des livres, des cartables, des paquets ou des boîtes de fiches, etc.

¹⁶ Association des restaurateurs du Québec, *Profil et performance de la restauration québécoise*, éd. 2008, p. 8 et Reportage de La semaine verte, « Le tailleur de légumes », Société Radio-Canada, 20 mars 2010, http://www.radio-canada.ca/emissions/la_semaine_verte/2009-2010/chronique.asp?idChronique=106756 (06/06/2010).

¹⁷ Reportage de l'Épicerie, « Les livres de recettes », Société Radio-Canada, 9 décembre 2009, http://www.radio-canada.ca/emissions/l_epicerie/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=98478 (06/06/2010).

On trouve des recettes dans les médias imprimés (journaux ou magazines généraux, féminins, spécialisés en cuisine ou publiés pour accompagner une émission de cuisine¹⁸). Elles sont aussi présentes dans les médias de télécommunication : à la radio, mais surtout à la télévision. Outre les émissions de variétés quotidiennes ou hebdomadaires qui dédient une portion de leur temps à la préparation de recettes, il existe plusieurs émissions entièrement dédiées à la réalisation de recettes de cuisine ainsi que des chaînes câblées ayant pour thème la cuisine¹⁹.

Les recettes ont aussi pris le virage technologique, les nouveaux médias se prêtant bien à leur accumulation, recherche et partage. Elles ont été disponibles sur disquettes, CD-ROM, puis ont résolument emprunté l'autoroute de l'information. L'Internet est truffé d'une multitude de sites Web de recettes : des sites généraux permettant de s'en bâtir une collection; des sites d'entreprises offrant des recettes pour utiliser les aliments qu'ils produisent ou qu'ils vendent²⁰; des sites d'associations offrant des recettes pour les produits de leurs membres²¹; des sites de restaurants offrant des recettes de leurs plats actuels ou passés; etc. Chercher « recette » ou « recipe » dans un moteur de recherche en ligne donne des millions de résultats²². La recette est aussi disponible en vidéo sur l'Internet : on peut visionner des émissions de télévision et des contenus vidéo produits spécifiquement pour

¹⁸ Par exemple : les revues pour l'émission *Des saisons de Clodine* ou les paquets de fiches vendues pour l'émission *Bon Appétit* de Claudette et Marie-Josée Taillefer dans les années 90. L'accumulation des fiches permettait de remplir le boîtier fourni par l'éditeur.

¹⁹ Par exemple : Food Channel, Zeste au Québec.

²⁰ Exemple de producteur : www.kraftcanada.com; exemple de vendeur : www.metro.ca.

²¹ Par exemple : www.leporcduquebec.qc.ca, www.lerait.com.

²² En date du 17 février 2010, « recette », « recipe », « recettes » et « recipes » obtenaient respectivement 11 200 000, 81 000 000, 25 600 000 et 98 900 000 résultats sur Google.ca.

l'Internet, telles des démonstrations de recettes ou de trucs culinaires par des chefs²³. Il existe même diverses applications relatives aux recettes pour téléphones intelligents²⁴. La recette est branchée.

Cette infinie disponibilité de recettes sur le Web s'accompagne d'une nouvelle pratique : des contrats d'usage de recettes. Certains sites stipulent clairement dans leurs conditions d'utilisation que les recettes sont pour l'usage personnel du consommateur²⁵. Certains s'octroient la propriété des recettes de leurs visiteurs, notamment au moyen de concours, en demandant à celui qui soumet une recette d'affirmer qu'elle est de son cru et d'accepter qu'elle devienne la propriété exclusive de l'entreprise²⁶. L'Internet a donc une incidence sur l'utilisation des recettes.

Les recettes sont aussi un outil de commercialisation. Nombre d'entre elles sont données en vue de vendre un produit alimentaire préparé ou un ingrédient (ex. : les fiches recettes et dépliants de promotion des supermarchés vantant leurs marques maisons) ou même un restaurant... Il y a aussi ces dépliants qui contiennent des coupons de réduction sur des aliments ainsi que des recettes pour les utiliser²⁷ ou les recettes imprimées sur l'emballage même du produit²⁸. Les exemples sont légion. Dans ce contexte, la recette est un argument de vente, un moyen d'attirer le consommateur vers un produit ou un service.

²³ Tel est le cas du site www.recettesdechefs.ca, du journal *Voir* ou du site www.metro.ca des Supermarchés Métro.

²⁴ Sur le site Web www.ipodapplications.com, sous le thème « Recipes » : 100Cookbooks, Food Network et Recipe Spider (6 février 2010). Même Jamie Oliver en a une : <http://www.jamieoliver.com/20-minute-meals/> (22 mars 2010).

²⁵ Voir des exemples à l'Annexe A.

²⁶ Voir des exemples à l'Annexe A.

²⁷ Le ou les produits promus apparaissent comme des ingrédients dans la recette offerte par le vendeur.

²⁸ Cette pratique ne date pas d'hier, le jugement *Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co.*, 295 F. 823 (1924) (8th Circ. C.A.), statue sur la protection d'étiquettes comprenant des recettes.

Ces recettes publicitaires sont remplies des marques de commerce des produits qu'elles tentent de vendre. Elles sont offertes « gratuitement », mais leur développement sur mesure pour ces produits particuliers fait partie des coûts de commercialisation du produit.

Finalement, la recette est présente dans les restaurants pour tous ces plats que nous y mangeons et en entreprise, pour tous ces aliments préparés que nous achetons. Elle a donc acquis une importance économique sans précédent. Elle a sa propre place dans l'économie de marché en raison de ses supports et du rôle qu'on lui a donné à travers le temps. Elle occupe ainsi une place importante dans nos vies.

Cette importance grandissante de la cuisine, de la gastronomie et des restaurants donne lieu à une revendication doctrinale de la protection des recettes de cuisine par le droit d'auteur, notamment en Europe, particulièrement par les auteurs français, et aux États-Unis. Par ailleurs, les tribunaux français, américains et britanniques ont eu quelques rares occasions de se prononcer sur la question, parfois négativement, parfois positivement.

Qu'en est-il au Canada? Aucun tribunal n'a tranché la question de la protection par le droit d'auteur et un seul article de doctrine a été recensé sur cette question²⁹. Par ailleurs, la gastronomie québécoise et canadienne n'est encore qu'un développement récent par rapport

²⁹ Stéfán MARTIN et Yvan BRUSAERT, « La cuisine en quête d'agents conservateurs : la protection des créations culinaires », (2007) 19 *C.P.I.* 499. Le seul jugement trouvé est britannique, cité par Harold G. Fox dans son ouvrage sur le droit d'auteur (1^{ère} et 2^e édition), toujours cité dans la 4^e édition mise à jour de John McKeown. Le reste de la doctrine consultée n'a pas permis de mettre de jugement canadien au jour sur la protection des recettes de cuisine par le droit d'auteur. Des recherches avec divers mots-clés dans les banques de données LexisNexis Quicklaw, Westlaw Canada, REJB/DCL et Azimut n'ont pas non plus permis d'en mettre une à jour. Cette recherche a par ailleurs permis de trouver les jugements qui traitent des recettes de façon pertinente à notre sujet et qui sont cités dans ce travail.

à la gastronomie française. La présence grandissante des recettes et des chefs dans les médias et leur valeur commerciale soulève naturellement la question de la propriété intellectuelle, au-delà même du seul droit d'auteur. Les recettes peuvent-elles être protégées par un régime de propriété intellectuelle et, si oui, par quel régime? Tel qu'indiqué, les auteurs se sont généralement tournés vers le droit d'auteur, certains abordant rapidement la question des brevets et des marques, question qu'il y a lieu d'examiner plus longuement. Les recettes peuvent par ailleurs être protégées par les secrets de commerce, comme c'est le cas de la recette du Coca-Cola™. Tel sera donc l'objet de ce travail : examiner si la recette peut être protégée par le droit de la propriété intellectuelle. Pour ce faire, nous commencerons par voir, dans un chapitre préliminaire, ce qu'elle est et quelle place elle occupe dans la société et si sa nature constitue un obstacle à sa protection ou bien un argument en faveur de celle-ci. Nous examinerons ensuite la recette à l'aune des critères de protection des régimes usuels de propriété intellectuelle, en commençant par les régimes de propriété industrielle que sont la marque de commerce, le secret de commerce et le brevet, puis en terminant avec le droit d'auteur. Bien que cet examen soit mené selon le droit canadien, il tirera profit des discussions de la jurisprudence et de la doctrine étrangère sur ce sujet.

Chapitre préliminaire : Protection de la recette envisagée

« De toutes les passions qu'on rencontre dans ce monde, la seule respectable me semble être la gourmandise. »
Guy de Maupassant

Nous avons tous des recettes nous venant de nos parents ou de nos grands-parents, transmises d'une génération à l'autre, pour des plats communs à notre collectivité, comme celles de tourtière, de pâté chinois ou de ketchup. Ces plats sont familiaux et traditionnels et sont eux-mêmes dérivés d'autres plats. Ils ont été amenés par les colons puis influencés et modifiés par les produits d'ici (ex. le maïs). La cuisine et ses recettes sont donc bien ancrées dans notre identité. Une simple revue des divers restaurants ethniques de Montréal permet de constater que les plats diffèrent selon les pays, les régions, les collectivités. Vue sous cet angle, la cuisine apparaît éminemment culturelle et, de ce fait, constituée de « savoirs traditionnels » au sens du droit de la propriété intellectuelle.

Pour examiner cette proposition, il nous faut comprendre ce qu'est une recette de cuisine. Ce chapitre préliminaire a donc pour objectif de dégager les caractéristiques de la recette, lesquelles nous permettront ultimement de déterminer si elle est protégeable par la propriété intellectuelle. Nous commencerons donc par examiner ce qu'est la recette de cuisine. Puisque certains des auteurs de doctrine consultés établissent une distinction entre la recette et le plat aux fins de la protection par le droit, nous procéderons ensuite à un semblable examen pour le plat de cuisine. Après cet examen de la recette et du plat, nous reviendrons ensuite à la proposition énoncée au début de ce chapitre, à savoir si les recettes, et donc les plats, sont des savoirs traditionnels. Pour explorer cette question, il nous faudra regarder s'ils sont culturels, s'ils constituent un savoir de la collectivité.

A. Recette et plat définis

« IX. La découverte d'un mets nouveau fait plus pour le bonheur
du genre humain que la découverte d'une étoile. »
Brillat-Savarin, *Physiologie du goût*

Les auteurs qui ont abordé la question de la protection de la recette se bornent généralement à dire qu'il s'agit d'une liste d'ingrédients ou d'une méthode, sans plus. Certains dissocient la recette du plat et favorisent plutôt la protection de ce dernier aux fins d'une éventuelle protection par le droit d'auteur. Que sont-ils chacun?

1. Recette

Nom commun, la « recette » est définie comme suit par *Le Grand Larousse Universel* : « [...] 3. Description détaillée sur la façon de préparer un mets à partir d'ingrédients donnés : *Cahier, livre de recettes*. _ [...] »³⁰. Quant au *Petit Robert*, il dit : « III (Au sens de « indication reçue ») 1. (1314) Formule et manière de préparer (un remède). Recette d'une pharmacopée, du codex. Recette de bonne femme. 2. (fin XIVE) Recette (de cuisine). Indication détaillée de la manière de préparer un mets. « faire des biscuits selon la recette d'une tante » (Chardonne). [...] »³¹. En anglais, l'*Oxford English Dictionary* définit « recipe » notamment comme « [a] statement of the ingredients and procedure necessary for the making or compounding of some preparation, esp. of a dish in cookery; a receipt »³². Le *Collins Gage* définit « recipe », comme « 1 a set of direction for preparing something to eat

³⁰ *Grand Larousse Universel*, vol. 12, Paris, Éditions Larousse, 1989, p. 8766.

³¹ *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, p. 2112.

³² *The Oxford English Dictionary*, 2e éd., préparée par J.A. SIMPSON et E.S.C. WEINER, Volume XIII, Quemadero-Roaver, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 327.

or drink. 2 a set of directions for preparing anything by combining ingredients: a *recipe for making soap*.[...]»³³.

Selon ces définitions, la recette culinaire est une description, une indication, une procédure, un ensemble d'instructions qui est aussi détaillé. D'après ces termes, on parle surtout de la recette écrite, mais la recette, qu'elle soit écrite ou orale, peut être considérée comme la manière même de préparer les plats, la procédure à suivre et les ingrédients à utiliser. Les recettes écrites sont généralement constituées des éléments suivants : une liste d'ingrédients; les quantités des ingrédients à utiliser; les indications relatives à la durée de préparation de la recette, à la température de cuisson des aliments et au coût des ingrédients; une série d'instructions à suivre, à l'impératif, pour réaliser la recette. Celui qui suit la recette devrait arriver au résultat annoncé. Ces mêmes informations sont connues lorsque la recette est orale, intangible. La recette est donc plus qu'une simple liste d'ingrédients, laquelle semble une apparition relativement nouvelle dans la rédaction des recettes. L'examen de livres antérieurs aux 19^e et 20^e siècles montre que les ingrédients étaient intégrés aux instructions, souvent sans leur quantité. La création de cette liste facilite la réalisation de la recette, car elle permet de préparer les ingrédients en premier. Sans les ingrédients, la recette perd de sa valeur et de son intérêt puisque c'est leur agencement qui mène au plat. Les ingrédients/aliments sont le médium utilisé par le chef ainsi que son inspiration.

La recette culinaire est donc orale et intangible, ou écrite. Sa transcription permet d'assurer le souvenir de ses détails, sa réalisation constante et uniforme (obtenir toujours le même

³³ *Collins Gage Canadian Paperback Dictionary*, Toronto, Thomson Nelson, 2006, p. 719.

plat), sa transmission plus facile, sa pérennité. Le fait de l'écrire permet d'en garder un souvenir exact, surtout lorsqu'elle est compliquée ou a fait l'objet d'essais et d'erreurs. L'écrit permet de suivre pas à pas l'évolution de la recette. Les livres sur la gestion des restaurants consultés suggèrent fortement au restaurateur de standardiser sa recette, de la coucher sur papier afin de pallier les oublis ou l'absence des cuisiniers mais, surtout, d'assurer l'uniformité de ses mets³⁴. Si la préparation ne change pas, le plat qui sort de sa cuisine sera toujours pareil, ce qui fera revenir les clients.

La recette est le reflet de son époque, des modes et des goûts de la société qui la développe. Sa composition est influencée par l'instrument privilégié pour manger (ex. doigts, ustensiles, baguettes, pain), les instruments de préparation (ex. : four, malaxeur), les nouveaux procédés de préparation, les modes de cuisson (ex. : au four, grillade, bouillon) ainsi que les ingrédients disponibles (ex. : aliments locaux ou étrangers; antérieurement, aliments venant des colonies comme le sucre ou le cacao; inventions alimentaires).

Quant aux chefs, comment décrivent-ils la recette? L'examen de livres de recettes, de celui d'Apicius à ceux d'aujourd'hui, permet de constater qu'un même style de rédaction se dégage: des verbes d'action à l'impératif. La recette donne des ordres, des instructions à suivre au lecteur. C'est ce qui fait de la cuisine un code, d'une recette, une législation³⁵. Les

³⁴ Nancy LOMAN SCANLON, *Marketing by Menu*, New York, John Wiley & Sons, 1999, p. 100 et s.; Robert T. GORDON, Mark H. BREZINSKI, *The Complete Restaurant Management Guide*, Armonk, New York, M.E. Sharpe Inc., 1999, p. 65 et s.; Yvan GRÉGOIRE, *Gestion de restauration commerciale et collective*, Montréal, Carte du jour, 1986, p. 171 et s.; Paul J. MCVETY, Bradley J. WARE et Claudette LÉVESQUE, *Fundamentals of Menu Planning*, 2^e éd., New York, John Wiley & Sons Inc., 2001, p. 110 et s.

³⁵ Priscilla PARKHURST FERGUSON, *Accounting for Taste*, Chicago, University of Chicago Press, 2004, chap. 1, p. 8 et 18.

ouvrages du 17^e siècle *Le cuisinier françois* et *Le confiturier françois*³⁶ utilisent les termes « manière de faire », « méthode d'apprêter », « manière d'apprêter », « méthode & instruction » dans les titres de certains des chapitres. Dans *Le cuisinier roïal et bourgeois*, Massialot dit donner « les véritables manières », une « métode »³⁷. Dans *Le pâtissier pittoresque*³⁸, Carême utilise les termes « manière de préparer » dans certains des titres de ses textes sur la réalisation de pièces montées. Escoffier, dans son ouvrage encyclopédique *Le guide culinaire*, utilise le terme « formule » pour parler des diverses façons d'apprêter les aliments qu'il répertorie. Jehane Benoît, ancienne papesse de la cuisine québécoise, dit donner, dans sa *Nouvelle encyclopédie*, les règles fondamentales de la cuisine, nécessaires connaissances à apprendre avant de cuisiner. Par ailleurs, la recette est pour elle « un thème sur lequel une cuisinière intelligente exécute chaque fois une variation différente »³⁹. Dans un ouvrage plus récent, Daniel Vézina parle de techniques, de gestes⁴⁰. On peut donc effectivement parler de la recette comme du savoir-faire et des connaissances.

Ainsi, de tout temps, les recettes prennent la forme d'instructions sur la transformation des aliments bruts pour faire un plat donné. Certaines recettes écrites dépassent cette seule qualification parce qu'elles donnent aussi des trucs, des conseils, des observations, même

³⁶ Rédigés par François Pierre, dit VARENNE, publiés dans Jean-Louis FLANDRIN, Philip et Mary HYMAN, *Le cuisinier françois*, coll. Bibliothèque bleu, Paris, Montalba, 1983 (1651 et 1653).

³⁷ François MASSIALOT, *Le cuisinier roïal et bourgeois, qui apprend à ordonner toute sorte de repas, et la meilleure manière des ragoûts les plus à la mode et les plus exquis*, Limoges, Éd., René Dessagne, 1980? (1691).

³⁸ Antonin CARÊME, *Le pâtissier pittoresque*, Marseille, Laffitte, 1980 (réimpression de la 3^e édition de 1882), ex. p. 8, 9, 12.

³⁹ Jehane BENOÎT, *La Nouvelle Encyclopédie de la Cuisine*, Montréal, Messageries du Saint-Laurent, 1981, p. 12.

⁴⁰ Daniel VÉZINA, *Le fruit de ma passion, Réflexions, aventures et recettes gourmandes*, Montréal, Éd. La Presse, 2005, Introduction.

des anecdotes⁴¹. En soi, la recette écrite constitue donc un tout. Finalement, elle peut être qualifiée selon son utilisation : traditionnelle, familiale, industrielle ou en restaurant. Toutes ces caractéristiques dégagées ci-haut nous permettent donc d'expliquer la recette. Il y a maintenant lieu de se pencher de même sur le plat.

2. Plat

« Le gourmet qui savoure s'abîme dans un infini d'égoïsme. Splendide isolement d'une parfaite Trinité : le plat, la saveur qui en est l'esprit, et soi. »

Berjanette, *Les femmes, la table, l'amour*

Le plat est la résultante de l'exécution de la recette, sa réalisation. Sa vue nous attire souvent, nous met l'eau à la bouche. Il a une forme tridimensionnelle et occupe une place dans l'espace, qu'il soit liquide ou solide. Il est perceptible par les cinq sens : il peut être vu, senti, touché, entendu et goûté. C'est cette nature perceptible, tangible, qui sous-tend l'opinion qu'il peut être une œuvre d'art.

Le plat est avant tout utilitaire, sa vocation première étant de sustenter l'humain afin qu'il ait l'énergie nécessaire pour survivre. Mais il est souvent beaucoup plus qu'un simple assemblage des aliments nécessaires à la survie de l'être humain. Lorsqu'il est gastronomique, il fait appel aux sens et se veut source de plaisir, de surprise,

⁴¹ Carême et Escoffier prodiguent moult observations, conseils et trucs; Carême y va d'anecdotes, de textes d'histoire ou sur lui-même. Dans son livre sur son restaurant le Pied de Cochon, Martin Picard raconte ses inspirations et autres détails sur son restaurant ou ses façons de faire; il y a même une bande dessinée (Martin PICARD, *Restaurant Au Pied de Cochon, L'Album*, Montréal, Restaurant Au Pied de Cochon, 2006).

d'émerveillement, ce qui lui donne une vocation plus frivole, délicieuse...⁴², et nous ramène au fait que la cuisine est une fête⁴³.

Le plat est éphémère, comme les sons d'une pièce de musique ou la senteur d'un parfum, mais cette fugacité est aussi tangible, contrairement aux sons et à la senteur qui s'évanouissent dans l'air. Le plat est mangé et transformé par le corps. Il n'a pas pour vocation de durer très longtemps, sauf s'il est mis en conserve ou congelé, car il est fait pour être consommé. La mise en conserve et la congélation lui permettent de conserver sa vocation première plus longtemps mais ne font ultimement que retarder l'inéluctable.

Le plat est souvent hétérogène. Sous certaines formes, tous les ingrédients sont mélangés de façon à produire un résultat unique, uniforme et homogène (ex. : certains potages ou gâteaux), mais on cuisine majoritairement des plats hétérogènes (ex. : salades, bouillis et pâtisseries), où les ingrédients peuvent être visiblement distingués les uns des autres. Le plat est donc un assemblage de divers éléments, que ce soient des ingrédients ou de minis plats. En effet, certains restaurants conçoivent des plats constitués de plusieurs éléments – chacun résultant d'une recette – qu'ils assemblent afin de former une assiette visuellement attrayante, surprenante, voire provocante⁴⁴. De cela ressort aussi l'extrême importance de l'apparence du plat, que toutes ces photos léchées de livres de cuisine ou d'emballages de plats préparés permettent de constater.

⁴² Telle est clairement l'opinion de Brillat-Savarin. Voir ses aphorismes dans BRILLAT-SAVARIN, préc, note 10.

⁴³ Igor de GARINE, « Introduction », dans Marie-Claire BATAILLE-BENGUIGUI et Françoise COUSIN, éd, *Cuisines, reflets des sociétés*, Paris, Éd. Sépia – Musée de l'Homme, 1996, p. 9, à la page 14.

⁴⁴ Par exemple, les assemblages du chef-pâtissier Patrice Bergeron dans son livre *La carte des desserts*, Montréal, Éd. de l'Homme, 2009.

Le goût du plat est primordial. Il est source de popularité ou de rejet du plat. Celui qui a bon goût est refait par le chef ou cuisinier, est commandé à nouveau par le client. En bout de ligne, le plat est constitué de divers goûts, textures et couleurs qui varient selon les collectivités. Pour ceux qui préconisent sa protection, il est une œuvre d’art, ce qui veut dire que ce ne sont pas tous les plats qui peuvent mériter ce titre. Le but avoué de ces personnes est de protéger le plat gastronomique.

Le plat, comme la recette, a donc une série de facettes qui le caractérisent. Ces particularités dégagées pour ces deux ouvrages permettent de mieux les cerner et de nous assister dans notre analyse, à travers l’ensemble de ce travail, aux fins de déterminer si l’un ou l’autre est protégeable par un régime de propriété intellectuelle. La recette et le plat s’intègrent dans la cuisine, laquelle occupe une place significative au sein de nos sociétés. Cela soulève une préoccupation : sont-ils un élément culturel qui doit être protégé de l’appropriation privée? Sont-ils un bien de la collectivité et doivent-ils le demeurer? Pour répondre à ces questions, nous allons nous pencher sur leur rôle dans la société, c’est-à-dire comme savoir de la collectivité.

B – Savoir de la collectivité

« La cuisine d’un pays témoigne de sa géographie, de son histoire, de l’ingéniosité gourmande de son peuple et de ses atavismes. De longues périodes de tâtonnement et d’expérience s’ajoutent à cela. »
Jehane Benoît, *Nouvelle encyclopédie*, 1981

À première réflexion, les recettes semblent faire partie de la culture. Le fait que certaines d’entre elles soient clairement locales, régionales ou patrimoniales suggère qu’elles peuvent être une forme de savoir traditionnel, ce qui s’opposerait à leur protection par les régimes

usuels de propriété intellectuelle au bénéfice d'une seule personne. Il faut dès lors déterminer si elles sont effectivement culturelles. Nous commencerons donc par déterminer si les recettes et les plats font partie de la culture d'une société. Si cela s'avère, nous regardons ensuite s'ils peuvent se qualifier comme des savoirs traditionnels au sens du droit de la propriété intellectuelle. Dans l'affirmative, l'une des manières parfois proposée de protéger et de valoriser les savoirs traditionnels dans le domaine alimentaire est de recourir aux indications géographiques. Nous examinerons cette possibilité en dernier lieu.

1. Élément culturel

La cuisine, les recettes et les plats sont le reflet de nos sociétés. Ils s'intègrent dans tout ce qui concerne l'alimentation, laquelle est considérée comme faisant partie intégrante de la culture d'un peuple :

Human foodways – a term which includes as well as food choice – methods of eating, **preparation**, number of meals per day, time of eating and the size of portions eaten, are an integrated part of a coherent cultural pattern in which each custom and practice has a part to play. Food habits come into being and are maintained because they are effective, practical and meaningful behaviours in a particular culture. They are a product of everyday environmental forces acting within the context of historical conditioning – a melding of new ideas and imperatives with old traditions.⁴⁵ [mes caractères gras]

Ainsi, la façon dont nous préparons ce que nous mangeons fait partie intégrante de notre culture. Chaque collectivité a sa propre alimentation et ses propres méthodes de préparation.

⁴⁵ Paul FIELDHOUSE, *Food & Nutrition : Customs & Culture*, Beckenham-Kent, Croom Helm, 1986, p. 1-2.

Dans son livre, monsieur Paul Fieldhouse examine les caractéristiques de la culture⁴⁶ sous l'angle de l'alimentation. Trois caractéristiques se rattachent particulièrement aux recettes⁴⁷. Premièrement, la culture est apprise, et non innée; elle est un phénomène de groupe et se transmet de générations en générations de façon formelle ou informelle⁴⁸. Les recettes et les méthodes de cuisiner ne sont pas innées, elles nous sont inculquées par nos parents, nos aïeux, nos professeurs, ou sont apprises de façon autodidacte; elles sont aussi souvent transmises d'une génération à l'autre. Deuxièmement, la culture implique le changement, c'est-à-dire qu'elle est similaire à celle de la génération précédente, mais qu'elle évolue également; les habitudes d'alimentation sont donc stables mais aussi en constante évolution⁴⁹. La recette évolue, mais est également statique : le plat demeure, mais est amélioré ou modifié notamment au gré des essais et des erreurs, des changements d'ingrédients ou des nouvelles connaissances en matière de cuisson. Troisièmement, la culture fait partie de nous à notre insu et est indissociable de qui nous sommes⁵⁰. Cela explique probablement notre attachement aux plats de notre enfance préparés par nos parents ou nos aïeux, aux recettes transmises par nos familles et nos communautés.

La recette n'est pas que familiale; elle est aussi régionale, c'est-à-dire fonction des goûts, des modes, des ingrédients et des méthodes de cuissons qui ont cours dans la collectivité de son concepteur. Tel est à tout le moins le cas de la cuisine traditionnelle. Bien que souvent écrite de nos jours, la recette a été transmise oralement, de longue date et majoritairement,

⁴⁶ P. FIELDHOUSE, préc., note 45, p. 2. Aux pages 2 à 4, il utilise les caractéristiques de la culture telles que déterminées par FOSTER G., *Traditional cultures and the Impact of Technological Change*, New York, Harper & Row, 1962.

⁴⁷ Les deux autres sont que la culture résiste au changement (i.e. les habitudes alimentaires ne changent pas) et qu'elle a un système de valeurs (ex. aliments bons et mauvais). Voir *id.*, p. 3.

⁴⁸ *Id.*, p. 2.

⁴⁹ *Id.*, p.2-3.

⁵⁰ *Id.*, p. 3

entre les générations d'une même famille. D'ailleurs, la cuisine et la recette nous suivent dans nos migrations⁵¹ et ce sont souvent par leur entremise que nous établissons le premier contact avec une autre culture.

Pour la professeure Priscilla Parkhurst Ferguson également, la « cuisine », c'est-à-dire ce qui constitue un ensemble de pratiques, est un agent vital de socialisation et constitue un discours, un langage (*discourse*) : «... cuisine is not merely a culinary code that anchors custom. It is as well a panoply of narratives that sustain praxis. Cuisine constructs and upholds a community of discourse, a collectivity held together by words, by language, by interpretations of the world in which we live. »⁵². Elle estime cependant que la cuisine est le fait d'individus isolés et ne devient collective et culturelle que par sa mise à l'écrit⁵³.

Tout cela permet donc clairement de conclure que les recettes et les plats qui en résultent font partie intégrante d'une société, qu'ils en sont un élément culturel clé. De ce fait, ils peuvent certainement constituer des savoirs traditionnels au sens entendu par le droit de la propriété intellectuelle. Ces derniers sont généralement considérés comme étant culturels, parce qu'il s'agit de savoirs développés et utilisés par un peuple en particulier. Telle est la proposition formulée au début de ce chapitre préliminaire, que nous allons maintenant aborder de front. Par conséquent, dans la prochaine section, nous traiterons de la question

⁵¹ Linda GUIDROUX, « La migration d'un savoir-faire traditionnel : la cuisine des crêpes bretonnes au Québec », [2008-2009] *Port Acadie : revue interdisciplinaire en études acadiennes / Port Acadie: An Interdisciplinary Review in Acadian Studies* 233-247, <http://id.erudit.org/iderudit/038431ar> (30/03/2010). L'auteure examine les restaurants de crêpes bretonnes démarrés au Québec par des immigrants bretons qui font l'effort de préserver leur cuisine ici.

⁵² P. PARKHURST FERGUSON, préc., note 35, p. 8.

⁵³ *Id.*, p. 17-19, 22.

de savoir si les recettes et les plats peuvent être des savoirs traditionnels, eux-mêmes considérés comme une forme de propriété intellectuelle.

2. Savoirs traditionnels

Les savoirs traditionnels sont considérés comme faisant partie intégrante de la culture d'une collectivité autochtone. Ils sont divers, souvent entendus comme constitués de danses, de chants, de contes et légendes, de connaissances sur les plantes et de moyens de guérisons pouvant en être tirés ainsi que d'artisanat et des méthodes pour le réaliser. Depuis plusieurs années, ils font l'objet d'un débat sur la scène internationale en droit de la propriété intellectuelle, parce que certains d'entre eux ont été appropriés par des entreprises, qui ont obtenu des droits de propriété intellectuelle à leur égard, empêchant alors les populations autochtones d'où ils proviennent de les utiliser ou d'en bénéficier⁵⁴. Beaucoup de ces savoirs émanent de pays émergents, lesquels se sont élevés contre ces pratiques. Ils en demandent la reconnaissance, la protection et la valorisation.

L'un des grands problèmes de ce débat réside dans la définition des savoirs traditionnels. Monsieur Henri-Philippe Sambuc rapportait, en 2003, une multitude de définitions des savoirs traditionnels provenant de divers instruments internationaux, d'institutions internationales ou non gouvernementales ou d'auteurs⁵⁵. La plupart de ces définitions ne mentionnent pas la cuisine, sauf celle de « savoir indigène » de la Banque mondiale, qui

⁵⁴ Voir Michael BLAKENEY, « The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law », [2000] *E.I.P.R.* 251, où l'auteur donne des exemples d'appropriation de savoirs traditionnels.

⁵⁵ Henri-Philippe SAMBUC, *La protection internationale des savoirs traditionnels, La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Paris, L'Harmattan, 2003, Première partie, chapitre 1, p. 56 et s.

mentionnait le savoir « en matière ... de préparation de la nourriture »⁵⁶, mais qui semble avoir depuis modifié sa définition⁵⁷. Les définitions sont souvent très vagues et larges, comme celle de la *Convention sur la diversité biologique*⁵⁸, laquelle évoque des pratiques, des connaissances, des techniques et des expressions liées à la nature. Le savoir culinaire n'en est pas pour autant exclu de la notion même de savoir traditionnel. Comme le rapporte monsieur Sambuc⁵⁹, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a envoyé des missions d'enquête auprès de divers pays dans toutes les régions du globe aux fins de définir les besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels. Ces missions ont révélé que certains de ces détenteurs, divers peuples sur la planète, considèrent que le savoir culinaire fait partie de leurs savoirs à protéger⁶⁰. Au terme de son examen des diverses définitions, monsieur Sambuc estime que le patrimoine traditionnel peut être

⁵⁶ H.-P. SAMBUC, préc., note 55., p. 61

⁵⁷ Celle citée par Monsieur Sambuc n'a pas été trouvée. Voici ce qui a été trouvé: WORLD BANK, *Integrating Indigenous Knowledge in Project Planning and Implementation*, General Guidelines, p. 17 : « It is practical common sense based on teachings and experience passed on from generation to generation. It is knowing the country; it covers knowledge of the environment (snow, ice, weather, resources), and the relationship between things. It is holistic — it cannot be compartmentalized and cannot be separated from the people who hold it. It is rooted in the spiritual health, culture, and language of the people. It is a way of life. Traditional knowledge is an authority system. It sets out the rules governing the use of resources — respect; an obligation to share. It is dynamic, cumulative and stable. It is truth. Traditional knowledge is a way of life — wisdom is using knowledge in good ways. It is using the heart and the head together. It comes from the spirit in order to survive. It gives credibility to people. »,

<http://siteresources.worldbank.org/INTINDKNOWLEDGE/Resources/generalguides.pdf> (17 mars 2010).

⁵⁸ 5 juin 1992. Art. 8(j) : « Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques; ».

⁵⁹ H.-P. SAMBUC, préc., note 55, à la page 80.

⁶⁰ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle. Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001. Pour l'Afrique orientale et australe, il s'agit des « recettes traditionnelles pour la préparation des aliments, des épices et des boissons, techniques de découpe de la viande » (p. 90); pour l'Amérique centrale, il s'agit des « recettes de cuisine et [des] plats traditionnels » (p. 144 et 146); pour l'Afrique de l'Ouest, on a mentionné les « méthodes de conservation des aliments » et la « technologie de la transformation des alimentations et de la fermentation » (p. 158); pour les pays arabes, on a donné l'exemple du secret de fabrication d'une pâtisserie traditionnelle nationale du Sultanat d'Oman, l'halwa omania, lequel secret est préservé et transmis de père en fils (p. 175 et 182).

décomposé en trois catégories, soit le patrimoine culturel, le patrimoine folklorique et les savoirs traditionnels stricto sensu, dans lesquels il inclut le savoir culinaire⁶¹. De façon similaire, un autre auteur, le professeur Yinliang Liu, inclut les techniques traditionnelles de préparation des aliments mentionnées dans le rapport de l'OMPI dans une catégorie qu'il qualifie de savoirs traditionnels sur le plan scientifique et technique⁶².

Outre ses missions d'enquêtes, l'OMPI a fait plusieurs travaux pour tenter de définir les savoirs traditionnels et de déterminer comment les protéger. Cela l'a menée à développer deux concepts distincts : les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Les « savoirs traditionnels »

s'entend[ent] du contenu ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et **comprend le savoir-faire, les techniques**, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique, et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à un savoir associé à des ressources génétiques. [mes caractères gras]⁶³

Tandis que les expressions culturelles traditionnelles s'entendent de :

- A) [...] **toutes les formes, tangibles ou intangibles**, d'expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, y compris les formes d'expression ou les combinaisons de ces formes d'expression indiquées ci-après :
- i) les expressions verbales, telles que récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations; mots, signes, noms et symboles;
 - ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale;
 - iii) les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres représentations; que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et
 - iv) les expressions tangibles**, telles que les ouvrages d'art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles,

⁶¹ OMPI, *Savoirs traditionnels...*, préc. note 60, p. 85.

⁶² Yinliang LIU, « Justification of Subject-Matter for Legal Protection of Traditional Knowledge », [2007] *E.I.P.R.* 456, 456-457.

⁶³ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « *Reproduction du document WIPO/GRTKF/IC/9/5 "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés"* », Document WIPO/GRTKF/IC/12/5(c), 6 décembre 2007, Annexe p. 21, art. 3.

verreries, tapis, costumes; les **produits artisanaux**; les instruments de musique et les ouvrages d'architectures;
 qui sont
 aa) le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective;
 bb) caractéristiques de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d'une communauté; et
 cc) conservées, utilisées ou développées par cette communauté, ou par des personnes qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité. [...] [mes caractères gras]⁶⁴

Ces deux définitions demeurent de simples propositions, non adoptées par le comité intergouvernemental de l'OMPI sur les savoirs traditionnels⁶⁵. Elles ne mentionnent aucunement la cuisine, mais celle-ci peut s'intégrer dans le savoir-faire et les techniques mentionnés dans la définition de savoirs traditionnels, d'autant plus lorsqu'on considère l'inclusion du savoir culinaire par certains détenteurs mentionnée plus haut. La cuisine devrait cependant remplir les critères limitatifs établis par l'OMPI pour les savoirs traditionnels :

i) engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel;
ii) associés de façon distinctive à un communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre, et
*iii) indissociablement liés à l'identité culturelle d'une communauté ou d'un peuple autochtone ou traditionnel qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers*⁶⁶

La recette orale pourrait aussi être une « expression verbale » au sens de la définition des expressions culturelles traditionnelles, laquelle dit viser les formes tangibles ou intangibles et ne requiert pas leur fixation. Même les recettes écrites pourraient entrer dans cette catégorie. Quant au plat, pourrait-il se qualifier comme une expression? Selon cette

⁶⁴ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés », Document WIPO/GRTKF/IC/9/4, 9 janvier 2006, Annexe, p. 12, article 1.

⁶⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « Projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles et aux savoirs traditionnels » http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html (23/03/2010).

⁶⁶ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « Dispositions révisées relatives à la protection des savoirs traditionnels », extrait de WIPO/GRTKF/IC/7/5.

définition-là, cela n'apparaît pas certain, puisque qu'elle donne surtout comme exemples des expressions durables (bijoux, verreries, textiles), précisant toutefois que la peinture du corps serait incluse. Réfère-t-on à des tatouages ou à du maquillage temporaire? Dans le dernier cas, la nature éphémère de ces peintures pourrait ouvrir la porte aux plats.

Par ailleurs, ces définitions proposées par l'OMPI ont récemment fait l'objet de révision, et l'OMPI propose à ses membres diverses modifications, dont une notable en ce qui nous concerne : l'ajout des produits alimentaires dans son énumération des expressions tangibles du paragraphe A)iv) de la définition des expressions culturelles traditionnelles⁶⁷. Si cet ajout est approuvé, le plat pourrait dès lors définitivement s'y glisser. S'il n'est pas retenu, la définition des expressions culturelles traditionnelles mentionne également les produits artisanaux dans lesquels on pourrait probablement insérer les plats, mais ceux-ci se limiteraient probablement aux plats préparés pour être consommés à un moment ultérieur, comme les aliments mis en conserve (ex : un pot de terrine ou de confiture).

Soulignons ici que l'Assemblée générale des Nations Unis a adopté, en 2007, une *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*⁶⁸, dont l'article 31 dit :

⁶⁷ ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « La protection des expressions culturelles traditionnelles/Expressions du folklore : objectifs et principes révisés », Document WIPO/GRTKF/IC/16/4, 22 mars 2010, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_4.pdf (30/07/2010). Voir l'Article premier, A), à la page 11 de l'Annexe : « iv) les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures sur bois, sculptures, moulages, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, **produits alimentaires et boissons**, travaux d'aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes, oeuvres de mascarade; jouets, souvenirs et les produits artisanaux; les instruments de musique; Pierre, travail des métaux, filature et les ouvrages d'architecture ou funéraires; [...] » [mes caractères gras]. Voir à notre Annexe B ces nouveaux projets de dispositions proposés.

⁶⁸ 13 septembre 2007, <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/fr/drip.html> (23/03/2010).

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, **leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris** leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, **leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore**, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice. [mes caractères gras]

L'International Indian Treaty Council (IITC), groupe de revendications pour les peuples autochtones, fait un lien entre cette définition, la souveraineté alimentaire et le droit à la nourriture (*Right to Food*) que veut implanter l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture à l'égard des peuples indigènes notamment⁶⁹. Selon l'IITC, la production des aliments traditionnels s'inscrit dans les pratiques culturelles et spirituelles traditionnelles des autochtones⁷⁰. Les savoirs traditionnels permettent la subsistance de la communauté et créent un équilibre entre le monde naturel, l'environnement et les gens, ce qui veut dire que la perte de leurs aliments traditionnels aurait un grave impact sur leur spiritualité et leur identité⁷¹.

L'ajout des « produits alimentaires » à la définition des « expressions traditionnelles culturelles » qu'a récemment proposé l'OMPI se démarque par rapport à toutes les définitions des savoirs traditionnels où la cuisine est rarement mentionnée. Cette omission quasi-généralisée est d'ailleurs surprenante puisque la cuisine est souvent l'un des derniers

⁶⁹ Voir leur dépliant *Food Sovereignty and the Rights of Indigenous People* datant de 2009: http://www.treatycouncil.org/PDFs/FoodSovereigntyENG_101909WEB.pdf (29/08/2010).

⁷⁰ Estebancio CASTRO DIAZ for IITC, *Food Sovereignty and Traditional Knowledge*, International Workshop on Traditional Knowledge, Panama City, 21-23 September 2005.

⁷¹ *Id.*, p. 4.

bastions des habitudes culturelles des immigrants, même après la perte du langage⁷². Les savoirs traditionnels sont liés à la nature, lien également entretenu par la cuisine, qui s'inscrit dans le cycle de la vie. Ils sont aussi associés aux rituels, aux cérémonies, aux chants et aux danses - tous éphémères dans leur exécution - auxquels se rattache également la cuisine :

[...] les transformations subies par les substances alimentaires ne sont pas que matérielles. La cuisine opère aussi (surtout?) dans le registre de l'imaginaire. Si l'on ne craint pas d'être sommaire, on peut dire qu'elle fait passer la matière première alimentaire de l'état de Nature à l'état de culture. Elle conjure, apprivoise les périls de la nature, mais aussi de la surnature. C'est un acte si magique que l'on peut, à la réflexion, voir apparaître l'étrange parenté qui unit cuisine et sorcellerie.⁷³

Les chefs, les cuisiniers et les entreprises s'inspirent souvent des plats de leur terroir ou d'autres plats existant pour en concevoir de nouveaux. La cuisine est donc un fil continu. Considérer les recettes et les plats qui composent une cuisine comme faisant partie des savoirs traditionnels d'un peuple permettrait de reconnaître le fait qu'ils appartiennent à une collectivité, à tous ses membres, ou leur présence au sein du domaine public. Cela pourrait aussi permettre de les préserver ou de les valoriser au bénéfice de la collectivité de laquelle ils émanent. Après tout, la raison d'être du débat sur les savoirs traditionnels est de préserver une collectivité contre l'appropriation illicite de ses savoirs par une personne privée externe pour son seul profit.

Un autre problème des savoirs traditionnels est de savoir qui en sont les détenteurs, et ce, en vue de circonscrire leur reconnaissance, leur protection et leur valorisation. Cela fait

⁷² Manuel CALVO, « Migration et alimentation », (1982) 21:3 Social Science information – Information sur les sciences sociales 383-446, cité par Claude FISCHLER, « Alimentation, cuisine et identité : l'identification des aliments et l'identité du mangeur », dans Université de Neuchâtel, *Identité alimentaire et altérité culturelle, Actes du colloque de Neuchâtel, 12, 13 novembre 1984*, Neuchâtel, Institut d'ethnologie, 1985, p. 171, p. 177.

⁷³ C. FISCHLER, *id.*, p. 182.

toujours l'objet de débats au sein de l'OMPI⁷⁴. Les diverses institutions internationales ciblent les peuples autochtones comme ceux qui détiennent des « savoirs traditionnels »⁷⁵, mais ils pourraient être étendus aux savoirs des collectivités locales, voire ceux des agriculteurs⁷⁶.

Ainsi, les recettes et les plats peuvent être reconnus comme faisant partie des savoirs traditionnels. Cette inclusion est désirable parce qu'elle reconnaît la valeur des savoirs culinaires et la place qu'ils occupent effectivement dans nos vies, dans nos sociétés. Ils sont de toutes les fêtes, de toutes les occasions. Cette reconnaissance mène alors à une autre question : comment protéger les savoirs traditionnels dans les faits? S'amorce alors un autre débat : celui de déterminer quel est le meilleur mode de protection. Les opinions oscillent notamment entre les régimes usuels de propriété intellectuelle (ex. : brevet, droit d'auteur, marque de commerce), le régime contractuel général ou un régime *sui generis* adapté aux réalités des savoirs traditionnels, notamment leur caractère souvent intangible, non écrit⁷⁷.

Certains pays se sont déjà lancés dans l'aventure de la protection des savoirs traditionnels, en promulguant des lois pour ce faire⁷⁸, lesquelles prévoient notamment des brevets adaptés aux réalités de ces savoirs ou des régimes *sui generis*. Ces lois semblent toutefois viser surtout les savoirs biologiques et médicinaux. Pourtant, si les recettes sont considérées

⁷⁴ Christoph ANTONS, « Introduction », dans Christoph ANTONS, éd., *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 1, à la page 4.

⁷⁵ H.-P. SAMBUC, préc., note 55, 99 et s.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Le rapport de l'OMPI, *Savoirs traditionnels...*, préc., note 60, en fait état.

⁷⁸ *Law introducing a protection regime for the collective knowledge of indigenous peoples derived from biological resources*, Pérou, loi no 27811, publiée le 10 août 2002; *A Proclamation to provide for access to genetic resources and community knowledge and community right*, No.482/2006. Voir <http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html#special> (8 mai 2010).

protégeables par les régimes usuels de propriété intellectuelle et que des recettes traditionnelles font alors l'objet de d'appropriation par des tiers non membres des communautés desquelles elles émanent, on peut penser que ces lois seront élargies pour inclure les savoirs culinaires traditionnels. Notons ici qu'il n'existe pas de loi semblable au Canada, lequel a agi de façon contradictoire sur le plan culturel en votant contre *la Déclaration sur les droits des peuples indigènes* tout en faisant la promotion et en adoptant *la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Cette contradiction n'est ici que soulignée et ne sera pas examinée dans ce travail. Nous n'aborderons pas non plus la question de savoir quel régime (ex. : brevets, droit d'auteur, régime *sui generis*, contrats) doit servir pour protéger, dans les faits et de façon efficace, les savoirs traditionnels, sauf pour une seule exception. Dans le cadre de ce questionnement sur les meilleurs moyens de protection des savoirs traditionnels, certains auteurs lancent une idée qui est d'intérêt pour notre travail : avoir recours au régime des indications géographiques. Ces dernières s'associent plus facilement aux savoirs traditionnels puisqu'elles sont considérées constituer un moyen de favoriser les régions rurales, soit celles où l'on retrouve souvent les détenteurs des savoirs traditionnels. Cette proposition est alléchante, puisque nombre d'aliments bénéficient d'indications géographiques en Europe, tels divers fromages, et ont vu leurs revenus hausser en raison de celles-ci. Il n'y a alors qu'un pas à faire pour se demander si les indications géographiques peuvent offrir une quelconque forme de protection aux recettes et aux plats qui leur permettrait de valoriser et protéger leurs savoirs. Cette proposition sera donc discutée dans la section qui suit.

3. Recours aux indications géographiques

« La cuisine, c'est quand les choses ont le goût de ce qu'elles sont. »
Curnonski

Les indications géographiques constituent une forme à part de propriété intellectuelle⁷⁹. Visées par l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC)⁸⁰, elles protègent les noms de produits du terroir, de produits fabriqués localement avec des produits cultivés localement⁸¹. Elles appartiennent à la collectivité qui les fabrique, et non à une personne en particulier. Les appellations d'origine et autres indications géographiques tirent leur origine de l'utilisation frauduleuse de noms de vins et spiritueux par des personnes autres que les producteurs originaux en vue de profiter de la réputation de ces produits. Elles veulent empêcher la concurrence déloyale et, pour ce faire, interdisent à quiconque n'est pas situé dans la région de production de donner à son produit le nom protégé. Elles ont été graduellement utilisées en Europe pour protéger le nom de produits alimentaires, comme « roquefort » ou « parmigiano reggiano ». Ainsi, seuls les vins mousseux de la région de Champagne en France peuvent s'appeler « champagne » et seul le fromage feta produit en Grèce peut s'appeler « feta » au sein de la Communauté européenne.

⁷⁹ J'ai déjà eu l'occasion de me pencher sur les indications géographiques et les aliments. Voir Gaëlle BEAUREGARD, « Les indications géographiques au service de la communauté : les produits alimentaires, (2008) 20 *C.P.I.* 53. Sur les indications géographiques en général, voir notamment : Bernard O'CONNOR, *The Law of Geographical Indications*, London, Cameron May, 2004; Norbert OLSZAK, *Droit des appellations d'origine et indications de provenance*, Paris, Éditions TEC & DOC, 2001; Jacques AUDIER, *Accord ADPIC : Indications géographiques*, Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000. Peu abordées par la doctrine canadienne, les indications géographiques et appellations d'origine font l'objet de nombreux articles de doctrine en Europe et aux États-Unis.

⁸⁰ Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994, art. 22 à 24.

⁸¹ Dans ce texte, le terme « indications géographiques » n'inclut pas les indications de provenance, lesquelles ne font que garantir la provenance du produit et non sa méthode de production.

Les indications géographiques veulent ainsi garantir à l'acheteur que le produit a été fabriqué dans une région x selon la méthode traditionnelle de cette région. Leur développement en France repose sur la notion du terroir, la raison d'être étant que le produit mérite de voir son nom protégé parce qu'il tire ses caractéristiques particulières prises de son environnement géographique (climat, terre, méthode locale, etc.). Les produits visés sont donc locaux et produits depuis longtemps, ce qui leur a permis de développer une réputation méritant d'être protégée. Cela veut aussi dire qu'ils sont transmis d'une génération à l'autre et, par conséquent, font partie intégrante de la culture locale.

Comme les marques de commerce, les indications géographiques protègent le nom du produit et accordent un monopole à un groupe de personnes qui sera imprescriptible tant et aussi longtemps que la réputation du produit est protégée et que son nom n'est pas devenu générique en étant passé dans le langage courant⁸². Les indications géographiques sont accordées par la loi qui, en échange du monopole octroyé sur le nom, requiert généralement des producteurs qu'ils fournissent leur méthode de production. En effet, puisque l'indication géographique appartient à la localité, toutes les personnes qui y habitent peuvent fabriquer le même produit. Les gouvernements exigent l'établissement d'un processus clair qui sera suivi par tous les producteurs de la région concernée. Conséquemment, les producteurs locaux doivent essentiellement fournir leur recette au gouvernement pour bénéficier d'une indication géographique protégée.

⁸² Par exemple, le cheddar. Ce fromage prenait le nom de sa ville d'origine, soit Cheddar en Angleterre, mais il est maintenant devenu un nom commun désignant une sorte de fromage.

En Europe, le *Règlement 510/2006 du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires*⁸³ exige la fourniture d'un cahier des charges décrivant le produit, ses matières premières ainsi que sa méthode d'obtention⁸⁴. Il exige donc la recette du produit.

Au Canada, c'est la *Loi sur les marques de commerce*⁸⁵ qui protège les indications géographiques, mais seulement celles pour les vins et spiritueux, comme le requiert l'ADPIC. L'article 11.12 LMC prévoit la possibilité pour le ministre d'inscrire des indications de vins et spiritueux sur la liste des indications géographiques protégées. Pour ce faire, le ministre doit publier un énoncé de son intention de procéder à une telle inscription. Cet énoncé d'intention doit fournir la nature du vin ou du spiritueux, son lieu d'origine, le nom de l'autorité compétente à son égard et la réputation ou autre qualité ou caractéristique qui justifie sa protection comme indication géographique⁸⁶. En pratique, plusieurs autorités européennes se sont prévalues de ces dispositions, tout comme une série d'autorités canadiennes⁸⁷. La loi ne requiert pas la recette du vin ou du spiritueux, mais on peut penser que les autorités compétentes auquel l'article fait référence les demandent aux

⁸³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:093:0012:0012:FR:PDF> (14/02/2010).

⁸⁴ Article 4.2 : « [...] 2. Le cahier des charges comporte au moins les éléments suivants: a) le nom du produit agricole ou de la denrée alimentaire comprenant l'appellation d'origine ou l'indication géographique; **b) la description du produit agricole ou de la denrée alimentaire, y compris les matières premières, le cas échéant, et les principales caractéristiques physiques, chimiques, microbiologiques ou organoleptiques du produit ou de la denrée; [...] e) la description de la méthode d'obtention du produit agricole ou de la denrée alimentaire et, le cas échéant, les méthodes locales, loyales et constantes ainsi que les éléments relatifs au conditionnement, lorsque le groupement demandeur au sens de l'article 5, paragraphe 1, détermine et justifie que le conditionnement doit avoir lieu dans l'aire géographique délimitée afin de sauvegarder la qualité ou de garantir l'origine ou d'assurer le contrôle;** » [mes caractères gras].

⁸⁵ L.R.C., c. T-13 (LMC).

⁸⁶ Art. 11.12(3) LMC.

⁸⁷ Sur la liste des indications géographiques, on peut notamment trouver « Okanagan Valley », demandée par le British Columbia Ministry of Agriculture and Lands, et « Niagara-on-the-Lake », demandée par le Vintners Quality Alliance Ontario. Voir la liste complète à <http://www.ic.gc.ca/cipo/listgiws.nsf/gimenu-fra?readform> (13/07/2010).

fins d'accorder cette protection dans son pays d'origine, ou à tout le moins établissent une série de normes à respecter aux fins de pouvoir utiliser l'indication. Tel qu'indiqué plus haut, l'obtention des indications européennes, visées par le Règlement 510/2006, est conditionnelle à la fourniture de la recette des produits. Quant aux exemples canadiens mentionnés, tant la Vintners Quality Alliance Ontario que le British Columbia Wine Authority appliquent des lois et règlements édictant une série de normes que les producteurs de vins doivent respecter pour pouvoir utiliser les appellations protégées par les lois provinciales⁸⁸.

Outre les indications géographiques, la marque de certification, également protégée par la *Loi sur les marques de commerce*, peut servir à protéger les noms qui sont des indications géographiques⁸⁹. La marque de certification ne peut être accordée qu'à une personne qui représente un groupe de producteurs d'un produit⁹⁰ et, pour ce faire, elle doit fournir une norme définie notamment quant à la nature ou la qualité des marchandises ou services visées ou quant aux conditions de travail dans lesquelles les marchandises ont été produites ou les services exécutés⁹¹. Depuis 1998, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) requiert que cette norme soit définie de façon détaillée⁹², ce qui laisse penser que

⁸⁸ En Ontario, la Vintners Quality Alliance Ontario applique la *Loi de 1999 sur la société appelée Vintners Quality*, L.O. 1999, c. 3, et trois règlements, dont les *Rules of Vintners Quality Alliance Ontario relating to Terms for VQA Wine*, Ont. Reg. 406/00. Pour VQA Ontario, voir <http://vqaontario.com/Regulations/Standards> (07/08/2010). En Colombie-Britannique, c'est le British Columbia Wine Authority qui est mandaté par la *Agri-Food Choice and Quality Act*, S.B.C. 2000, c. 20 et qui applique le *Wines of Marked Quality Regulation*, B.C. Reg. 79/2005.

⁸⁹ Art. 25 LMC. Il existe peu de doctrine sur les marques de certification. Voir notamment Alexander J. STACK, « Certification Marks in Canada », (2000) 17 *C.I.P.R.* 1; Julie LAROUICHE, « Les marques de certification au Canada », (2001-2002) 14 *C.P.I.* 625.

⁹⁰ Art. 23 LMC.

⁹¹ Définition de « marque de certification » à l'art. 2 LMC et art. 30f) LMC.

⁹² Voir OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Énoncé de pratique : Marques de certification – conformité à l'alinéa 30f)*, 1998-07-15, <http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr00184.html> (30/07/2010).

l'organisme voulant protéger un produit alimentaire particulier devrait fournir sa méthode de préparation afin de pouvoir mieux surveiller ceux à qui il donne le droit d'utiliser la marque de certification sur leurs produits et ainsi préserver la réputation et la valeur de la certification.

Le Québec a une *Loi sur les appellations réservées et les termes valorisants*⁹³, laquelle vise la création d'indications géographiques québécoises pour favoriser la production locale dans les régions agricoles. Elle prévoit la possibilité d'obtenir une appellation réservée pour un mode de production⁹⁴. Pour ce faire, le producteur doit établir un cahier de charges décrivant la méthode de production du produit à protéger⁹⁵. Les appellations québécoises protégées jusqu'ici par cette loi se limitent à « bio » et « agneau de Charlevoix »⁹⁶. Même s'il n'y a pas encore d'appellation pour un produit cuisiné, les cahiers de charges existant sont relativement détaillés quant à la manière de production et aux critères à respecter⁹⁷. Il s'agit essentiellement de recettes obligatoires à suivre dans la production aux fins de pouvoir donner les appellations aux produits.

Les régimes européens et québécois, à tout le moins, ont en commun le fait de rendre la recette publique, légale et obligatoire; elle perd dès lors son caractère privé et doit être suivie par l'ensemble des producteurs de la collectivité qui fabriquent le produit visé. C'est ce qui permet d'assurer la qualité du produit, c'est-à-dire qu'il correspond toujours à ce qu'il doit être. La réputation et la valeur de l'indication (nom) du produit en dépend. Vu

⁹³ L.R.Q., c. A-20.02 (LARTV).

⁹⁴ Art. 3(1) LARTV.

⁹⁵ Art. 5 LARTV.

⁹⁶ Voir le site www.cartvquebec.com (14/02/2010)

⁹⁷ Agneau de Charlevoix : <http://www.cartvquebec.com/igp-agneau-de-charlevoix> ; Normes biologiques de référence du Québec : <http://www.cartvquebec.com/normes-biologiques-de-reference-quebec> (25/05/2010).

leur légalisation, leur enchâssement, ces recettes ne se modifient pas facilement non plus. Ces indications sont accordées parce que le produit a acquis une réputation sur une longue période et parce qu'il est produit de la même façon par plusieurs personnes d'une même collectivité; il fait donc partie intégrante de la culture locale et peut être un savoir traditionnel. C'est ce qui explique pourquoi divers auteurs estiment que les indications géographiques seraient un excellent mode de protection des savoirs traditionnels⁹⁸, tous deux ayant des points en commun : la production ancienne et historique, la production locale et collective et l'appartenance à la collectivité.

Partant, si les indications géographiques sont utilisées pour protéger les savoirs traditionnels et, donc, la cuisine des collectivités locales, ni la recette ni son plat ne pourront être privés ou assujettis à un monopole les réservant à l'utilisation exclusive d'une seule personne. Sous ce regard, la recette est le bien de tous les membres d'une collectivité et se doit d'être ouverte à leur utilisation, car elle fait partie de leur culture, de leur héritage et de leur mode de vie. Elle fait partie intégrante de leur vie.

Tel qu'indiqué plus haut, l'insertion de la recette et du plat dans les savoirs traditionnels apparaît bénéfique en ce qu'elle reconnaît leur valeur pour la collectivité, leur participation dans ses traditions et connaissances et, donc, l'intérêt de préserver leur accessibilité pour tous les membres de cette collectivité. Elle reconnaît donc à tous le droit de préparer ces recettes et ces plats, sous réserve des protections effectivement obtenues ou mises en place

⁹⁸ Notamment, Michael BLAKENEY, Protection of Traditional Knowledge by Geographical Indications, dans Christoph Antons, éd., *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 87; B. O'CONNOR, préc., note 79, p. 373-374; Graham DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, London, Earthscan Publications Ltd., 2000, p. 85 et s.

par la collectivité. La protection des recettes et des plats par l'indication géographique apparaît donc intéressante, puisque cette dernière est perçue par plusieurs comme un moteur pour le développement des communautés rurales⁹⁹, parce que les labels de qualités permettent de hausser les ventes des produits. Puisque ces produits viennent généralement des communautés rurales, les indications géographiques semblent dès lors toutes indiquées pour préserver les méthodes de cuisine traditionnelles. Une nuance s'impose : il s'agit d'une préservation indirecte, puisque les indications géographiques se limitent à protéger le nom du produit. Ce n'est qu'en ouvrant à tous la recette, empêchant alors sa protection par d'autres moyens, que l'indication géographique peut protéger la recette d'une certaine façon. Elle n'empêche pas quelqu'un d'autre de l'utiliser, seulement de donner au produit qui en résulterait le nom du produit bénéficiant de l'indication géographique. L'indication géographique reconnaît la valeur du produit réputé en protégeant son nom, ce qui dès lors valorise la recette locale, la méthode de production du produit. Elle n'offre donc qu'une protection indirecte et limitée de la recette elle-même.

Toute cette analyse sur la culture, les savoirs traditionnels et les indications géographiques ne vise qu'un pan de l'ensemble des recettes. Elle ne s'attache qu'à la recette de nature traditionnelle, familiale ou patrimoniale, à la recette de base. Elle démontre l'importance des recettes pour toute collectivité. Toutefois, il existe, de nos jours, bien plus que ces seules formes de recettes. La cuisine a bien évolué depuis la seule cuisine familiale. La gastronomie et les habitudes alimentaires modernes aidant, elle s'est muée en domaine

⁹⁹ Voir l'examen de cette perception dans G. BEAUREGARD, préc., note 79; voir aussi, à propos du régime québécois des appellations réservées, Marie-Pierre VERDON-RICARD, « Le développement des produits différenciés comme élément d'une nouvelle politique agricole du Québec : l'apport de la Loi sur les appellations réservées et les termes valorisant », (2009) 68 *R. du B.* 449.

d'affaires. Le désir de fine cuisine est soutenu par moult restaurants et entreprises entre lesquels la concurrence est féroce. Avoir son propre restaurant n'est par contre pas chose simple. La marge de profit y est mince¹⁰⁰ et le travail, long et ardu. Pour réaliser des profits, il faut un minimum de clients, ce qui nécessite des chefs qu'ils se démarquent de leurs voisins, surtout dans les restaurants de haute cuisine. Les chefs sont appelés à créer de nouvelles recettes pour leur restaurant ou pour en faire la promotion¹⁰¹. La copie de ces recettes par un autre peut causer problème. Ce fut le cas d'une chef américaine qui a intenté des procédures contre son ancien sous-chef qui s'était parti un restaurant et avait copié l'apparence de son restaurant ainsi que sa recette caractéristique¹⁰². Ces nouvelles recettes peuvent se distinguer grandement des recettes familiales qui les ont souvent inspirées. Tel est le cas de la cuisine moléculaire de Ferràn Adria, considérée des plus novatrices. Les recettes concernées peuvent donc prendre une certaine valeur.

Les entreprises alimentaires autres que les restaurants ne sont pas en reste, puisque le domaine de l'alimentation préparée est lui aussi fort concurrentiel. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, la recette, la restauration et les plats préparés occupent une place importante dans l'économie de marché. Cela veut dire que les recettes des produits alimentaires populaires ou de restaurants courus jouent potentiellement un rôle important et peuvent avoir une valeur économique non négligeable. Ce rôle et cette valeur amène à se

¹⁰⁰ Reportage de L'Épicerie, « La facture du restaurant décortiquée », Société Radio-Canada, 18 novembre 2009, http://www.radio-canada.ca/emissions/l_epicerie/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=96475 (25/05/2010).

¹⁰¹ Ex : les recettes sur le site recettesdechefs.ca font la promotion du chef et du resto où il officie ou qui lui appartient.

¹⁰² Pete WELLS, « Chef Sues Over Intellectual Property (the Menu) », The New York Times, 27 juin 2007, <http://www.nytimes.com/2007/06/27/nyregion/27pearl.html> (05/06/2010). La poursuite a plus tard été réglée: Pete WELLS, « Chef's Lawsuit Against a Former Assistant Is Settled Out of Court », The New York Times, 19 avril 2008, http://www.nytimes.com/2008/04/19/nyregion/19suit.html?_r=1&scp=1&sq=&st=nyt (13/07/2010).

demander si les recettes, et donc le plat, peuvent être protégés par la propriété intellectuelle. Ayant commencé par examiner le rôle et la valeur de la recette et du plat sur le plan culturel, il y a lieu de tourner maintenant notre regard vers son rôle et sa valeur sur le plan de l'innovation et de la création et de voir s'ils peuvent être reconnus par les régimes usuels de propriété intellectuelle. Nous avons parlé de la recette familiale et traditionnelle, cette dernière pouvant potentiellement être valorisée par une indication géographique. Nous poursuivrons maintenant notre examen avec la recette du chef de restaurant et, vu l'importance de l'industrie alimentaire autre que la restauration, la recette pour les aliments préparés, que nous appellerons « recette industrielle » pour les fins de ce travail. Même si la plupart des auteurs s'étant penchés sur la question de la protection des recettes se sont limités au droit d'auteur, il apparaît judicieux d'examiner également la propriété industrielle, ce qui permet un examen plus complet de la question. Nous aborderons donc en premier les régimes qui font partie de la propriété industrielle, puis nous terminerons par le régime de droit d'auteur.

I. Examen de la protection par la propriété industrielle

La propriété industrielle se compose des régimes de propriété intellectuelle ayant application dans l'industrie. La *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*¹⁰³ y inclut entre autres les marques de commerce, les secrets de commerce ainsi que les brevets¹⁰⁴. Nous limiterons notre examen de la protection à l'aune de ces trois régimes. Lorsqu'on pense aux marques de commerce, leur nature même met en doute la protection qu'elles peuvent apporter aux recettes et aux plats. C'est pourquoi nous l'aborderons brièvement en premier. Puis nous entrerons dans le vif du sujet de la propriété industrielle, en examinant en premier la protection actuelle des recettes par les secrets de commerce pour ensuite passer à la protection que pourrait conférer les brevets.

Pour qui connaît un peu la marque de commerce, la question de savoir si elle peut protéger la recette apparaît pipée. La marque évoque l'idée d'un mot, d'une expression, et non d'une recette ou d'un plat. Cependant, tel que mentionné dans l'introduction, les recettes, comme la marque, servent d'outil de promotion pour amener les consommateurs à acheter des produits alimentaires. Elles sont conçues pour utiliser le produit que veut vendre l'entreprise, ce qui veut dire que la marque de celui-ci figure dans la recette ou sur l'emballage du plat vendu. Les recettes et les plats peuvent-ils, d'une certaine manière, être protégés par les marques de commerce?

¹⁰³ 20 mars 1883.

¹⁰⁴ L'article 1(2) de la Convention de Paris, qui définit la propriété industrielle, se lit comme suit : « (2) La protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale. »

Au Canada, la marque est protégée soit par la *Loi sur les marques de commerce*, soit par le droit commun. Nous limiterons notre examen à la protection par la loi. L'article 2 LMC définit la marque de commerce comme une : « a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres; b) une marque de certification; c) un signe distinctif; d) une marque de commerce projetée ». Elle doit donc distinguer des produits ou des services. *Le Petit Robert* définit la marque comme un « [s]igne matériel, empreinte mis(e), fait(e) sur une chose pour la distinguer, la reconnaître ou pour servir de repère »¹⁰⁵. Il s'agit donc d'un signe, d'un symbole¹⁰⁶ apposé sur le produit ou l'accompagnant. C'est aussi ce que dit la définition que donne l'article 15(1) de l'ADPIC de la marque de commerce :

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. De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce.

La marque est visuelle au Canada¹⁰⁷, mais elle peut aussi être sonore¹⁰⁸, voire olfactive¹⁰⁹.

Par ailleurs, la marque ne doit pas être confondue avec le produit qu'elle identifie; elle est

¹⁰⁵ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2010*, version en ligne (9 mai 2010).

¹⁰⁶ *Fox on Canadian law of trade-marks and unfair competition*, 4e éd., par R.S. JOLLIFFE et K. GILL, Toronto, Carswell, 2001, feuilles mobiles, en ligne sur westlawcanada.ca, chap 3.2(c); John MCKEOWN, *Brand Management in Canadian Law*, 2e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2006, p. 25.

¹⁰⁷ R.S. JOLLIFFE et K. GILL, préc., note 106, par. 3.2(c).

¹⁰⁸ Une seule marque sonore a été acceptée par l'OPIC avant que celui-ci ne leur ferme la porte. Voir : Katherine MCGINNIS, « Whether Sound Marks Can and/or Should Be Registered as Trade-Marks in Canada », (2005) 19 *I.P.J.* 117.

¹⁰⁹ Les marques olfactives ne sont pas acceptées au Canada, mais cette éventualité a été examinée par la doctrine, dont Sergio BALANA, « «L'ère du numérique: deuxième chance pour la marque olfactive?» (2008) 20 *C.P.I.* 15; Anthony HÉMOND, « Les marques non traditionnelles dans une perspective de droit comparé américain, canadien et européen. », (2006) 18 *C.P.I.* 245; Caroline LECLERC et Daniel GERVAIS, « «Être au

un « symbole du rapport entre la source du produit et le produit lui-même »¹¹⁰. La recette et le plat étant clairement des produits, non un signe ou un symbole, ni l'une ni l'autre ne peuvent être des marques de commerce.

La recette pourrait-elle être comparée aux slogans? Ceux-ci ont été reconnus comme marque en raison de l'ouvrage sur les marques de Fox de 1971, qui rappelle que l'ancienne loi sur la non-concurrence prévoyait que les marques de texte (*word mark*) n'étaient enregistrables que si elles contenaient moins de 30 mots et que, historiquement, les longues phrases décrivant les biens étaient considérés comme des annonces plutôt que des marques¹¹¹. Fox ajoute qu'il faut trancher entre quelques mots et tous les mots d'un roman historique¹¹². En soi, la recette écrite est plus longue qu'un slogan. Par ailleurs, que distinguerait-elle, quel message voudrait-elle passer, que représenterait-elle? Ce n'est pas la recette sur l'étiquette du produit qui distingue le produit mais le nom de ce dernier. Ces recettes changent souvent, de plus. La recette en soi n'est pas un indicateur de la bonne qualité d'un restaurant ou d'un plat; c'est plutôt ce dernier, à titre de résultat, qui indique si la recette est bonne. Elle ne peut donc être assimilée à un slogan.

La loi protège aussi le signe distinctif et le définit à l'article 3 LMC. Le signe distinctif vise le façonnement des marchandises ou de leurs contenants ou leur mode d'enveloppement ou d'emballage qui sert à les distinguer des marchandises d'autres personnes. Il vise donc la

parfum: protéger la marque de commerce olfactive au Canada?», (2002-2003) 15 *C.P.I.* 865; Vanessa MACKIE, « Scent Marks the Future of Canadian Trade-mark Law », (2005) 18 *I.P.J.* 417.

¹¹⁰ *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 329, par. 39.

¹¹¹ *General Mills Canada Ltd. v. Procter & Gamble Inc.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 551 (C.O.M.C.) référant à Harold G. FOX, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1971, p. 78.

¹¹² H.G. FOX, *id.*

forme des marchandises ou de leurs contenants ou comment ils sont emballés, comme la boîte de la barre Toblerone®¹¹³. On veut donc protéger la forme du produit, mais non le produit lui-même.

Les tribunaux ont refusé de protéger les signes distinctifs ayant un caractère fonctionnel qui joue un rôle précis dans l'utilité du produit visé par la marque¹¹⁴. Ce rôle doit être principal¹¹⁵. Tel fut le cas des trois têtes rotatives du rasoir électrique de Phillips¹¹⁶ ou de la forme des lego permettant de les empiler¹¹⁷. Accorder un monopole sur un signe distinctif ayant une fonction utilitaire reviendrait à octroyer un monopole semblable aux brevets et aux dessins industriels¹¹⁸. De plus, la *Loi sur les marques de commerce* ne peut servir pour prolonger le monopole expiré de brevets, et le principe de la fonctionnalité veut éviter de gêner la concurrence entre des marchandises ayant les mêmes caractéristiques techniques¹¹⁹. En effet, les marques de commerce pouvant durer éternellement, la protection par la marque pourrait octroyer un monopole sans fin. Un plat pourrait-il s'en prévaloir? Pour ce faire, il faudrait que sa forme ne soit pas principalement utilitaire. Il pourrait être difficile d'obtenir un signe distinctif pour un plat de restaurant, non préparé industriellement. Par ailleurs, les signes distinctifs sont possibles pour les aliments industriels : la forme distinctive de la barre Toblerone®, laquelle avait été enregistrée comme signe distinctif, a été reconnue par un tribunal canadien, qui a accordé une

¹¹³ Toblerone : LMC290252 (boîte en forme triangulaire).

¹¹⁴ La décision fondamentale: *Imperial Tobacco Company of Canada, Limited v. The Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C. de l'É. 141.

¹¹⁵ Stéphane CARON et Paul CARRIÈRE, « Fonctionnalité et marques de commerce », (2001) 14 *C.P.I.* 17, 43.

¹¹⁶ *Remington Rand Corp. c. Phillips Electronics N.V.*, (1995) 64 C.P.R. (3d) 467 (C.A.F.).

¹¹⁷ *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, préc., note 110, p. 332, par. 46.

¹¹⁸ *Remington Rand Corp. c. Phillips Electronics N.V.*, préc., note 116, p. 476 et s., par. 26, 27, 19-20.

¹¹⁹ *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, préc., note 110, p. 334 par. 52.

injonction interdisant à un concurrent de vendre une barre similaire ayant la même forme¹²⁰. Le juge a estimé que les rainures de la Toblerone® n'étaient pas purement fonctionnelles¹²¹. Finalement, l'article 13 LMC, qui autorise l'enregistrement du signe distinctif, prévoit à ses paragraphes (1)b) et (3), que le signe distinctif n'est pas enregistrable ou est radié lorsqu'il peut vraisemblablement restreindre le développement d'un art ou d'une industrie. Cette exception servirait certainement d'obstacle à la protection de la forme de plats par la marque, particulièrement ceux des restaurants, au motif qu'elle viendrait restreindre l'imagination des chefs.

Enfin, le régime des marques a un rôle qui lui est propre. Son objectif diffère de celui des brevets, qui protègent les produits et les procédés, puisque « [s]a perspective se déplace du produit lui-même au caractère distinctif de sa mise en marché. En effet, les marques de commerce servent à indiquer, de façon distinctive, la source d'un produit, d'un procédé ou d'un service, afin qu'idéalement les consommateurs sachent ce qu'ils achètent et en connaissent la provenance »¹²². Les marques se distinguent tout autant du droit d'auteur : « La législation sur les marques de commerce protège les parts de marché des biens commerciaux; le droit d'auteur protège les gains économiques résultant de l'exercice du talent et du jugement. »¹²³ Ainsi, l'objet même de la *Loi sur les marques de commerce* s'oppose à une tentative de protection de la recette ou du plat par celle-ci si elles sont protégées par un autre régime. Les recettes et les plats sont un produit donnant des gains économiques, ils ne représentent pas une part de marché.

¹²⁰ *Kraft Jacobs Suchard (Schweiz) AG v. Hagemeyer Canada Inc.*, (1998) 78 C.P.R. (3d) 464 (Div. Gén. Ont.).

¹²¹ *Id.*, p. 471, par. 25.

¹²² *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, préc., note 110, p. 328, par. 38 et 39.

¹²³ *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21, 62, par. 83.

En fait, lorsqu'on examine les recettes promotionnelles ainsi que les décisions du Bureau des marques et des tribunaux, on constate plutôt que c'est la recette qui protège la marque, et non le contraire. Certaines entreprises enregistrent leurs marques à l'égard de recettes, à titre de marchandise¹²⁴ ou de service¹²⁵. Ainsi, des recettes imprimées sur des étiquettes de produits alimentaires inscrites comme « service » ont été reconnues comme tel, le terme « service » devant recevoir une interprétation large et libérale et la loi ne s'opposant pas à ce que le service revendiqué soit accessoire à la vente de produits¹²⁶. Puisque le libellé des services indiquait que la recette était imprimée sur des étiquettes comprenant la marque et que celles-ci ne pouvaient être dissociées du produit qu'elles identifiaient, elles suffisaient pour établir l'emploi de la marque, dans la mesure où elles étaient accompagnées de la facture de la vente du produit¹²⁷. Cette décision s'appuie sur un jugement estimant qu'un programme de distribution de coupons de réduction sur des produits alimentaires peut être un service, la loi n'exigeant pas que les services visés se limitent à ceux qui ne sont pas accessoires¹²⁸. Par contraste, la distribution gratuite de livrets de recettes arborant une marque a été jugée ne pas être « une transaction qui entraîne le transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce », empêchant ainsi l'application de la présomption de l'article 4(1) LMC et la conclusion que la marque

¹²⁴ *Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltd.*, (2000) 188 F.T.R. 29, par. 3 (C.F.) : « Printed leaflets and booklets of recipes for making sandwiches, canapes and hors-d'oeuvres ». Voir aussi *Cookie Man Ltd. c. De Serres*, (1981) 63 C.P.R. (2d) 225 (C.O.M.C.), *Markus Cohen Law Office c. Café Napoléon Inc.*, (2009) 77 C.P.R. (4th) 94 (C.M.C.).

¹²⁵ Voir *Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltd.*, (2000) 11 C.P.R. (4th) 95 (C.F.), conf. en appel *Renaud Cointreau & Cie c. CordonBleu International Ltd.*, (2002) 18 C.P.R. (4th) 415 (C.A.F.).

¹²⁶ *Id.*, p. 100, par. 26; enregistrement à l'égard de « recipes, suggestions and other instructive matter printed on the food product labels, said printed matter being applicable to the preparation, the cooking and/or improvement of said food products. » (p. 97, par. 3).

¹²⁷ *Id.*, p. 100, par. 28.

¹²⁸ *Kraft Ltd. c. Canada (Registrar of Trade Marks)*, (1984) 79 C.P.R. (2d) 191 (C.F.).

visée était employée en liaison avec ces marchandises¹²⁹; la marque fut radiée. Cette décision s'appuyait sur un jugement ayant conclu que la distribution gratuite d'une revue ne pouvait constituer une pratique de commerce¹³⁰. Par ailleurs, celui qui enregistre sa marque à l'égard de recettes doit effectivement produire et vendre des recettes car, en cas contraire, il pourrait voir cette partie de son enregistrement radiée¹³¹. Soulignons, en dernier lieu, que des recettes dans des livres ont aussi servi comme élément de preuve pour établir qu'une marque n'était pas distinctive¹³² ou pour démontrer qu'elle était valide¹³³.

Ainsi, étant donné la nature de la marque et de son régime de protection législatif ainsi que son interaction actuelle avec la recette et le plat, elle ne peut servir pour protéger ces derniers. En outre, le fait que les entreprises ajoutent les recettes dans les listes de marchandises ou de services qui figurent dans les enregistrements de leurs marques constitue une reconnaissance de leur part que la recette et le plat ne peuvent en soi être une marque.

¹²⁹ *Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltd.*, préc., note 124, par. 14 (enregistrement à l'égard de « printed leaflets and booklets of recipes for making sandwiches, canapes and hors-d'œuvres », par. 3); *Osler, Hoskin & Harcourt c. Rogers Foods Ltd.*, (1994) 53 C.P.R. (3d) 570 (C.M.C.).

¹³⁰ *Hospital World Trade Mark, Re*, [1967] R.P.C. 595 (Patent Office, R.-U.).

¹³¹ *Markus Cohen Law Office v. Café Napoléon Inc.*, préc., note 124. Il s'agissait d'un recours en vertu de l'article 45 LMC à l'égard de la marque « CAFÉMOZART & dessin ». Celle-ci avait été notamment enregistrée à l'égard des marchandises « café et recettes de café, thé et recettes de thé ». L'emploi de la marque n'ayant pas été démontré pour les marchandises « thé et recettes de thé » ou « recettes de café », le membre de la Commission des marques de commerce a ordonné leur retrait de l'enregistrement de la marque (no 408975).

¹³² *National Distillers & Chemical Corp. v. Halter*, (1979) 50 C.P.R. (2d) 254 (C.O.M.C.) (expression « on the rocks » ne pouvait être une marque parce qu'elle existait dans plusieurs livres de recettes); *Sunny Crunch Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, (1978) 40 C.P.R. (2d) 175 (C.O.) (terme « granola » ne pouvait être une marque parce qu'il était utilisé dans plusieurs livres de recettes).

¹³³ *Cordon bleu international Ltée c. F.G. Bradley Co.*, (1979) 60 C.P.R. (2d) 71 (C.S.) (il existait des recettes de poulet ou de veau cordon bleu dans les livres de recettes au Canada, mais celles-ci étaient apparues bien après le début de l'utilisation de la marque cordon bleu par la demanderesse).

Cette conclusion à propos de la marque de commerce permet de la mettre de côté comme moyen de protection de la recette et du plat et de passer à l'examen plus approfondi des deux autres régimes de la propriété industrielle retenus : les secrets de commerce et les brevets. Nous commencerons par nous pencher sur la protection par les secrets de commerce pour ensuite nous tourner vers celle par les brevets.

A. Secrets de commerce

Les secrets de commerce sont des informations confidentielles des entreprises. Ils sont l'opposé des brevets, dont les renseignements sont divulgués en échange du monopole. Ils sont de compétence provinciale parce qu'ils ne sont pas protégés par une loi fédérale¹³⁴; ils sont donc protégés par le droit commun, soit le droit civil et la common law. Ces informations sont tenues secrètes parce qu'elles procurent un avantage aux entreprises par rapport à leurs concurrents et que leur divulgation pourrait leur causer de graves torts. Elles doivent cependant être partagées avec les employés et les partenaires d'affaires aux fins de la fabrication des produits des entreprises, lesquelles les protègent grâce à des ententes de confidentialité et de non-concurrence. Le droit commun prévoit aussi une obligation de loyauté pour les employés. Les secrets commerciaux sont d'intérêt ici parce qu'ils permettraient aux détenteurs de la recette de se préserver son utilisation exclusive pour une durée potentiellement infinie. Nous allons donc examiner ce que sont les secrets de commerce et si la recette peut en être un, la question ne se posant pas pour le plat, et, dans l'affirmative, nous examinerons comment la protéger.

¹³⁴ *McDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134.

1. Principe

Aucune loi canadienne ne définit les secrets de commerce. Leur définition doit donc être puisée ailleurs. Dans la décision *Positron Inc. c. Desroches*, le tribunal les a définis comme suit :

[i]l s'agit habituellement d'une formule secrète ou d'un procédé de fabrication unique à son détenteur et qui a été révélé en confiance à l'employé. On ne parle pas ici d'expérience acquise par un employé, mais d'une connaissance appartenant à l'employeur et qu'il révèle à l'employé pour la fin unique de lui faire fabriquer ce que le secret permet de réaliser.

Sont de ce genre les formules chimiques, **les recettes**, les procédés de fabrication qui nécessitent de connaître les quantités exactes des produits entrant dans la fabrication, la façon de les utiliser pour que telle réaction désirée se produise, le degré de température qu'il faut leur faire atteindre pour que la réaction recherchée se produise, la densité requise des liquides, quels produits il faut utiliser pour obtenir la réaction voulue, surtout si le produit s'élimine après usage et que l'analyse du produit fini ne permet pas de déceler l'utilisation du produit éliminé.¹³⁵ [mes caractères gras]

Le secret de commerce est généralement considéré comme une information plus technique, tels des formules secrètes ou des procédés¹³⁶, ce qui serait trop restreint pour d'autres¹³⁷. Il doit répondre à quatre critères : il est une information; il n'est pas généralement connu dans l'industrie ni facilement accessible; il a une valeur commerciale; et son propriétaire prend des mesures pour le garder secret¹³⁸. Le critère est semblable en common law : l'information doit avoir de la valeur pour son propriétaire du fait qu'elle est secrète; l'information est relativement secrète, non de connaissance générale; des mesures

¹³⁵ [1988] R.J.Q. 1636, 1653 (C.S.).

¹³⁶ Alexandra STEELE, « Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la non-concurrence (2009)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009, EYB2009DEV1618.

¹³⁷ Judith ROBINSON et Sébastien JETTÉ, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 2, à la page 15.

¹³⁸ A. STEELE, préc., note 136, p. 7.

raisonnables sont prises pour la protéger; et l'information est originale, identifiable et concrète¹³⁹. Il s'agit donc d'information confidentielle appartenant à l'entreprise. L'intérêt du secret de commerce vient du fait que cette protection peut durer éternellement, tant que l'information est gardée secrète, et parce que celle-ci n'est pas nécessairement protégeable par l'un des autres régimes de propriété intellectuelle. La divulgation de l'information met par ailleurs fin au secret.

Outre la reconnaissance dans la décision *Positron*, mise en exergue ci-haut, les tribunaux canadiens ont reconnu que la recette des produits alimentaires peut être un secret de commerce¹⁴⁰. Dans la décision *Cadbury Schweppes*, les parties ont toutes reconnu qu'elles considèrent les recettes des produits alimentaires comme étant des secrets de commerce et comme ayant une grande valeur commerciale¹⁴¹. Et même, les entreprises alimentaires préfèrent tenir secrètes leurs recettes populaires plutôt que de recourir aux brevets¹⁴². Les franchises constituent un bon exemple d'une telle préférence, puisque les clauses de non-concurrence des contrats de franchise de chaînes de restaurants incluent souvent les recettes de leurs plats dans la liste des informations devant être gardées secrètes par le franchisé et devant cesser d'être utilisées lorsque la franchise prend fin¹⁴³.

¹³⁹ Richard BRAIT et Bruce POLLOCK, « Confidentiality, Intellectual Property and Competitive Risk in the Employment Relationship », (2004) 83 *R. du B. can.* 585, 589-591.

¹⁴⁰ *Santé Naturelle Ltée c. Les produits de nutrition Vitaform Inc.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 548, 559 (C.S.); *Montour Ltée. c. Jolicoeur*, (1989) 19 C.I.P.R. 25, 39 (C.S.), *Cadbury Schweppes Inc. c. FBI Foods Ltd.*, (1994) 93 B.C.L.R. (2d) 318, 331, par. 42 (C.S. C.-B.), *CPC International Inc. c. Seaforth Creamery Inc.*, (1996) 69 C.P.R. (3d) 297 (Div. Gén. Ont.).

¹⁴¹ *Cadbury Schweppes Inc. c. FBI Foods Ltd.*, *id.*, par. 40.

¹⁴² *Smith Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (A.G.)*, (1987) 11 C.I.P.R. 181, 187 (C.A.F.), rappelé par la Cour suprême dans *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, 172, par. 46.

¹⁴³ Voir *Brownies Holding Ltd. c. Chance Dean Enterprises Ltd.*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 410 (C.A. C.-B.); *Synergism Arithmically Compounded Inc. c. 1130163 Ontario Inc.*, (1997) 81 C.P.R. (3d) 25 (Div. Gén. Ont.); *2127449 Nova Scotia Ltd. c. Donna's Seashore Investments Ltd.*, (1997) 76 C.P.R. (3d) 63 (C.S. N.-É.); *Rôtisseries St-Hubert Ltée c. Perfico Sports inc.*, [2002] R.J.Q. 710 (C.S.).

La recette industrielle se heurte cependant à un problème majeur qui découle du régime législatif s'appliquant aux aliments. Dans des jugements portant sur des recettes invoquées comme confidentielles, les juges soulignent que la législation sur les aliments et drogues requiert l'affichage des ingrédients composant le produit alimentaire sur son emballage, ce qui peut alors être utilisé par un concurrent pour faire la rétro-ingénierie du produit en vue d'en recréer la recette. Seules manquent les quantités. Tel fut le cas dans *Santé naturelle ltée c. Les Produits de nutrition Vitaform*¹⁴⁴, qui concernait une recette de lait fouetté diète. L'entreprise défenderesse, qui fabriquait et emballait le lait fouetté créé par la demanderesse, a vu son contrat résilié après qu'elle eut refusé de signer un contrat de confidentialité. Elle s'est alors inspirée de la recette de la demanderesse pour produire et vendre un produit similaire. Ce fut aussi le cas dans *Montour Ltée c. Jolicoeur*¹⁴⁵, où le défendeur, un employé de longue date congédié pour cause, a utilisé les recettes de son ancien employeur pour recréer ses mélanges d'épices et les faire vendre par un concurrent. La première juge dans *Cadbury Schweppes* est arrivée à la même conclusion : elle s'est fondée sur *Vitaform* et *Montour* pour conclure que les défendeurs, d'anciens fabricants du jus Clamato pour Duffy-Mott qui s'étaient mis à vendre un produit similaire rapidement après que leur contrat fut résilié, auraient très bien pu recréer le Clamato sans la recette¹⁴⁶. En effet, pour créer le jus similaire au Clamato, son concepteur avait eu recours au processus de Duffy-Mott, à la liste d'ingrédients sur la bouteille du Clamato et à un mélange d'épices similaire à celui que Duffy-Mott gardait secret. La preuve dans ces trois affaires a aussi révélé qu'il faut au plus un an pour qu'un expert puisse recréer un produit alimentaire donné.

¹⁴⁴ *Santé naturelle ltée c. Les Produits de nutrition Vitaform*, préc., note 140.

¹⁴⁵ *Montour Ltée c. Jolicoeur*, préc., note 140.

¹⁴⁶ *Cadbury Schweppes Inc. c. FBI Foods Ltd.*, préc., note 140, p. 351, par. 101.

Il existe par ailleurs des situations contraires. Dans *CPC International Inc. v. Seaforth Creamery Inc.*¹⁴⁷, Seaforth avait embauché un ancien employé de CPC qui avait travaillé au développement de la Hellman's que fabriquait CPC. Vendue sous des marques maison de supermarchés, la mayonnaise de Seaforth s'était alors rapidement améliorée et était devenue semblable à la Hellman's, ce qu'aucun concurrent n'avait jamais réussi à faire auparavant. Ayant appris que Seaforth tentait de vendre sa mayonnaise améliorée à des chaînes américaines, CPC a demandé et obtenu une injonction interlocutoire contre elle. Le juge a accepté le témoignage d'une experte, qui a expliqué qu'on ne pouvait faire la rétro-ingénierie de la recette de la Hellman's uniquement à l'aide de la liste d'ingrédients sur l'étiquette du pot de mayonnaise en raison de sa formulation spécifique et de son processus de fabrication unique¹⁴⁸.

La recette de restaurant ne se heurte pas à ce problème puisque, même si les menus mentionnent souvent les ingrédients principaux du plat (dans le titre ou la description du plat), la liste de tous les ingrédients, y compris épices et autres assaisonnements, n'y figure pas. Par ailleurs, il semble qu'en matière de restauration, les idées soient rapidement copiées ou imitées par les concurrents¹⁴⁹. Certains plats peuvent aussi faire l'objet de rétro-ingénierie.

¹⁴⁷ *CPC International Inc. c. Seaforth Creamery Inc.*, préc., note 140.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 24.

¹⁴⁹ Robert J. HARRINGTON, « Part I: The Culinary Innovation Process – A Barrier to Imitation », (2004) 7(3) *Journal of Foodservice Business Research* 35, 38.

La recette a un autre obstacle de taille : la banalité. La recette commune, facilement déductible et reproductible, ne peut être un secret de commerce. En Ontario, un juge a refusé de reconnaître les recettes d'un fabricant de produits alimentaires (salades, lasagnes et cigares au chou) comme des secrets de commerce parce que, au regard de son livre de recettes, les produits étaient simples et pouvaient être reproduits par n'importe qui ayant des connaissances de base en cuisine; ses techniques de production n'étaient pas uniques au point de ne pouvoir être reproduites sans son livre de recettes¹⁵⁰. Un juge québécois est arrivé à la même conclusion à l'égard de sauces de plats asiatiques¹⁵¹. Il a estimé que, selon la preuve même de la compagnie demanderesse et de ses propriétaires, les sauces qu'on voulait interdire à la cuisinière défenderesse de cuisiner dans son nouveau restaurant ne sortaient pas de l'ordinaire, qu'elles avaient la même base commune à l'ensemble des mets asiatiques de même nature et qu'elles constituaient des connaissances publiques pour toute personne un tant soit peu impliquée dans la restauration de mets semblables¹⁵². Il a d'ailleurs noté qu'un témoin indépendant œuvrant dans le même domaine le confirmait. Aux États-Unis, un juge a refusé de reconnaître comme secrètes les recettes d'une chaîne de restaurants de buffets littéralement copiées par un concurrent au motif qu'elles étaient évidentes et non originales, qu'elles émanaient du domaine public et qu'elles servaient à la préparation des plats de base américains servis dans tous les buffets du pays¹⁵³. Les recettes pouvaient être reproduites du fait qu'elles étaient typiques et donc facilement devinées¹⁵⁴. Il ne s'agissait pas d'un produit du domaine public modifié de façon à en faire un nouveau

¹⁵⁰ *Keybrand Foods Inc. c. Guinchard*, (1990) 33 C.P.R. (3d) 384 (Div. Gén. Ont.). Le juge a donc rejeté l'action contre l'ancien employé qui s'était parti une entreprise similaire à celle de son ex-employeur. Les faits de l'affaire sont dans le jugement sur l'injonction interlocutoire: *Keybrand Foods Inc. c. Guinchard*, (1990) 31 C.P.R. (3d) 542 (C.S. Ont.).

¹⁵¹ 9080-5052 *Québec inc. c. Thailyn*, J.E. 2003-728, REJB 2003-39583 (C.S.).

¹⁵² *Id.*, par. 21 à 24.

¹⁵³ *Buffets, Inc. v. Klinke*, 73 F.3d 965, 968 (1996) (9th Cir. C.A.).

¹⁵⁴ *Id.*

produit original¹⁵⁵. Finalement, la chaîne demanderesse avait omis d'établir la valeur économique des recettes, soit d'établir l'avantage qu'elle en tirait en les gardant secrètes, comme le fait de réduire les coûts. En France, une décision a tranché de même, d'avis que la recette d'abricotine prétendument secrète usait d'ingrédients courants et de pâtes brisées et *crumble* citées dans les livres de cuisine de base, et qu'aucun conseil ou méthode ne lui donnait une caractéristique particulière, notamment quant à son goût¹⁵⁶.

Par ailleurs, pour qu'une recette soit considérée comme un secret de commerce par un tribunal, on doit assurer sa protection dans les faits. Tel est le critère fondamental des secrets de commerce. L'entreprise alimentaire ou le restaurant doit donc instaurer des mesures concrètes pour protéger les recettes qu'il veut garder secrètes. Il ressort des jugements précités que c'est ce que font les entreprises alimentaires à l'égard des recettes industrielles. Cela s'avère possible dans les restaurants puisque, dans une autre affaire américaine, un restaurateur a vu ses recettes familiales de sauce et de pâte de pizza reconnues comme secrets de commerce justement parce qu'il avait pris des mesures pour les garder secrètes et avait établi leur valeur économique indépendante¹⁵⁷. Que font les chefs québécois et canadiens? Tous les ouvrages sur la gestion des restaurants consultés, même québécois, ne parlent pas de protéger la recette et certains laissent entendre que la

¹⁵⁵ *Buffets, Inc. v. Klinke*, préc., note 153, p. 968.

¹⁵⁶ C.A. Dijon, 4 mars 2003, JurisData 2003-209645.

¹⁵⁷ *Magistro v. J. Lou, Inc.*, 270 Neb. 438, 443 (2005) (Neb. S.C.). Seule la famille connaissait les recettes et le restaurateur préparait lui-même ses mélanges de sauces et de pâtes, puis les ensachait et les réfrigérait. Ses employés n'avaient donc pas à connaître les recettes et n'avaient qu'à ajouter de l'eau aux contenus des sachets pour les préparer la sauce et la pâte (voir p. 442 et 443 du jugement). Malgré cette conclusion, le restaurateur n'a pas réussi à obtenir d'injonction puisqu'il n'avait pas réussi à faire la preuve que son ancien franchisé avait continué d'utiliser ses recettes.

recette circule entre le personnel afin d'être bien connue¹⁵⁸. Par contraste, en France, une étude a révélé l'existence d'une norme d'autoréglementation voulant qu'un chef quittant un restaurant ne reproduise pas la recette de son ex-employeur¹⁵⁹. Existe-t-il une telle norme au Québec? La recherche n'a pas permis d'en découvrir une semblable entre les chefs québécois. En tous les cas, le chef voulant préserver sa recette par les secrets de commerce devra prendre des précautions appropriées pour en assurer la confidentialité. La laisser accessible à tous y serait contraire. Si les chefs ne voient pas leur recette comme une information confidentielle et ne la traite pas comme telle, leurs recettes ne pourront être des secrets de commerce. Tout tribunal saisi d'une demande d'injonction visant une de leurs recettes leur reprocherait toute absence de protection et refuserait l'injonction. D'ailleurs, une décision française a refusé d'accorder un tel recours contre l'ancien employé d'un restaurant qui avait ouvert un restaurant similaire à celui de son ex-employeur au motif que l'employé n'était pas visé par une clause de non-concurrence et que les recettes étaient des secrets de commerce et auraient donc dû faire l'objet d'une telle clause ou d'une clause de non-divulgence¹⁶⁰.

Par conséquent, les entreprises et les chefs doivent prendre des mesures concrètes pour protéger leurs secrets. Quels moyens de protection ont-ils effectivement à leur disposition?

¹⁵⁸ Y. GRÉGOIRE, préc., note 34, p. 171; P.J. MCVETY, B.J. WARE et C. LÉVESQUE, préc., note 34, p. 111.

¹⁵⁹ Emmanuelle FAUCHART et Eric von HIPPEL, « Norms-based Intellectual Property Systems : The Case of French Chefs », (January 1, 2006). MIT Sloan Research Paper No. 4576-06. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=881781> (31/05/2010).

¹⁶⁰ C.A., Colmar, 27 août 2008, JurisData 2008-370592.

2. Moyens de protection

L'entreprise qui se réclame d'un secret de commerce doit donc prendre des moyens concrets pour le protéger. Il y a les mesures physiques, comme la mise sous clé de l'information, l'accès limité à l'information, la divulgation limitée à quelques employés clés. Il est également recommandé à l'entreprise d'avoir recours à des ententes de confidentialité et de non-concurrence. De plus, le *Code civil du Québec* et la common law prévoient tous deux une obligation de loyauté que doit respecter tout employé. Commençons par celle-ci.

Au Québec, l'obligation de loyauté est prévue par l'article 2088 C.c.Q.¹⁶¹, lequel oblige l'employé à préserver les informations confidentielles de son employeur pendant et après l'emploi. La durée post-emploi dépend des circonstances, comme la fonction et les responsabilités de l'employé, les motifs de la terminaison de l'emploi ou l'état de la concurrence dans le domaine¹⁶². Plus la capacité de nuire à l'ancien employeur sera grande, plus la loyauté exigée sera grande¹⁶³. Par ailleurs, cette loyauté vise les renseignements confidentiels de l'employeur, non les connaissances et formation transmis par ce dernier à

¹⁶¹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (C.c.Q.). Article 2088 : « 2088. Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

[al. 2 :] Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui. »

¹⁶² Robert P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, no 114, p. 83. *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc*, 2007 QCCA 676, par. 42.

¹⁶³ Robert BONHOMME, « Obligation de loyauté post-emploi : plusieurs visages, gare à l'imposteur », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 141.

l'employé¹⁶⁴. De plus, l'article 2088, al. 2 C.c.Q., qui prévoit l'obligation post-emploi, doit être interprété de façon restreinte, la concurrence étant la règle, et cet alinéa n'étant pas équivalent à une clause de non-concurrence¹⁶⁵. Il ne peut pallier l'absence d'une telle clause¹⁶⁶. Il se limite à prohiber la concurrence déloyale¹⁶⁷.

L'obligation de loyauté post-emploi a une durée limitée, de trois à neuf mois, sauf exception¹⁶⁸. Après cela, l'employé n'est assujéti qu'aux règles de la responsabilité civile extracontractuelle de l'article 1457 C.c.Q.¹⁶⁹, bien que, selon l'avocat Robert Bonhomme, ces règles puissent possiblement l'obliger de respecter la confidentialité des secrets de l'employeur¹⁷⁰. L'employeur subséquent ne peut ignorer l'obligation énoncée par l'article 2088 C.c.Q.¹⁷¹.

Selon cette obligation, le chef non restreint par quelque clause contractuelle que ce soit qui quitte un restaurant ou une entreprise devrait garder les recettes de son ancien employeur secrètes pour un temps limité seulement. Il y dérogerait s'il recréait tout de suite un plat de son ancien employeur chez son nouvel employeur, lequel pourrait être tenu responsable. En pratique, cette obligation peut toutefois se buter à la banalité des recettes et aux connaissances du chef. Dans la décision québécoise mentionnée plus haut, 9080-5052

¹⁶⁴ Marianne ST-PIERRE PLAMONDON et Maude GRENIER, « Les décisions récentes portant sur la non-concurrence en droit de l'emploi : quelles sont les leçons à tirer? », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la non-concurrence (2009)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009, p. 54, à la page 85.

¹⁶⁵ *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, préc., note 162.

¹⁶⁶ Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 244, à la page 303.

¹⁶⁷ M. ST-PIERRE PLAMONDON et M. GRENIER, préc., note 164, p. 82-83.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 87.

¹⁶⁹ *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, préc., note 162, par. 42.

¹⁷⁰ R. BONHOMME, préc., note 163, p. 142-143.

¹⁷¹ *Id.*, p. 144.

*Québec inc. c. Thailyn*¹⁷², la demanderesse invoquait justement l'obligation de loyauté de l'article 2088 C.c.Q. Aucun contrat écrit ne la liait à la chef défenderesse, qui avait quitté ses restaurants pour aller travailler dans le restaurant de son fils. Le tribunal a estimé que les recettes de sauces n'étaient pas un secret commercial parce qu'elles n'avaient rien d'extraordinaire mais aussi parce qu'elles relevaient plutôt des grandes connaissances de la chef défenderesse. Celle-ci avait des compétences de chef reconnues et lorsqu'elle a recréé, pour le restaurant de son fils, les sauces qu'elle avait développées pour les restaurants de la demanderesse, elle ne faisait qu'utiliser les connaissances qu'elle avait acquises. Le juge estime que l'on « ne peut empêcher une personne qui gagne sa vie à cuisiner d'utiliser toutes ses connaissances, y compris même celles acquises chez son ancien employeur, pour exercer son métier »¹⁷³. Le juge ajoute que la « liberté de commerce doit prévaloir »¹⁷⁴. De ce fait, il est clair que, pour être visées par l'obligation de loyauté, les recettes doivent non seulement ne pas être banales et usuelles, mais qu'elles doivent relever de plus que les simples connaissances du chef. En l'absence d'un contrat de confidentialité et de non-concurrence, comme dans cette affaire, il peut être difficile de faire appliquer l'obligation de loyauté dans le domaine de la restauration. À tout le moins faudrait-il que les recettes écrites présentées au tribunal fassent état d'ingrédients ou de méthodes étonnants, ce qui ne fut pas le cas dans l'affaire *Thailyn*¹⁷⁵. Finalement, le fait que les plats aient supposément le même goût que ceux des restaurants de la demanderesse ne pouvait être un argument crédible en l'absence de preuve apportée par des personnes autres que celles liées à la

¹⁷² 9080-5052 *Québec inc. c. Thailyn*, préc., note 151.

¹⁷³ *Id.*, par. 39.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 42.

¹⁷⁵ En effet, le tribunal souligne que « rien dans les recettes produites par M. et Mme Puth ne fait état des particularités et des nuances que telles recettes commerciales pourraient contenir, en ne mentionnant pas les épices particulières dont M. Puth a parlées dans son témoignage (pièces R-10 et R-11) ». Voir *id.*, par. 37.

demanderesse, et ce, parce que le spectre de l'échelle du goût est aussi vaste et étendu qu'il existe de personnes¹⁷⁶.

Pour préserver la confidentialité des informations plus longtemps, ou même s'assurer un minimum de confidentialité, il faut donc recourir à des ententes de confidentialité et de non-concurrence. La clause de non-concurrence pour les employés est spécifiquement autorisée par l'article 2089 C.c.Q.¹⁷⁷, qui requiert qu'elle soit limitée dans sa durée, dans son application territoriale et dans sa restriction des tâches. Elle doit permettre de savoir précisément ce qui est interdit¹⁷⁸. Le troisième alinéa de l'article exige de plus qu'elle se limite à ce qui est réellement nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur¹⁷⁹. Cette clause doit donc elle aussi être équilibrée par rapport aux fonctions de l'employé et à l'industrie où il œuvre¹⁸⁰ puisque, à cette clause aussi, s'oppose le droit de l'employé de gagner sa vie ainsi que la concurrence du marché.

Sur la foi de ces clauses ou de l'obligation de loyauté, une entreprise demandera une injonction pour empêcher l'utilisation de ses secrets par un ancien employé ou partenaire ou par un tiers qui en aurait eu divulgation. Pour obtenir une injonction interlocutoire, l'entreprise doit établir qu'il existe une question sérieuse à trancher, que la divulgation du secret lui causerait un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients

¹⁷⁶ 9080-5052 *Québec inc. c. Thailyn*, préc., note 151, par. 44.

¹⁷⁷ « 2089. Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence.

[al. 2 :]Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

[al. 3 :] Il incombe à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide. »

¹⁷⁸ M. ST-PIERRE PLAMONDON et M. GRENIER, préc., note 164, p. 56.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 56.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 59-61.

penche en sa faveur¹⁸¹. Tel fut le cas de CPC, qui a obtenu une injonction interlocutoire interdisant à Seafort de vendre la mayonnaise améliorée ou de divulguer les secrets de sa recette jusqu'à la tenue du procès¹⁸². À l'opposé, en 1999, la Cour supérieure a refusé d'accorder une injonction interlocutoire contre un ancien employé qui démarrait un service de cafétéria pour remplacer celui de son employeur qui avait été laissé tombé par la congrégation religieuse qu'il desservait¹⁸³. La Cour a estimé que la prépondérance des inconvénients penchait du côté de l'employé et de ceux qu'il avait emmenés avec lui, étant donné que le contrat avec l'employeur avait été résilié par la congrégation et que l'octroi de l'injonction ferait perdre aux employés leur emploi¹⁸⁴. Elle a d'ailleurs considéré que les recettes de l'employeur n'étaient pas des informations confidentielles du fait qu'elles avaient été concoctées dans les cuisines de la congrégation pendant neuf ans¹⁸⁵. Dans l'affaire *Thailyn* également, le tribunal a refusé l'injonction demandée par la demanderesse vu l'absence de preuve que les défendeurs possédaient des informations confidentielles dont ils se servaient dans leur nouveau restaurant¹⁸⁶.

Quant aux injonctions permanentes, c'est la possible rétro-ingénierie d'un produit alimentaire qui les a entravées. À la place, les tribunaux ont généralement accordé des dommages-intérêts équivalents à la perte de profits équivalant au temps qu'aurait pris le concurrent pour développer lui-même sa propre recette. Dans *Vitaform*, la Cour accorde

¹⁸¹ R. BRAIT et B. POLLOCK, préc., note 139, p. 621.

¹⁸² *CPC International Inc. c. Seaforth Creamery Inc.*, préc., note 140, par. 52.

¹⁸³ *Laliberté & Associés inc. c. Soeurs de Ste-Jeanne d'Arc*, J.E. 2000-81, REJB 1999-16087 (C.S.).

¹⁸⁴ *Id.*, par. 62-64.

¹⁸⁵ La Cour a ajouté qu'il n'avait pas été prouvé que les mêmes recettes furent utilisées pendant les neuf ans où l'employeur avait un contrat avec la congrégation.

¹⁸⁶ *9080-5052 Québec inc. c. Thailyn*, préc., note 151, par. 45.

une somme équivalant à trois mois¹⁸⁷. Dans *Montour*, la Cour accorde 50 000 \$, tenant compte de la perte de profits de Montour, des sept mois écoulés entre le début du nouvel emploi de l'employé fautif et la date de l'injonction interlocutoire, de la grève des employés de Montour pendant cette période et du départ de l'employé fautif, un vendeur qui y avait travaillé 23 ans¹⁸⁸. Dans *Cadbury Schweppes*, la Cour suprême a confirmé les dommages octroyés par la Cour d'appel équivalant à 12 mois suivant la résiliation de la licence à Caesar Canning qui fabriquait le Clamato pour Duffy-Mott¹⁸⁹. La modification fréquente des recettes notamment en raison du goût évolutif des clients a aussi eu un impact réducteur sur la décision d'accorder l'injonction ou non¹⁹⁰.

Ainsi, il ressort de cet examen des moyens de protection des secrets de commerce que la seule obligation de loyauté ne peut suffire pour assurer à long terme, post-emploi, la confidentialité des recettes. Cela est même incertain à court terme et dépendra de la nature même des recettes. Si les recettes sont banales et usuelles, elles ne peuvent être des secrets commerciaux et entrent plutôt dans les connaissances du chef. Pour qu'elles se qualifient comme secrets commerciaux et puissent bénéficier de l'obligation de loyauté un tant soit peu, il faut qu'elles soient réellement novatrices et gardées secrètes. Vu l'affaire *Thailyn*, on peut toutefois se demander si toute recette ne pourrait pas entrer dans les connaissances du chef, dans la mesure où les recettes elles-mêmes sont considérées comme des techniques et du savoir-faire. Du moment qu'un chef apprend à faire un plat, n'est-il pas dès lors en mesure de le recréer? C'est là que la nature de la recette peut jouer, car si elle est

¹⁸⁷ *Santé naturelle ltée c. Les produits de nutrition Vitaform*, préc., note 140, p. 560-561.

¹⁸⁸ *Montour ltée c. Jolicoeur*, préc., note 140, p. 48-50.

¹⁸⁹ *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, préc., note 142, par. 96.

¹⁹⁰ Voir *Santé naturelle ltée c. Les produits de nutrition Vitaform*, préc., note 140, p. 560 ; *Montour ltée c. Jolicoeur*, préc., note 140, p. 47.

compliquée à réaliser, requiert un grand nombre d'ingrédients, une multitude d'étapes, requérant ainsi sa rédaction, qu'on peut penser qu'elle pourrait être visée pour un temps par l'obligation de loyauté. Nonobstant cela, il demeure que l'entreprise alimentaire industrielle et le chef gagnent à faire signer des ententes de non-concurrence et de confidentialité s'ils veulent assurer le respect de leurs secrets. Cela est un moyen éprouvé pour les entreprises alimentaires et c'est celui qui permet d'obtenir une injonction, même si elle ne peut qu'être interlocutoire dans les faits étant donné que les tribunaux ont préféré octroyer des dommages-intérêts. Pour le reste, les entreprises et les chefs devront se contenter d'une compensation pécuniaire visant à les remettre dans l'état où ils auraient été si le concurrent avait lui-même développé son produit alimentaire similaire, sans les secrets de l'entreprise productrice du produit copié.

Cette analyse de la protection par les secrets de commerce mène donc à la conclusion que la recette peut être un secret de commerce, qu'elle l'est souvent dans les faits pour les entreprises alimentaires industrielles, mais qu'il est difficile pour elle de remplir les critères de protection du secret, particulièrement en l'absence d'entente de confidentialité. Cela est d'autant plus vrai pour les restaurants en raison de la nature décomposable des produits alimentaires, de la banalité des recettes, des connaissances des chefs et des pratiques dans les restaurants.

La protection par les secrets de commerce est fragile étant donné que tout secret ne dure que tant que l'information qu'il protège demeure secrète. Par conséquent, la divulgation de la recette met fin à la suprématie que peut avoir son produit. Le brevet, par contraste, fonctionne autrement. Il accorde à l'inventeur un monopole sur l'invention en échange de la

divulgaration de celle-ci et de renseignements sur sa conception et sur son fonctionnement. Le secret de commerce ne s'avérant pas la panacée pour la protection des recettes, le brevet peut-il constituer une solution de rechange intéressante? C'est ce que nous allons voir dans la section qui suit.

B. Protection par le brevet

« Créer, c'est inventer quelque chose qui n'a jamais été fait. Mais l'innovation seule ne suffit pas. Il faut de nombreuses heures d'expérimentation pour obtenir un résultat à la fois nouveau et intéressant. »
Ferran Adrià, *Une journée à el Bulli*, 2009

À première vue, certaines caractéristiques des recettes de cuisine sont compatibles avec le régime des brevets. Les recettes sont considérées même par les chefs comme des méthodes ou des procédés. Elles ont un côté scientifique, notamment par les réactions chimiques entre les aliments ou entre les aliments et la cuisson¹⁹¹. Les produits chimiques sont brevetables et leur demande de brevets prend la forme d'une recette. Les brevets manipulent la nature¹⁹², ce que fait aussi la cuisine. L'invention est un outil, une technologie, l'application utile de connaissances¹⁹³. La composition d'une recette fait elle aussi appel à des connaissances, comme souligné dans la section précédente. Tous les deux recherchent l'innovation, l'amélioration des techniques, une fonction utile. Le brevet est d'intérêt parce qu'il ferait que seul l'inventeur pourrait exécuter la recette ou réaliser le plat ou les vendre tous les deux. Pour se prévaloir du régime des brevets, la recette doit être une

¹⁹¹ Voir : The Culinary Institute of America, *The Professional Chef*, 8e éd., New Jersey, John Wiley & Sons., 2006, Chap. 3 Food Science; Ricardo LARIVÉE et Christina BLAIS, *La chimie des desserts*, Montréal, Éd. La Presse, 2007. Christina Blais est professeure en science des aliments et nutritionniste à la Faculté de médecine de l'Université de Montréal.

¹⁹² Abraham DRASSINOWER, « A Note on the Distinction Between Copyright and Patent », dans *Nouvelles approches en propriété intellectuelle dans un monde transsystémique = Intellectual Property at the Edge : New Approaches to IP in a Transsystemic World*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 285, à la page 293.

¹⁹³ *Id.*

invention brevetable, ce qui requiert qu'elle remplisse les critères de la *Loi sur les brevets*¹⁹⁴, soit ceux relatifs à l'objet de l'invention et ceux de la brevetabilité. Nous examinerons donc ces critères tour à tour. La protection des recettes de cuisine par les brevets ayant été peu abordée par la doctrine locale ou internationale recensée¹⁹⁵, notre examen se limitera pour l'essentiel au droit canadien.

1. Critères relatifs à l'objet de l'invention

Le régime des brevets canadien est statutaire. La *Loi sur les brevets* accorde à l'inventeur un monopole d'une durée limitée (20 ans) en échange de la divulgation de son invention au public. Tel est le marché conclu entre l'État et l'inventeur, lequel est considéré être le fondement même des régimes de brevets¹⁹⁶. On cherche ainsi, depuis le *Statute of Monopolies*¹⁹⁷ de 1624, à favoriser l'innovation¹⁹⁸. Le brevet octroyé pour l'invention confère donc à l'inventeur un monopole lui permettant d'interdire à quiconque de fabriquer ou vendre l'invention, en échange de quoi il doit divulguer complètement son invention : ce qu'elle est et comment elle fonctionne¹⁹⁹. Cette divulgation est le pivot du régime des

¹⁹⁴ L.R.C. (1985), c. P-4 (LB).

¹⁹⁵ Généralement l'espace de quelques paragraphes. S. MARTIN et Y. BRUSAERT, préc., note 29; Jean-Paul BRANLARD, « La propriété intellectuelle et les œuvres éphémères – Conférence "La protection juridique des œuvres gastronomiques, l'état des lieux", sous la présidence du doyen Pierre Sirinelli, *Gaz. Pal.*, Janvier-Février 2000, 260; Emily CUNNINGHAM, « Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen? », (2009) 9 *J. High. Tech. L.* 21.

¹⁹⁶ *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 1035, par. 13.

¹⁹⁷ 21 Ja. I, c. 3.

¹⁹⁸ *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, préc., note 196. La Constitution américaine dit que le Congrès américain doit favoriser le progrès de la science et des arts utiles au par. 8 de son premier article : « The Congress shall have power . . . To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries. »

¹⁹⁹ *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, (2008) 67 C.P.R. (4th) 23, 44, par. 59 (C.A.F.).

brevets²⁰⁰. Par conséquent, toute recette voulant se prévaloir de ce régime devra être divulguée au complet. Mais avant toute chose, la recette doit se qualifier comme invention afin de pouvoir obtenir un brevet. Nous commencerons donc par examiner ce qu'est une invention au sens de la *Loi sur les brevets* afin de voir si la recette peut en être une ou si elle serait plutôt exclue de la brevetabilité par les exceptions prévues par la loi et la common law, car tout ce qui est inventif n'est pas nécessairement brevetable. Finalement, dans la mesure où la recette n'est pas exclue de la brevetabilité dès le départ, nous examinerons dans quelles catégories d'inventions elle peut s'insérer aux fins de bénéficier de la protection des brevets. Commençons donc notre examen par ce qui constitue une invention au sens de la *Loi sur les brevets*.

a. Invention

La loi canadienne protège les inventions, qui sont la concrétisation des idées, leur mise en pratique, et non les idées elles-mêmes. L'invention doit avoir une forme définitive et pratique, être complète, ou constituée sur une prédiction valable²⁰¹. Elle n'est pas une découverte, laquelle ne fait que révéler ce qui était existant mais inconnu²⁰². L'article 2 LB définit l'invention comme « [t]oute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité. ». L'invention doit donc entrer dans l'une des cinq catégories énumérées : réalisation, procédé, machine, fabrication et composition de

²⁰⁰ *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, 517.

²⁰¹ R.T. HUGHES et D. P. CLARIZIO, *Hughes & Woodley on Patents*, vol. 1, 2^e éd., Toronto, Lexis Nexis Canada, 2005, feuilles mobiles & en ligne, § 7; R. BARRIGAR, *Canadian Patent Act Annotated*, 2e éd., Aurora, Canada Law Book, 1995, feuilles mobiles, par. 2:130, 2:140.

²⁰² R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, *id.*, §12, p. 150; R. BARRIGAR, *id.*, par. 2:180.

matières. Si elle n'y entre pas, elle est non brevetable. Elle doit également être nouvelle et utile. Les critères de nouveauté et utilité seront examinés plus loin, dans la section sur les critères de brevetabilité.

Les brevets visent à favoriser l'innovation dans toutes les technologies. L'article 27 de l'ADPIC énonce qu'il ne doit pas y avoir de discrimination entre les technologies. Le mot « invention » doit être interprété de façon large afin de ne pas exclure une nouvelle technologie imprévue par le législateur, sans toutefois inclure tout ce qui est fait par l'homme²⁰³. Toute technologie est donc potentiellement brevetable, dans la mesure où elle s'insère dans l'une des catégories de la loi. *Le Petit Robert* définit « technologie » comme la « [t]héorie générale et études spécifiques (outils, machines, procédés...) des techniques » ou une « technique moderne et complexe »²⁰⁴. Le Bureau des brevets réfère à la définition du *Oxford English Dictionary*, soit « l'application de savoir scientifique à des fins pratiques, en particulier dans l'industrie », « matériel et outillage développés à partir du savoir scientifique » et « le domaine de savoir qui traite de l'ingénierie ou des sciences appliquées »²⁰⁵. Il estime que l'invention doit être du « domaine des technologies », de l'industrie moderne²⁰⁶. Les recettes peuvent-elles être une technologie ? Tout à fait au sens du *Petit Robert*, puisqu'elles sont des techniques, des procédés. On peut également le penser au sens retenu par le Bureau des brevets, puisque l'industrie alimentaire utilise des machines dans la préparation de plats préparés et l'industrie de la restauration aussi, bien

²⁰³ R. BARRIGAR, préc., note 201, par. 2 :220; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 124, par. 158.

²⁰⁴ *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2010*, préc., note 105 (28/03/2010).

²⁰⁵ OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, no 12.04, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02211.html#n12_04 (28/03/2010) (ci-après « RPBB »).

²⁰⁶ *Id.*

que probablement à moindre échelle. Les recettes pouvant se qualifier comme « technologie », on peut alors déterminer dans quelle catégorie de la loi elles pourraient se loger. Avant cela, cependant, il faut voir si elles ne seraient pas exclues dès le départ de la brevetabilité par les exceptions prévues par la loi et la common law.

b. Exclusions

La loi prévoit à son article 27(8) des exceptions à la brevetabilité : les brevets sont interdits pour les simples principes scientifiques ou les conceptions théoriques. Les formules mathématiques ou la théorie de la relativité ne peuvent donc être brevetées.

De plus, la loi et le Bureau des brevets ont longtemps restreint la brevetabilité des médicaments et des aliments. Au début du 20^e siècle, le Bureau des brevets refusait les brevets aux composés pharmaceutiques au motif que les ingrédients étaient bien connus et faisaient partie de la pharmacopée de base et que leur combinaison ne nécessitait que l'exercice du savoir-faire d'un médecin²⁰⁷. Il recommandait la protection des médicaments par la marque de commerce, c'est-à-dire en protégeant le nom du médicament²⁰⁸. La loi est ensuite venue restreindre la brevetabilité des médicaments et des aliments de 1923 à 1993. Cette interdiction était inspirée de dispositions de 1919 de la loi sur les brevets britannique qui interdisaient la revendication des substances produites par un procédé chimique ou prévues pour des aliments ou des médicaments à moins que ce ne soit avec le processus

²⁰⁷ H. FISHER et Russell S. SMART, *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto, Canada Law Book Co., 1914, p. 25 et 343 of Appendix (Canadian Patent Office Practice, « Medical Compounds »).

²⁰⁸ *Id.*, Appendix – Canadian Patent Office Practice, « Medical Compounds », p. 343.

permettant de les réaliser²⁰⁹. Ni les médicaments ni les aliments n'étaient brevetables distinctement. La loi britannique prévoyait, relativement à la contrefaçon, une présomption d'utilisation du même procédé lorsque la substance était réalisée par quelqu'un d'autre ainsi que l'octroi de licences obligatoires pour la fabrication d'aliments et de médicaments. Ces dispositions ont été introduites dans la loi canadienne avec une distinction : la première interdiction visait les substances produites par un procédé chimique *et* prévues pour des aliments ou des médicaments²¹⁰. Ce faisant, les substances non produites par des procédés chimiques étaient brevetables (ex. : par procédé microbiologique)²¹¹. L'interdiction avait pour but d'empêcher la détention d'un monopole sur un produit, même lorsque réalisé par un autre processus²¹². Cette interdiction ayant été abrogée en 1993, les aliments sont devenus brevetables au Canada et sont brevetés dans les faits. Une recherche effectuée dans la banque de données des brevets de l'OPIC avec le mot « aliment » donne plus de 1 000 résultats.

Sont également exclus de la brevetabilité les méthodes d'affaires – que nous n'examinerons pas ici – et les traitements médicaux et chirurgicaux. Ces derniers ont été considérées non brevetables en droit canadien par l'arrêt *Tennessee Eastman*²¹³, qui se fondait sur l'article 41 LB restreignant la brevetabilité des aliments et des médicaments. Ce jugement sert toujours de fondement au Bureau des brevets pour nier la brevetabilité des traitements

²⁰⁹ Harold G. FOX, *Canadian Patent Law and Practice*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1969, p. 44 et s.

²¹⁰ Immanuel GOLDSMITH, « Drugs in Canadian Patent Law », (1967) 13 *R.D. McGill* 232, 233-234.

Article 41(1): «In the case of inventions relating to substances prepared or produced by chemical processes **and** intended for food or medicine, the specification shall not include claims for the substance itself, except when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents.»

²¹¹ *Id.*, p. 234. Voir aussi H.G. FOX, préc., note 209, p. 44-46.

²¹² *Winthrop Chemical Company, Inc. c. The Commissioner of Patents*, (1946-47) 6 Fox Pat. C. 3, 8 (C. de l'É.)

²¹³ *Tennessee Eastman Co. et al. c. Commissaire des Brevets*, [1974] R.C.S. 111.

médicaux ou chirurgicaux²¹⁴. Cette interdiction peut cependant se justifier par la conclusion des tribunaux que les actes professionnels ne peuvent être brevetés parce qu'il s'agit d'une réalisation relevant du domaine professionnel et non d'une réalisation ou d'une technique manuelle²¹⁵. Depuis la décision *Lawson c. Commissioner of Patents*, ce qui relève d'un savoir faire, d'un acte professionnel, n'est pas considéré brevetable. La raison expliquant cette exclusion serait que ces réalisations ne sont pas utiles, car elles ne peuvent être reproduites pareillement à tout coup : l'intervention humaine rend chaque fois le résultat imprévu²¹⁶. Ce serait aussi parce que ces méthodes, qui sont d'activité humaine, ne sont pas de la technologie et que leur progrès excède la portée de l'article 2 de la loi²¹⁷. Les méthodes professionnelles ou celles dépendant complètement des aptitudes artistiques, intellectuelles ou personnelles ne sont donc pas brevetables²¹⁸, comme l'arrangement de fleurs, la coiffure ou le jeu d'un instrument de musique²¹⁹. Le Bureau des brevets considère d'ailleurs ces derniers exemples comme des beaux-arts²²⁰. La brevetabilité requiert une invention qui agit concrètement sur le monde physique, qui est pratique ainsi qu'utile pour

²¹⁴ Voir le RPBB, préc., note 205, par. 12.05.02 (http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02212.html#n12_05_02) et par.17.02.03 ([http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf/\\$file/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf/$file/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf)) (28/03/2010).

²¹⁵ *Lawson c. Commissioner of Patents*, (1970) 62 C.P.R. 101, 111 (C. de l'É.).

²¹⁶ Note éditoriale non signée, *Id.*, p. 102, à la page 103.

²¹⁷ RPBB, préc., note 205, par. 12.04.02, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02211.html#n12_04_02 (17/07/2010)

²¹⁸ George Francis TAKACH, *Patents, A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton, Juriliber, 1993, p. 23; RPBB, préc., note 205, par. 12.04.01, 12.04.02, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02211.html#n12_04_02 (17/07/2010), et par. 12.06.03., http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02214.html#n12_06_03 (17/07/2010).

²¹⁹ Louis-Pierre GRAVELLE, « De la vie aux ordinateurs – développements récents en matière de brevetabilité des organismes vivants, des méthodes de traitement et des technologies informatiques », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2000)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000, p. 91, à la page 104; RPBB, préc., note 205, par. 12.06.03, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02214.html#n12_06_03 (17/07/2010)

²²⁰ RPBB, préc., note 205, par. 12.06.03, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02214.html#n12_06_03 (17/07/2010).

le commerce²²¹; l'invention doit avoir trait au commerce et à l'industrie²²². Par contraste, pour le professeur adjoint Crowne-Mohammed, l'exclusion des savoirs professionnels se justifie mal, d'avis que certains d'entre eux peuvent se qualifier comme réalisations au sens de la loi, et ce, en raison de l'explication de « réalisation » donnée dans la décision *Progressive Games* interprétant l'arrêt *Tennessee Eastman*²²³, ce qui était justement le cas des savoirs professionnels exclus par l'arrêt *Lawson*²²⁴.

Les recettes de cuisine sont-elles visées par ces exclusions? Elles sont considérées comme des procédés, mais aussi comme du savoir-faire, des techniques, des tours de main. Peuvent-elles être rejetées en vertu de l'interdiction des actes professionnels? Probablement lorsqu'elles sont réalisées manuellement, sans l'aide de machines, ce qui requiert l'utilisation de techniques variées que doit connaître l'exécutant et dont le résultat varie selon sa maîtrise de ces connaissances, ce qui est le cas dans les restaurants gastronomiques. L'usage de certaines machines, comme un malaxeur ou un four, n'y changerait rien, puisqu'il repose sur les connaissances de l'outil et des résultats qu'on peut en tirer selon leur utilisation. Quant à l'opinion du professeur adjoint Crowne-Mohammed, elle fait plutôt penser aux techniques culinaires qu'aux recettes elles-mêmes, comme la cuisson sous vide. La création des recettes s'assimile bien à la coiffure ou à l'arrangement de fleurs, tous deux considérés comme des savoir-faire. Également, la brevetabilité de telles

²²¹ G.F. TAKACH, préc., note 218, p. 24 : « Patentability requires the idea to achieve a physical, practical and commercially useful result. »; L.-P. GRAVELLE, préc., note 219, p. 111.

²²² Voir *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, 554-555.

²²³ *Progressive Games Inc. c. Canada (Commissaires des brevets)*, (1999) C.P.R. (4th) 517 : « Accordingly, the definition of the term "art" as provided by the Supreme Court [dans *Tennessee Eastman*] includes a process that: (i) is not a disembodied idea but has a method of practical application; (ii) is a new and innovative method of applying skill or knowledge; and (iii) has a result or effect that is commercially useful. »

²²⁴ Emir Aly CROWNE-MOHAMMED, « The Patentability of Professional Skills and Business Methods in Canada », (2010) 5 *J.I.P.L.P.* 119, 120.

techniques pourraient se révéler un frein au développement de la profession, ce qui constitue justement une raison d'interdire la brevetabilité des savoir-faire professionnels.

De nos jours, cependant, plusieurs recettes sont exécutées complètement à l'aide de machines. On peut penser à la machine qui prépare tout un pain à partir des ingrédients qui y sont mis. La nourriture est dès lors industrialisée. Il y a tout lieu de penser que maintes recettes industrielles sont exécutées à l'aide de machines dans un but de rapidité d'exécution et d'uniformisation du produit final. En fait, tel qu'indiqué plus haut, une recherche dans la base de données des brevets de l'OPIC révèle nombre de brevets sur les aliments, par exemple : une sauce de fromage, une sauce au fudge, un gâteau de savoie ou une pâte revendiquée avec de la sauce²²⁵. Tous comprennent la recette pour réaliser l'aliment. Le Bureau des brevets estime donc, dans les faits, que certaines formes de recettes sont brevetables. L'incidence sur le commerce et l'industrie est clairement présente en matière culinaire, puisque les marchés de la restauration et des aliments préparés produisent des milliards de dollars de revenus.

Peut-on opposer aux recettes qu'elles ont pour première vocation de nourrir l'humain et ont donc, de ce fait, une fonction « médicale »? Un tel argument ne peut avoir qu'une force minime puisque, selon la distinction faite par le Bureau des brevets entre les maladies et les conditions naturelles du corps humain, il peut être soutenu que la faim est une condition naturelle du corps et qu'y répondre n'est pas non brevetable. En outre, le Bureau des

²²⁵ Respectivement : *Sauce de fromage*, brevet no CA 1278217; *Sauce au fudge et préparation congelée*, brevet no CA 2034644; *Gâteau de savoie pour cuisson au four à micro-ondes*, brevet no CA 2358260; *Produit de pâtes pouvant être passé au four à micro-ondes et contenant du citrate de triethyl et des œufs, et procédé de préparation*, brevet no CA 2023461.

brevets a accepté des brevets pour des méthodes non médicales au sens strict, comme la contraception²²⁶, parce que la condition visée n'était pas une maladie²²⁷.

Ainsi, si la recette repose sur le savoir-faire du chef, elle n'apparaît pas brevetable en raison de l'exclusion des savoir-faire des professionnels. Si elle a un côté industriel, elle n'apparaît pas exclue de la brevetabilité à la première étape. Au moins une forme de recette peut passer à la seconde étape. Cette conclusion nous amène à aborder la nature de l'invention car, pour être une invention brevetable, la recette doit s'insérer dans l'une des catégories d'invention brevetable prévue par la loi. Nous allons maintenant examiner si la recette peut entrer dans l'une de ces catégories. Aux fins de préserver la complétude de notre analyse, et dans l'éventualité que les recettes de chefs ne soient pas considérés comme des savoir-faire professionnels, nous considérerons que celles-ci ne sont pas exclues dès le départ et nous les examinerons dans les prochaines sections.

c. Catégories protégées

La *Loi sur les brevets* ne définit pas les cinq catégories d'invention brevetable qu'elle énonce (réalisation, procédé, machine, fabrication ou composition de matières). Elle ne requiert pas de préciser dans quelle catégorie s'insère l'invention, mais celle-ci doit

²²⁶ *Re General Hospital Corp.*, (1996) 74 C.P.R. (3d) 544 (C.A.B.).

²²⁷ Le Bureau des brevets indique que le vieillissement, la grossesse, la calvitie et les rides sont des conditions naturelles non pathologiques et que les méthodes pour les traiter ne sont pas non brevetables : RPBB, préc., note 205, par. 17.02.03, [http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf/\\$file/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf/$file/2009-01-01chapitre17-chapter17-fra.pdf) (17/07/2010). Voir sur ce sujet, D. BARRANS, *Biotechnology and Chemical Patent Practice in Canada*, 2e éd., Ottawa, Borden Ladner Gervais, 2008, p. 81-86, où l'on fait ressortir les contradictions dans l'interprétation de ce qu'est un traitement médical ou chirurgical interdit.

néanmoins se glisser dans l'une d'elles²²⁸. Ces catégories doivent être interprétées de façon large pour intégrer les technologies imprévues et imprévisibles, mais elles demeurent limitées²²⁹. Tout n'est pas brevetable.

Dans quelle catégorie la recette peut-elle s'insérer? D'entrée de jeu, elle n'est clairement pas une machine, puisque celle-ci doit être un dispositif qui contient un mécanisme, qui réalise un effet particulier²³⁰. Une machine à pain est une « machine », mais non la recette. Il y a donc lieu de regarder les autres catégories : réalisation, procédé et fabrication seront examinés pour la recette, puis composition de matières pour le plat.

i. Réalisation, fabrication ou procédé

Le terme « réalisation » (*art* en anglais) est considéré viser l'application de nouvelles connaissances en vue d'obtenir un résultat²³¹ : « un acte ou une série d'actes effectués sur un objet matériel au moyen d'un agent physique et qui produisent dans cet objet un changement de nature ou d'état. Il s'agit d'une chose abstraite en ce sens que l'esprit peut l'imaginer. Il s'agit d'une chose concrète en ce sens qu'on applique des agents physiques à des objets matériels et que les sens peuvent alors percevoir un objet ou un instrument tangible »²³². Elle se revendique par une méthode ou une utilisation²³³. Certes, une personne

²²⁸ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, § 7.

²²⁹ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, préc., note 203, p. 124, par. 158.

²³⁰ Immanuel GOLDSMITH, « Patentable Subject-Matter : Traditional Subject-Matters », dans Gordon F. HENDERSON, éd., *Patent Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, p.15, 19. RPBB, préc., note 205, par. 12.02.03.

²³¹ *Shell Oil co. c. Commissaire des brevets*, préc., note 222, p. 549.

²³² Traduction de la Cour suprême dans *Shell Oil, id.*, p. 555, d'un extrait de *Lawson c. Commissaire des brevets*, préc., note 215, p. 109.

peut agir physiquement, mais il semble qu'il faille un moyen de produire un résultat. Cette catégorie doit être écartée, la recette étant en premier lieu exécutée par une personne.

La fabrication (*manufacture* en anglais) est généralement considérée de façon large, *manufacture* étant le terme utilisé dans le *Statute of Monopolies*. Selon Fox, ce serait tout ce qui est produit grâce à une réalisation ou à l'assiduité de l'homme²³⁴. La Cour suprême l'a définie en 2002 comme « un produit ou un procédé mécanique non vivant »²³⁵. Elle avait estimé auparavant qu'un produit et le procédé pour l'obtenir pouvaient être compris dans l'expression « manufacture or composition of matter »²³⁶. C'est à cette occasion que la Cour a déterminé qu'un produit était brevetable, lequel était incidemment obtenu de fèves soja aux fins de blanchir la farine²³⁷. Le terme « mécanique » appelle, selon *Le Petit Robert*, à l'utilisation d'un mécanisme et s'oppose à ce qui est manuel²³⁸. En matière de cuisine, on comprend que la recette pourrait être une fabrication, mais cela se limiterait aux recettes exécutées mécaniquement. La recette exécutée de façon entièrement, voire partiellement, manuelle en serait probablement exclue, ce qui veut dire que l'exécution d'une recette par un chef en restaurant ne se qualifierait probablement pas comme fabrication, et ce, même si elle n'était pas exclue à titre de savoir professionnel.

Il est plus simple de considérer la recette comme un procédé, d'autant plus qu'on la décrit souvent ainsi. Un procédé requiert l'utilisation d'une méthode avec un ou des matériaux en

²³³ I. GOLDSMITH, préc., note 230, p. 18. RPBB, préc., note 205, par. 12.02.01.

²³⁴ H.G. FOX, préc., note 209, p. 17 : « ... whatever is made by the art or industry of man ».

²³⁵ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, préc., note 203, p. 124, par. 159.

²³⁶ *Continental Soya Co. c. J.R.Short Milling Co. (Can.)*, (1942) 2 Fox Pat. C. 103, 107.

²³⁷ H.G. FOX, préc., note 209, p. 44 et annotation dans *Winthrop Chemical Company, Inc. v. The Commissioner of Patents*, préc., note 212, p. 4.

²³⁸ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2010*, préc., note 105, définition de « mécanique » : « Qui est exécuté par un mécanisme; qui utilise des mécanismes, des machines (opposé à *manuel*). »

vue d'obtenir un résultat²³⁹. Pour le Bureau des brevets, il s'agit d'un « mode ou une méthode d'exécution au moyen duquel un résultat ou un effet est obtenu par réaction chimique ou physique, ou encore par l'action d'un élément, d'une force naturelle ou d'une substance sur une autre »²⁴⁰. Il faut donc une méthode et des matériaux, le procédé ne peut pas être seul²⁴¹. Par ailleurs, « procédé » équivaut à « méthode »; si une méthode n'est pas brevetable au sens de la loi, elle ne le sera pas plus par le « procédé »²⁴². Ainsi, la recette ne serait un procédé que si elle donne les ingrédients et les instructions. De ce fait, une simple liste d'ingrédients ou une liste d'instruction sans ingrédients seraient non brevetables. Si la recette est considérée comme l'application de savoir-faire professionnel, le fait qu'elle soit aussi un procédé ne la rendra pas plus brevetable.

De tout cela, il ressort que la recette doit être considérée comme un procédé, non comme une réalisation ou une fabrication. Elle constitue une méthode appliquée à des matériaux, dans ce cas-ci, des aliments bruts.

Ayant écarté la machine et examiné la réalisation, la fabrication et le procédé, il nous reste à voir la cinquième et dernière catégorie d'invention brevetable, soit la composition de matières. Elle ne peut clairement servir la recette, celle-ci n'étant pas en soi une matière, mais le plat peut peut-être s'en prévaloir. C'est ce que nous allons donc examiner à présent : le plat peut-il être une composition de matières?

²³⁹ H.G. FOX, préc., note 209, p.17. *Commissioner of Patents c. Ciba Ltd.*, [1959] S.C.R. 378, 383.

²⁴⁰ RPBB, préc., note 205, par. 12.02.02.

²⁴¹ H.G. FOX, préc., note 209, p. 17.

²⁴² R.T. HUGUES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, § 7.

ii. Composition de matières

La « composition de matières » avait été définie comme comprenant toute matière composée résultant d'une réaction chimique ou d'un mélange mécanique²⁴³, permettant d'y inclure les composés, compositions et substances chimiques²⁴⁴. Plus récemment, la Cour suprême a estimé que cette expression est plus générale que « fabrication » et qu'elle doit être interprétée de manière à ne pas être redondante avec « machine » et « fabrication »²⁴⁵. Clairement, c'est le plat, non la recette, qui peut entrer dans cette catégorie.

La composition de matières doit comporter deux éléments ou plus²⁴⁶ et constitue alors une combinaison. Les inventions modernes sont souvent des combinaisons²⁴⁷. Pour être une combinaison brevetable, les éléments qui la composent doivent s'intégrer de manière à former un résultat unitaire où chacun d'eux joue un rôle²⁴⁸. Ils doivent interagir pour former un résultat commun qui soit simple, non complexe²⁴⁹. Ni leur juxtaposition ni leur regroupement (*aggregation* en anglais) ne suffit pour former une combinaison²⁵⁰, car ils n'y coopèrent pas. Le résultat doit être plus que la somme de ses éléments²⁵¹. Le plat est clairement une combinaison d'éléments. Par ailleurs, le fait qu'on exige un résultat unitaire, un mélange des éléments, veut-il dire que la composition de matières qui est une

²⁴³ H.G. FOX, préc., note 209, p. 18; *Electric Fireproofing Co. Of Canada c. Electric Fireproofing Co.*, [1909] 43 S.R.C. 182, 186.

²⁴⁴ H.G. FOX, *id.*, p. 18.

²⁴⁵ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, préc., note 203, p. 125-126, par. 160-161.

²⁴⁶ Joseph ROSSMAN, *The Law of Patents for Chemists*, Washington D.C., The Inventors Publishing Co., 1932, p. 65.

²⁴⁷ H.G. FOX, préc., note 209, p. 50.

²⁴⁸ *Id.*, p. 50

²⁴⁹ *Id.*, p. 55

²⁵⁰ *Id.*, p. 55

²⁵¹ R. BARRIGAR, préc., note 201, par. 2:710.

combinaison doit être homogène? Certains plats sont homogènes (ex : soupes, simples gâteaux), mais d'autres sont hétérogènes et ressemblent plus à un regroupement (ex. salades, ragoûts). Les brevets alimentaires consultés portent sur un produit uniforme homogène, comme une sauce, un produit crémeux, un gâteau, une pâte, bien que celle-ci ait été revendiquée avec une sauce tomate. Par ailleurs, le plat demeure une somme d'éléments transformés et peut être considéré comme plus que cette somme. Une lasagne peut-elle être une combinaison au sens des brevets?

En dépit de cette question d'homogénéité, l'examen de ce qui constitue une composition de matières permet de conclure qu'il y a ouverture à la brevetabilité des plats à titre de compositions de matières. En effet, les plats sont composés d'ingrédients – qui sont de la matière - mis en commun pour les former. Cela permet de conclure que les plats et les recettes peuvent chacun s'insérer dans une catégorie d'inventions brevetables par la loi. Les recettes et les plats pouvant être une invention au sens de la loi, il faut alors se demander s'ils peuvent être une invention brevetable. Pour se faire, il faut vérifier s'ils peuvent satisfaire aux critères de brevetabilité prévus par la loi. Telle est la prochaine étape de notre examen.

2. Critères de brevetabilité

Dès que l'invention se qualifie comme telle au sens de la *Loi sur les brevets*, elle doit remplir les critères de brevetabilité énoncés par celle-ci : nouveauté, utilité et activité inventive (ou non-évidence). Si l'un ou l'autre de ces critères n'est pas rempli, l'invention

ne peut être brevetée. Nous allons donc examiner chacun de ces critères, dans cet ordre, afin de déterminer si la recette et le plat peuvent les remplir. Commençons par le critère de nouveauté.

a. Nouveauté

Le critère de nouveauté est une condition *sine qua non* de l'invention²⁵². Il est prévu à l'article 28.2 LB, qui interdit la communication qui rend accessible au public l'objet revendiqué par la demande de brevet. Ce critère a pour but de vérifier que l'invention est réellement nouvelle, qu'elle n'a pas été divulguée au public avant la demande de brevet, car sa divulgation la fait entrer dans l'art antérieur. La nouveauté exigée peut être soit absolue, soit relative. Au Canada, elle est relative à l'égard de l'inventeur, car elle lui accorde un délai de grâce d'un an à partir du moment où il a communiqué l'invention pour faire sa demande de brevet²⁵³, mais elle est absolue à l'égard des tiers, car toute divulgation de l'invention par un tiers avant la demande de brevet fait échec à la nouveauté²⁵⁴. La nouveauté est d'application mondiale, c'est-à-dire que la divulgation qui constitue une antériorité peut avoir été faite n'importe où dans le monde. Pour faire échec à la nouveauté, les éléments essentiels de l'invention doivent avoir été divulgués; la divulgation doit ainsi permettre de réaliser l'invention²⁵⁵. Elle peut avoir été faite dans une publication ou par la vente ou l'usage de l'invention en public – ces deux derniers permettant sa rétro-ingénierie par une personne tierce.

²⁵² H.G. FOX, préc., note 209, p. 101.

²⁵³ Art. 28.2(1)a) LB.

²⁵⁴ Art. 28.2(1)b) LB; voir R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, § 10.

²⁵⁵ Un « enabling disclosure ». Voir Nathalie JODOIN, « Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet », (2000) 12 *C.P.I.* 659, 673.

La Cour d'appel fédérale a formulé, en 1986, dans l'arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, le test de l'antériorité afin de déterminer si la divulgation antérieure publiée fait échec à la nouveauté au sens de la *Loi sur les brevets* : l'antériorité doit provenir d'un seul et même document, et non être pigée dans plusieurs documents²⁵⁶. Ce critère a été approuvé par la Cour suprême dans l'arrêt *Free World Trust*, puis adapté par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Baker Petrolite Corp c. Canwell Enviro-Industries*²⁵⁷ à l'antériorité due à la vente ou à l'utilisation de l'invention. Cet arrêt examine le critère tel que prévu à l'article 28.2 de la *Loi sur les brevets* entrée en vigueur en 1996. Il exige une divulgation de l'invention au public qui permet de la réaliser. La Cour y estime qu'« [a]nalyser un produit déjà utilisé ou vendu à l'aide des techniques et données disponibles équivaut à lire, dans le cas d'une personne compétente, une seule publication antérieure et à suivre les directives qui y sont énoncées pour en arriver à l'invention revendiquée »²⁵⁸. Elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire que l'acheteur ait fait l'analyse; il suffit qu'il ait pu la faire. Par ailleurs, en 2008, la Cour suprême a raffiné le critère de *Beloit*, lequel avait été appliqué trop strictement par les tribunaux, en l'assouplissant et en y ajoutant une deuxième étape exigeant que la divulgation permette à la personne versée dans l'art de réaliser l'invention²⁵⁹. La personne versée dans l'art peut faire des essais successifs pour y arriver. La Cour estime que ce critère s'applique à tous les brevets²⁶⁰. Même si ce test a été élaboré pour l'ancien article 27 de la loi qui régissait la nouveauté jusqu'en 1989, il est considéré

²⁵⁶ *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, (1986) 8 C.P.R. 289, 297, par. 29 (C.A.F.).

²⁵⁷ 17 C.P.R. (4th) 478 (C.A.F.).

²⁵⁸ *Id.*, p. 514, par. 98.

²⁵⁹ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265, 280, par. 28.

²⁶⁰ *Id.*, p. 281, par. 29.

applicable aux dispositions de la loi actuellement en vigueur²⁶¹. Soulignons que la deuxième étape de *Baker Petrolite* est semblable à la deuxième étape de *Sanofi*, ce qui permet de conclure que le test de *Baker Petrolite* demeure pour ce qui est des divulgations par la vente ou l'usage en public de l'invention.

Le critère de nouveauté cause problème pour les recettes et les plats. Il serait préférable que le chef demande un brevet avant de publier sa recette ou de vendre son plat. Les recettes écrites circulent. De plus, malgré un délai de grâce pour la divulgation, la recherche et le développement en cuisine est certainement moins long que celui en sciences, ce qui veut dire que le fait de se prévaloir de ce délai pourrait rendre la recette dépassée au moment du dépôt de la demande. La rétro-ingénierie suivant la vente pourrait venir faire échec à la nouveauté. La divulgation qui permet la réalisation de l'invention doit permettre à la personne versée dans l'art de la reproduire. En matière d'aliments, il faudrait qu'une analyse soit possible, puisque l'arrêt *Baker Petrolite* requiert la possibilité de procéder à la rétro-ingénierie sans contraintes²⁶². Par ailleurs, un autre chef de même calibre pourrait probablement reconstituer certaines recettes par ses seules connaissances. S'il est en mesure de procéder à des analyses, il n'aurait que des essais successifs limités pour en trouver les éléments essentiels. Tout dépendrait du niveau de complexité de la recette. Par ailleurs, toutes les recettes ne sont pas facilement décomposables. Ce doit être le cas des plats inventifs de Ferran Adrià et ce fut le cas de la recette de la mayonnaise Hellman's. De plus, la brevetabilité étant nationale, tout chef voulant breveter sa recette dans plusieurs pays

²⁶¹ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, §10, p. 134 et 139. Réitéré récemment par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, à tout le moins en ce qui a trait à la première étape de la divulgation examinée dans le cadre du test de l'antériorité (voir par. 44).

²⁶² *Baker Petrolite Corp c. Canwell Enviro-Industries*, préc., note 257, p. 513, par. 97.

devrait aussi tenir compte du fait que le critère de nouveauté varie selon les pays et qu'une période de grâce dans un pays n'empêche pas que toute divulgation antérieure protégée par ce fait vienne faire échec à la nouveauté dans un autre pays. Il pourrait se prévaloir du régime du *Traité de coopération en matière de brevets*²⁶³, mais il s'agit là d'un processus coûteux.

Outre la possible rétro-ingénierie, les recettes sont souvent inspirées d'autres recettes. Si l'essentiel de la recette à breveter se retrouve à tout moment avant la demande de brevet dans une recette antérieure publiée, vendue ou mise à la disposition du public par quelqu'un d'autre que l'inventeur ou le tiers à qui il l'a divulguée et que cela permet de la réaliser, cela fera échec à la nouveauté. Tel fut le cas dans la décision américaine *Procter & Gamble Company v. Nabisco Brands Inc.*, qui avait trait à un brevet pour un biscuit moelleux et sa pâte²⁶⁴. Procter & Gamble a poursuivi Nabisco et deux autres compagnies vendant des biscuits similaires pour contrefaçon de son brevet. Nabisco a présenté une demande de jugement sommaire, soutenant que la revendication pour la méthode de faire une structure de pâte en feuilletage était anticipée par une recette de biscuits publiée plus d'un an avant la demande de brevet. Au terme de son examen, le juge a estimé que la recette antérieure divulguait la méthode pour préparer deux pâtes à biscuits composées de sucres différents comme l'exigeait la méthode revendiquée du brevet visée par la requête de Nabisco²⁶⁵. L'invention du brevet était la même que celle dans la recette antérieure et celle-ci permettait à une personne ordinaire versée dans l'art de réaliser les biscuits résultant de la

²⁶³ 19 juin 1970.

²⁶⁴ 711 F. Supp. 759 (1989) (Dist. Ct. Del.). Brevet É.-U. no 4455333 intitulé « Doughs and cookies providing storage-stable texture variability ».

²⁶⁵ *Id.*, p. 773.

méthode revendiquée²⁶⁶. Le juge a donc déclaré la revendication invalide parce qu'anticipée par la recette antérieure. Par ailleurs, si l'inspiration pour la recette a été puisée dans plusieurs recettes antérieures, la question de sa brevetabilité se posera plutôt sous l'examen de l'activité inventive (ou non-évidence).

Ainsi, la recette peut passer l'examen de la nouveauté au Canada, dans la mesure où elle n'est pas divulguée pour l'essentiel dans l'art antérieur par une personne autre dans une publication ou par sa vente ou son usage en public avant le dépôt de sa demande de brevet ou, lorsque la divulgation est faite par le chef inventeur ou un tiers à qui il l'a divulgué, dans l'année qui précède la demande de brevet. L'essentiel de la recette ne doit pas provenir d'un seul et unique document de l'art antérieur, puisque c'est ce qui fait qu'elle serait anticipée et, donc, non brevetable. S'il n'y a eu ni divulgation ni anticipation dans l'art antérieur, la recette sera considérée nouvelle. La recette nouvelle doit également remplir les deux autres critères de la brevetabilité, ces trois critères étant cumulatifs pour qu'elle soit une invention brevetable. Ainsi, partant que la recette passe l'étape de l'antériorité, on peut alors passer à l'examen du critère de l'utilité. Tel sera l'objet de la prochaine section.

²⁶⁶ *Procter & Gamble Company v. Nabisco Brands Inc.*, préc., note 264, p. 768-773. Le juge a interprété la revendication (no 35) et estimé qu'elle comportait trois étapes : 1) préparer à partir d'ingrédients usuels une pâte à biscuit qui comprend du sucre résistant à la cristallisation; 2) préparer à partir d'ingrédients usuels une deuxième pâte à biscuit qui comprend du sucre qui se cristallise facilement; 3) mettre la deuxième pâte sur la première afin de créer une pâte feuilletée. La revendication ne pouvait être interprétée comme incluant des restrictions notamment en matière de cuisson et de texture que P & G n'avait pas mises au départ. Le juge a comparé ces trois étapes à la recette et a estimé que chacune d'entre elles était prévue dans la recette antérieure. La mélasse disponible aux consommateurs permettait d'obtenir le même résultat avec la recette antérieure que la mélasse commerciale prévue par le brevet.

b. Utilité

La définition d'« invention » précise que l'invention doit être utile, mais la *Loi sur les brevets* ne définit pas l'utilité. Utilité ne signifie pas « utile » au sens de « nécessaire » ou de répondre à un besoin. Les tribunaux ont estimé que l'invention est utile lorsqu'elle fait ce qu'elle est censée faire. Ainsi, dès lors que l'invention fonctionne²⁶⁷, qu'elle remplit les objectifs décrits dans le mémoire descriptif du brevet ou dans la demande de brevet²⁶⁸ permettant à une personne versée dans l'art de réaliser l'invention, l'utilité est présente. L'utilité doit donc ressortir du mémoire descriptif exigé par l'article 27(3) LB, qui requiert la description complète et exacte de l'invention et de son application ou de son exploitation. Le mémoire descriptif doit donner tous les renseignements nécessaires au fonctionnement de l'invention²⁶⁹. L'absence des éléments essentiels de l'invention invalide le brevet²⁷⁰. Ce mémoire descriptif s'adresse aux personnes versées dans l'art, et non au public²⁷¹. Le breveté n'a pas à indiquer en quoi l'invention est utile, il doit simplement expliquer comment réaliser l'avantage qu'elle apporte dans les faits²⁷². L'utilité est une question de faits²⁷³. En outre, si le brevet revendique une application particulière de l'invention et que celle-ci n'est pas réalisée dans les faits, il sera invalide²⁷⁴. L'invention doit avoir une valeur

²⁶⁷ *Ferherguard Products Ltd. c. Rocky's of BC Leisure Ltd.*, (1994) 53 C.P.R. (3d) 417, 424, par. 23 (C.F.).

²⁶⁸ N. JODOIN, préc., note 255, p. 692.

²⁶⁹ *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, (2008) 326 F.T.R. 88 (Eng.), par. 94 (C.F.).

²⁷⁰ *Ferherguard Products Ltd. c. Rocky's of BC Leisure Ltd.*, préc., note 267, p. 424-425, par. 24.

²⁷¹ *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, préc., note 200, p. 521.

²⁷² *Id.*, p. 526.

²⁷³ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, p. 147.

²⁷⁴ *TRW c. Walbar of Canada*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 176, 200, par. 43 (C.A.F.).

commerciale²⁷⁵. Si elle ne fonctionne pas, elle ne peut en avoir et n'est par conséquent pas brevetable²⁷⁶.

Quelle est l'utilité d'une recette? Celle-ci vise en premier lieu à nourrir. L'invention a pour but de remédier de façon technique à un problème concret²⁷⁷, d'où la question de l'utilité. À quel problème la recette veut-elle remédier? L'homme peut se nourrir sans recette, glaner ça et là ce qu'il veut manger. Mais c'est sa nature omnivore, nécessitant qu'il aille puiser à divers endroits les nutriments dont il a besoin, qui l'amène à cuisiner²⁷⁸, à combiner les aliments en faisant des recettes. Cet objectif est commun à toutes les recettes et n'est pas novateur en soit. La recette peut avoir d'autres buts, comme répondre à des préoccupations de santé (ex. : moins de sucre, de sel ou de gras, sans gluten, sans arachides...). Il existe plusieurs produits alimentaires disant contenir des bactéries bonnes pour régler un problème x de santé (ex. : yogourt avec probiotiques). Cette nouvelle mode en matière d'alimentation, les produits nutraceutiques, soulève la question de savoir s'ils peuvent être protégés par les régimes de propriété intellectuelle²⁷⁹, et plusieurs sont en cours d'examen si certains ne sont pas déjà brevetés. Tel est le cas de la demande de brevet no CA 2690058, intitulée « Compositions probiotiques dérivées de produits laitiers et leurs utilisations », qui revendique entre autres un breuvage probiotique fermenté et dont la description précise que

²⁷⁵ R. BARRIGAR, préc., note 201, par. 2:160.

²⁷⁶ *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 289, 338, par. 126 (C.F.). R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, p. 145.

²⁷⁷ RPBB, préc., note 205, par. 12.04.

²⁷⁸ C. FISCHLER, préc., note 72, p. 174-176.

²⁷⁹ Serge LAPOINTE, "Food for Thought: IP Protection for Nutraceuticals and Functional Foods", (2008) 28 *Health L.Can.* 101; Karen L. DURELL, "Functional Foods and Intellectual Property Rights: The Importance of an Integrated Approach", (2006) 15 *Health L.R.* 14.

l'invention est particulièrement utile pour restaurer la flore gastrointestinale²⁸⁰. L'aliment est revendiqué comme un médicament²⁸¹. Les aliments nutraceutiques se sont donc trouvés une utilité : participer au maintien de la santé des individus, aider à régler un problème de santé. Pour la sauce au fudge mentionnée plus tôt, l'utilité révélée par son abrégé serait de demeurer coulante même lorsque incorporée dans une barre de crème glacée. La recette brevetable doit donc se trouver une utilité scientifique particulière et la formuler scientifiquement. Le marché des aliments préparés étant des plus lucratif, les recettes industrielles ont clairement une valeur commerciale. Quant aux recettes des restaurants, elles doivent se trouver une utilité autre que celle de nourrir et de donner du plaisir au mangeur – un objectif louable, mais partagé par toutes les recettes et sans aucun lien avec la motivation derrière le brevet □, sinon elles ne rempliront probablement pas le critère de l'utilité.

Ainsi, l'utilité peut être un obstacle à la brevetabilité des recettes de restaurant, parce qu'on ne peut de prime abord que leur déceler l'utilité de nourrir ou d'apporter du plaisir gustatif. Les chefs qui veulent breveter leurs recettes de restaurants devront donc leur trouver une utilité particulière, un problème particulier à résoudre, et ce, pour chacune de celles qu'ils veulent breveter. À l'opposé, les recettes industrielles ont clairement surmonté l'obstacle que peut constituer le critère de l'utilité notamment en se trouvant des améliorations à des produits alimentaires existants, comme une sauce qui demeure coulante même lorsque

²⁸⁰ Page 1 de la description demande de brevet no CA 2690058 . La demande a été déposée le 11 juin 2007 et aucun brevet n'a été délivré pour l'instant.

²⁸¹ Par exemple, l'invention de la demande de brevet no CA 2673120 (*Produit alimentaire sec contenant un probiotique vivant*), qui est décrite ainsi par l'abrégé français : « L'invention concerne un système d'administration de probiotiques pouvant être consommé sous la forme d'un en-cas ou additionné à un produit alimentaire. Plus particulièrement, l'invention concerne un flocon croustillant présentant un goût agréable et comprenant des micro-organismes probiotiques viables préservés dans une matrice séchée sous vide de sucres, de protéines et de polysaccharides. »

congelée, ou en se trouvant un objectif médical, et en décrivant leurs inventions culinaires à l'aide de descriptions formulées de manière scientifique. Cela permet donc de conclure que la recette et le plat peuvent se trouver une utilité en matière de brevets, particulièrement celles industrielles. Cela permet dès lors de passer à l'examen du dernier critère de brevetabilité, soit celui de l'activité inventive ou de non-évidence. C'est ce que nous ferons dans la prochaine et dernière section de notre partie sur les brevets et, incidemment, de notre partie sur la propriété industrielle.

c. Activité inventive ou non-évidence

La *Loi sur les brevets* veut favoriser l'innovation; elle se limite donc à protéger ce qui est novateur. Son article 28.3 indique que « [l]’objet que définit la revendication d’une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident pour une personne versée dans l’art ou la science dont relève l’objet. » Ainsi, l’invention ne doit pas être évidente pour les personnes œuvrant dans le domaine duquel elle provient. Elle doit être le résultat d’une activité inventive et donc mériter d’être protégée par un brevet. Comme pour le critère de nouveauté, la loi prévoit ici une période de grâce d’un an avant le dépôt de la demande pour toute communication par l’inventeur ou un tiers qui avait obtenu de celui-ci l’information de façon directe ou indirecte²⁸²; elle ne prévoit par contre aucune période de grâce pour toute communication par des personnes autres que l’inventeur et le tiers qu’il a informé directement ou indirectement qui précède la date de la revendication²⁸³.

²⁸² Art. 28.3a) LB.

²⁸³ Art. 28.3b) LB.

Lorsque la nouveauté de l'invention est remise en question, le critère de l'évidence doit être examiné avant celui de l'antériorité, parce qu'une invention évidente ne peut être valide, alors que l'invention qui n'est pas nouvelle peut ne pas être évidente²⁸⁴. C'est celui qui attaque le brevet qui doit établir son évidence²⁸⁵. Celle-ci ne peut être examinée rétrospectivement; il faut se fonder sur les connaissances existant au moment du dépôt de la demande de brevet²⁸⁶. L'évidence, comme l'antériorité, est une question de fait, mais elle peut découler de plusieurs documents et non d'un seul. L'art antérieur doit par ailleurs être public, connu et non secret²⁸⁷.

La Cour suprême a également reformulé le test de l'évidence dans l'arrêt *Sanofi*. Elle reprend et ajuste la formule établie dans un arrêt britannique :

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l'art »;
b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation;
- (3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité?²⁸⁸

Il faut donc commencer par déterminer qui est la personne versée dans l'art. Cette personne versée dans l'art, à qui s'adresse le brevet, est une personne qui possède les connaissances générales dans son domaine et un parangon de déduction et de dextérité, mais qui n'a

²⁸⁴ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, §12. *Contra* : R. BARRIGAR, préc., note 201, par. 28.2:810.

²⁸⁵ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, *id.*, §12, p. 150.

²⁸⁶ *Id.*, p. 155

²⁸⁷ *Id.*, p. 155

²⁸⁸ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 259, p. 293, par. 67; l'arrêt britannique est *Windsurfing International Inc. C. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59 (C.A.).

aucune intuition, imagination ou esprit inventif²⁸⁹. Elle est une personne moyenne²⁹⁰, mais ce « caractère moyen » variera selon l'objet du brevet²⁹¹. Par ailleurs, elle se tient à jour des progrès dans son domaine et ses connaissances évoluent et augmentent en conséquence²⁹². Ses connaissances ne proviennent pas que des livres, mais cette personne n'est pas non plus considérée savoir tout ce qui a été écrit sur le domaine dans lequel se situe l'invention²⁹³.

Lorsque les avancées se font par expérimentation, le critère de l'« essai allant de soi » peut s'insérer dans la quatrième étape du test de *Sanofi* et se divise en trois questions :

- (1) Est-il plus ou moins évident que l'essai sera fructueux? Existe-t-il un nombre déterminé de solutions prévisibles connues des personnes versées dans l'art?
- (2) Quels efforts — leur nature et leur ampleur — sont requis pour réaliser l'invention? Les essais sont-ils courants ou l'expérimentation est-elle longue et ardue de telle sorte que les essais ne peuvent être qualifiés de courants?
- (3) L'antériorité fournit-elle un motif de rechercher la solution au problème qui sous-tend le brevet?²⁹⁴

La Cour suprême ajoute que l'on peut également tenir compte des mesures concrètes ayant mené à l'invention, ainsi que du temps, des fonds et des efforts consacrés pour arriver à l'invention²⁹⁵. Par conséquent, l'invention est évidente si la solution au problème qu'elle a pour but de résoudre était évidente elle aussi²⁹⁶.

Toute recette ou tout plat à breveter doit donc être examiné selon ces critères. Si l'on examine une recette ou un plat gastronomique, la personne versée dans l'art serait un chef faisant de la cuisine gastronomique, et non un cuisinier qui fait des hamburgers. Ce chef

²⁸⁹ *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, préc., note 256, p. 294, par. 18.

²⁹⁰ *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, préc., note 200, par. 523.

²⁹¹ *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 1108, par. 71.

²⁹² *Id.*, p. 1110, par. 74.

²⁹³ *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, (2007) 59 C.P.R. (4th) 116, 124, par. 25(3).

²⁹⁴ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 259, p. 294, par. 69.

²⁹⁵ *Id.*, p. 294-295, par. 70 et 71.

²⁹⁶ R.T. HUGHES et D.P. CLARIZIO, préc., note 201, §12

œuvrerait dans le même domaine de cuisine : une recette de style français ferait appel à un chef de ce domaine plutôt qu'à un chef versé dans l'art de la cuisine chinoise, par exemple. Il faudrait ensuite déterminer les connaissances qu'aurait ce chef, comme le style de cuisine, le genre d'éducation qu'il pourrait avoir, comme un chef diplômé de l'Institut du Tourisme et de l'Hôtellerie du Québec, le genre d'expérience de travail qu'il pourrait avoir accumulé, comme des stages dans des grands restaurants, et le type de connaissances qu'il amasserait.

Il faut ensuite définir l'idée originale revendiquée. Que cherche à atteindre le chef qui crée une recette ou un plat gastronomique? L'articulation de l'idée pourrait être difficile pour les recettes et plats gastronomiques, puisque le chef qui conçoit une nouvelle recette, un nouveau plat, cherche à utiliser des nouveaux ingrédients ou produits, à créer un contraste harmonieux entre eux, à obtenir un goût ou une texture particulière²⁹⁷. Quel problème le chef gastronomique voudrait-il résoudre concrètement? Pour notre recette industrielle de sauce au fudge, la description de son brevet dit qu'il existe un besoin pour une sauce au fudge à consistance coulante (*flowable*) ayant une viscosité relativement stable à une échelle de températures usuelles pour la congélation des desserts congelés, tout en lui assurant les qualités organoleptiques de produits semblables servis à des températures plus clémentes, comme la température de la pièce²⁹⁸. Le problème à régler est donc que la sauce gèle au congélateur, diminuant ainsi le plaisir de manger la confection glacée qui la contient. Le brevet y répond en fournissant une sauce au fudge coulante à la température du congélateur qui conserve des propriétés organoleptiques semblables aux sauces à la

²⁹⁷ Michael OTTENBACHER et Robert J. HARRINGTON, « The Culinary Innovation Process : A Study of Michelin-Starred Chefs », (2007) 5:4 *Journal of Culinary Science & Technology* 9, 18 et s.

²⁹⁸ CA 2034644, préc., note 225, description, p. 2, l. 30 à p. 3, l. 2.

température de la pièce, afin de la mettre dans des desserts glacés²⁹⁹. Le plaisir en fait partie, mais il est accessoire puisque le caractère coulant de la sauce est le but de l'invention. Tel que déterminé dans la section sur l'utilité, celui qui veut breveter une recette doit réussir à articuler un problème particulier et à expliquer comment sa recette y remédie.

La troisième étape nécessite que l'on recense les différences entre la recette que l'on veut breveter et les recettes qui font partie de l'art antérieur. Par exemple, qu'est-ce qui diffère entre des ailes de poulet usuelles et la recette d'« [a]iles de poulet tandoori aux pousses de bourrache, à la crème d'huître et à l'espuma de *mató* » de Ferràn Adrià³⁰⁰? Les ailes de poulet usuelles sont cuites dans une sauce au four ou à la friture tandis que celles d'Adrià sont un savant assemblage de plusieurs éléments comprenant notamment une aile de poulet désossée qui est préalablement confite, de la bourrache et de la crème d'huîtres³⁰¹. Pour la sauce au fudge, la différence est que celle-ci ne gèle pas à -12°C et plus bas, alors que tel n'est pas le cas des autres sauces au fudge qui étaient sur le marché à son arrivée. Ses ingrédients et leurs quantités permettent de préserver sa viscosité.

À la quatrième étape se fait l'examen de l'évidence. Les modifications à l'art antérieur, aux recettes existantes, apportées par la nouvelle recette sont-elles évidentes? La personne versée dans l'art de la cuisine y serait-elle arrivée facilement? Si un chef de même calibre pouvait penser à la même chose sans se forcer, ou avec peu d'essais, la recette revendiquée

²⁹⁹ CA 2034644, préc., note 225., description, p. 3.

³⁰⁰ Ferran ADRIÀ, Juli SOLER et Albert ADRIÀ, *Une journée à El Bulli – À la découverte des idées, des méthodes et de la créativité de Ferran Adrià*, Paris, Phaidon, 2009, p. 374 et s.

³⁰¹ *Id.*, p. 374-377.

serait considérée évidente. Ce qui veut dire que les changements d'ingrédients et de méthodes qui ne font que varier la recette (ex. : mettre du porc haché à la place du bœuf haché) ne donneraient pas en soi lieu à une nouvelle recette inventive puisque la personne versée dans l'art y penserait³⁰². D'ailleurs, dans *Nabisco*, l'utilisation de mélasse usuelle permettait d'obtenir le même résultat que la mélasse commerciale revendiquée par le brevet³⁰³.

La question de l'essai allant de soi se pose en matière de recettes, puisque les chefs disent eux-mêmes faire de l'expérimentation lorsqu'ils développent de nouvelles recettes. Il faut alors se demander s'il est plus ou moins évident que l'essai sera fructueux. Il faut plus que la possibilité de découvrir l'invention pour qu'il y ait évidence, il faut que l'invention soit évidente au regard de l'antériorité et des connaissances générales courantes³⁰⁴. La preuve doit l'établir. En ce qui a trait à nos ailes de poulet, il faudrait que les changements effectués par Adria n'aient pas été de soi, que ce qui se faisait avant n'y ait pas mené. Un chef du même domaine aurait-il pensé à confire une aile de poulet, à utiliser de tels ingrédients, à les combiner de cette façon? L'évidence se peut pour nombre de recettes qui s'inspirent d'autres recettes écrites ou orales et pour lesquelles les processus de cuisson et de préparation ne changent pas. Tel fut le cas d'un brevet sur des concentrés de saveurs qui a été considéré faire usage de processus connus pour extraire de la saveur³⁰⁵. Des

³⁰² C'est ce qu'on peut déduire de l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555 si on l'applique à la recette : l'homme de l'art connaissait les propriétés des émulsions et des sels et n'utiliserait pas ceux néfastes pour la peau. L'élimination des sels inappropriés serait l'application des connaissances possédées normalement par l'homme de l'art.

³⁰³ *Procter & Gamble Company v. Nabisco Brands Inc.*, préc., note 264.

³⁰⁴ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 259, p. 298, par. 85

³⁰⁵ *CPC/Flavour concentrates* (Decision T 0303/86), [1989] 2 EPOR 95 (ang.), Chambres de recours de l'Office européen des brevets. Les processus connus d'extraction de la saveur étaient donnés dans des livres de recettes.

revendications pour un sandwich sans croûtes au beurre d'arachides et à la gelée ont été rejetées par l'examineur américain pour motif d'évidence en raison d'enseignements provenant de deux livres de recettes³⁰⁶. L'évidence peut aussi provenir de brevets alimentaires antérieurs³⁰⁷. Pour ceux qui font de la recherche et du développement, comme Adrià qui en fait plusieurs mois par année³⁰⁸, l'essai ne va probablement pas de soi, tout dépendant par ailleurs de ce qu'on entend par développement. Ainsi, pour passer cette étape de l'examen de la brevetabilité, il faut que les combinaisons d'aliments que constituent les recettes soient inattendues. C'est ici que la cuisine moléculaire se démarque, puisque les chefs créent des plats inattendus avec de nouveaux procédés, comme le caviar de melon sphérique de Ferran Adrià réalisé à l'aide de seringues adaptées pour faire des petites graines à partir d'un mélange de jus de melon³⁰⁹.

Puis, il y a la deuxième question du test de l'essai allant de soi : quels sont les efforts requis pour développer la recette? A-t-on pu simplement jeter ensemble quelques ingrédients ou le chef s'est-il creusé la tête, a-t-il essayé de nouvelles quantités, combinaisons ou développé de nouvelles techniques pour créer le plat recherché? C'est ici qu'entre en ligne de compte le développement des recettes par le chef ou par l'entreprise ainsi que les connaissances qu'il ou elle a accumulées. Le chef ou l'entreprise qui cherche à innover, à faire différent de

³⁰⁶ *Ex parte Kretchman*, 2001 Pat. App. LEXIS 81 (Board of Patent Appeals and Interferences). Les recettes montraient comment faire un sandwich sans croûtes scellé qui emprisonnait la gelée entre deux tranches de pain toutes deux recouvertes de beurre d'arachides.

³⁰⁷ Dans *Procter & Gamble Company v. Nabisco Brands Inc.*, préc. note 264, le juge a refusé la requête pour jugement sommaire d'une autre défenderesse fondée sur l'évidence en raison de trois brevets alimentaires antérieurs. Il a estimé qu'il y avait une réelle question à trancher quand à l'évidence des revendications de méthode du brevet.

³⁰⁸ F. ADRIÀ, J. SOLER et A. ADRIÀ, préc., note 300, encart entre les pages 40 et 41. Daniel Vézina indique lui aussi en faire, voir D. VÉZINA, préc., note 40, p. 104.

³⁰⁹ F. ADRIÀ, J. SOLER et A. ADRIÀ, *id.*, p. 298-299.

son voisin, ce qui peut nécessiter temps, efforts et essais multiples, passerait cette deuxième étape.

La troisième question du test de l'essai allant de soi nécessite que l'on vérifie si l'art antérieur fournissait une raison de chercher une solution au problème visé par le brevet. S'il existe un problème connu en matière culinaire et qu'une recette y remédie, cela jouera en sa défaveur, parce qu'elle sera moins inattendue qu'une recette remédiant à un problème pour lequel personne ne se posait de question ni ne cherchait de solution. La recette fournissant une solution inattendue, non recherchée, passerait cette troisième étape.

Finalement, la quatrième question du test de l'essai allant de soi commande d'examiner la démarche du concepteur de l'invention. Appliquée à la recette, il faut se demander si elle a été développée facilement et rapidement ou si cela fut un processus compliqué et ardu. Également, combien de temps et d'argent a-t-il fallu consacrer à son développement? Les réponses à ces questions permettront de déterminer si la démarche du chef fut aisée ou si ce dernier a dû mettre beaucoup d'efforts dans la conception de sa recette. Un développement aisé ne serait pas favorable à la brevetabilité de la recette, tandis qu'un développement complexe jouerait ici en sa faveur.

Les réponses aux quatre questions du test de l'essai allant de soi permettront de déterminer si la recette va de soi ou non. Si elles sont affirmatives, la recette va de soi, mais si elles sont négatives, la recette ne va pas de soi. Évidemment, les réponses à ces questions peuvent varier et appeler à faire des nuances dans la détermination de l'essai allant de soi. En bout de ligne, ce sera la somme de l'examen de toutes les facettes du test de *Sanofi* qui

permettra de déterminer si la recette est évidente et, donc, non brevetable ou si elle est plutôt le résultat d'une activité inventive et de ce fait brevetable, dans la mesure où elle satisfait aux deux autres critères de la brevetabilité.

Au terme de notre examen du régime canadien des brevets à l'aune de la recette, il est clair que la recette est brevetable et qu'une certaine forme de recette est effectivement brevetée. En effet, le Bureau des brevets accepte diverses recettes industrielles de produits alimentaires; elles se trouvent dans la description de l'invention. Les plats sont aussi revendiqués, comme la sauce coulante et la confection dans laquelle elle se trouve. La brevetabilité de la recette, comme le plat, se heurte cependant au processus de développement de celle-ci, puisque les recettes sont souvent inspirées d'autres recettes. Cela veut dire qu'elles peuvent être de ce fait anticipées ou être considérées évidentes, non inventives. Quant aux recettes de chefs, elles sont dans une position plus précaire en matière de brevetabilité que les recettes industrielles, du fait qu'elles apparaissent plutôt constituer le résultat de savoir faire et d'actes professionnels. Cet état de fait les exclut dès le départ, avant même que l'on passe à l'examen des critères de brevetabilité. Et même si on ne les considère pas comme le résultat de savoir-faire, elles doivent néanmoins se trouver un problème à résoudre afin d'être utiles, puisque la résolution de problèmes se situe au cœur même de l'objet du régime des brevets.

On peut donc dire que la protection par le régime des brevets est une réalité pour les recettes et les plats, lesquels sont assujettis aux mêmes tests que les recettes, à tout le moins pour ceux qui sont de nature industrielle. Cette conclusion met dès lors un terme à notre examen des régimes de la propriété industrielle. Nous tournerons maintenant notre regard

vers le droit d'auteur, gardé pour la fin en raison de l'incertitude de son application aux recettes et plats. Il est cependant le choix d'une série d'auteurs qui se sont prononcés sur la protection des recettes et des justiciables qui se sont adressés aux tribunaux pour assurer la protection de leurs recettes.

II. Examen de la protection par le droit d'auteur

« Créer, ce n'est pas copier. »
Chef Jacques Maximin, 1987

Il est ressorti de notre analyse sur la recette comme élément culturel que la cuisine, et donc ses composantes, est un langage, un mode de communication. L'œuvre que vise le droit d'auteur est elle aussi considérée une forme de discours adressé à une autre personne³¹⁰. En effet, le droit d'auteur recherche l'expression de la pensée d'un auteur, la source, l'origine de l'œuvre et ne se préoccupe pas en soi de l'existence d'une œuvre préalable sur le même sujet; il accepte qu'un deuxième auteur se soit exprimé différemment sur la même idée³¹¹. Ainsi, seule une copie textuelle d'une œuvre précédente violerait le droit d'auteur³¹². À première vue, la recette (et le plat) correspond à ces idées, car elle peut être créative, être inspirée des précédentes sans en être la copie, constituer l'émanation d'une personne qui a son style de cuisine et être écrite. Le droit d'auteur appert intéressant pour la recette ou le plat parce qu'il s'obtient sans effort, par le fait même de la création de l'œuvre, et n'est pas visé par une procédure d'examen, contrairement aux brevets. Il accorde à l'auteur le droit de produire ou reproduire son œuvre ou une partie importante de celle-ci, de l'exécuter ou de la représenter en public, ou de la publier. D'autres droits s'y ajoutent selon la catégorie dans laquelle entre l'œuvre. Pour que le droit d'auteur protège la recette ou le plat, ceux-ci doivent être considérés comme des œuvres au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*³¹³. Ce statut ne s'acquiert qu'en remplissant les critères prévus par la loi et la jurisprudence. Nous allons donc commencer par examiner quels sont les critères de l'octroi du droit d'auteur afin de déterminer si la recette et le plat peuvent se qualifier comme œuvre au sens du droit

³¹⁰ A. DRASSINOWER, préc., note 192, p. 292.

³¹¹ *Id.*, p. 285 et s.

³¹² *Id.*, p. 291.

³¹³ L.R.C. (1985), c. C-42 (LDA).

d'auteur. Tout comme les brevets, les œuvres doivent faire partie de l'une ou l'autre des catégories d'œuvres protégeables par la loi sur le droit d'auteur; cela nous amènera ensuite à examiner dans quelles catégories la recette et le plat peuvent s'insérer, le cas échéant.

A. Critères de l'octroi du droit d'auteur

Quatre critères fondamentaux ont été dégagés aux fins d'obtenir la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans ce travail, nous n'examinerons pas le critère de la citoyenneté et nous nous attarderons uniquement aux trois autres critères de fond : l'œuvre doit être l'expression d'une idée, elle doit être originale et doit être fixée. Nous aborderons ces trois critères dans cet ordre.

1. Idée ou expression; méthode ou procédé

« *La cuisine est, pour une large part, recherche de plaisir.* »
Igor de Garine, *Cuisines, reflets des sociétés*, 1996

Il est considéré fondamental en droit d'auteur que celui-ci ne protège pas les idées, mais bien leur expression, comme un livre, une pièce de musique, une peinture. Il s'agit de ce qu'on appelle la dichotomie idée/expression. Ce principe a été bien exprimé dans la décision *Moreau c. St-Vincent*³¹⁴. Les idées appartiennent à tous, un auteur ne peut se les approprier, ni copier la façon dont un autre les a exprimées. C'est pourquoi il existe plusieurs œuvres sur un même thème; cela est possible dans la mesure où chaque auteur exprime à sa façon l'idée exploitée. Ce principe ne figure pas dans la loi canadienne, mais a

³¹⁴ *Moreau v. St-Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198, 203.

été exprimé dans un vieil arrêt anglais, *Hollingrake v. Truswell*³¹⁵, et repris en droit canadien. Il repose sur l'idée que les lois de propriété intellectuelle ont pour but, outre de récompenser auteurs et inventeurs, de favoriser la dissémination et la circulation des idées³¹⁶. La Cour suprême a réitéré ce principe dans son arrêt *Cuisenaire c. South West Imports Limited*³¹⁷, en refusant à l'auteur d'un livre expliquant une méthode d'enseignement des nombres de déclarer que les règles fabriquées en suivant sa méthode par la compagnie défenderesse contrevenaient à son droit d'auteur. La Cour a conclu que l'auteur a un droit d'auteur sur l'expression de son idée dans le livre, mais non sur la réalisation des règles selon les instructions de son livre. D'ailleurs, la Cour appuie sa conclusion sur une citation d'un jugement australien statuant sur le même livre, où le juge a comparé l'exécution de l'idée donnée dans le livre à la réalisation d'une recette de cuisine, et ce, pour illustrer son rejet de la prétention relative au droit d'auteur: « Further, as Mr. Fullagar put it, everybody who made a rabbit pie in accordance with the recipe of *Mrs. Beeton's Cookery Book* would infringe the literary copyright in that book. »³¹⁸

La décision *Moreau c. St-Vincent* rappelle aussi que les méthodes, procédés et systèmes ne sont pas non plus protégés par le droit d'auteur³¹⁹; une fois l'art décrit dans un livre, il est donné au public³²⁰. Comme nous l'avons vu plus tôt, c'est par les brevets que sont protégés les procédés et les méthodes. D'ailleurs, le jugement *Baker c. Selden*, qui est à l'origine du

³¹⁵ [1894] 3 Ch. D. 420.

³¹⁶ Daniel GERVAIS & Elizabeth JUDGE, avec la participation de Mistrale GOUDREAU, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2006, p. 3.

³¹⁷ [1969] S.C.R. 208.

³¹⁸ *Id.*, p. 212. Cette citation est fréquemment citée dans les jugements sur la question de la dichotomie idée/expression. Le livre de Mrs Beeton, ouvrage populaire à son époque, date de 1861. Stephen Mennell en parle dans son ouvrage précité à la note 8.

³¹⁹ *Hollingrake v. Truswell*, préc., note 315, p. 427, réitéré par *Moreau v. St-Vincent*, préc., note 314, p. 205.

³²⁰ *Hollingrake v. Truswell*, *id.*

principe que le droit d'auteur ne protège pas les procédés aux États-Unis, énonce que la protection de ceux-ci par le droit d'auteur serait un dol contre le public, car leur nouveauté ne serait pas vérifiée, lequel examen relève plutôt des brevets; l'exclusivité sur une méthode ne peut s'acquérir que par les brevets³²¹. Ces principes ont été clairement inscrits dans l'ADPIC, qui prévoit, à son article 9(2), que « [l]a protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels ».

Ce critère est le premier obstacle à la protection de la recette par le droit d'auteur. Celle-ci a été généralement considérée comme une idée, une méthode ou un concept et, de ce fait, non protégeable par le droit d'auteur. D'ailleurs, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, les chefs décrivent eux-mêmes leurs recettes comme des méthodes, des manières, du savoir-faire. Orales, les recettes semblent encore plus des idées tandis qu'écrites, elles semblent une série d'instructions. La recette comme idée, comme méthode, ne serait donc jamais protégée. La recette de cuisine est-elle une méthode ou un procédé au sens du droit d'auteur?

Il y a lieu de commencer par voir ce qui a été décidé ailleurs. Aux États-Unis, dans la décision *Fargo*, précédemment mentionnée, qui date de 1924, des recettes publiées sur une étiquette de bouteille de jus de nectar ont été jugées protégeables, au motif qu'elles étaient une composition originale³²². Cette interprétation n'a cependant plus cours. En 1996, dans

³²¹ *Baker v. Selden*, 101 U.S. 841, 843 (1879).

³²² *Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co.*, préc., note 28, p. 828.

l'arrêt *Publications International Ltd. v. Meredith Corporation*³²³, la Cour d'appel du 7^e circuit devait décider si les recettes d'une compilation pouvaient être *individuellement* protégées par le droit d'auteur. La compagnie Meredith avait demandé une injonction contre Publications International qu'elle alléguait avoir reproduit nombre des recettes de son ouvrage *Discover Dannon*. L'injonction préliminaire a été accordée et Publications International a interjeté appel. La Cour d'appel a cassé l'injonction, estimant notamment que les recettes contiennent une liste d'ingrédients et des instructions, que les listes d'ingrédients sont des faits, que les recettes ne contiennent aucune élément expressif additionnel, donc aucune expression littéraire, et qu'elles couchent sur papier des idées, lesquelles ne sont pas protégées. D'après la Cour, les instructions étaient clairement visées par l'interdiction de protéger les idées prévues à l'article 102(b) du *U.S. Copyright Law*. Il ne pouvait y avoir de monopole sur les idées disant comment produire certains aliments ni sur les méthodes de préparation et de mélange des ingrédients, de tels procédés relevant des brevets. La Cour souligne que maître Nimmer est d'avis que les recettes sont purement fonctionnelles, donc non protégeables³²⁴. Elle estime que la décision *Fargo* s'applique pour les compilations de recettes, mais non pour les recettes individuelles³²⁵. Elle indique se garder de dire que les recettes ne seraient jamais protégeables par le droit d'auteur, soulignant que certains livres de cuisine sont remplis d'anecdotes et de trucs, de conseils ou d'histoires, ce qui pourrait permettre leur protection³²⁶. Ainsi, certaines formes de recettes seraient protégeables, mais pas celles en l'espèce.

³²³ 88 F.3d 473 (1996) (C.A., 7th Cir.).

³²⁴ En effet, Nimmer estime que : « the content of recipes are clearly dictated by functional considerations, and therefore may be said to lack the required element of originality ». Voir Melville B. NIMMER et David NIMMER, *Nimmer on Copyright*, vol. 1, New Jersey-San Francisco, LexisNexis/Mathew Bender & Company, 1963, feuilles mobiles, par. 2.18[I]. Cité à la page 12 du jugement.

³²⁵ *Publications International Ltd. v. Meredith Corporation*, préc., note 323, p. 482.

³²⁶ *Id.*, p. 481.

Cette possibilité énoncée par la Cour a été reprise par le U.S. Copyright Office, qui indique sur son site Web, à l'égard des recettes, que les simples listes d'ingrédients ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Il précise ensuite qu'il pourrait cependant y avoir matière au droit d'auteur lorsque les recettes sont accompagnées d'expression littéraire substantielle³²⁷.

En 1998, la Cour d'appel du 6^e circuit s'est penchée sur la question dans *Lambing v. Godiva Chocolatier*³²⁸. Dans cette cause, madame Lambing a poursuivi Godiva, d'avis que celle-ci s'était approprié la recette et le design d'une de ses truffes provenant de son livre non publié. Godiva a obtenu le rejet de l'action et madame Lambing a interjeté appel. La Cour a rejeté l'appel, appliquant l'arrêt *Meredith* et concluant que les recettes sont des instructions fonctionnelles visant l'obtention d'un résultat et sont donc exclues par l'article 102 du U.S. *Copyright Act*³²⁹. À souligner, un jugement de 2001 a refusé le rejet d'une action par jugement sommaire quant aux questions de droit d'auteur relatives à un livre de recettes qui aurait été copié, distinguant l'arrêt *Meredith* et estimant qu'il y avait une question suffisante à trancher quant à la nature expressive des recettes³³⁰.

Pour monsieur Christopher J. Buccafusco, les recettes novatrices ne sont pas plus des « statements of facts » que ne l'est l'ouvrage *Ulysses* de James Joyce³³¹. Il estime de plus

³²⁷ U.S. Copyright Office, « Recipes », Factsheet FL 122, <http://www.copyright.gov/fls/fl122.html> (25/04/2010).

³²⁸ 1998 U.S. App. LEXIS 1983 (U.S. C.A., 6th Circ..)

³²⁹ *Id.*, avant-dernier paragraphe.

³³⁰ *Barbour v. Head*, 178F. Supp. 2d 758 (2001) (Dist. Ct., 5th).

³³¹ Christopher J. BUCCAFUSCO, « On the Legal Consequences of Sauces : Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable? », (2006-2007) 24 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 1121, 1131. Thomas Keller est le chef du restaurant The French Laundry en Californie, considéré comme l'un des meilleurs restaurants aux

que les tribunaux américains et maître Nimmer confondent œuvre et instructions pour la réaliser³³². La recette n'est pas un procédé, mais plutôt la fixation de l'œuvre qu'est le plat, comme la partition pour la musique³³³. Les techniques culinaires, non protégeables, se distinguent des recettes qui les utilisent³³⁴. L'interdiction jurisprudentielle de protéger les procédures et procédés³³⁵ n'empêche pas la protection du plat en autant que celui-ci satisfasse aux autres critères du droit d'auteur³³⁶. Monsieur J. Austin Broussard adopte cet argument, d'avis que la recette constitue plus que des instructions, mais bien l'expression du plat dans un médium tangible et durable³³⁷.

En Angleterre, un seul jugement, datant du 19^e siècle, *Rundell v. Murray*³³⁸, semble s'être prononcé un peu sur la question³³⁹. La demanderesse avait donné au vendeur Murray, en 1805, un livre de recettes, qu'il avait publié plusieurs fois. Après l'expiration du droit d'auteur de 14 ans, la demanderesse a voulu publier elle-même le livre; Murray alors demandé une injonction pour l'en empêcher, ce à quoi la demanderesse a répondu en demandant sa propre injonction contre Murray pour l'empêcher de publier à nouveau l'ouvrage. La Cour se limite à trancher la question de la cession du droit d'auteur, mais elle

États-Unis. Buccafusco cite une recette qu'il estime digne d'être protégée : « Oysters and Pearls », un sabayon de tapioca, huîtres et caviar.

³³² C.J. BUCCAFUSCO, préc., note 331., p. 1131.

³³³ *Id.*

³³⁴ *Id.*, p. 1132.

³³⁵ *Baker c. Selden*, préc., note 321.

³³⁶ C.J. BUCCAFUSCO, préc., note 331, p. 1132.

³³⁷ J. Austin BROUSSARD, « An Intellectual Property Food Fight : Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation », (2007-2008) 10 *Vand. J. Ent. L.* 691, 716.

³³⁸ (1821) Jac. 311, 315, 37 E.R. 868 (Ch.). M. Murray est l'éditeur à qui la demanderesse Rundell avait donné son manuscrit de livre de recettes à publier.

³³⁹ Un examen de diverses éditions de livres anglais n'a pas permis de trouver d'autres décisions sur ce sujet. À partir de la 7^e édition, Copinger n'y fait plus aucune référence pour ce sujet : W.A. Copinger, *Copinger on the law of copyright in works of literature, art, architecture, photography, music and the drama : including chapters on mechanical contrivances and cinematographs : together with international and colonial copyright, with the statutes relating thereto and forms and precedents*, mis à jour par F.E. Skone James, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1936.

exprime au passage l'avis que la composition de recettes et leur arrangement dans un livre donnerait à leur auteur un droit d'auteur sur le livre en tant que compilation. Cependant, ajoute-t-elle, le seul fait d'assembler des recettes et de les fournir à un éditeur ne pourrait conférer de droit d'auteur sur celles-ci³⁴⁰. La Cour se limite ainsi à un *obiter* et ne se prononce pas au fond sur la nature des recettes ou sur leur protection.

En France, les tribunaux ont eu deux occasions de se prononcer sur la question et ont chaque fois estimé que les recettes étaient des idées et des méthodes non protégées. En 1970, le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé que les recettes pouvaient constituer une compilation, mais que, inédites, elles s'apparentaient à un cours ou à l'exposé d'une méthode et que les manières de procéder qu'elles exprimaient étaient des idées non susceptibles de bénéficier du droit d'auteur³⁴¹. En 1997, le même tribunal a été appelé à décider une cause où un chef avait exécuté ses recettes pour une émission de télévision qui, lorsqu'elle a été diffusée, montrait un autre chef en train d'exécuter les recettes du premier. Le premier chef a poursuivi la compagnie de production, invoquant qu'il détenait un droit d'auteur sur les recettes et un droit en tant que coauteur sur l'œuvre audiovisuelle. Le Tribunal a estimé que les recettes sont protégées dans leur expression littéraire, mais qu'elles ne sont pas des œuvres de l'esprit, car elles constituent une série d'instructions, une

³⁴⁰ « We are not apprised of the circumstances under which this manuscript was given. If the plaintiff had composed these receipts, or embodied and arranged them in a book, she would have copyright in it, but if she had only collected them, and handed them over to Mr. Murray, I do not apprehend that they would be the subject of copyright. » (p. 315 de *Rundell v. Murray*, préc., note 338).

³⁴¹ Trib. gr. inst. Paris, 10 juil. 1974, *D.* 1975 somm. 40

méthode, un savoir-faire non protégeable³⁴². En appel, la Cour d'appel de Paris ne s'est pas prononcée sur la question de la nature des recettes, ni la Cour de cassation par la suite³⁴³.

Au Canada, aucun jugement ne semble avoir tranché au fond la question de la protection des recettes de cuisine par le droit d'auteur³⁴⁴. Certains juges se sont permis des commentaires dans leur analyse d'autres œuvres ou d'autres questions pour affirmer, au passage, en s'appuyant sur leur seule connaissance d'office, que les recettes ne sont pas protégées par le droit d'auteur³⁴⁵. La Cour d'appel du Québec a cependant eu l'occasion de se prononcer sur un ouvrage apparenté : des formules de produits chimiques. Dans l'arrêt *Tri-Tex Co. c. Ghaly*³⁴⁶, des employés de Tri-Tex avaient vendu à un concurrent des formules chimiques secrètes de Tri-Tex. Celle-ci a fait pratiquer une saisie avant jugement chez le concurrent des formules vendues et des produits en résultant, réclamant la propriété des formules secrètes et alléguant détenir un droit d'auteur sur celles-ci. Le concurrent a obtenu la cassation de la saisie au motif que Tri-Tex n'avait pas de droit d'auteur sur les formules. Tri-Tex a interjeté appel, alléguant que les formules chimiques écrites étaient des œuvres littéraires. La Cour d'appel a annulé la saisie et rejeté l'argument relatif au droit d'auteur, estimant que les formules étaient des idées, une série d'instructions, et que leur mise sur papier ou leur enregistrement dans un logiciel n'en faisait pas des œuvres

³⁴² Trib. gr. inst. Paris, 3^e ch, 30 sept. 1997, *RIDA* 1997.177. 273, note Piredda.

³⁴³ C.A. Paris, 17 mars 1999, *RIDA* 1999.182. 202, infirmé par Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2003, *Juris-Data* no 2002-012934 (le cuisinier n'est pas un coauteur de l'œuvre audiovisuelle).

³⁴⁴ La décision *Ital-Press Inc. c. Sicoli*, (1999) 86 C.P.R. (3d) 129 (C.S.), reconnaît qu'un bottin téléphonique de la communauté italienne, qui contient des recettes, est une compilation protégeable, mais ne se prononce pas sur les recettes elles-mêmes. Tel qu'indiqué à la note 29, le seul jugement trouvé ayant trait au droit d'auteur est *Rundell v. Murray*, préc., note 338.

³⁴⁵ Voir *Cuisenaire c. South West Imports Ltd.*, préc., note 317, *Éditions Hurtubise H M H Ltée c. Cégep André-Laurendeau*, (1989) 24 C.I.P.R. 248, 272, par. 76 (C.S.); *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers*, [1987] 1 C.F. 173, par. 21 (C.F.). En Grande-Bretagne aussi : *Navitaire Inc v Easyjet Airline Company and Bulletproof Technologies Inc*, [2004] EWHC 1725, par. 127 (Ch).

³⁴⁶ (1999) 1 C.P.R. (4th) 160 (C.A.).

littéraires au sens de la loi. La Cour ajoute que, même si les formules étaient protégeables en vertu de la loi, les produits en résultant ne pourraient être saisis, s'appuyant en cela sur le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Cuisenaire*.

Telle fut l'opinion exprimée au passage, par analogie, par la première juge dans *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers* dans le cadre de son analyse sur la protection des logiciels, soit que seul le texte et l'arrangement des recettes est protégé³⁴⁷. Des auteurs canadiens consultés sont du même avis : le texte des livres de recettes est protégé³⁴⁸, parce que ceux-ci sont des compilations, et le recopier serait une violation du droit d'auteur sur le texte. Pour les professeurs Daniel Gervais et Elizabeth Judge, les recettes illustrent bien la distinction entre l'idée et l'expression, laquelle distinction se reflète dans la décision *Fletcher c. Polka Dot Fabrics Ltd.*³⁴⁹. L'idée de mettre un dessin sur des couches de bébé y a été jugée non protégeable, alors que le dessin choisi et mis sur la couche a lui été jugé protégé. Ainsi, la recette mise à l'écrit serait protégeable comme un écrit, mais l'idée de choisir un ingrédient par rapport à un autre ne le serait pas³⁵⁰. L'opinion que la recette-idée n'est pas protégée mais que la recette-texte au sein d'une compilation le soit est appuyée par le jugement *Rundell v. Murray* cité plus haut³⁵¹. Ainsi, selon cette opinion, la recette écrite est l'expression de l'idée qu'est la recette orale connue ou non divulguée (dans notre tête), ce qui voudrait dire que la recette en soi, écrite ou non écrite, n'est pas protégeable parce que constituant une méthode, une idée, mais que son expression écrite serait protégée de la reproduction sur papier, mais non de son exécution par quelqu'un d'autre. Puisque

³⁴⁷ *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers*, préc., note 345.

³⁴⁸ Harold G. FOX, *Canadian Law of Copyright*, Toronto, Carswell, 1944, p. 111. D. GERVAIS et E.F. JUDGE, préc., note 316, p. 16.

³⁴⁹ (1993) 51 C.P.R. (3d) 241 (Div. Gén. Ont.); D. GERVAIS et E.F. JUDGE, préc., note 316, p. 16.

³⁵⁰ D. GERVAIS et E.F. JUDGE, *id.*, p. 16.

³⁵¹ Sur lequel s'appuie d'ailleurs Fox, préc., note 348.

cette protection de l'écrit semble passer par la compilation, est-ce à dire que la recette individuelle est non protégeable?

Il existe et peut exister une quantité infinie de recettes. Elles peuvent être une méthode large et générale de faire (ex. : un bouilli) et sont ainsi des règles fondamentales de la cuisine, mais elles peuvent aussi donner la façon de réaliser un plat précis, développé, résultant certes d'une idée mais aussi du travail, de la recherche, de l'expérimentation, de l'inspiration et de la connaissance de son concepteur. Pour monsieur Allen Rosen, la dichotomie idée/expression doit être comprise comme la différence entre les idées générales et les idées précises, étroites³⁵². La frontière entre les idées et leur expression est difficile à tracer et est arbitraire, parce qu'elle a été inventée pour déterminer ce qui est protégeable ou non par le droit d'auteur³⁵³. La dichotomie idée/expression permet donc de trouver un équilibre entre la libre circulation des idées et la nécessité de récompenser l'auteur³⁵⁴. Monsieur Rosen souligne qu'il y a toujours plusieurs idées qui sous-tendent une œuvre, certaines générales, d'autres plus spécifiques, et que l'idée derrière une œuvre peut toujours être exprimée de façon générale ou précise, comme l'idée générale d'une église avec un large dôme ou les dessins précis de la Cathédrale St-Paul à Londres. C'est ce qui rendrait la théorie de la fusion (*merger doctrine*) inutile, puisque l'idée fusionnée avec son expression serait en effet une idée exprimée étroitement³⁵⁵. Les idées générales permettent le développement d'idées plus précises tandis que les idées bien développées et articulées

³⁵² Allen ROSEN, « Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy », (1992) 26 *U.B.C.L.R.* 263, 273 et s.

³⁵³ *Id.*, p. 274-275.

³⁵⁴ *Id.*, p. 276.

³⁵⁵ *Id.*, p. 279.

sont souvent plus près du point où elles seront exhaustives, poussées dans leur dernier retranchement :

A highly developed idea is comparable to a vein of gold that is nearly worked out, while very general ideas are comparable to newly discoverable veins capable of being developed and mined in a variety of directions, wherever they happen to lead. Understood in this way, the contrast between general and specific ideas can be of use in helping to decide whether a given idea ought to be kept in the public domain, or whether it should be relegated to the private domain of copyright.³⁵⁶

Ainsi, selon ce raisonnement, les idées plus générales gagnent à ne pas être protégées, car elles peuvent être exploitées et développées en moult autres idées, tandis que les idées spécifiques bien développées peuvent difficilement être sous-développées, ce qui fait que leur protection n'enlèverait rien au domaine public. De plus, les efforts déployés dans le développement des idées précises méritent davantage d'être récompensés; il est donc plus logique de protéger les idées spécifiques plutôt que les idées larges et générales³⁵⁷.

Examinée sous cet angle, la recette peut être déclinée comme une idée générale. En revanche, toutes ces recettes sur des plats spécifiques que nous connaissons par cœur, toutes celles qui sont publiées dans des livres de recettes ou qui nous sont servies dans les restaurants peuvent constituer une idée précise, développée, que l'on peut qualifier d'expression. Entre l'idée générale d'un cannelloni et la recette précise d'Anne Desjardins de « Cannelloni aux morilles boréales et au fromage Duo du Paradis de Mont-Laurier, jus de veau aux xérès, tuiles de cheddar de chèvre, violas du jardin »³⁵⁸ ou entre l'idée générale d'ailes de poulet et la recette précise de Ferran Adrià d'« [a]iles de poulet tandoori aux

³⁵⁶ A. ROSEN, préc., note 352 p. 276.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ Anne DESJARDINS, *L'Eau à la bouche, Les 4 saisons selon Anne Desjardins*, Outremont, Trécarré, 2003, p. 40.

pousses de bourrache, à la crème d’huître et à l’espuma de *mató* »³⁵⁹, il y a certainement eu plus qu’un pas et eu le développement de l’idée première et générale du cannelloni ou de l’aile de poulet pour arriver à un plat précis qui devra être servi une multitude de fois et toujours avoir le même résultat. Peut-on dès lors préconiser la protection des recettes? Selon le raisonnement de monsieur Rosen, certainement, ce qui ouvre dès lors les portes de la protection à milles et une recettes. On doit toutefois opposer à cette idée que la protection des recettes peut entraver le développement de la cuisine, puisque les chefs eux-mêmes disent s’inspirer d’autres recettes, qu’elles soient familiales ou régionales ou même développées par d’autres chefs. Les recettes peuvent de plus être le fait de changements mineurs ou majeurs, ce qui décuple les possibilités de recettes subséquentes. Tel que souligné plus tôt, la cuisine est un fil continu. Une recette précise s’inscrit donc dans une chaîne de recettes, l’une étant bien souvent la modification ou le perfectionnement de l’autre. Peut-il y avoir une fin à cette chaîne? Comment même déterminer quelle recette est la plus précise (et donc une expression), comment la départager de celle qui est plus générale? La *Loi sur le droit d’auteur* ne peut répondre à cette question puisqu’elle ne prévoit pas de procédure d’examen des œuvres.

Ainsi, la recette individuelle est considérée comme une idée par la doctrine et la jurisprudence, et c’est ce qui apparaît suivre la tangente des habitudes des chefs. On ne peut ici passer sous silence l’apparente similitude entre la partition et sa musique et la recette et son plat. Les deux semblent une idée mise sur papier. Qu’est-ce qui les distinguent au point de faire que la première est protégée par le droit d’auteur alors que la deuxième ne l’est pas? Nous aurons l’occasion de nous pencher sur cette question dans la section sur l’œuvre

³⁵⁹ F. ADRIÀ, J. SOLER et A. ADRIÀ, préc., note 300, p. 374 et s.

littéraire. Cette conclusion que la recette individuelle est une idée devrait, en principe, nous amener à terminer ici notre analyse du droit d'auteur. Toutefois, comme la question de la protection des recettes de cuisine n'a pas été tranchée par les tribunaux canadiens, elle demeure une question théorique qui mérite de faire l'objet d'un examen complet. Un tel examen implique d'aborder les autres critères de l'octroi du droit d'auteur. Nous poursuivrons ainsi notre analyse du droit d'auteur, en présumant que la recette peut constituer une expression protégeable par le droit d'auteur. Cela nous permet dès lors de passer au critère suivant, celui de l'originalité.

2. Originalité

Toute œuvre doit être originale pour être protégée par le droit d'auteur. Il s'agit là du critère d'originalité, critère fondamental en droit d'auteur. L'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que « le droit d'auteur existe au Canada [...] sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale », et la loi définit l'expression « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » comme signifiant « toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression »³⁶⁰. Mais la loi ne définit pas le terme « originale ». Celui-ci a été interprété comme signifiant que l'œuvre émane de l'auteur, que celui-ci a fourni un effort intellectuel pour la réaliser³⁶¹, mais surtout comme ne signifiant pas « nouveau »³⁶². C'est notamment ce qui distingue le droit d'auteur du régime des brevets³⁶³. Le fait que

³⁶⁰ Art. 2 de la Loi.

³⁶¹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 353 et s., par. 18 et s.

³⁶² *Fox on Copyright*, 4e éd., par J. MCKEOWN, Toronto, Carswell, 2007, feuilles mobiles, no 4 :1.

³⁶³ *University of London Press Ltd. c. University of Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, 608-609.

l'œuvre doit provenir de l'auteur ne signifie pas qu'elle ne peut être similaire à l'œuvre d'une autre personne. L'œuvre peut partir de la même idée, mais ne peut être rendue dans les mêmes termes. L'originalité ne requiert ni sujet créatif³⁶⁴ ni mérite artistique.

Le critère d'originalité provient de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* qui, sans l'exiger directement, précise à son article 2(3) que « [s]ont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique »³⁶⁵. Pour les professeurs Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, même si la Convention de Berne laisse à chaque pays le soin de définir l'originalité, son article 2(5) donne un indice de sa signification en énonçant que certaines œuvres sont protégées parce qu'elles constituent des créations intellectuelles³⁶⁶; cela ne donne cependant pas d'indice sur le niveau de créativité requis. Par ailleurs, la Convention de Berne donne, à son article 2(1), une liste d'exemples non exhaustive des œuvres littéraires, scientifiques et artistiques qu'elle vise, mais les recettes n'en font pas partie ni ne s'en approchent, tout comme les parfums, tandis que les compositions musicales y figurent. Quant à l'ADPIC, son article 9(1) renvoie aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne.

Au Canada, l'originalité a longtemps été interprétée comme obtenue par l'exercice du talent, du travail et du jugement³⁶⁷. Ce critère n'exigeait aucune créativité de la part de l'auteur, seulement qu'il ait exercé du talent, du jugement, et des efforts dans la réalisation

³⁶⁴ J. MCKEOWN, préc., note 362, par. 4:1.

³⁶⁵ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P89_12957 (7 mars 2010).

³⁶⁶ Sam RICKETSON et Jane C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 405.

³⁶⁷ D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 316, p. 16.

de son œuvre. Le critère récompensait essentiellement son labeur. C'est ce qui a permis la protection de diverses œuvres comme des tableaux de données ou des formulaires. En 1997, la Cour d'appel fédérale du Canada a tenté d'insuffler un peu de créativité dans le critère d'originalité canadien, en rappelant que « le mot "auteur" a une connotation de créativité et d'ingéniosité »³⁶⁸ et que la transpiration de l'auteur n'est pas en soi suffisante pour donner lieu à de l'originalité. Malgré cela, c'est plutôt l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*³⁶⁹ de la Cour suprême du Canada qui est considéré avoir modifié le critère de l'originalité en exigeant plus que du simple labeur de la part de l'auteur.

D'après la Cour suprême, l'originalité doit se situer entre le labeur et la créativité. Elle n'a pas besoin d'être novatrice ou unique, elle doit seulement résulter de l'exercice du talent et du jugement. Le talent est « le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre », alors que le jugement est « la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre »³⁷⁰. L'effort intellectuel est présent lorsque le talent et le jugement sont exercés pour réaliser une œuvre, mais celui-ci « ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique »³⁷¹. Pour la Cour, modifier la police d'un texte serait un exemple d'un exercice négligeable de talent et de jugement. Elle estime

³⁶⁸ *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22, 37, par. 29 (C.A.).

³⁶⁹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 361.

³⁷⁰ *Id.*, par. 16.

³⁷¹ *Id.*

que son nouveau critère établit un équilibre entre les droits des auteurs et ceux de la société et que la créativité n'est pas essentielle à l'originalité³⁷².

Pour les professeurs Gervais et Judge, le nouveau critère de la Cour suprême est semblable à celui énoncé dans l'arrêt *Feist Publications c. Rural Telephone Service*³⁷³. *Feist* est cet arrêt où la Cour suprême des États-Unis a mis de côté l'effort pour réclamer un minimum de créativité en matière d'originalité. Elle a estimé que la création d'un bottin téléphonique en ordre alphabétique ne pouvait être une œuvre au sens du droit d'auteur. Il n'y avait pas suffisamment de créativité déployée dans la réalisation du bottin pour qu'il soit considéré comme original. Selon les professeurs Gervais et Judge, le niveau d'originalité requis par la Cour suprême du Canada se distingue difficilement de celui de *Feist* et du critère européen. La Cour exigerait un minimum de créativité puisque qu'elle exige un exercice de talent et de jugement qui ne soit ni mécanique ni négligeable³⁷⁴. Ils estiment que la question à se poser pour le critère de *Feist* et celui de l'Europe est de savoir si un autre auteur aurait créé la même œuvre dans le même contexte; une réponse affirmative permet de dire que l'exercice est mécanique, tandis qu'une réponse négative mène à l'exercice d'une certaine créativité³⁷⁵.

Par ailleurs, le terme « original » fait partie d'une expression composée (*composite expression* en anglais), soit « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale », et, donc, ne peut être interprété en faisant abstraction du reste de cette

³⁷² *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 361, p. 355-356, par. 23 et 25.

³⁷³ 499 U.S. 340 (1991) (U.S. S.C.), D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 316, p. 22

³⁷⁴ D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 316, p. 22.

³⁷⁵ *Id.*

expression³⁷⁶. Il serait non avisé de le faire³⁷⁷. La définition de cette expression accole la « production originale » au domaine d'où elle provient : l'œuvre doit faire partie d'une des catégories d'œuvres précisées dans la loi³⁷⁸. L'œuvre originale selon la *Loi sur le droit d'auteur* doit donc être une œuvre littéraire, artistique, dramatique ou musicale qui est originale. Par conséquent, une œuvre originale n'entrant dans aucune des quatre catégories ne serait pas protégée³⁷⁹.

Les recettes peuvent-elles être originales? Les plus ancestrales émanent certainement de quelqu'un, mais nul ne sait de qui. Elles ne seraient donc pas originales. Quant aux recettes récemment écrites et publiées, elles ont généralement un auteur, mais peut-on dire qu'elles impliquent un effort intellectuel, l'exercice de talent et de jugement? Selon Jehane Benoît, il faut connaître les règles fondamentales de la cuisine pour réussir ses plats et pouvoir créer ses propres recettes. La cuisine est une science apprise, ce qui implique d'acquérir nombre de connaissances sur les principes et techniques culinaires, comme ceux qui permettent, par exemple, de faire lever un gâteau parfaitement cuit à l'intérieur. Pour composer une bonne recette, il faut l'exercice de talent, soit des connaissances acquises sur les ingrédients et sur la manière de les apprêter et de les cuire, et de jugement, soit déterminer comment agencer les parfums et textures afin de produire des plats savoureux, car tout ne va pas ensemble. Il est ainsi possible de dégager le talent et le jugement requis par la Cour suprême. On peut même conclure à la présence de créativité au sens de l'arrêt

³⁷⁶ William L. HAYHURST, « Copyright Subject-Matter », dans Gordon F. HENDERSON, éd., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, p. 31, à la page 37 et s.

³⁷⁷ Hugh LADDIE, Peter PRESCOTT et Mary VITORIA, *The Modern Law of Copyright & Designs*, 2e éd., London, Butterworths, 1995, p. 29.

³⁷⁸ W.L. HAYHURST, préc., note 376, p. 37 et s..

³⁷⁹ *Id.*, p. 41. Hayhurst renvoie à la décision *Exxon Crp.v. Exxon Insurance Consultants International Ltd.*, [1982] R.P.C. 69 (Eng. C.A.), dans laquelle il a été décidé que le mot « Exxon » était certes original, mais qu'il ne constituait pas une œuvre littéraire et, donc, n'était pas protégeable.

Feist en ce qui a trait aux recettes dites gastronomiques et, dans ces cas-là, d'assiduité et d'efforts pour les concevoir. Les chefs partent d'un ingrédient précis, essaient des combinaisons dans leur tête, puis expérimentent pour arriver aux bonnes proportions, à la bonne température de cuisson, etc., et ce, en vue d'obtenir un contraste harmonieux³⁸⁰. Étant donné le critère de talent et de jugement, le fait que les recettes pouvant être dignes de protection résultent en grande partie de savoir-faire et de connaissances apprises n'est pas un problème, contrairement au régime des brevets. En matière d'œuvres, la grande maîtrise de son « art » peut mener à des œuvres extraordinaires. Ce ne sont généralement pas les premières œuvres d'un peintre, d'un compositeur ou d'un autre artiste qui remportent la palme d'appréciation, mais plutôt celles de leur maturité où l'on peut déceler la maîtrise des couleurs et du pinceau, des notes ou du maniement du verbe. De telles œuvres ne sont pas rejetées parce qu'elles sont le fruit du développement des connaissances et aptitudes de l'auteur. De ce fait, les recettes peuvent être « originales » au sens du droit canadien, mais encore faut-il qu'elles entrent dans l'une des catégories d'œuvres visées par la loi pour se qualifier selon l'expression composée.

Il y a lieu de s'attarder à ce qui se dit ailleurs sur l'originalité. Selon Tania Su Li Cheng, une simple liste d'ingrédients serait protégeable en Angleterre, tout autant qu'un tableau ou qu'une compilation, parce que faire la liste des ingrédients n'est pas un acte automatique comme l'est le fait de mettre à jour des jours de congé dans un agenda³⁸¹. Par surcroît, la recette qui contient des instructions serait elle aussi plus qu'un simple acte automatique³⁸². Maître Cheng opine de plus qu'une liste d'ingrédients serait protégeable aux États-Unis,

³⁸⁰ M. OTTENBACHER et R. J. HARRINGTON, préc., note 297, p. 18 et s.

³⁸¹ T. S. L. CHENG, préc., note 1, p. 95

³⁸² *Id.*

parce qu'il y subsiste une certaine créativité, tel que requis par l'arrêt *Feist*, le choix d'ingrédients n'étant pas aussi automatique que celui des noms pour un bottin. Les instructions de la recette satisferaient également au critère de l'expression littéraire exprimé dans l'arrêt *Meredith*³⁸³. Maître Cheng aboutit cependant à la même conclusion que les auteurs canadiens, soit que le libellé de la recette serait protégé, mais non le mode de préparation qu'elle décrit³⁸⁴. Selon elle, le véritable exercice de talent, d'effort et de travail se situe non pas dans la rédaction de la recette, mais dans sa formulation même, dans la combinaison des ingrédients et des méthodes, lesquelles constituent cependant des idées non protégeables³⁸⁵. À cela on peut répondre que la recette écrite peut être la fixation matérielle de cet exercice créatif du chef, comme le sont les notes de musiques couchées sur papier. De plus, la rédaction d'une recette a son propre langage. En soi, cela ne diffère pas de nombreuses autres œuvres écrites qui sont protégées par le droit d'auteur.

Maître Nora Mout-Bowman rapporte que les recettes sont protégeables par le droit d'auteur en Allemagne³⁸⁶. Un jugement de 1912 aurait estimé que la recette peut être le résultat d'un effort créatif intellectuel méritant d'être protégé, en raison d'un traitement et d'un arrangement individuel de l'information. Le critère serait de démontrer que l'individualité de la recette ressort de son libellé, de sa composition et méthode de préparation originales d'ingrédients connus³⁸⁷. La doctrine reconnaît l'effort créatif, même s'il se limite à composer et à choisir les méthodes de préparation³⁸⁸.

³⁸³ T. S. L. CHENG, préc., note 1, p. 95.

³⁸⁴ *Id.*

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ Nora MOUT-BOUWMAN, « Protection of Culinary Recipes by Copyright, Trade Mark and Design Copyright Law », [2008] *E.I.P.R.* 233, 236.

³⁸⁷ *Id.*, p. 236.

³⁸⁸ *Id.*

Il est donc clair que les recettes remplissent indubitablement le critère d'originalité, tel qu'il a été déterminé par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH*. On décèle dans les recettes et les plats et dans leur développement le talent et le jugement requis par le plus haut tribunal canadien. Cette conclusion permet donc de passer à l'examen du dernier critère de l'octroi du droit d'auteur, soit celui requérant la fixation de l'œuvre.

3. Fixation de l'œuvre

Le critère de fixation est celui qui exige que l'expression de l'idée soit fixée dans une forme matérielle, tangible; il apparaît ainsi comme le corollaire de la dichotomie idée/expression. Ce critère n'est pas exigé dans tous les pays pour bénéficier de la protection de la loi. La France ne le requiert pas, tandis que les États-Unis³⁸⁹ l'exigent spécifiquement. L'article 2(2) de la Convention de Berne laisse aux pays membres le choix de déterminer si les œuvres doivent être fixées ou non pour pouvoir bénéficier du droit d'auteur.

La loi canadienne n'exige pas en soi la fixation de l'œuvre. Cette exigence en a été déduite parce que, il y a encore quelques années, toutes les œuvres protégées par la loi prenaient nécessairement une forme matérielle et parce que les définitions de la loi ne pouvaient laisser supposer autrement³⁹⁰ : livres, sculptures, œuvres d'art, musique sur une partition. Le critère de fixation canadien a été précisé dans la décision *Canadian Admiral*

³⁸⁹ § 102 du *U.S. Copyright Act*, title 17, United States Code

³⁹⁰ Madeleine LAMOTHE-SAMSON, « Les conditions d'existence du droit d'auteur : n'oublions pas l'auteur et sa créativité! », (2002-2003) 15 *C.P.I.* 619, 629.

Corporation Ltd. c. Rediffusion : « that for copyright to subsist in a "work" it must be expressed to some extent at least in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance. All the works included in the definitions of "artistic work" and "literary work" (s. 2(b) and (n)) have a material existence »³⁹¹. Cette décision portait sur la captation et la retransmission de matchs de football en direct. La loi a depuis été modifiée et protège certaines œuvres intangibles : la définition d' « œuvre musicale » n'exige plus sa fixation matérielle; les conférences qui sont préparées; les prestations des artistes interprètes; les signaux de communication³⁹². Par contraste, la loi requiert une certaine forme de fixation pour les programmes d'ordinateur et les chorégraphies³⁹³. Ce sont ces exceptions qui font dire que la fixation n'est peut-être pas exigée dans les faits par la loi canadienne³⁹⁴. Ces modifications ont été faites par le législateur pour adapter la loi aux nouvelles réalités et technologies, mais celui-ci ne pouvait ignorer le critère énoncé par la décision *Canadian Admiral*. Il n'a modifié celui-ci que de manière ponctuelle en prévoyant clairement les cas où la fixation n'est pas nécessaire et en précisant, pour les cas ambigus, où la fixation n'est pas inhérente à l'œuvre (comme c'est le cas pour un livre ou une sculpture), la nécessité de fixation. Par ailleurs, la protection pour les prestations en est une de droits voisins qui vise à récompenser les artistes-interprètes pour leurs prestations. Dans la mesure où le législateur décide de protéger des œuvres qui de par leur nature même sont intangibles, il ne peut certainement pas faire autrement que de requérir leur fixation sous une certaine forme.

³⁹¹ *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion*, [1954] R.C. de l'É. 382, 394, par. 28.

³⁹² M. LAMOTHE-SAMSON, préc., note 390, p. 628-632.

³⁹³ *Id.*, p. 629-630.

³⁹⁴ W.L. HAYHURST, préc., note 376, p. 40.

La fixation a par ailleurs son utilité. Elle permet d'identifier l'œuvre³⁹⁵, de la vérifier³⁹⁶ et d'éviter la prolifération de revendications frivoles de copie illégale³⁹⁷.

En France, la loi n'est pas considérée comme exigeant la fixation de l'œuvre parce que l'article L112-1 du *Code de la propriété intellectuelle* dit protéger toutes les œuvres de l'esprit, quelle qu'en soit la forme d'expression³⁹⁸. Fait intéressant, cette formulation est sensiblement la même que celle de la loi canadienne qui dit, dans la définition de l'expression « toute œuvre... originale », « toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels **qu'en soient le mode ou la forme d'expression** ». Maître Lamothe-Samson souligne d'ailleurs que les définitions des termes « mode » et « forme » ne requièrent pas en soi une forme matérielle³⁹⁹. Cette formulation est celle utilisée par la Convention de Berne à son article 2 : « Les termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, **quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression**, telles que [...] ». Puisque l'article 2(2) de la Convention de Berne laisse aux législateurs la décision en matière de fixation et que la France comme le Canada ont utilisé la même expression, sans préciser plus avant, la différence dans ces deux pays en est une d'interprétation des tribunaux⁴⁰⁰.

³⁹⁵ J. MCKEOWN, préc., note 362, § 7:5.

³⁹⁶ A.A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour la révision de la loi*, Hull, Consommations et Corporations Canada, Avril 1977, p. 44.

³⁹⁷ W.L. HAYHURST, préc., note 376, p. 40.

³⁹⁸ Ysolde GENDREAU, « Le critère de fixation en droit d'auteur », (1994) 159 *R.I.D.A.* 110, 129. L112-1 du *Code de la propriété intellectuelle* : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »

³⁹⁹ M. LAMOTHE-SAMSON, préc., note 390, p. 628-629.

⁴⁰⁰ C'est ce qui ressort du texte d'Ysolde Gendreau, préc., note 398, à la page 127.

Aux États-Unis, la *Copyright Act* édicte clairement, à son article 102, la nécessité de fixer l'œuvre dans un médium tangible : « Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship **fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.** »⁴⁰¹. Outre tangible, le médium doit donc permettre la perception et la communication de l'œuvre, que ce soit par la reproduction ou par un autre moyen; il doit également exister en ce moment ou être développé dans l'avenir. Il doit permettre à l'œuvre de durer, d'être transmise aux générations subséquentes, mais également permettre l'application de la loi, qui empêche la reproduction. Si l'œuvre ne peut être reproduite, elle ne serait pas protégée. Pour être copiée, l'œuvre doit exister matériellement. Tel fut le sentiment du tribunal dans l'arrêt *University of London Press*⁴⁰², qui énonça que les œuvres susceptibles d'être copiées sont celles qui méritent d'être protégées. Le critère américain de fixation est constitutionnalisé puisque la Constitution américaine dit protéger les *écrits*⁴⁰³. La professeure Ysolde Gendreau souligne que la notion de fixation évolue avec les modes de reproduction⁴⁰⁴. Les États-Unis ont estimé qu'il y avait fixation du logiciel dans le langage machine, au motif que le langage de la définition de la fixation à l'article 102 le permettait⁴⁰⁵.

En matière d'œuvres artistiques, la fixation apparaît inhérente à l'œuvre, parce que, selon les exemples qu'en donne la loi à titre de définition⁴⁰⁶, on voit mal comment elles

⁴⁰¹ <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.pdf> (7 mars 2010) [mes soulignements & gras].

⁴⁰² *University of London Press Ltd. c. University of Tutorial Press Ltd.*, préc., note 363, p. 610.

⁴⁰³ À son article 8. Y. GENDREAU, préc., note 398, p. 121.

⁴⁰⁴ *Id.* p. 141.

⁴⁰⁵ *Id.*, p. 141-143.

⁴⁰⁶ La loi définit ainsi les œuvres artistiques à l'art. 2 LDA : « "oeuvre artistique" Sont compris parmi les oeuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures, oeuvres architecturales, gravures ou photographies, les

pourraient exister autrement⁴⁰⁷ Leur nature même est d'être fixée dans une forme matérielle⁴⁰⁸. Les œuvres entrant dans cette catégorie peuvent donc être considérées comme devant être fixées dans une forme matérielle. La professeure Gendreau souligne que la fixation de certaines d'entre elles est appelée à évoluer, donnant comme exemple les photographies numériques⁴⁰⁹. Les différences dans les critères de fixation sont toujours d'intérêt puisque les variations de ce critère entre les pays peuvent permettre d'interdire certaines formes d'œuvres qui sont permises ailleurs⁴¹⁰.

C'est à l'étape de la fixation qu'entre en ligne de compte le caractère éphémère de la recette ou du plat. Puisque fixation sous-entend durée de l'œuvre, celle-ci doit exister pendant un certain temps. En ce qui a trait à la recette, elle apparaît clairement fixée lorsqu'elle est mise par écrit, comme tous les autres ouvrages écrits. En revanche, cette exigence de durée apparaît une entrave à la protection du plat puisque, de par sa nature et sa vocation d'être mangé, il ne durera jamais longtemps. C'est ce qui a fait dire au professeur Laligant que seuls les plats en conserve ou congelés étaient potentiellement protégeables en raison de leur plus longue durée de conservation⁴¹¹. Si l'on considère que les œuvres sont protégées par la loi en échange de leur entrée éventuelle dans le domaine public, la protection du plat ou de la recette non écrite apparaît contraire, car comment peut-on transmettre une œuvre éphémère non fixée d'aucune manière aux générations subséquentes? Le plat en soi ne dure pas, à moins qu'on considère que sa rédaction est effectivement sa fixation. Même si

œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques. ».

⁴⁰⁷ Notamment, M. LAMOTHE-SAMSON, note 390, p. 629.

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ Y. GENDREAU, préc., note 398, p. 149-151.

⁴¹⁰ *Id.*, p. 151.

⁴¹¹ Olivier LALIGANT, « Des œuvres aux marches du droit d'auteur : Les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *R.R.J.* 1992-1, p. 121-123.

l'oralité peut être un vecteur de transmission, elle ne permet ni l'identification de l'auteur ni la vérification de l'œuvre. L'oralité peut même mener à la modification de l'œuvre. Une œuvre éphémère non fixée peut-elle entrer dans le domaine public? Si la réponse est non, sa protection par le droit peut se justifier difficilement. Après tout, la loi canadienne requiert une certaine forme de fixation pour la plupart des œuvres éphémères, sauf la conférence, qu'elle vise nommément dans son libellé. Elle-même éphémère dans ses sons, la musique n'a été historiquement protégée que parce que les pièces de musique étaient mises sur papier et vendues. La protection de la prestation ou de l'enregistrement n'est venue que beaucoup plus tard. C'est cette fixation de la musique par l'écrit qui amène les auteurs Buccafusco et Broussard à estimer que la fixation n'est pas un obstacle, puisque la recette écrite constitue le moyen de fixation du plat, qui est l'œuvre à protéger⁴¹². La recette écrite compense pour la nature éphémère du plat en assurant sa survie après sa disparition physique⁴¹³.

Ainsi, au regard de l'interprétation du critère de fixation qui a cours actuellement en droit canadien, seule la recette écrite, et non celle orale, peut être considérée fixée. La recette enregistrée sur vidéo ou à l'audio le serait probablement tout autant, puisqu'elle serait fixée de la même manière qu'un film ou une émission de télévision. Tel serait là l'exception à l'exclusion de l'oralité. La recette transmise oralement sans aucune fixation sur quelque support que ce soit est de ce fait écartée. Quant au plat, il est par trop éphémère pour se qualifier, à moins de considérer que la rédaction de la recette est la fixation même du plat. Cela est certes une idée, mais lorsqu'on considère le plat comme les sons d'une pièce de

⁴¹² C.J. BUCCAFUSCO, préc., note 331, p. 1131-1132, et J.A. BROUSSARD, préc., note 337, p. 716.

⁴¹³ J.A. BROUSSARD, *id.*, p. 716.

musique, il fait partie de la prestation de la recette plutôt que de l'œuvre elle-même. En matière de musique, les sons effectivement joués sont la prestation, l'exécution même des notes de la pièce de musique. Ils peuvent s'évanouir dans l'air, mais être constamment rejoués grâce à la partition. La recette et le plat sont dans la même situation, sauf que le plat est tangible alors que les sons ne le sont pas. Par conséquent, si la recette écrite constitue la fixation d'une œuvre, il est plus logique de considérer qu'elle fixe le résultat du processus créatif qui a mené au développement de la recette. Ce qui nous ramène à la dichotomie idée/expression. Tel qu'indiqué plus haut, la musique elle-même est une idée élaborée mise sur papier et il peut exister une grande quantité d'arrangements des notes de musique pour former une pièce. En quoi la recette en diffère-t-elle? Nous aurons l'occasion de nous pencher sur cette question plus loin, dans la section sur l'œuvre littéraire.

Au-delà des trois critères fondamentaux que nous venons d'examiner, il ne faut pas oublier que l'œuvre doit également s'insérer dans l'une des quatre catégories d'œuvres prévues par la *Loi sur le droit d'auteur* si elle veut être une œuvre protégée par le droit d'auteur. Afin de mener notre examen jusqu'au bout, nous tiendrons pour acquis que la recette et le plat remplissent tous deux les critères de l'expression, de l'originalité et de la fixation. Cela nous permettra de voir si ceux-ci peuvent faire partie de l'une des catégories d'œuvres de la loi.

B. Catégories d'œuvres protégées par le droit d'auteur

La *Loi sur le droit d'auteur* précise quatre catégories d'œuvres : littéraire, artistique, dramatique et musicale. Les recettes sont généralement examinées sous les angles littéraire et artistique, tandis que les catégories dramatique et musicale ne se qualifient clairement pas ici. Nous examinerons donc les deux premières catégories, les œuvres littéraires en premier, puis les œuvres artistiques. Notons ici que toutes ces formes d'œuvres font appel à divers sens et que, selon certains auteurs français, l'œuvre est protégeable ou non selon le sens qu'elle sollicite. Qu'en est-il, les sens sollicités par les œuvres peuvent-ils avoir un impact sur leur nature protégeable? Nous examinerons rapidement cette question avant de passer à l'œuvre littéraire.

1. Examen de l'influence des sens sur la nature protégeable des œuvres

« ... la gastronomie est l'art de plaire à tous les sens. L'odorat commence le bal, en nous permettant de déceler le fumet des aliments et le bouquet des boissons. La vue nous laisse apprécier l'harmonie des teintes, des nuances et des couleurs. Grâce à l'ouïe, nous percevons le tintement du cristal d'un beau verre, quand on trinque, le bruit jovial des ustensiles contre la finesse de la porcelaine et la musique enjouée des rires et des conversations. Le toucher a pour conspirateur les lèvres, les dents ainsi que les papilles. Et le goût finit par prononcer le jugement de dernière instance. À ce moment-là, selon les mots du poète, nous avons l'impression d'être couronnés de thym et de marjolaine et, comme les elfes joyeux, de danser dans la plaine. »
Gérard Delage, *Gloutons et Gourmets*, 1985

Pour certains auteurs français, seules les œuvres sollicitant la vue et l'ouïe sont des « œuvres de l'esprit » protégées par le *Code de la propriété intellectuelle*⁴¹⁴. Les œuvres

⁴¹⁴ Article L112-1 : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. », http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=802A80E7A820929C18FF768FF26A9.tpdjo10v_3?i dSectionTA=LEGISCTA000006161634&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100227 (27 février 2010). Voir J. CALVO et G. MORELLE, note sous Paris 3 juill. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, J. 43; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Paris, Économica, 2005, no 153, p. 116. *Contra* : O. LALIGANT, préc., note 411, p. 106.

faisant appel aux autres sens – l’odorat, le toucher ou le goût – ne seraient pas des œuvres de l’esprit, mais des « impressions, [des] sensations »⁴¹⁵. Bien qu’invoqué à l’égard du parfum – mais transposable aux recettes⁴¹⁶ □, ce serait son caractère éphémère, son « manque de permanence » et de stabilité empêchant la transmission aux générations ou civilisations subséquentes qui font que le parfum ne peut être une œuvre de l’esprit⁴¹⁷. L’œuvre de l’esprit cristalliserait la personnalité de l’auteur et en témoignerait pour les générations actuelles et futures, la faisant ainsi appartenir au patrimoine de l’humanité⁴¹⁸. L’œuvre serait ainsi extra-temporelle et extra-territoriale, condition impossible à remplir pour le parfum⁴¹⁹. Le professeur Pollaud-Dulian abonde dans ce sens, soulignant que les exemples d’œuvres énumérées dans le code français sont toutes des œuvres visuelles ou auditives⁴²⁰. Les œuvres de l’odorat et du goût résultent de savoir-faire et de technique; on ne peut y trouver ni forme, ni langage, ni communication⁴²¹.

À l’opposé, le professeur Piredda souligne que la loi française ne fait pas de pareille distinction et que son énumération des types d’œuvres de l’esprit n’est pas exhaustive étant donné son utilisation du mot « notamment »⁴²². Laligant estime pour sa part que les œuvres de l’odorat, du toucher et du goût sont protégeables, car elles sont tout aussi perceptibles

⁴¹⁵ Jean CALVO et Guy MORELLE, préc., note 414, p. 46.

⁴¹⁶ Parallèle fait par O. LALIGANT, préc., note 411, p. 106.

⁴¹⁷ Jean CALVO et Guy MORELLE, préc., note 414, p. 46.

⁴¹⁸ *Id.*

⁴¹⁹ *Id.*

⁴²⁰ F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 414, p. 116. Voir la liste à l’art. L. 112-2 du *Code de la propriété intellectuelle* français.

⁴²¹ *Id.*

⁴²² PIREDDA, préc., note 342, p. 280, référant à l’art. L. 112-2 du *Code de la propriété intellectuelle*.

Monsieur Quentin Azau fait la même observation et est généralement du même avis : Quentin AZAU, « La protection des recettes de cuisine par le droit de la propriété intellectuelle en France : une jurisprudence qui devrait se mettre au parfum ! », dans *Gastronomie, alimentation et droit : mélanges en l’honneur de Pierre Widmer*, Zurich, Schulthess, 2003, p. 221, aux p. 222 et 225-226.

par les sens que les œuvres visuelles et auditives⁴²³. Une telle distinction serait contraire à la loi française qui dit protéger toutes les œuvres peu importe leur forme d'expression⁴²⁴; le droit d'auteur veut protéger une « réalisation de formes perceptibles »⁴²⁵. Les œuvres de l'odorat et du goût sont aptes à communiquer⁴²⁶, elles ont des formes au sens du droit d'auteur qui « [naissent] de la combinaison, de la conjugaison, d'éléments de nature physico-chimique et de nature mentale. Et la forme apparaît ainsi, essentiellement, comme une somme, une résultante... »⁴²⁷.

Cette distinction entre les sens de la vue et de l'ouïe et ceux de l'odorat, du toucher et du goût provient du fait que les premiers ont été généralement perçus comme nobles et purs alors que les derniers ont été perçus comme ingrats, charnels⁴²⁸. Effectivement, les trois derniers sens ont été longtemps associés à divers pêchés capitaux⁴²⁹ au sens de la religion chrétienne, prééminente en Occident, le berceau des régimes de propriété intellectuelle.

Par contraste, la doctrine canadienne ne fait pas de telle distinction entre les sens sollicités par les œuvres⁴³⁰. La *Loi sur le droit d'auteur* ne définit pas ce qu'est une œuvre et ne distingue les œuvres qu'en fonction de leur genre. Plusieurs œuvres relevant principalement de la vue et de l'ouïe peuvent également faire appel au toucher et à l'odorat, comme les œuvres artistiques pouvant être touchées (gravures) ou senties (sculpture de bois ou dans

⁴²³ O. LALIGANT, préc., note 411, p. 106.

⁴²⁴ *Id.*

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ *Id.*, p. 102. Monsieur Azau est du même avis, l'œuvre gustative est perceptible à cause du goût et rien ne s'oppose à ce qu'elle bénéficie du droit d'auteur : Q. AZAU, préc., note 422, p. 222 et 225-226.

⁴²⁸ Voir O. LALIGANT, préc., note 411, p. 107.

⁴²⁹ S. MENNELL, préc., note 8, p. 27 et s.

⁴³⁰ Aucun des auteurs consultés n'en a soufflé mot.

des fruits). De plus, la cuisine et la recette communiquent, elles sont un langage, un discours. Enfin, la loi canadienne n'utilise pas l'expression « œuvres de l'esprit ». Le fait que la recette et le plat sollicite le sens du goût ne constitue donc pas en soi un obstacle à la protection de la recette ou du plat en droit canadien. Reste à savoir si ces derniers se qualifient comme œuvre littéraire ou artistique. Nous commencerons donc par examiner l'œuvre littéraire pour ensuite nous pencher sur l'œuvre artistique.

2. Œuvre littéraire

Dans cette section, nous commencerons par évaluer si la recette peut être une œuvre littéraire en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. En outre, la recette et la partition sont parfois comparées en raison de la nature éphémère commune de leur résultat que sont les plats et les sons d'une pièce de musique. Au départ, la musique fut comprise dans les œuvres littéraires justement en raison du fait qu'elle était vendue à l'écrit dans des recueils et des partitions. Par conséquent, après notre examen de l'œuvre littéraire, nous regarderons ce qui a mené à la protection de la musique afin d'en tirer des leçons utiles aux recettes.

a. En général

Tout comme l'originalité, la loi canadienne ne définit pas ce qu'est une œuvre littéraire; elle ne fait qu'y assimiler « les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations

d'œuvres littéraires »⁴³¹ afin que ceux-ci puissent bénéficier des protections qui lui sont réservées. La loi définit le terme « livre », mais ce n'est qu'aux fins des dispositions sur les importations parallèles⁴³². La définition de « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale », dit qu'elle « [s]'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits [...] ». On peut en déduire que les œuvres littéraires sont notamment des écrits, des livres, des brochures. Le terme « littéraire » ne se limite donc pas à la seule « littérature » au sens noble du terme, ce qui ne veut pas dire pour autant que tout ouvrage écrit sera une œuvre littéraire au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴³³. Le terme « littéraire » vise un ouvrage écrit ou imprimé faisant de la « communication d'idées, de renseignements ou de connaissances »⁴³⁴, ce qui fait qu'un mot unique ne peut en principe être une œuvre littéraire, parce qu'il ne véhicule en soi aucune idée, instruction, information ou plaisir⁴³⁵. La loi protège par ailleurs les titres originaux⁴³⁶. Elle ne s'attarde donc pas à la longueur de l'œuvre littéraire, un haïku étant protégeable; elle veut simplement éviter de protéger ce qui est trivial⁴³⁷. L'œuvre littéraire doit donc avoir de la substance et tirer son sens, sa portée, de son texte même, et non de son contexte⁴³⁸.

⁴³¹ Définition d' « œuvre littéraire » à l'article 2 LDA.

⁴³² Hughes G. RICHARD et Laurent CARRIÈRE, éd., *Canadian Copyright Act Annotated*, Scarborough, Carswell, 1993, feuilles mobiles, t. 1, p. 2-78.

⁴³³ *Bulman Group Ltd. c. « One Write » Systems Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 149 (C.F).

⁴³⁴ *Id.*, p. 153, par. 15. Citation française provenant de la version française du jugement publiée à [1982] 2 C.F. 327.

⁴³⁵ *Exxon Crp. v. Exxon Insurance Consultants International Ltd.*, préc., note 379 : le nom «Exxon» n'est pas une œuvre littéraire au sens de la loi parce qu'il ne signifie ni ne véhicule rien en soi; il s'agit d'un terme original qui résulte de travail, mais qui n'est pas une œuvre littéraire originale.

⁴³⁶ Définition d'«œuvre» à l'art. 2 LDA.

⁴³⁷ Justine PILA et Andrew CHRISTIE, « The Literary Work Within Copyright Law: An Analysis of its Present and Future Status », (1999) 13 *I.P.J.* 133, 145.

⁴³⁸ *Id.*, p. 147. Dans *Exxon*, la Cour dit que le mot Exxon doit être utilisé avec d'autres afin qu'il acquière un sens, une essence.

Le mérite artistique de l'écrit n'est pas un critère pour l'œuvre littéraire; diverses formes d'écrits ont été reconnues par les tribunaux comme des œuvres littéraires : des coupons de football⁴³⁹, des formulaires⁴⁴⁰, des dépliants publicitaires⁴⁴¹, des feuilles de bridge⁴⁴², des résumés et mots-clés de jugements⁴⁴³... L'œuvre littéraire constitue donc essentiellement l'expression écrite de l'idée de l'auteur. Il ne faut pas oublier non plus que l'œuvre littéraire fait partie de l'expression composée « toute œuvre littéraire ... originale » définie à l'article 2 de la Loi. La loi protège donc l'œuvre qui est littéraire et originale.

Si l'on examine la recette selon ces critères, la recette écrite les remplit sans difficultés. Elle est écrite, communique une idée - le plat qui en résultera - et indique comment la réaliser. Elle a certainement un sens tiré de son texte, à tout le moins autant que des coupons de football et des brochures publicitaires. Mais jusqu'ici, seuls les livres de recettes ont été considérés protégeables à titre de compilations⁴⁴⁴. Comme vu dans la section sur l'originalité, la recette individuelle n'a pas été considérée comme une œuvre et, donc, encore moins comme une œuvre littéraire.

Effectivement, au terme de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'œuvre littéraire, comme les autres catégories d'œuvres, comprend les compilations. Celles-ci doivent répondre au critère de substance, car il a été déterminé dans la décision *Bulman* qu'il doit ressortir de la

⁴³⁹ *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.).

⁴⁴⁰ *Bulman Group Ltd. c. « One Write » Systems Ltd.*, préc., note 433.

⁴⁴¹ *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S. C.-B.).

⁴⁴² *Stevenson v. Crook*, [1938] Ex. Cr. 299.

⁴⁴³ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 361.

⁴⁴⁴ À titre d'exemple, la décision *Belford v. Scribner*, 144 U.S. 488 (1892) (IL. C.A.). Un éditeur qui avait copié de grandes parties du livre de recettes publié par un autre éditeur a été jugé coupable de contrefaçon.

compilation écrite une volonté littéraire d'aider, de guider, de mener vers une fin particulière⁴⁴⁵. Dans cette décision, la compilation était constituée de formulaires de comptabilité, qui ont été jugés comme transmettant de l'information à l'utilisateur sur ce qu'il fallait y entrer et comment le faire. Les livres de recettes de cuisine, considérés comme des compilations, remplissent ce critère puisque, à l'évidence même, les recettes qu'ils contiennent transmettent de l'information au lecteur à propos des ingrédients à prendre, en quelles quantités et comment les agencer pour arriver au plat prévu.

La loi définit les compilations à son article 2 : elles résultent « du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données ». Les compilations sont donc protégées parce que les éléments qui les composent font l'objet d'un choix ou d'un arrangement, mais l'ont aussi été en raison du temps et de l'argent consacrés à leur réalisation, raison considérée par certains comme contraire au principe même de l'originalité⁴⁴⁶, puisque temps et argent ne devrait pas compter. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les éléments individuels des compilations soient protégeables pour qu'elles soient protégées, la définition de la loi indiquant qu'elles peuvent être constituées de données.

Ainsi, selon le critère énoncé, rien ne s'oppose à ce que la recette écrite soit une œuvre littéraire, puisqu'il n'y a pas d'exigence de mérite littéraire et qu'elle transmet effectivement de l'information au lecteur, soit la recette conçue par son auteur. Elle a été

⁴⁴⁵ *Bulman Group Ltd. c. « One Write » Systems Ltd.*, préc., note 433, p. 153, par. 15: « Pour qu'il y ait droit d'auteur, il doit y avoir, dans une compilation commerciale comme celle en cause, une notion, littéraire, d'aide fonctionnelle, de guide ou d'indicateur pour une fin quelconque. » La citation en français provient de la publication de *Bulman* à [1982] 2 C.F. 327, 332.

⁴⁴⁶ M. LAMOTHE-SAMSON, préc., note 390, p. 645-646, J. PILA et A. CHRISTIE, préc., note 437, p. 151-152.

reconnue protégeable, mais seulement sous la forme de compilations, de collections de recettes, tant en Angleterre, en France et qu'aux États-Unis, mais non à titre individuel comme l'œuvre de musique. Cela est dû au fait qu'on la considère comme une méthode, une idée non protégeable. Son expression écrite est ainsi protégée contre sa reproduction textuelle, mais son exécution par une autre personne ne peut être empêchée par l'auteur de la recette⁴⁴⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a conclu la Cour suprême dans l'arrêt *Cuisenaire* mentionné plus tôt. Selon l'état actuel du droit canadien, rien n'empêche une personne autre que l'auteur de la recette d'exécuter celle-ci et d'en vendre le résultat, que la recette soit individualisée ou soit publiée dans un livre de recettes. De ce fait, les entreprises qui, au moyen des politiques d'utilisation de leur site Web, interdisent aux internautes d'utiliser à des fins commerciales les informations contenues dans leur site⁴⁴⁸, ce qui comprend les recettes puisqu'elles ne sont pas exclues par ces politiques, s'arrogent un droit que la loi ne leur donne pas.

La protection de la recette se bute à un mur, puisque le droit canadien, dans son état actuel, ne la reconnaît pas de façon individuelle, mais seulement comme élément d'une compilation, comme un texte ne pouvant pas être recopié textuellement. Parce qu'elle est une idée, elle peut être exécutée par quiconque. Les pièces de musique furent, il y a longtemps de cela, dans la même situation que les recettes actuellement. Qu'est-ce qui a mené à leur protection ? Le savoir permettrait de mieux cerner les enjeux pour la recette, et c'est ce sur quoi nous allons nous pencher dans la prochaine section.

⁴⁴⁷ D. GERVAIS et E.F. JUDGE, préc., note 316, p. 25. Ils font cette analogie avec un livre décrivant un service de balle de tennis.

⁴⁴⁸ Voir les exemples reproduits à l'Annexe A.

b. Comparaison avec l'évolution de la protection de l'œuvre musicale

Les plats qui résultent d'une recette sont éphémères, tout comme les sons d'une pièce de musique. Les recettes peuvent être orales, non écrites, tout comme les pièces de musique. Ces dernières ont été mises par écrit, comme les recettes, mais elles bénéficient de nos jours de divers droits dans la *Loi sur le droit d'auteur* dont ne jouissent pas les recettes : droits de reproduction, droits d'exécution, droits d'enregistrement, droit sur les prestations, copie privée. Comment la musique en est-elle arrivée là?

Dans la foulée de l'invention de la presse à imprimer par Guttenberg en 1453, le Vénitien Ottavio Petrucci da Fossombrone invente l'impression des notes avec des caractères mobiles vers la fin du 15^e siècle⁴⁴⁹, puis obtient du Pape Léon X divers privilèges pour imprimer de la musique, dont le premier du genre – de 20 ans –, pour toute la musique de la chrétienté⁴⁵⁰! Les œuvres de musique, comme les livres, sont imprimées aux 16^e et 17^e siècles grâce à de tels privilèges accordés par les rois et les princes aux éditeurs⁴⁵¹ qui leur permettent de publier des pièces de musique sans obtenir le consentement des compositeurs, même lorsque ceux-ci sont vivants⁴⁵². Ces privilèges peuvent aussi être obtenus par l'auteur qui s'édite lui-même⁴⁵³. Seul Nuremberg a légiféré en faveur des

⁴⁴⁹ Philippe DUNANT, *Du droit des compositeurs de musique sur leurs œuvres*, Genève, Imprimerie Romet, 1893, p. 11-12.

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 12; Martin KRETSCHMER et Friedmann KAWOHL, « The History and Philosophy of Copyright », dans Simon FRITH et Lee MARSHALL, éd., *Music and Copyright*, 2^e éd., New York, Routledge, 2004, p. 21, 23.

⁴⁵¹ P. DUNANT, préc., note 449, p. 12-13.

⁴⁵² *Id.*, p. 12.

⁴⁵³ *Id.*, p. 12.

compositeurs pendant le 17^e siècle, interdisant la vente de contrefaçons provenant de l'étranger, puis la contrefaçon musicale et littéraire⁴⁵⁴.

Ce sont les écrivains qui revendiquèrent, au 17^e siècle, le droit à la propriété de leurs œuvres face aux éditeurs. Comme les compositeurs, les écrivains perdaient généralement leurs droits sur leurs manuscrits dès leur vente à un éditeur, en échange d'un seul paiement⁴⁵⁵. Certains d'entre eux commencèrent à revendiquer et à obtenir des privilèges de la Couronne. Certains compositeurs, tels Bach et Haendel, en obtinrent de la Couronne anglaise⁴⁵⁶. En Angleterre, les revendications des écrivains et la théorie de John Locke mènent à l'adoption, en 1709, du *Statute of Anne*⁴⁵⁷, qui met fin aux privilèges et protège les livres et autres écrits en accordant aux auteurs un droit exclusif d'impression à durée limitée qui est transférable sur leurs œuvres publiées et non publiées⁴⁵⁸. Cette loi ne souffle mot de la musique. Il faudra des décennies pour que les musiciens en bénéficient. Au terme d'un procès entre le fils de Jean-Sébastien Bach et l'éditeur Longman, la Cour estime, en 1777, que le terme « book » du *Statute of Anne* inclut les œuvres musicales imprimées : « The words of the Act of Parliament are very large: "books and other writings." It is not confined to language or letters. Music is a science; it may be written; and the mode of conveying the ideas is by signs and marks. A person may use the copy by playing it; but he has no right to rob the author of the profit, by multiplying copies and disposing of them to

⁴⁵⁴ P. DUNANT, préc., note 449, p. 14.

⁴⁵⁵ KRESTCHMER et KAWOHL, préc., note 450, p. 24.

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 24-25.

⁴⁵⁷ *Statute of Anne, An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned 1709*, 8 Anne c. 19.

⁴⁵⁸ Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002, p. 35.

his own use. [...] There is no colour for saying that music is not within the Act.»⁴⁵⁹ Puis une décision de 1809 vint étendre l'application de la loi aux feuilles de musique individuelles non comprises dans un livre⁴⁶⁰. Ce faisant, le *Statute of Anne* a permis aux compositeurs d'empêcher la reproduction de leurs œuvres mises à l'écrit. Le droit de représentation des compositions musicales n'a été formellement reconnu qu'en 1842⁴⁶¹. En France, c'est la représentation des œuvres musicales qui a été protégée en premier, au moyen de décrets relatifs à l'opéra et à l'opéra comique⁴⁶². Puis vint un arrêt du Conseil du roi du 15 septembre 1786 pour endiguer la contrefaçon des compositions en requérant le privilège du sceau, lequel ne pouvait être obtenu qu'après avoir fait la preuve de la cession de l'œuvre par le compositeur⁴⁶³. C'est dans un décret de 1793 que les compositeurs, écrivains, peintres et dessinateurs français se sont vus reconnaître un droit exclusif sur leurs œuvres⁴⁶⁴. Quant aux autres pays de l'Europe, c'est au cours du 19^e siècle que divers d'entre eux ont adopté leurs lois sur les droits d'auteurs accordant des droits aux musiciens.

Les compositeurs n'auraient pas emboîté le pas aux écrivains en raison des emplois qu'ils occupaient auprès des souverains, princes et dignitaires nobles ou religieux. Ces emplois leur conféraient une position sociale et leur octroyaient une rémunération en échange de l'obligation de composer pour ces employeurs qui, ultimement, s'arrogeaient leurs

⁴⁵⁹ *Bach v. Longman*, (1777) 2 Cowp 623, 98 E.R. 1274, 1274-1275 (King's Bench); P. DUNANT, préc., note 449, p. 27.

⁴⁶⁰ *Clementi v. Goulding*, (1809) 11 East. 244, 2 Camp.5, 103 E.R. 998, 998 (King's Bench); P. DUNANT, préc., note 449, p. 27.

⁴⁶¹ Article XX de *An Act to amend the Law of Copyright*, 5 & 6 Vict. c. 45.

⁴⁶² Le premier règlement fut adopté en 1713, après la mort de Lulli. Voir P. DUNANT, préc., note 449, p. 23.

⁴⁶³ Augustin-Charles RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, Paris, Jules Renouard et cie, 1838, p. 191-192. L'article 19 de l'arrêt interdisait la contrefaçon de pièces de musique sous peine d'une amende de 3 000 livres.

⁴⁶⁴ *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*, 19-24 juillet 1793, tiré de Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard et cie, 1879, p. 681. Il s'agissait d'un droit exclusif de vendre, de faire vendre ou de distribuer.

compositions, donc leur activité intellectuelle⁴⁶⁵. Ainsi, Lulli composa pour Louis XIV, Mozart pour le prince-archevêque Colloredo⁴⁶⁶, et Haydn pour le prince Esterhazy⁴⁶⁷. L'employeur pouvait faire graver et imprimer la composition sans nécessiter le consentement de l'auteur, lequel considérait l'impression comme un honneur⁴⁶⁸. L'employeur était dans les faits propriétaire de la musique du compositeur⁴⁶⁹.

Le délaissement progressif de l'impression avec les caractères mobiles serait aussi à l'origine du retard de la protection de la musique⁴⁷⁰. La méthode qui l'a remplacée nuit aux compositeurs, les copistes de leurs œuvres en profitant souvent pour se faire des copies supplémentaires des œuvres pour les vendre⁴⁷¹. En conséquence, le compositeur était peu payé pour ses œuvres et perdait tout contrôle sur celles-ci puisque, une fois vendues et mises à la disposition du public, n'importe qui pouvait les jouer sans son consentement et sans avoir à le payer.

En 1760, une maison d'édition de Leipzig (Allemagne) commence à utiliser les caractères mobiles pour imprimer des partitions et obtient un privilège de 10 ans de l'empereur Joseph

⁴⁶⁵ P. DUNANT, préc., note 449, p 16.

⁴⁶⁶ http://fr.wikipedia.org/wiki/Mozart#Au_service_du_prince-archev.C3.AAque_Colloredo_.281773-1781.29 (9/03/2010)

⁴⁶⁷ P. DUNANT, préc., note 449, p. 17. Le contrat d'Haydn disait « he was to be under obligation to compose such music as His Serene Highness may command, and neither to communicate such compositions to any other person, nor to allow them to be copied, but ... shall retain them for the absolute use by his Highness, and not compose for any other person without the knowledge and permission of his Highness», tiré de K. GEIRINGER, *Haydn: A Creative Life in Music*, New York, 1946, p. 46, citation tirée de Lydia GOEHR, *The Imaginary Museum of Musical Works : An Essay in the Philosophy of Music*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 180. À noter, la théorie de Goehr dans ce livre est contestée. Voir Michael TALBOT, éd., *The Musical Work : Reality or Invention?*, Liverpool, Liverpool University Press, 2000.

⁴⁶⁸ P. DUNANT, préc., note 449, p. 17.

⁴⁶⁹ L. GOEHR, préc., note 467, p. 179-180.

⁴⁷⁰ P. DUNANT, préc., note 449, p. 17-18.

⁴⁷¹ *Id.*, p. 18.

Il qui interdit la contrefaçon et la vente de ses œuvres⁴⁷². C'est le retour à cette forme d'impression et le fait que les œuvres que l'on avait à publier et à vendre étaient celles des grands compositeurs du 18^e siècle qui mirent du vent dans les voiles du commerce des partitions et firent comprendre aux compositeurs « que les sommes considérables que gagnaient les éditeurs et les copistes étaient le salaire d'un travail qu'ils avaient seuls fournis »⁴⁷³. C'est cette prise de conscience qui serait à l'origine de la revendication et de l'obtention de leurs droits.

Par ailleurs, si les lois ont commencé par reconnaître aux compositeurs le droit d'interdire les copies papier de leurs œuvres, leurs droits de représentation n'ont été accordés, sauf l'exception française, qu'au cours du 19^e siècle. Avant cela, une fois publiée et vendue, l'œuvre musicale pouvait être jouée par n'importe qui et le compositeur ne pouvait l'empêcher ou en tirer des revenus.

Si l'on revient sur les pièces de musique, elles étaient, jusqu'au 18^e siècle, commandées pour des occasions précises. La musique était au service de l'employeur. Le compositeur devait s'enquérir auprès de son employeur pour savoir quelle devait être la durée de la pièce à composer et pour quels instruments et combien d'entre eux elle devait être composée⁴⁷⁴. Ce serait notamment pour répondre à ces commandes que les compositeurs utilisaient des passages de la musique des autres, même sans leur consentement, ou qu'ils imitaient leur style, et que cet échange/partage était normal, même encouragé, ce qui expliquerait pourquoi les compositeurs de cette époque ont tant de compositions à leur actif

⁴⁷² P. DUNANT, préc., note 449, p. 19.

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ L. GOEHR, préc., note 467, p. 179.

par comparaison à ceux d'aujourd'hui⁴⁷⁵. Selon la professeure Goehr, la musique a longtemps été affaire de prestation, d'exécution, plutôt que d'écrit. Les pièces de musique étaient souvent incomplètes, ce qui obligeait les musiciens qui les jouaient à improviser, en fonction des instructions reçues des compositeurs à propos de la trame de la pièce, pour en remplir les trous⁴⁷⁶.

Pour la professeure Goehr, tels furent les obstacles à la reconnaissance de la pièce de musique comme une œuvre musicale appartenant aux compositeurs. La servitude ne pouvait être un terreau fertile pour la composition d'une « œuvre musicale ». Ce n'est que lorsque les musiciens ont vu leurs pièces de musique comme une fin en soi, comme une œuvre d'art, et non comme un objet fonctionnel, qu'ils se sont mis à les individualiser, à composer des pièces achevées, originales⁴⁷⁷. Dès que la musique est devenue une œuvre complète, originale et, donc, une œuvre d'art, on a voulu en assurer la pérennité⁴⁷⁸ et ainsi la protéger.

De ce survol historique, il ressort que la protection des œuvres musicales fut un processus long et ardu. Comment se compare-t-il au chemin des chefs et des recettes? Les chefs furent eux aussi longtemps à l'emploi des nobles, des princes et des souverains. En France, ce fut la révolution française de 1789 qui mit un terme à nombre de ces postes et força les chefs à assurer leur subsistance autrement, en établissant des restaurants. Pour le professeur

⁴⁷⁵ L. GOEHR, préc., note 467., p. 181 et s.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 185-189.

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 218: « When composers began to individuate works as embodied expressions and products of their activities, they were quickly persuaded that that fact generated a right of ownership of those works to themselves. Thus, as music came to be seen as the product of a free person's labour, a change was deemed necessary in ownership rights. »

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 220 et s.

Mennell, l'avènement du restaurant a affranchi les chefs de leurs patrons aristocrates et a transformé le rôle qu'ils jouaient au sein de la société, comme ce fut le cas pour les écrivains, musiciens et artistes de la même époque⁴⁷⁹. Le restaurant leur a donné leur propre public⁴⁸⁰. Par ailleurs, le professeur Mennell note également que la plupart des chefs, au cours du 19^e siècle, ont été des employés mal payés et exploités, et non des propriétaires⁴⁸¹. La renommée des chefs et de la cuisine, au-delà du cercle restreint de la noblesse et des bourgeois, ne prend son envol en France qu'avec les grands restaurants des grands hôtels vers la fin du 19^e siècle⁴⁸². Les chefs-propriétaires français ne réapparaissent vraiment que vers la moitié du 20^e siècle⁴⁸³. Au Québec, la cuisine gastronomique française classique est présente, mais les balbutiements de la cuisine novatrice telle qu'on la connaît actuellement ne remontent essentiellement qu'aux années 1980⁴⁸⁴. Par comparaison avec la France, la gastronomie au Québec et au Canada est encore en plein développement. En France, l'importance accordée à la cuisine gastronomique résulte entre autres de l'influence du *Guide Michelin* – publié pour la première fois en 1901-, lequel n'a pas d'équivalent de même envergure et influence au Québec ou au Canada⁴⁸⁵.

Quant à la recette, elle est d'abord fonctionnelle : nourrir. Les Français considèrent depuis longtemps la recette et le plat gastronomiques comme une forme d'art mais, même en France, ni la recette ni le plat ne sont protégés par les tribunaux, qui les voient comme des idées, comme un savoir-faire. Par ailleurs, la recette écrite appert achevée et complète de

⁴⁷⁹ S. MENNELL, préc., note 8, p. 142-143.

⁴⁸⁰ *Id.*

⁴⁸¹ *Id.*, p. 167-169.

⁴⁸² S. MENNELL, préc., note 8, p. 157 et s.

⁴⁸³ *Id.*, p. 163-164.

⁴⁸⁴ A. DESJARDINS, préc., note 358, p. 13.

⁴⁸⁵ Il existe des guides, comme celui du journal *Voir*, mais aucun n'a le même poids.

nos jours, mais elle ne le fut pas toujours car, pendant longtemps, les livres de recettes ne donnaient pas les quantités pour les ingrédients ou étaient avarés d'instructions. Rappelons que les chefs s'influencent entre eux. Ils disent eux-mêmes être inspirés par la recette d'untel ou l'avoir modifiée ou être partis d'une recette de livre ou d'une recette ancestrale⁴⁸⁶. Les ouvrages sur la mise sur pied de restaurants recommandent à l'entrepreneur de fouiller dans les livres de recettes et autres banques de recettes pour choisir celles de son futur restaurant, qu'il adaptera par la suite⁴⁸⁷. Le partage et l'échange font donc partie du monde de la cuisine. Si l'originalité en musique a découlé du fait que les compositeurs ont cessé d'utiliser les passages des autres, cela est-il transposable à l'égard des recettes? Certains chefs sont certes plus novateurs; mais comment trouver la frontière entre la copie, l'inspiration et l'expression originale?

Les livres de recettes ont eux aussi fait l'objet de privilèges de publication octroyés par les rois⁴⁸⁸; à titre de livres, ils ont cependant bénéficié dès le départ de la presse à imprimer. Encore aujourd'hui, les recettes sont majoritairement publiées en groupe, comme compilations d'un nombre x de recettes. Tel fut aussi le cas des pièces de musique qui, au 18^e siècle, étaient publiées en recueil plutôt qu'individuellement⁴⁸⁹. Mais elles furent plus tard publiées et vendues comme des œuvres distinctes. Par contraste, les concepteurs des

⁴⁸⁶ Richard BASTIEN, *La cuisine bistro du Leméac*, coll. tout un chef/tout un plat, Montréal, Les Éd. de l'Homme, 2006, p. 9-10; A. DESJARDINS, préc., note 358, p. 102 (recette de base provenait de sa belle-mère); M. OTTENBACHER et R.J. HARRINGTON, préc., note 297, p. 20 (les premières sources d'inspiration des chefs allemands ayant des étoiles Michelin interviewés sont les autres restaurants et la littérature culinaire).

⁴⁸⁷ R.T. GORDON et M.H. BREZINSKI, préc., note 34, p. 68-69; Christian LATOUR, « La gestion stratégique des coûts en restauration... », *HRI : hôtels – restaurants – institutions*, vol. 8, no 2 (Mars 2004), p. 20, 21.

⁴⁸⁸ Voir F. MASSIALOT, préc., note 37 (10 ans en 1691) et F. P. VARENNE, préc., note 36, p. 326 (3 ans en 1728).

⁴⁸⁹ L. GOEHR, préc., note 467, p. 199.

recettes font le choix de ne pas vendre celles-ci à l'unité au grand public. Des fiches-recettes individuelles sont disponibles dans certains supermarchés, dans des annonces, ou dans des revues non spécialisées, mais elles sont données au public gratuitement, ou s'insèrent dans un ensemble d'informations variées; elles ne sont pas vendues à l'unité comme les partitions. Les fiches qui sont vendues le sont en groupe. Sur le plan commercial, la recette écrite n'apparaît pas généralement individualisée, alors que la pièce de musique ou le plat peuvent être individuellement achetés depuis des lustres. On ne peut entrer dans une librairie et acheter une seule recette, comme on peut le faire pour une partition. Vu la publication de recettes individuelles de chefs dans certaines revues, on comprend qu'ils donnent ou vendent des recettes individuelles⁴⁹⁰, sauf que cela n'appert pas une pratique généralisée à l'ensemble de la société. Elles servent notamment pour faire de la publicité. De ce fait, les chefs accordent-ils une grande valeur à leurs recettes individuelles?

En soi, les recettes n'ont rien de différent des pièces de musique. Toutes les deux sont un langage, elles communiquent quelque chose⁴⁹¹. Pour que les recettes écrites soient individuellement protégeables comme œuvres littéraires, l'exemple de la musique mène à conclure qu'il faudrait que les chefs voient leurs recettes comme une fin en soi, comme une œuvre individuelle à part entière. C'est une prise de conscience semblable, et l'affranchissement de la servitude, qui a mené à la protection des œuvres des compositeurs et des auteurs littéraires. Même si les chefs se sont affranchis de leur servitude

⁴⁹⁰ La revue *Flaveurs* donne des recettes de chefs spécifiques, tout comme le fait le journal *Voir* à www.recettesdechef.qc.ca.

⁴⁹¹ Dans son ouvrage de 1879, Pouillet soutient que la musique est un langage qui parle à l'esprit ou à l'âme et n'est en réalité qu'une forme de propriété littéraire parce qu'elle se manifeste aux yeux par des signes sur du papier. Voir E. POUILLET, préc., note 464, p. 64.

aristocratique, plusieurs sont de nos jours à l'emploi d'entreprises, car les restaurants sont des entreprises coûteuses. De plus, les chefs gastronomiques veulent développer leur propre style de cuisine et les recettes et plats qu'ils développent s'y inscrivent⁴⁹²; c'est l'ensemble de la cuisine du chef, son œuvre globale, son style de cuisine, son exécution, qui attire généralement plus qu'une seule recette. On peut cependant dire la même chose des compositeurs, lesquels ne sont pas tous à leur compte et qui ont leur style bien à eux qui attire à eux des auditeurs.

Ainsi, une partie des chefs ne tirent probablement pas de revenus directs de leurs recettes individuelles comme c'est le cas pour les compositeurs. Certains composent des livres de cuisine, mais ils ne vendent pas leurs recettes individuellement, d'autres les donnent gratuitement sur les sites web de leur restaurant. La recette prend plus la forme d'un faire valoir que d'une œuvre, ce qui, par contre, ne s'oppose pas à sa protection, le droit d'auteur ayant protégé des catalogues et des annonces. D'un côté, la situation des chefs a des points en commun avec celle des compositeurs d'avant le droit d'auteur, mais d'un autre, les chefs ont eu amplement le temps de revendiquer la propriété de leurs recettes et ont jusqu'ici choisi de ne pas le faire. La raison est peut-être qu'ils n'estiment pas cela nécessaire. La grande différence reste dans le traitement du produit du travail. La pièce de musique est vendue individuellement depuis longtemps et s'est progressivement vue reconnaître divers droits en raison du revenu tiré de sa vente. Par contraste, le choix actuel est de ne pas vendre la recette individuellement, mais en groupe - sauf dans des cas précis-, et donc de ne pas en tirer directement un revenu. À ce moment-ci, on voit mal comment l'on pourrait protéger la recette individuelle alors que sa vente n'est pas généralisée, alors qu'elle n'est pas perçue

⁴⁹² M. OTTENBACHER et R.J. HARRINGTON, préc., note 297.

par ceux qui la conçoivent et la commercialisent comme un outil de revenu direct (au lieu d'un outil de promotion des services).

Ainsi, même si la recette écrite peut être un œuvre littéraire, au-delà des considérations de la dichotomie idée/expression, c'est son traitement actuel qui constitue un obstacle à sa protection comme œuvre individuelle en sus de son actuelle protection comme élément d'une compilation. Reste à savoir cependant si la protection de la recette individuelle constituerait un outil encourageant l'innovation ou plutôt une entrave à la créativité des chefs.

Ayant maintenant terminé notre examen de l'œuvre littéraire, il y a lieu de passer à la catégorie de l'œuvre artistique. Comme les sons résultent de la musique, le plat résulte de la recette. C'est souvent l'apparence des plats gastronomiques qui mène à la vision qu'ils sont de l'art. Peuvent-ils être assimilés à une œuvre artistique au sens du droit d'auteur?

3. Œuvre artistique

*« Les beaux arts sont au nombre de cinq, à savoir: la peinture, la sculpture, la poésie, la musique et l'architecture, laquelle a pour branche principale la pâtisserie. »
Antonin Carême*

Une visite dans un grand restaurant (ou certains bistrot) est souvent un plaisir pour les yeux. Certains chefs étagent et disposent les éléments de leurs plats de façon artistique.

Pour le professeur Jean-Paul Branlard, la cuisine est un art du temps, des couleurs, des volumes et des matériaux⁴⁹³.

Les auteurs favorisent la protection du plat par l'œuvre artistique pour diverses raisons : le plat constitue un « ensemble de formes perceptibles par le goût », donc une forme au sens du droit d'auteur⁴⁹⁴; la recette, dans sa forme plat, est une œuvre artistique⁴⁹⁵; le plat lui-même (comme un gâteau), non sa recette, peut être une œuvre d'art⁴⁹⁶; il peut être une œuvre gastronomique, qu'il faudrait présenter physiquement aux juges au lieu de la recette, qui n'est qu'un algorithme culinaire⁴⁹⁷; il constitue une « expression créative » au bénéfice du goût⁴⁹⁸, exprimant les émotions et le goût des chefs et provoque des émotions chez celui qui déguste⁴⁹⁹. Autre argument, la recette ne serait que le moyen de fixer le plat au sens du droit d'auteur⁵⁰⁰. La nature expressive du plat s'appuierait sur l'attachement important qu'ont certains chefs envers la fraîcheur des produits et leur provenance locale⁵⁰¹, attachement qu'ont d'ailleurs certains chefs canadiens, allant parfois jusqu'à restreindre la provenance de leurs produits à l'intérieur d'un rayon de x kilomètres de leur restaurant⁵⁰².

⁴⁹³ J.-P. BRANLARD, préc., note 195, p. 260. Texte également publié dans Jean-Paul BRANLARD, *Droit et gastronomie, Aspect juridique de l'alimentation des produits gourmands*, Paris, Gualino éditeur, 1999.

⁴⁹⁴ O. LALIGANT, préc., note 411, p. 120.

⁴⁹⁵ T. S. L. CHENG, préc., note 1, p. 96.

⁴⁹⁶ Malla POLLACK, « Intellectual Property Protection for the Creative Chef or How to Copyright a Cake: A Modest Proposal », (1990-1991) 12 *Cardozo L. Rev.* 1477.

⁴⁹⁷ PIREDDA, préc., note 342, p. 279.

⁴⁹⁸ C.J. BUCCAFUSCO, préc., note 331, p. 1131-1132.

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 1135.

⁵⁰⁰ *Id.*, p. 1139.

⁵⁰¹ *Id.*, p. 1135.

⁵⁰² Tel est la philosophie du Sooke Harbour House, à Victoria, en Colombie-Britannique, <http://www.sookeharbourhouse.com/victoria-fine-dining-seafood-restaurant/> et du DNA, à Montréal, <http://www.dnarestaurant.com/index.php?id=4> (21/02/2010).

Le plat peut-il être une œuvre artistique? La *Loi sur le droit d'auteur* définit celle-ci en disant qu'elle comprend notamment : les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques⁵⁰³. Tous les exemples de la loi supposent une œuvre visuelle mais, surtout, un support tangible, une fixation durable, et c'est ce qui s'oppose aux œuvres artistiques éphémères. L'éphémère, comme le maquillage qui peut et sera enlevé, ne serait pas protégeable⁵⁰⁴. L'œuvre artistique est ainsi identifiable⁵⁰⁵. De plus, elle n'a pas à être une « œuvre d'art » pour être protégée, mais elle doit avoir une expression objective⁵⁰⁶. Elle n'a donc pas à répondre à un critère de mérite artistique ou d'esthétisme, sauf peut-être pour ce qui est des œuvres des artisans qui, selon la version anglaise de la loi, sont qualifiées de « works of artistic craftsmanship »⁵⁰⁷ alors que la version française utilise « œuvres artistiques dues à des artisans », ne requérant aucun mérite artistique.

La signification de l'œuvre artistique a été peu examinée au Canada, sauf dans la décision *DRG Inc. c. Datafile Inc.*⁵⁰⁸, qui a considéré comme œuvre artistique des étiquettes blanches et colorées servant à identifier des dossiers. Le tribunal y estime que laisser aux tribunaux le soin de déterminer ce qui est « artistique » ou ne l'est pas serait une mauvaise

⁵⁰³ Définition d' « œuvre artistique » à l'article 2 LDA.

⁵⁰⁴ D. GERVAIS et E.F. JUDGE, préc., note 316, p. 33. Voir, en droit anglais, *Merchandising Corp. Of America Inc. v. Harpbond Ltd.*, [1983] F.S.R. 32, 46 (Eng. C.A.) : « If the marks are taken off the face there cannot be a painting. A painting is not an idea: it is an object; and paint without a surface is not a painting. Make-up, as such, however idiosyncratic it may be as an idea, cannot possibly be a painting for the purposes of the Copyright Act 1956. »

⁵⁰⁵ J. MCKEOWN, préc., note 362, par. 10:4.

⁵⁰⁶ D. GERVAIS et E.F. JUDGE, préc., note 316, p. 32.

⁵⁰⁷ J. MCKEOWN, préc., note 362, par. 10:8.

⁵⁰⁸ (1987) 18 C.P.R. (3d) 538 (C.F.), conf. par (1991) 35 C.P.R. (3d) 243 (C.A.F.).

idée⁵⁰⁹. Selon lui, le terme « artistique » utilisé dans l'expression « œuvre artistique » constitue une description générale d'œuvres qui sont exprimées dans des médias visuels⁵¹⁰. Il conclut que les étiquettes sont incluses dans les « gravures » parce qu'elles y sont similaires au sens de la définition de « gravures » dans la loi. Il ajoute en *obiter* que, même si les étiquettes n'étaient pas des gravures, elles seraient néanmoins des œuvres artistiques au sens de la loi, car leur originalité serait comparable à celle des examens protégés dans la décision *University of London Press*⁵¹¹. Puisque ce test ne requiert pas qu'une œuvre artistique soit une œuvre d'art et que le plat a clairement une nature visuelle, la question de savoir si le plat est, objectivement parlant, de l'art ne se pose plus. Dans la mesure où le plat est considéré exprimer quelque chose, cela suffit pour conclure qu'il peut être une œuvre artistique.

De la décision *DRG Datafile* ressort qu'il est préférable de comparer les plats à une œuvre énumérée dans la définition de l'œuvre artistique aux fins de déterminer s'ils peuvent s'y glisser. Tel est d'ailleurs le raisonnement suivi dans une décision britannique où le juge, qui devait déterminer si les éléments d'une scène créée en vue d'être photographiée pouvaient constituer une œuvre artistique, examine tour à tour si cette scène peut être une sculpture, une œuvre d'un artisan ou un collage au sens de la loi sur le droit d'auteur britannique⁵¹². Il conclut en bout de ligne qu'elle ne s'assimile à aucune d'entre elles. Si l'on applique ce raisonnement à l'examen de la nature des plats, les seules œuvres mentionnées dans la définition de l'œuvre artistique qui ont une forme tridimensionnelle se rapprochant de celle

⁵⁰⁹ *DRG Inc. c. Datafile Inc.*, préc., note 508, p. 544, par. 12.

⁵¹⁰ *Id.*, p. 545, par. 15.

⁵¹¹ *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, préc., note 363.

⁵¹² *Creation Records Ltd v News Group Newspapers Ltd*, [1997] E.M.L.R. 444 (H.C. C.Div.).

des plats sont les sculptures et les œuvres architecturales. Comme les sculptures et les œuvres architecturales, la place occupée par les plats dans l'espace est prééminente et est inhérente à leur nature.

Quant aux sculptures, la loi ne les définit pas autrement qu'en y assimilant les moules et les modèles⁵¹³. Selon *Le Petit Robert*, la sculpture est une « [r]éprésentation dans l'espace, création d'une forme en trois dimensions au moyen d'une matière à laquelle on impose une forme déterminée, dans un but esthétique [...] œuvre d'art plastique en trois dimensions »⁵¹⁴. La sculpture n'a pas été définie dans la jurisprudence canadienne. Un récent arrêt britannique a confirmé une série de facteurs pour déterminer ce qui constitue une sculpture, dont certains pourraient favoriser l'assimilation du plat à une sculpture (plaisant pour le regard; l'objet est celui du créateur; pas de jugement sur le mérite artistique; processus de fabrication n'est pas déterminant) et d'autres la contredire (interpréter selon le sens usuel de sculpture et ne pas trop s'en éloigner; d'une nature qu'on s'attend à trouver dans une galerie d'art; tout ce qui est tridimensionnel n'est pas une sculpture; intrinsèquement conçue pour être appréciée visuellement)⁵¹⁵. Selon l'avocat John Mckeown, ce jugement pourrait être jugé convaincant en droit canadien⁵¹⁶. La qualification du plat comme sculpture n'est pas impossible selon ces critères; tout dépend de la perception qu'on a du plat. Ces critères reposent pour l'essentiel sur le sens que le public

⁵¹³ Art. 2 LDA.

⁵¹⁴ Définition de « sculpture », *Le Nouveau Petit Robert*, préc., note 31, p. 2303.

⁵¹⁵ *Lucasfilm Ltd. v. Ainsworth*, [2009] EWCA Civ 1328, par. 54 (C.A.). La Cour d'appel a retenu les critères élaborés par le premier juge pour l'aider à déterminer si les casques et armures en plastique des soldats de Star Wars pouvaient être des sculptures en vertu de la loi sur le droit d'auteur britannique.

⁵¹⁶ John MCKEOWN, « What Is a "Sculpture" for Copyright Purposes », *The Cassels Brock Report – March 2010* http://www.casselsbrock.com/CBNewsletter/The_Cassels_Brock_Report__March_2010 (12/08/2010).

attribue au mot « sculpture »; il reste donc à savoir si le public canadien entrevoit les plats de cuisine comme des sculptures.

Quant à l'œuvre architecturale, la loi la définit ainsi : « Tout bâtiment ou édifice ou tout modèle ou maquette de bâtiment ou d'édifice ». L'association de la cuisine et de l'architecture remonte à l'époque médiévale, mais c'est avec Carême qu'elle est revitalisée, celui-ci ayant créé nombre de pièces montées en pâtisserie prenant la forme d'œuvres architecturales⁵¹⁷. Elle se justifierait parce que tant la cuisine que l'architecture sont de pensée corporelle, inspirées par les matériaux à utiliser plutôt que par des notions théoriques⁵¹⁸. Les proportions seraient aussi un élément en commun entre ces deux domaines, tout comme le fait que chaque élément joue un rôle dans la construction : « Architects and cooks use construction and cookery to make something out of unrelated ingredients. In other words, they are capable of converting what already exists into something that it was not before. »⁵¹⁹ Ce parallèle entre la cuisine et l'architecture séduit, puisque tant l'édifice que le plat sont des assemblages de divers matériaux/ingrédients qui ont tous deux une apparence hétérogène.

Malgré cela, l'obstacle à l'assimilation du plat à l'œuvre architecturale est non seulement la définition que donne la loi de cette œuvre, mais aussi la nécessité de fixation qu'on en tire. Cette nécessité entrave également son assimilation à une sculpture. Le critère de fixation discuté plus haut est considéré inhérent à la catégorie des œuvres artistiques. Comme la

⁵¹⁷ Marco Frascari, « Canadian Cosmopoiesis : Meditations on Cuisine and Architecture », (2009) 1:2 *Cuizine : revue des cultures culinaires au Canada*, par. 9, 10, <http://www.erudit.org/revue/cuizine/2009/v1/n2/037852ar.html>

⁵¹⁸ *Id.*, par. 3.

⁵¹⁹ *Id.*, par. 32.

sculpture, l'œuvre architecturale se veut durable. L'une comme l'autre ont cependant leur pendant éphémère, comme une sculpture et un hôtel de glace, mais l'hôtel de glace est en principe construit selon un plan, lequel est en considéré comme une œuvre artistique par la définition de la loi. Évidemment, si l'on considère que la recette écrite est la fixation du plat, pourrait-on la comparer aux plans d'un hôtel de glace ou aux esquisses d'une sculpture? Cela appert difficile puisqu'un plan demeure une forme de dessin, alors qu'une recette écrite n'est pas un dessin, mais un texte, et un texte n'est clairement pas compris dans la définition de l'œuvre artistique. On constate ici un mélange des genres.

Le juge dans *DRG Datafile* a estimé que même en n'assimilant pas les étiquettes à des gravures, il conclurait tout de même que celles-ci sont des œuvres artistiques en raison de leur originalité. Si des étiquettes peuvent être originales, on peut y voir une ouverture aux plats. De plus, la définition de l'œuvre artistique se veut expansive et non limitative, puisqu'elle utilise les termes « sont compris parmi les œuvres artistiques ». L'ouverture de cette définition et de la jurisprudence pourrait permettre aux plats de s'y insérer, sauf que, tel que souligné plus haut, tous les exemples de cette définition sont des œuvres au départ durables, alors que les plats ne le sont pas. La première entrave à la reconnaissance des plats comme œuvres artistiques est ainsi leur nature éphémère. Cette distinction entre durabilité et nature éphémère est assez trouble. Elle n'est pas faite dans la loi, mais résulte de son interprétation. La nature éphémère est vue comme le contraire de la fixation. La doctrine s'entend à dire que la fixation dans un support tangible et durable se déduit de l'énumération de la loi pour les œuvres artistiques⁵²⁰, même si elle n'y est pas clairement exprimée. Tel qu'indiqué plus haut, la loi protège certaines œuvres intangibles ou

⁵²⁰ H.G. RICHARD et L. CARRIÈRE, préc., note 432, p. 2-244.

éphémères, mais, dans ces cas-là, elle prend la peine de les nommer et même parfois d'exiger leur fixation. Par extension, si la loi voulait protéger les œuvres artistiques éphémères, et d'autant plus les plats de cuisine, elle le dirait clairement.

Donc, même en comparant les plats à des sculptures ou à des œuvres architecturales, leur différence fondamentale ressort : le plat n'a pas comme vocation de durer, et encore moins celui qui est de nature gastronomique, préparé sur commande. Un plat voit sa forme s'étioler avec le temps lorsqu'il n'est pas consommé. Un gâteau de crème glacé fondrait et perdrait toute forme... à moins d'être conservé dans le congélateur. Mais même les œuvres en conserve ou congelées ont vocation à disparaître. Faire une distinction entre les plats frais et ceux congelés ou en conserve peut difficilement se justifier alors que la loi ne fait pas de distinctions similaires au sein même des formes d'œuvres qu'elle dit protéger. De plus, une telle distinction rendrait les plats gastronomiques, ceux-là même que les auteurs veulent protéger, non protégeables. Ce caractère de préservation a une utilité pratique, mais n'est pas inhérent à la nature du plat, comme l'est la durabilité en ce qui a trait à une sculpture ou d'une peinture. Certes, toute œuvre peut avoir un pendant éphémère, mais le plat est de prime abord éphémère alors que la sculpture est de prime abord durable. En outre, si la notion de durée, de pérennité, est inhérente au droit d'auteur, qui, accorde généralement des droits pendant une longue période, peut-on penser exercer des droits sur une œuvre non fixée, sur une œuvre bientôt détruite? Dans la mesure où le monopole est conféré en échange de l'œuvre, que reçoit la société lorsque l'œuvre est éphémère? La fixation d'une manière ou d'une autre prend tout son sens. Pour exister, l'œuvre « de cuisine » devra être refaite et refaite. Elle s'inscrirait alors peut-être plus dans l'œuvre due à des artisans, qui nécessite probablement encore plus un caractère tangible et durable,

mélangeant art et utilité. Quant à l'utilité, la loi ne protège pas les objets utilitaires reproduits à plus de cinquante exemplaires⁵²¹. Selon l'interprétation actuelle de l'œuvre artistique au Canada, la nature éphémère et utilitaire du plat de cuisine appert donc un important frein à sa protection comme œuvre artistique.

Qu'à cela ne tienne, peut-on dès lors recourir à l'argument de l'auteur Buccafusco et se demander si la recette peut être la fixation de l'œuvre artistique? D'un côté, la loi canadienne fait une distinction claire entre les œuvres littéraires et les œuvres artistiques, mais d'un autre, elle a fait passer les plans de la catégorie des œuvres littéraires à celle des œuvres artistiques. Tel qu'indiqué sous la section sur l'œuvre littéraire, on constate un mélange des genres, c'est pourquoi la comparaison entre la recette, un écrit, et le plan d'une œuvre architecturale, un dessin, apparaît difficile. Par ailleurs, la musique écrite a été longtemps considérée comme une œuvre littéraire en raison justement de son pendant mis à l'écrit. Tout dépend donc d'où l'on place l'exercice créatif culinaire. Si c'est dans la formulation de l'agencement qui mène au plat, on peut penser que la recette serait plus littéraire parce qu'elle en appert l'expression, comme le roman pour une histoire. Si c'est dans l'exécution, dans le résultat, alors la recette écrite serait vue comme le pendant du plat, comme la partition pour la musique ou le plan pour l'œuvre architecturale. Dans un tel cas, il faut que le plat/l'œuvre gastronomique soit formellement reconnue par la loi pour ce faire.

Notons ici que la question de la protection du plat comme œuvre artistique peut viser plus que le plat lui-même. Ce dernier est souvent photographié pour montrer de quoi il doit avoir

⁵²¹ Art. 64 et 64.1 LDA.

l'air à la fin de sa préparation, pour le rendre alléchant et nous le vendre. L'image du plat peut-elle alors devenir un enjeu? Pour le professeur Piredda, si, puisqu'il s'est interrogé sur la protection des images de plats gastronomiques, étant donné que leur affichage sur Internet fait perdre tout contrôle sur celles-ci⁵²². Il estime qu'il y a lieu de garantir un droit de représentation de l'œuvre gastronomique. Ce questionnement peut être étendu aux photos de plats dans les livres de recettes. Ces photos font naître un autre questionnement lorsqu'elles sont multiples dans le livre de recettes : leur présence abondante transforme-t-elle la compilation littéraire en compilation artistique? Cela reste à voir. De plus, non seulement l'image du plat peut-elle être capturée dans une photo, mais elle peut aussi être reproduite de façon tridimensionnelle. En effet, les plats ont leur équivalent durable : des modèles de plats en résine, très populaires au Japon. Ces modèles, qui, dit-on, ont l'air plus vrais que vrais, au point d'en être alléchants, sont mis à la disposition des clients afin qu'ils puissent faire leur choix sans avoir besoin de lire le menu du restaurant⁵²³. De modèles semblables sont aussi utilisés aux États-Unis⁵²⁴, notamment dans le domaine de la nutrition, mais pour l'instant la pratique japonaise ne s'est pas réellement étendue jusqu'ici. Vu ces situations, l'image du plat doit-elle être protégée? Pour pouvoir l'envisager, il faut que le plat soit lui-même reconnu comme une œuvre. Cette question de l'image fait émerger un paradoxe : une photo d'un plat serait protégée, mais non le plat lui-même, lui-même le résultat de talent et de jugement. Ce paradoxe ne s'étendrait pas au modèle de résine qui rentrerait plutôt dans les objets utilitaires, s'il y a lieu.

⁵²² Valfrid PIREDDA, « Droit, Gastronomie et Internet – la mise en place d'un site Web de commerce gastronomique, dans le respect du droit d'auteur », dans *Gastronomie, alimentation et droit : mélanges en l'honneur de Pierre Widmer*, Zurich, Schulthess, 2003, p. 227.

⁵²³ Voir Yoko HANI, « A feast for the eyes », *The Japan Times* online, Nov. 24, 2002, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/fl20021124a3.html> (08/08/2010); Tony MCNICHOL, « Good Enough to Eat », *Wingspan*, October 2008, p.8, <http://tonymcnicol.com/wp-content/uploads/2008/10/article-on-plastic-food.pdf> (08/08/2010).

⁵²⁴ Par exemple : <http://www.fake-foods.com/> .

Terminons cette partie sur le droit d'auteur en abordant la dichotomie recette/plat exposée au début de ce travail et proposée par certains auteurs. Le processus créatif du plat et de la recette se fait en plusieurs étapes. Les chefs étoilés Michelin imaginent en premier lieu leurs combinaisons dans leur tête en fonction de trois facteurs (goût, texture et couleurs) afin d'arriver à un contraste harmonieux, et ce n'est que par la suite qu'ils testent leurs combinaisons culinaires en cuisine puis les font déguster par des goûteurs pour avoir leurs commentaires⁵²⁵. Le plat et la recette sont intimement liés. La rédaction de la recette suit certainement le processus de développement. C'est cette rédaction des quantités précises et des procédés à suivre qui permet aux chefs d'arriver au même résultat chaque fois, de recréer la même « œuvre d'art » que l'on veut protéger, indépendamment du savoir-faire de la personne qui l'exécute. Les instructions, les ingrédients et leur quantité nous semblent faire partie intégrante du plat qui sera réalisé et, sans eux, la recréation systématique du plat apparaît difficile. En général, le plat n'a pas vocation d'être unique. Leur écriture permet la pérennité et la standardisation du plat⁵²⁶. Sous ce regard, la dichotomie pratiquée appert vider le plat de son essence même. Une recette écrite, comme orale, permet la réalisation d'un plat donné. Vu la spécificité du processus créatif culinaire, toute protection de la recette ou du plat par le droit d'auteur serait probablement mieux réalisée sous la forme d'une catégorie distincte spécifiquement édictée par le législateur, comme l'œuvre gastronomique, dans la mesure où il serait conclu que le droit d'auteur est la meilleure forme de protection pour la recette et le plat eu égard aux besoins des chefs.

⁵²⁵ M. OTTENBACHER et R.J. HARRINGTON, préc., note 297 p. 18 et suiv.

⁵²⁶ Pour pérennité et standardisation : C. LATOUR, préc., note 487, p. 20.

Conclusion

*« La cuisine est un art difficile; l'Amphitryon généreux en fait la grandeur et la dignité. »
Antonin Carême, L'art de la cuisine française au 19^e siècle, 1847*

L'idée première derrière ce travail était de savoir si les recettes de cuisine gastronomiques des chefs pouvaient être protégées par le droit de la propriété intellectuelle canadien. Au fur et à mesure de la recherche et de la réflexion sur cette question, il est devenu apparent qu'il ne pouvait être fait abstraction des recettes traditionnelles et familiales ou des recettes industrielles. Aux premières se rattache la cuisine familiale et leur participation dans notre vie de tous les jours et, donc, une opposition à ce qu'elles soient appropriées et que leur usage soit restreint à l'usage exclusif d'une personne. Quant aux dernières, il s'est révélé qu'elles étaient déjà dans les faits protégées par les entreprises au moyen des secrets de commerce et des brevets.

Au terme de notre examen, une première conclusion s'impose, la recette peut être un bien susceptible de propriété privée ou collective et cette qualification dépend du type de recette concernée. Chaque type commande dès lors une forme différente de protection.

Il est clair que les recettes et les plats qui composent la cuisine familiale, la cuisine de tous les jours, la cuisine de base, sont des éléments culturels qu'il faut garder à l'abri de l'appropriation. Celles-ci n'existent pas pour le profit et doivent demeurer ouvertes à tous. Les insérer dans les savoirs traditionnels fait donc beaucoup de sens. Il ne faut cependant pas oublier que la cuisine est l'affaire de tous les peuples et que même des peuples non autochtones peuvent vouloir préserver leurs recettes qui en sont venus à constituer leur

cuisine locale. Pensons aux tourtières, pâtés chinois et autres plats qui forment notre patrimoine culinaire au Québec.

Les indications géographiques sont intéressantes comme outil de préservation du caractère collectif de la recette. Sous cet angle, on les voit plus comme un moyen de permettre à tous les membres d'une collectivité de cuisiner une recette afin qu'ils puissent tous en profiter. L'enchâssement de la recette pour obtenir l'indication ouvre la recette à tous au lieu de la refermer. Par ailleurs, la préservation de la recette n'est qu'indirecte puisque c'est uniquement le nom du produit final qui est protégé en pratique et, pour que cette protection dure, l'indication doit être activement défendue par ses détenteurs. Comme les marques d'ailleurs, qui se limitent elles aussi à protéger le nom du produit ou du service, son slogan ou sa forme. L'une comme l'autre ne peuvent protéger la recette de façon à la réserver pour une seule personne, mais elles peuvent agir contre la concurrence déloyale. Tel était l'utilisation visée par la recommandation du Bureau des brevets, au début du 20^e siècle, de protéger le médicament par la marque. La nature même des marques permet de les écarter rapidement comme moyen de protection et même de constater que ce sont plutôt elles qui sont valorisées par les recettes.

L'intérêt du droit d'auteur pour les recettes et plats réside dans le fait que celui-ci existe sans enregistrement, sans nécessité de mettre en place des mesures de protection ou de se soumettre à un lourd régime d'examen. Il donne à l'auteur le droit de publier son œuvre, de la reproduire, de la représenter et de l'exécuter. Ce qui veut dire qu'une entreprise ou un chef pourrait non seulement empêcher la copie de sa recette, mais en interdire l'exécution, ce que font actuellement les entreprises par l'entremise des conditions d'utilisation de leur

site Web, droit que le droit canadien ne leur accorde pas à ce moment-ci. En contrepartie du droit d'auteur, toutes les recettes, peu importe leur banalité, seraient protégées. Le droit d'auteur protégerait aussi toutes les variations possibles d'une recette; quelques changements d'ingrédients et de formulation donneraient une nouvelle recette protégeable, une nouvelle expression. La banalité et l'infinie variation des recettes deviendraient certainement une entrave à l'exercice de la profession de chef dans ses pratiques actuelles. De ce fait, les chefs qu'on voudrait favoriser en protégeant leurs recettes seraient eux-mêmes assujettis au droit d'auteur des recettes desquelles ils s'inspirent. De plus, le droit d'auteur ne garde pas secrètes les œuvres, contrairement aux secrets de commerce. Ultiment, l'ouverture au droit d'auteur pour la recette dépend du fait de savoir si la recette réussit à passer l'étape de la dichotomie expression/idée, car il s'est avéré que la recette peut être originale, fixée à l'écrit et à tout le moins une œuvre littéraire lorsqu'écrite.

L'examen de l'historique de la protection de la musique a permis de discerner des ressemblances entre la musique et la recette ainsi qu'entre les compositeurs et les chefs. Ultiment, c'est la volonté des compositeurs eux-mêmes de vivre de leur musique qui les a amenés à réclamer la protection de leurs compositions. Pour l'instant, une telle volonté ne peut être dégagée des pratiques des chefs, qui s'influencent entre eux, qui se partagent leurs connaissances, qui ne vendent pas de façon générale leurs recettes à la pièce. Comment expliquer ces deux volontés distinctes? Peut-être la quotidienneté de la cuisine, la nécessité de manger, la participation du chef à la préparation des plats, la moindre valorisation historique de la profession de cuisinier par contraste avec le statut d'artiste des compositeurs, le temps pris pour composer une pièce versus la conception d'une nouvelle recette, ...

Par ailleurs, l'assimilation de la recette et du plat à la musique écrite ou aux œuvres artistiques comporte son lot de difficultés en raison du mélange des genres. La recette est écrite comme la partition, mais le plat est tangible comme la sculpture, tout en étant éphémère comme la musique. Les sons sortent au moment même de l'exécution de la partition, tandis que le plat résulte de l'exécution de la recette; sa forme finale ne vient qu'après la préparation. Ces distinctions favorisent la protection par une catégorie taillée sur mesure pour la recette et le plat, qui ne gagnent pas à faire l'objet d'une dichotomie. Et même si le droit d'auteur vient à être applicable autrement que par l'entremise des compilations, la mise en application des droits qu'il confère apparaît difficile à réaliser. Une société de gestion serait requise pour l'exécution des recettes en public, et que dire de l'exécution en privée? Comment justifier des droits aussi étendus sur quelque chose d'aussi fondamental que la cuisine? L'utilisation équitable serait inévitable. Des questions de droit moral pourraient surgir. Si la reconnaissance de la paternité de l'œuvre apparaît utile, une modification d'une recette pourrait-elle porter atteinte au droit moral de son auteur? De plus, parce qu'elles sont présentes en grand nombre sur l'Internet, les recettes se frapperaient aux mêmes problèmes, au même chamboulement, que vit en ce moment l'industrie de la musique. Le droit d'auteur n'appert donc pas la meilleure solution. La recette individuelle n'étant pas protégée par le droit d'auteur et ne gagnant pas à l'être, les quelques enregistrements de recettes au registre des droits d'auteur de l'OPIC sont en pure perte⁵²⁷, enregistrement non assujetti à quelque approbation, examen ou validation.

⁵²⁷ Une recherche avec les mots « recette » et « recipe » donne environ une dizaine de résultats en tout.

Quant aux brevets, notre recherche a fait ressortir qu'on a déjà recours à eux pour protéger la recette industrielle. Ce n'est guère surprenant puisque l'intérêt du régime des brevets est de garantir un monopole qui autorise le détenteur du brevet à interdire à quiconque de réaliser ou de vendre l'invention protégée par le brevet. Mais si les entreprises alimentaires industrielles ont réussi à s'en prévaloir pour certaines recettes et aliments, cela est loin d'être aussi évident pour les recettes de chefs. Celles-ci apparaissent un savoir-faire professionnel exclu de la brevetabilité et peuvent facilement se heurter aux trois critères de la brevetabilité. Par ailleurs, peu importe le genre de recette en cause, nombre de recettes constituent l'amélioration ou la modification d'une autre et seront dès lors anticipées ou non évidentes selon les critères de brevetabilité en raison, entre autres, de livres de recettes ou brevets alimentaires antérieurs. De plus, les recettes devront se trouver une utilité autre que le plaisir; elles doivent résoudre un problème. Tout n'est pas brevetable. À leur façon, les brevets restreignent énormément l'étendue des recettes protégeables peu importe leur genre. Celles-ci doivent être novatrices, donc non banales.

Comparés aux secrets de commerce, les brevets ne gardent pas la recette secrète et tout avantage qu'ils confèrent est limité dans le temps. Le brevet n'est pas la solution pour celui qui veut que sa recette demeure inconnue de tous. Coca-Cola n'aurait pas la même présence dans le marché si sa recette était brevetée, tout comme la Caramilk qui utilise encore son secret comme moyen de commercialisation. Le brevet accorde par ailleurs le contrôle de la recette dans l'ensemble du marché, ce que ne peut faire le secret. Il interdit la rétro-ingénierie pour un temps. Finalement, les formalités du régime des brevets apparaissent ainsi trop coûteuses, trop longues et trop complexes pour les recettes de chefs. Seule la recette industrielle, pouvant donner lieu à de gros profits, peut justifier de l'utiliser. Pensons

ici à notre sauce au fudge coulante. Les concurrents pourraient rapidement l'analyser et en déceler les propriétés – au plus en un an selon les jugements rapportés. Le régime des brevets permet d'en interdire la vente. Pour se prévaloir du régime de brevets, les revenus potentiels doivent donc justifier l'investissement. De plus, la recette pourrait être dépassée ou démodée au moment où le brevet est délivré. Pour le chef qui fait de la gastronomie ou une cuisine bistrot, cela apparaît un délai et un fardeau inutiles pour une activité déjà onéreuse à faire rouler et en constante évolution. On imagine mal concilier le régime des brevets avec un restaurant qui fonctionne à l'ardoise, avec les produits frais du marché, qui change ses recettes et plats selon les saisons et la disponibilité du produit. Le brevet pourrait être d'intérêt pour une nouvelle technique de cuisine, comme la cuisson sous vide ou les diverses techniques développées par Ferran Adrià, mais, pour la recette elle-même, ses formalités apparaissent sans commune mesure avec les besoins d'un chef de restaurant.

Il reste les secrets de commerce. Notre examen a révélé qu'ils servent déjà pour protéger les recettes industrielles⁵²⁸, et qu'ils ne permettent pas de protéger les recettes banales et usuelles, ce qui rend leur application difficile, mais non impossible, dans les restaurants. Les secrets doivent s'attacher à des recettes qui sortent de l'ordinaire, ce qui veut dire que toutes les recettes ne peuvent être protégées grâce à eux. La reconnaissance des recettes extraordinaires secrètes par les tribunaux passe par leur nécessaire protection par des contrats, par des mesures pratiques restreignant l'accès à celles-ci. Ce sont ces contrats, leur signature, leur respect, qui présentent des difficultés pour le chef restaurateur, étant donné

⁵²⁸ À preuve, un récent jugement américain confirmant une injonction interlocutoire pour empêcher au cadre d'une entreprise alimentaire d'aller travailler chez un concurrent direct parce que celui-ci est l'une des sept personnes connaissant la recette de muffin anglais de l'entreprise : *Bimbo Bakeries USA Inc. v. Botticella*, No 10-1510, U.S. C.A. 3rd Cir., July 27, 2010, 38 p., 2010 U.S. App. Lexis 15314.

un fort roulement d'employés de restaurants, tout comme l'implantation et le maintien à long terme des mesures pratiques. Bien que l'affaire *Magistro* a reconnu la possibilité que des recettes de restaurant soient des secrets, l'absence de secret est généralisée dans la restauration et les idées peuvent généralement être rapidement copiées ou imitées par les concurrents, ce qui a amené le professeur Harrington à conclure que la meilleure façon pour les restaurants de demeurer concurrentiels est d'avoir un processus d'innovation constant⁵²⁹. L'Internet est aussi un souci en matière de secrets, découlant de la rétro-ingénierie, puisqu'il existe une multitude de sites qui se targuent de donner les recettes secrètes des entreprises⁵³⁰. Le secret n'est donc pas une garantie, parce qu'il n'empêcherait pas en soi un concurrent de procéder à la rétro-ingénierie de la recette ou d'en développer une semblable. Il ne confère pas de monopole ni de contrôle général, contrairement aux brevets. Il se limite à préserver l'exclusivité de la recette secrète à l'entreprise qui la détient face à ses employés et ses partenaires d'affaires. Il ne s'oppose qu'aux personnes qui en ont obtenu divulgation. Il n'est donc pas le bon régime pour qui veut contrôler le marché et assurer que sa recette est la seule du genre sur le marché. Son éternité potentielle dépend de sa non-divulgation. Ainsi, toute divulgation de la recette secrète peut lui faire perdre toute valeur qu'elle puisse avoir. Le secret doit donc être jalousement gardé.

Devant ces distinctions tranchées, quel régime est le meilleur à ce moment-ci? Pour les recettes industrielles, la question est déjà réglée vu les pratiques actuelles en cette matière. Tant les brevets que les secrets de commerce sont utilisés. Pour la recette de restaurant, c'est le secret de commerce bien gardé qui appert la meilleure solution à l'heure actuelle, si

⁵²⁹ R.J. HARRINGTON, préc., note 149, p. 38 et 54.

⁵³⁰ Par exemple: <http://www.topsecretrecipes.com/whoAreWe.asp> (17/05/2010).

tant est que les chefs éprouvent le besoin de protéger les recettes entre eux. Les secrets de commerce leur donnent un contrôle sur leurs recettes qui est gérable à leur échelle, ne requérant pas une surveillance accrue du marché pour empêcher d'autres personnes de les utiliser ou de les copier, et leur assure une exclusivité de leurs plats qui en résultent. Leurs critères font que seules les recettes extraordinaires sont protégées, sans pour autant limiter l'innovation. Cependant une recette comme secret de commerce implique qu'ils devront agir concrètement pour la protéger. Les conventions de confidentialité et de non-concurrence seront le meilleur outil pour faire comprendre la valeur des recettes aux employés et pour en assurer le respect. Comme nous l'avons vu avec l'affaire *Thailyn*, laisser la protection de la recette secrète à l'obligation législative de loyauté de l'employé serait une erreur, ne serait-ce qu'en raison du risque que la recette soit considérée comme faisant partie de ses connaissances acquises au travail, et ce, en sus du fait que les recettes banales ne peuvent être des secrets de commerce. Cette méthode, les secrets de commerce, est d'ailleurs recommandée par une revue française sur la restauration ainsi que par l'un des jugements français mentionnés plus haut⁵³¹. À l'opposé, un article de doctrine américaine recommande plutôt le recours au droit d'auteur en raison du résultat dans la décision *Buffets inc.*⁵³² mais, comme nous l'avons vu avec l'affaire *Magistro*, des recettes peuvent être reconnues comme des secrets de commerce aux États-Unis.

Le secret de commerce protégé permet de demander une injonction pour empêcher son dévoilement. À cet égard, toute tentative de protéger une recette devant les tribunaux

⁵³¹ Christian SAVATIER, « On ne peut pas protéger une recette de cuisine », dans *L'Hôtellerie Restauration*, 17 avril 2008, http://www.lhotellerie-restauration.fr/hotellerie-restauration/articles/2008/3077_17_Avril_2008/On_ne_peut_pas_protoger_une_recette_de_cuisine.htm. (11/08/2010). L'article donne un exemple de clause contractuelle; C.A. Colmar, préc., note 160.

⁵³² Patricia DIAZ et Denney RUTHERFORD, « Restaurant Espionnage : When Recipes Are Not Trade Secrets », (1997) 38 *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly* 43.

devrait s'accompagner d'une preuve d'expert pour expliquer au juge ce qui distingue cette recette des autres. En cas contraire, le juge pourrait se baser sur sa connaissance d'office pour estimer qu'une recette est banale, même si elle ne le semble pas à celui qui en réclame sa protection. Tel est la constatation qui ressort des commentaires faits ça et là par les juges dans des jugements sur des œuvres autres que des recettes⁵³³.

Malgré tout, on ne peut nier que la recette est en constante évolution. Ce qui est à la mode aujourd'hui ne le sera plus demain. Les plats de Carême ne sont plus cuisinés ainsi de nos jours. L'alimentation a changé, les ingrédients aussi. La cuisine est en constant renouvellement; telle est l'opinion d'André Besson du Laloux en 2004 : « [s]ouvent : les nouvelles idées ce sont de vieilles recettes qui ont été épurées... c'est du nouveau qu'on fait[...] »⁵³⁴. La cuisine et les recettes se sont bien développées jusqu'ici, sans l'aide de quelque régime de protection, à tout le moins en matière de restauration. Les sorties au restaurant sont maintenant une activité en soi. Et même si la restauration est un milieu difficile, la médiatisation de la cuisine et de la recette a développé de nouveaux créneaux pour les artisans culinaires. La recette démontre que l'innovation ne dépend pas nécessairement de l'existence d'un régime de protection. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a pas d'imitation problématique ou d'absence de reconnaissance du concepteur de la recette, mais il demeure que les chefs s'inspirent entre eux, ce qui serait naturellement entravé par n'importe quel régime accordant une exclusivité. Cela pourrait provoquer des litiges que plusieurs chefs ne pourraient s'offrir.

⁵³³ Voir les jugements à la note 345 pour le droit d'auteur et *Genesta Manufacturing Ltd. v. Babey*, (1984) 2 C.P.R. (3d) 32 (C.S. Ont.) pour les secrets de commerce.

⁵³⁴ C. LATOUR, préc., note 487, p. 21 .

La protection d'une recette à long terme peut donc être une perte de temps, d'autant plus avec sa présence sur l'Internet. Une fois qu'une recette y est téléversée, elle échappe à tout contrôle, et ce, tant quant à son contenu qu'à sa paternité. D'ailleurs, tout besoin ou toute attente que les chefs puissent avoir de voir reconnu leur travail de conception de la recette, c'est-à-dire leur paternité de celle-ci, peut commander une certaine forme de reconnaissance pratique de leur travail. Le secret de commerce ne reconnaît pas en soi la paternité de la recette, laquelle est affaire de droits d'auteur, qui est inadapté à la recette de cuisine. Il y a donc peut-être un besoin de protection, mais sous une forme qui soit mieux adaptée à la nature de la recette de chef et aux besoins et désirs actuels et réels des chefs en matière de reconnaissance et de protection. Il est certain que, par ailleurs, tout mouvement en ce sens doit émaner des chefs.

Si régime il doit y avoir pour remplacer ou s'ajouter aux secrets de commerce, quelle forme doit-il prendre? Peut-être une norme non écrite d'autoréglementation de reconnaissance et de non copiage comme celle qui a cours chez les chefs français et qui, en cas de non-respect, bannit en quelque sorte le chef fautif. Ou même un régime *sui generis* dans la même veine que le régime de brevets de Sybaris, évoqué en introduction, qui accordait une exclusivité d'un an. La durée d'une telle exclusivité pourrait être calculée en fonction de la durée de vie moyenne d'une recette dans un restaurant. En fin de compte, toute forme que prendrait un tel régime devrait répondre aux réels besoins des chefs, à la nature culturelle de la recette et aux nouvelles réalités du commerce comprenant l'Internet.

(... voir page suivante...)

... pour finir, une mignardise ...

« Mais, avec le temps et l'expérience, ces deux grands maîtres, il est resté pour démontré que le chocolat, préparé avec soin, est un aliment aussi salubre qu'agréable; ... qu'il est très convenable aux personnes qui se livrent à une grande contention d'esprit, aux travaux de la chaire ou du barreau... »
Brillat-Savarin, *Physiologie du goût*

ANNEXE A

1 - Dispositions de sites offrant des recettes gratuitement au consommateur
Note en bas de page 25

(A) Par exemple, sur le site Web canadien SOS Cuisine® :

Restrictions d'utilisation Le contenu et les informations affichés sur le SITE sont la propriété de Sukha Technologies Inc. (ci-après appelé STI), qui l'exploite pour votre usage personnel à des fins non commerciales. **Vous ne pouvez visionner et télécharger les informations figurant sur le SITE que pour votre utilisation personnelle, à titre d'information et à des fins strictement non commerciales.** Vous ne pouvez pas modifier, copier, diffuser, transmettre, afficher, réaliser, reproduire, publier, fournir sous licence, créer des travaux dérivés de, transférer ou vendre une information, un logiciel, un produit ou un service disponible sur le SITE, quel que soit leur type. **Le téléchargement, la reproduction ou la retransmission du contenu figurant sur le SITE, autrement qu'à des fins personnelles non commerciales, est strictement interdit.**

http://www.soscuisine.com/conditions_utilisation.php?sos_l=fr (27/02/2010).

(B) Le site de Loblaws®, qui offre des recettes, énonce des conditions semblables :

Utilisation du site et du matériel du site

Sauf indication contraire, expressément énoncée aux présentes, ce site est mis à votre disposition pour **votre utilisation personnelle à des fins non commerciales** et il vous est interdit de copier du matériel provenant de ce site à des fins commerciales. **Vous pouvez copier du matériel provenant du présent site en quantité limitée pour votre utilisation personnelle à des fins non commerciales, à condition que notre avis de droits d'auteur soit apposé sur le matériel copié.** Loblaw se réserve le droit de limiter en tout temps votre utilisation du site, notamment de vous retirer l'autorisation de faire des copies du matériel provenant du présent site. [...]

Droit à la propriété intellectuelle

Loblaw est propriétaire de tous les droits d'auteur afférents au matériel qui figure sur ce site ainsi que des droits d'auteur afférents au matériel qui provient de ce site. Nonobstant toute autre modalité énoncée dans la présente entente, Loblaw conserve la propriété de tous les droits d'auteur afférents à ce site, au matériel qui y figure et au matériel qui provient de ce site.

Le présent site Web contient plusieurs marques de commerce, noms, conceptions d'emballage, droits d'auteur et autres formes de propriété intellectuelle de grande valeur dont la propriété et l'utilisation sont exclusives à Loblaw Inc. et/ou à ses sociétés affiliées, y compris (mais sans s'y limiter, le Choix du Président^{MD} et PC^{MD} (les « Marques de commerce »). [...]

[mes caractères gras & soulignements]

http://www.loblaws.ca/LCLOnline/pcTermsConditions.jsp?lang=fr_CA (28/08/2010)

2 - Dispositions s'octroyant la propriété des recettes des internautes

Note en bas de page 26

(A) Par exemple, dans le cadre du Défi santé 5/30^{MC} de 2009, organisé en collaboration avec la direction de la santé publique du Québec, un concours proposait aux participants du Défi de soumettre leurs recettes. Les conditions du concours indiquaient que « **[t]outes les recettes soumises deviennent la propriété exclusive du Défi Santé 5/30** et peuvent être publiées par ACTI-MENU, entre autres sur le site Defisante530.ca » (Règlement, Partie III. Inscription, par. 6).

<http://www.defisante530.com/index.php/ds/layout/set/print/Alimentation/Defi-Recettes-5...> (2009-05-17) (copie imprimée disponible)

En soumettant sa recette, le participant devait cocher une case pour certifier que la recette était la sienne :

* Je certifie que la recette soumise est une recette personnelle déjà essayée, qu'elle n'appartient pas à un tiers (ex. : extraite d'un livre de cuisine) et qu'elle n'a jamais reçu de prix ou été publiée.

<http://inscription.defisante530.com/fr/recette.php> (2009-05-17)

(B) Autre exemple, les restaurants Mikes® ont organisé, pour souligner leur 40e anniversaire, un concours sollicitant des recettes de leurs clients et exigeant de ceux qui participaient d'affirmer que la recette était de son cru et d'en céder l'entière propriété à Mikes® :

« Si ma recette est choisie, un représentant de Mikes communiquera avec moi. Si ma recette est choisie, j'autorise Mikes à divulguer mes coordonnées à un rédacteur sélectionné par MIKES® qui entrera en contact avec moi afin d'obtenir plus de renseignements sur ma recette et j'autorise MIKES® à publier ma recette ou le résultat de l'entrevue ainsi que ma photo dans les publications de son choix, tant dans des documents imprimés que sur le Web. Si vous êtes mineur et que votre recette est sélectionnée, MIKES® exigera l'autorisation d'un parent ou tuteur pour la publier. **Je déclare être le véritable et l'unique auteur de la recette. Je cède à MIKES®, sans limites de temps, de territoire et sans limites de quelque nature que ce**

soit, tous les droits d'auteur sur ma recette. Je renonce également à tous mes droits moraux prévus à la loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42). Je reconnais que tous les droits d'auteur concernant ma recette seront la propriété absolue de MIKES[®], cette dernière ayant le droit de les utiliser comme bon lui semble. Si ma recette n'est pas choisie, il restera la propriété de MIKES[®]. » [mes caractères gras]

<http://www.mikes.ca/page.asp?intNodeID=33176> (2005-05-10)

(C) Troisième exemple, les dispositions du Règlement du Concours Métro Cuisinez le Québec se déroulant sur Internet du 10 juin au 6 octobre 2010 (voir <http://www.metro.ca/servons-le-quebec/concours-cuisinez-le-quebec-reglements.fr.html>, visité le 01/08/2010, règlement en entier disponible auprès de l'auteur de ce mémoire). Voici la disposition où Métro s'octroie le droit d'auteur sur la recette soumise par le participant au concours :

5.3 le Matériel doit avoir été créé spécifiquement pour le présent concours et ne doit pas avoir déjà été publié ou soumis dans le cadre d'un autre concours ou d'une autre promotion.

6. Afin d'être admissible au concours et que le Matériel soumis puisse être diffusé, tout participant devra fournir l'autorisation suivante en cochant la case à cet effet lors de la soumission de la recette:

Déclaration de consentement, d'autorisation et d'exonération relative au Matériel soumis

J'accorde à Metro Richelieu inc. et ses représentants l'autorisation de reproduire, diffuser, publier, distribuer, représenter en public, éditer, modifier et traduire le Matériel soumis. Cette autorisation est fournie pour le monde entier, sans aucune rémunération et pour une période illimitée, aux fins du présent concours ou à toutes autres fins reliées aux activités de Metro Richelieu inc., incluant mais sans limitation, pour diffusion dans divers médias notamment, le site www.metro.ca, l'infolettre, la circulaire, des bannières Web, des plateformes Internet existantes (Facebook, Twitter, Flickr, YouTube, ...etc.) ou du matériel publicitaire faisant la promotion du présent concours ou de ses éditions futures, le cas échéant, ou des services et/ou produits de Metro Richelieu inc. J'accepte que mes prénom, nom et lieu de résidence soient utilisés en association avec le Matériel soumis. **Je déclare que le Matériel soumis est original, que je suis l'unique auteur de celui-ci ou que j'ai obtenu tous les droits ou toutes les autorisations nécessaires à son utilisation selon les termes prévus aux présentes et que je ne viole aucune loi ou aucun droit d'un tiers.** Sur demande, je m'engage à fournir à Metro Richelieu inc. et ses représentants, les autorisations mentionnées au présent paragraphe. Je reconnais que Metro Richelieu inc. et ses représentants n'assument aucune responsabilité quant à l'utilisation et la diffusion du Matériel soumis aux fins autorisées et qu'ils ne pourront être tenus responsables de toute contravention aux conditions des présentes ou aux conditions d'utilisation du site par les usagers. Je m'engage à rembourser à Metro Richelieu inc. et ses représentants la somme correspondant à toute dépense encourue par ces derniers en raison de toute réclamation ou poursuite résultant de l'utilisation ou de la diffusion du Matériel soumis. [mes caractères gras]

ANNEXE B

Modifications proposées à la définition des savoirs traditionnels :

Document WIPO/GRTKF/IC/16/5, 22 mars 2010, Annexe, page 29

ARTICLE 3

PORTÉE GÉNÉRALE DE L'OBJET

1. Les présents principes concernent la protection des savoirs traditionnels contre leur appropriation illicite et leur utilisation abusive en dehors de leur contexte traditionnel, et ne sauraient être interprétés comme limitant ou tendant à définir à l'extérieur les conceptions holistiques très diverses de ces savoirs dans les milieux traditionnels. Ces principes devraient être interprétés et appliqués compte tenu de la nature intergénérationnelle dynamique et évolutive des savoirs traditionnels et de celle des systèmes de savoirs traditionnels en tant que cadres dans lesquels se manifeste en permanence l'innovation.

2. Aux fins des présents principes uniquement, le terme "savoir traditionnel" s'entend du contenu ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique, et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à tout savoir traditionnel associé à des ressources génétiques.

Modifications proposées à la définition des expressions culturelles traditionnelles :

Document WIPO/GRTKF/IC/16/4, 22 mars 2010, Annexe, page 11

ARTICLE PREMIER : OBJET DE LA PROTECTION

AA) On entend par "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" toutes les formes, tangibles et ou intangibles, // toutes les formes, tangibles, intangibles ou à la fois tangibles et intangibles // toutes les formes, tangibles et intangibles // et toutes les formes, tangibles ou intangibles ou à la fois tangibles et intangibles, d'expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, qui se transmettent d'une génération à l'autre, y compris // mais sans s'y limiter les formes d'expression ou les combinaisons de ces formes d'expression indiquées ci-après :

les expressions verbales ou phonétiques, telles que récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations; mots, signes, noms et symbolesm etc.;

les expressions musicales ou sonores, telles que chansons, rythmes, et musique instrumentale et contes populaires;

les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels, sports, jeux traditionnels et autres représentations, pièces de théâtre, y compris notamment les spectacles de marionnettes et les spectacles folkloriques;

que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et

les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures sur bois, sculptures, moulages, poteries, objets

en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, produits alimentaires et boissons, travaux d'aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes, oeuvres de mascarade; jouets, souvenirs et les produits artisanaux; les instruments de musique; Pierre, travail des métaux, filature et les ouvrages d'architecture ou funéraires;

qui sont

aa) le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective;

bb) caractéristiques de révélatrices de l'authenticité/la véridicité de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones et d'autres communautés traditionnelles ou culturellesd'une communauté et autres communautés traditionnelles ou culturelles; et

cc) conservées, utilisées ou développées par des peuples et communautés autochtones et d'autres communautés traditionnelles ou culturellescette communauté, ou par des personnes qui, conformément au système ou droit foncier coutumier //au droit aux systèmes normatifs coutumiers et aux pratiques traditionnelles/ancestrales coutumiers de ces peuples et communautés autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles, ou rattachées à un peuple ou une communauté autochtone ou traditionnellede cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité.

***BB)** Le choix des termes désignant l'objet protégé doit être arrêté aux niveaux national, sous-régional et régional.*

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION & CONVENTIONS

Canada

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), c. C-42.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), c. P-4.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), c. T-13.

Québec

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.
Loi sur les appellations réservées et les termes valorisants, L.R.Q., c. A-20.02.

États-Unis

U.S. Copyright Act, title 17, United States Code,
<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.pdf>.

France

Code de la propriété intellectuelle (France),
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100512>.

Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs, 19-24 juillet 1793.

Grande-Bretagne

Statute of Anne, An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned 1709, 8 Anne c. 19.

Union européenne

Règlement 510/2006 du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:093:0012:0012:FR:PDF>.

International

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883.

Convention sur la biodiversité, 5 juin 1992.

Déclaration sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007.

DOCTRINE

MONOGRAPHIES

Juridiques

BARRANS, D., *Biotechnology and Chemical Patent Practice in Canada*, 2e éd., Ottawa, Borden Ladner Gervais, 2008.

BARRIGAR, R., *Canadian Patent Act Annotated*, 2e éd., Aurora, Canada Law Book, 1995, feuilles mobiles.

BONCOMPAIN, J., *Le droit d'auteur au Canada, étude critique*, Montréal, Cercle du livre de France, 1971.

BRANLARD, J.-P., *Droit et gastronomie. Aspect juridique de l'alimentation des produits gourmands*, Paris, Gualino éditeur, 1999.

Code de la propriété intellectuelle, 9^e édition commentée, Paris, Dalloz, 2009.

COPINGER, W. A., *The Law of Copyright in Works of Literature and Art: including that of the Drama, Music, Engraving, Sculpture, Painting, Photography and Designs*, 2e éd., Londres, Stevens and Haynes, Law Publishers, 1881.

DELLER, A.W., *Principles of Patent Law for the Chemical and Metallurgical Industries*, New York, The Chemical Catalog Company, Inc., 1931.

DUNANT, P., *Du droit des compositeurs de musique sur leurs œuvres*, Genève, Imprimerie Romet, 1893.

FETHERSTONEHAUGHT, F.B. et FOX, H.G., *The Law and Practice of Letters Patent of Invention in Canada*, Toronto, Carswell, 1926.

FISHER, H. et R.S. SMART, *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto, Canada Law Book Co., 1914.

FOX, H.G., *Canadian Patent Law and Practice*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1969.

FOX, H. G., *Canadian Law of Copyright*, Toronto, Carswell, 1944.

FOX, H.G., *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1971.

GAGNON, R. P., *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008.

- GERVAIS, D. et E. F. JUDGE, avec la collaboration de M. GOUDREAU, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.
- HANDA, S., *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002.
- HUGUES, R. T. et D. P. CLARIZIO, *Hugues & Woodley on Patents*, vol. 1, 2^e éd., Toronto, Lexis Nexis Canada, 2005, feuilles mobiles et en ligne sur Lexis Nexis Quicklaw.
- JOLLIFFE, R.S. et K. GILL, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4e éd., Toronto, Carswell, 2001, feuilles mobiles et en ligne sur westlawcanada.ca.
- KEYES, A.A. et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour la révision de la loi*, Hull, Consommations et Corporations Canada, Avril 1977.
- LADDIE, H., P. PRESCOTT, M. VITORIA, 2e éd., *The Modern Law of Copyright & Designs*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1995.
- MCKEOWN, J., *Brand Management in Canadian Law*, 2e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2006.
- MCKEOWN, J.S., *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles et en ligne sur westlawcanada.ca.
- NIMMER, M. B. et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, vol. 1, Matthew Bender & Company, feuilles mobiles.
- POLLAUD-DULIAN, F., *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005.
- POUILLET, E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard et cie, 1879.
- RENOUARD, A.-C., *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. 1, Paris, Jules Renouard et cie, 1838.
- RICHARD, H.G., *Canadian Trade-Marks Act Annotated*, Scarborough, Carswell, 1991, feuilles mobiles et en ligne sur westlawcanada.ca.
- RICHARD, H.G. et L. CARRIÈRE, éd., *Canadian Copyright Act Annotated*, Scarborough, Carswell, 1993, feuilles mobiles et en ligne sur westlawcanada.ca.
- RICKETSON, S. et J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, 2e éd., vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2006.

ROSSMAN, J. *The Law of Patents for Chemists*, Washington D.C., The Inventors Publishing Co., 1932.

SAMBUC, H.-P., *La protection internationale des savoirs traditionnels, La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Paris, L'Harmattan, 2003.

SKONE JAMES, F.E., *Copinger on the law of copyright in works of literature, art, architecture, photography, music and the drama : including chapters on mechanical contrivances and cinematographs : together with international and colonial copyright, with the statutes relating thereto and forms and precedents*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1936.

TAKACH, G.F., *Patents, A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton, Juriliber, 1993.

WHITE, D.G., *Selecting and Protecting Trade-Marks 1995*, Toronto, Carswell, 1994.

Non juridiques

APICIUS, *L'art culinaire*, traduit par Jacques André, Paris, Société d'édition « Les belles lettres », 1974.

ADRIÀ, F., J. SOLER et A. ADRIÀ, *Une journée à el Bulli – À la découverte des idées, des méthodes et de la créativité de Ferran Adrià*, Paris, Phaidon, 2009.

ALEXADRE, P. et B. DE L'AULNOIT, *Le Roi Carême*, Paris, Albin Michel, 2003.

ASHLEY, B., J. HOLLOWS, S. JONES et B. TAYLOR, *Food and Cultural Studies*, Londres, Routledge, 2004.

BASTIEN, R., *La cuisine bistro du Leméac*, coll. tout un chef/tout un plat, Montréal, Les Éd. de l'Homme, 2006.

BENOÎT, J., *La Nouvelle Encyclopédie de la Cuisine*, Montréal, Messageries du Saint-Laurent, 1981.

BRILLAT-SAVARIN, J.-A., *Physiologie du goût*, coll. Champs classiques, Paris, Éditions Flammarion, 1982.

CARÊME, A., *L'Art de la cuisine au XIX^e siècle ou traité élémentaire des bouillons en gras et en maigre, des essences, fumets, des potages français et étrangers, grosses pièces de poisson, des grandes et petites sauces, des ragoûts et des garnitures, grosse pièces de boucherie, de jambon, de volaille et de gibier, suivi des dissertations culinaires et gastronomiques utiles au progrès de cet art : achevé par Plumerey*, Paris, 1833-1847 (5 tomes).

- CARÊME, A., *Le pâtissier pittoresque*, Marseille, Laffitte, 1980 (réimpression de 3^e édition de 1882).
- DESJARDINS, A., *L'Eau à la bouche, Les 4 saisons selon Anne Desjardins*, Outremont, Trécarré, 2003.
- ESCOFFIER, A., avec la coll. de P. Gilbert et É. Fetu, *Le guide culinaire, Aide-mémoire de cuisine pratique*, 4^e éd., Paris, Ernest Flammarion, Éditeur, 1921.
- FIELDHOUSE, P. *Food & Nutrition: Customs & Culture*, Beckenham-Kent, Croom Helm, 1986.
- FLANDRIN, J.-L., P. et M. HYMAN, *Le cuisinier françois*, coll. Bibliothèque bleu, Paris, Montalba, 1983.
- GOEHR, L., *The imaginary museum of musical works: an essay in the philosophy of music*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- GORDON, R.T. et M. H. BREZINSKI, *The Complete Restaurant Management Guide*, Armonk, New York, M.E. Sharpe Inc., 1999.
- GRÉGOIRE, Y., *Gestion de restauration commercial et collective*, Montréal, Carte du jour, 1986.
- LOMAN SCANLON, N., *Marketing by Menu*, New York, John Wiley & Sons, 1999.
- MASSIALOT, F., *Le cuisinier roïal et bourgeois, qui apprend à ordonner toute sorte de repas, et la meilleure manière des ragoûts les plus à la mode et les plus exquis*, Limoges, Éd., René Dessagne, 1980? (1691).
- MCVETY, P.J., B.J. WARE et C. LÉVESQUE, *Fundamentals of Menu Planning*, 2^e éd., New York, John Wiley & Sons Inc., 2001.
- MENNELL, S., *All Manners of Food, Eating and Taste in England and France from the Middle Ages to the Present*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.
- PARKHURST FERGUSON, P., *Accounting for Taste*, Chicago, University of Chicago Press, 2004.
- PICARD, M., *Restaurant Au Pied de Cochon, L'Album*, Montréal, Restaurant Au Pied de Cochon, 2006
- REVEL, J.-F., *Un festin en paroles. Histoire littéraire de la sensibilité gastronomique de l'Antiquité à nos jours*, coll. Texto, Paris, Éditions Tallandier, 2007.
- TALBOT, M., éd., *The Musical Work : Reality or Invention?*, Liverpool, Liverpool University Press, 2000.

TOUSSAINT-SAMAT, M., *Histoire de la cuisine bourgeoise du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Albin Michel, 2001

VÉZINA, D., *Le fruit de ma passion, Réflexions, aventures et recettes gourmandes*, Montréal, Éd. La Presse, 2005.

ARTICLES

Juridiques

ALLSEBROOK, D., « Originality Is « No Sweat »: Originality in the Canadian Law of Copyright », (1992-93) 9 *C.I.P.R.* 270.

ANTONS, C., « Introduction », dans ANTONS, C., éd., *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

AZAU, Q., « La protection des recettes de cuisine par le droit de la propriété intellectuelle en France : une jurisprudence qui devrait se mettre au parfum! », dans *Gastronomie, alimentation et droit : mélanges en l'honneur de Pierre Widmer*, Zurich, Schulthess, 2003, p. 221.

BEAUREGARD, G., « Les indications géographiques au service de la communauté : les produits alimentaires, (2008) 20 *C.P.I.* 53.

BERESKIN, D., « Trade-mark Use », dans HENDERSON, G. F., *Trade-Marks Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1993.

BLAKENEY, M., « Protection of Traditional Knowledge by Geographical Indications », dans ANTONS, C., éd., *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

Michael BLAKENEY, « The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law », [2000] *E.I.P.R.* 251

Robert BONHOMME, « Obligation de loyauté post-emploi : plusieurs visages, gare à l'imposteur », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 141

BRAIT, R. et B. POLLOCK, « Confidentiality, Intellectual Property and Competitive Risk in the Employment Relationship », (2004) 83 *R. du B. can.* 585.

- BRANLARD, J.-P., « La propriété intellectuelle et les œuvres éphémères – Conférence "La protection juridique des œuvres gastronomiques, l'état des lieux", sous la présidence du doyen Pierre Sirinelli, *Gaz. Pal.* Janv.-Fév. 2000.260.
- BROUSSARD, A., "An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation", (2007-2008) 10 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 691.
- BUCCAFUSCO, C. J., « On the Legal Consequences of Sauces : Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightables? », (2006) 24 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 1121.
- CALVET, D. et C. GECI, « Analyse de l'arrêt de la Cour suprême Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. ou de la validité d'un brevet de sélection et de l'affinement des critères d'évaluation de la nouveauté et de la non-évidence », (2009) 21 *C.P.I.* 533.
- CALVO, J. et MORELLE, G., note sous Paris 3 juill. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, J. 43.
- CARON, C., note sous Cass. 1ère civ., 5 févr. 2002, *Comm., Com. Électr.* 2002. 23.21.
- CARON, C. note sous C.A. Paris, 1ère ch., 17 mars 1999, *Comm., Com. Électr.* 1999.17.
- CARON S. et P. CARRIÈRE, « Fonctionnalité et marques de commerce », (2001) 14 *C.P.I.* 17.
- CARRIÈRE, J., « Le secret est dans la sauce : les secrets de commerce et les obligations juridiques qui en découlent », S.F.P.B.Q., *Développements récents en propriété intellectuelle (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 45.
- CASTRO DIAZ, E. for IITC, *Food Sovereignty and Traditional Knowledge*, International Workshop on Traditional Knowledge, Panama City, 21-23 September 2005.
- CHENG., T. S. L., « Copyright Protection of Haute Cuisine : Recipe for Disaster? », [2008] *E.I.P.R.* 93.
- CROWNE-MOHAMMED, E. A., « The Patentability of Professional Skills and Business Methods in Canada », (2010) 5 *J.I.P.L.P.* 119.
- CUNNINGHAM, E., « Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen? », (2009) 9 *J. High. Tech. L.* 21
- DIAZ, P. et RUTHERFORD, D., « Restaurant Espionnage : When Recipes Are Not Trade Secrets », (1997) 38 *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly* 43.
- DOUGLAS, K. et C. JUTRAS, Bibliothèque du Parlement - Division du droit et du gouvernement « Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada – Chronologie », PRB 99-46F (Révisé le 6 octobre 2008), <http://www2.parl.gc.ca/content/LOP/ResearchPublications/prb9946-f.htm>.

- DRASSINOWER, A., « A Note on the Distinction Between Copyright and Patent », dans *Nouvelles approches en propriété intellectuelle dans un monde transsystémique = Intellectual Property at the Edge: New Approaches to IP in a Transsystematic World*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 285.
- DUBÉ, M., « L'originalité de l'œuvre en droit d'auteur canadien », (1990-91) *C.P.I.* 337.
- DURELL, K.L., "Functional Foods and Intellectual Property Rights: The Importance of an Integrated Approach", (2006) *15 Health L.R.* 14.
- EDELMAN, B., note sous Cass. 1ère civ., 5 févr. 2002. *D.* 2002.2253.
- EISEN, M.B., « Arts and Crafts: The Patentability of Business Methods in Canada », (2001) *17 C.I.P.R.* 279.
- FERANCE, S. J., « Debunking Canada's Business Method Exclusion from Patentability », (2000) *17 C.I.P.R.* 493.
- FOX, H.G., « Copyright and Patent Protection, a Study in Contrasts », (1957-58) *12 U. Toronto L.J.* 27.
- FAUCHART, E., et E. A. VON HIPPEL, « Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs », 1er janvier 2006, MIT Sloan Research Paper no 4576-06, en ligne à SSRN : <http://ssrn.com/abstract=881781>.
- FRANÇON, A., obs. sous *RTD com.* 2000.94.
- GABLIN, F. et F. SARDAIN, note sous Trib. Gr. Inst. Paris, 30 sept. 1997, *JCP.* 2000.76.
- GENDREAU, Y., « Le critère de fixation en droit d'auteur », (1994) *159 R.I.D.A.* 110.
- GERVAIS, D., « Canadian Copyright Law Post-CCH », (2004-2005) *18 I.P.J.* 131.
- GOLDSMITH, I., « Drugs in Canadian Patent Law », (1967) *13 R.D. McGill* 232.
- GOLDSMITH, I. « Patentable Subject-Matter : Traditional Subject-Matters », dans HENDERSON, G.F., éd., *Patent Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994.
- GRAVELLE, L.-P., « De la vie aux ordinateurs – développements récents en matière de brevetabilité des organismes vivants, des méthodes de traitement et des technologies informatiques », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle 2000*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000, p. 91.
- HAYHURST, W. L., « The Canadian Supreme Court on Copyright : CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada », (2005) *41 Can. Bus. L.J.* 134.

- HAYHURST, W.L., « Copyright Subject-Matter », dans HENDERSON, G. F., éd., *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1994, p. 31.
- JODOIN, N., « Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet », (2000) 12 *C.P.I.* 659.
- KÉRÉVER, A., « Chronique de jurisprudence », (1999) 182 *R.I.D.A.* 109, 121-127.
- KRETSCHMER, M. et F. KAWOHL, « The History and Philosophy of Copyright », dans FRITH, S. et L. MARSHALL, éd., *Music and Copyright*, 2^e ed., New York, Routledge, 2004.
- LALIGANT, O., « Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *RRJ* 1992.101.
- LAMOTHE-SAMSON, M., « Les conditions d'existence du droit d'auteur : n'oublions pas l'auteur et sa créativité! », (2002-2003) 15 *C.P.I.* 619.
- LAPOINTE, S., « Food for Thought: IP Protection for Nutraceuticals and Functional Foods », (2008) 28 *Health L. Can.* 101.
- LESSARD, F., « "Sélection" de brevets, cuvée 2008 », (2009) 21 *C.P.I.* 449.
- LEWIS, E., « Ontology, Originality and the Musical Work: Copyright Law and the Status of Samples », dans *Nouvelles approches en propriété intellectuelle dans un monde transsystémique = Intellectual Property at the Edge: New Approaches to IP in a Transsystematic World*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, 169
- LIU, Y., « Justification of Subject-Matter for Legal Protection of Traditional Knowledge », [2007] *E.I.P.R.* 456
- MARTIN S. et Y. BRUTSAERT, « La cuisine en quête d'agents conservateurs : la protection des créations culinaires », (2007) 19 *C.P.I.* 499.
- MCKEOWN, J., « What Is a "Sculpture" for Copyright Purposes », *The Cassels Brock Report* – March 2010
http://www.casselsbrock.com/CBNewsletter/The_Cassels_Brock_Report_March_2010
- MIZERA, A., « Définir un critère d'inventivité pour les brevets : ce n'est pas évident », (2007) 19 *C.P.I.* 1155.
- MOUT-BOUWMAN, N., « Protection of Culinary Recipes by Copyright, Trade Mark and Design Copyright Law », [1988] *E.I.P.R.* 234.

- NEIL, M., "Mixing IP with Mmmmm", *American Bar Association Journal*, May 2007, abanet.org.
- PICHETTE, S., « L'évolution de la notion d'activité inventive comme condition de brevetabilité d'une invention et de validité d'un brevet », (2008) 20 *C.P.I.* 809.
- PILA, J. et A. CHRISTIE, « The Literary Work Within Copyright Law: An Analysis of its Present and Future Status, (1999) 13 *I.P.J.* 133.
- PIREDDA, V., « Droit, Gastronomie et Internet – la mise en place d'un site Web de commerce gastronomique, dans le respect du droit d'auteur », dans *Gastronomie, alimentation et droit : mélanges en l'honneur de Pierre Widmer*, Zurich, Schulthess, 2003, p. 227.
- PIREDDA, V., note sous Trib. gr. inst. , 3e ch., Paris, 30 sept. 1997, *RIDA*. 1997. 177. 273.
- POLLACK, M., « Intellectual Property Protection for the Creative Chef or how to Copyright a Cake : A Modest Proposal », [1990-1991] 12 *Cardozo L. Rev.* 1477.
- Protection des œuvres éphémères*, JurisPedia,
[http://fr.jurispedia.org/index.php/Protection_des_%C5%93uvres_%C3%A9ph%C3%A9m%C3%A8res_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Protection_des_%C5%93uvres_%C3%A9ph%C3%A9m%C3%A8res_(fr)).
- ROBINSON, J. et S. JETTÉ, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003.
- ROSEN, A., « Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy », (1992) 26 *U.B.C.L.R.* 263.
- ROWAND, F.D., « Anticipating Your Own Invention : A Comparative Analysis of Self-Triggered Patent-Barring Event in Canada, Europe, and the United States », (2003) 20 *C.I.P.R.* 135.
- SAVATIER, C., « On ne peut pas protéger une recette de cuisine », dans *L'Hôtellerie Restauration*, 17 avril 2008, http://www.lhotellerie-restauration.fr/hotellerie-restauration/articles/2008/3077_17_Avril_2008/On_ne_peut_pas_proteger_une_recette_de_cuisine.htm.
- STACK, A.J., « Certification Marks in Canada », (2000) 17 *C.I.P.R.* 1.
- STEELE, A., « Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la non-concurrence (2009)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009, EYB2009DEV1618.
- ST-PIERRE PLAMONDON, M. et M. GRENIER, « Les décisions récentes portant sur la non-concurrence en droit de l'emploi : quelles sont les leçons à tirer? », dans

S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la non-concurrence (2009)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009, p. 54

Non juridiques

FISCHLER, C., « Alimentation, cuisine et identité : l'identification des aliments et l'identité du mangeur », dans Université de Neuchâtel, *Identité alimentaire et altérité culturelle*, Actes du colloque de Neuchâtel, 12, 13 novembre 1984, Neuchâtel, Institut d'ethnologie, 1985.

FRASCARI, M., « Canadian Cosmopoiesis : Meditations on Cuisine and Architecture », (2009) 1:2 *Cuizine : revue des cultures culinaires au Canada*, <http://www.erudit.org/revue/cuizine/2009/v1/n2/037852ar.html>.

GARINE, I., « Introduction », dans BATAILLE-BENIGUI, M.-C., et F. COUSIN, éd., *Cuisines, reflets des sociétés*, Paris, Éd. Sépia – Musée de l'Homme, 1996, p. 9.

GRIMM, V. « The Good Things That Lay at Hand – Tastes of Ancient Greece and Rome », dans Paul FREEDMAN, éd., *Food, The History of Taste*, London, Thames & Hudson Ltd., 2007.

GUIDROUX, L., « La migration d'un savoir-faire traditionnel : la cuisine des crêpes bretonnes au Québec », [2008-2009] *Port Acadie : revue interdisciplinaire en études acadiennes / Port Acadie: An Interdisciplinary Review in Acadian Studies* 233, <http://id.erudit.org/iderudit/038431ar>.

HANI, Y., « A Feast for the Eyes », *The Japan Times online*, Nov. 24, 2002, <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/fl20021124a3.html>.

HARRINGTON, R.J., « Part I : The Culinary Innovation Process – A Barrier to Imitation », (2004) 7(3) *Journal of Foodservice Business Research* 35.

LATOURET, C., « La gestion stratégique des coûts en restauration... », *HRI : hôtels – restaurants – institutions*, vol. 8, no 2 (Mars 2004), p. 20.

MCNICHOL, T., « Good Enough to Eat », *Wingspan*, October 2008 <http://tonymcnicol.com/wp-content/uploads/2008/10/article-on-plastic-food.pdf>.

OTTENBACHER, M. et R. J. HARRINGTON, « The Culinary Innovation Process : A Study of Michelin-Starred Chefs », (2007) 5:4 *Journal of Culinary Science & Technology* 9.

WELLS, P. « Chef Sues Over Intellectual Property (the Menu) », *N.Y. Times*, 27 juin 2007, <http://www.nytimes.com/2007/06/27/nyregion/27pearl.html> (052/06/2010).

WELLS, P. , « Chef's Lawsuit Against a Former Assistant Is Settled Out of Court », *The New York Times*, 19 avril 2008,
http://www.nytimes.com/2008/04/19/nyregion/19suit.html?_r=1&scp=1&sq=&st=nyt

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX OU ADMINISTRATIFS

INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, « *Food Sovereignty and the Rights of Indigenous People* », 2009,
http://www.treatycouncil.org/PDFs/FoodSovereigntyENG_101909WEB.pdf.

OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Énoncé de pratique : Marques de certification – conformité à l'alinéa 30f*, 1998-07-15,
<http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr00184.html>.

OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00720.html#recueilcomplet.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle. Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE,
 « Dispositions révisées relatives à la protection des savoirs traditionnels », extrait de WIPO/GRTKF/IC/7/5.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « Projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles et aux savoirs traditionnels »
http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés », Document WIPO/GRTKF/IC/9/4, 9 janvier 2006.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE,
 « *Reproduction du document WIPO/GRTKF/IC/9/5 "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés"* », Document WIPO/GRTKF/IC/12/5(c), 6 décembre 2007.

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « La protection des expressions culturelles traditionnelles/Expressions du folklore : objectifs et principes révisés », Document WIPO/GRTKF/IC/16/4, 22 mars 2010.

U.S. COPYRIGHT OFFICE, « Recipes », Factsheet FL 122,
<http://www.copyright.gov/fls/fl122.html>.

WORLD BANK, *Integrating Indigenous Knowledge in Project Planning and Implementation, General Guidelines*,
<http://siteresources.worldbank.org/INTINDKNOWLEDGE/Resources/generalguides.pdf>

JURISPRUDENCE

- 2127449 Nova Scotia Ltd. v. Donna's Seashore Investments Ltd.*, (1997) 76 C.P.R. (3d) 63 (C.S. N.-É.).
- 9080-5052 *Québec inc. c. Thailyn*, J.E. 2003-728, REJB 2003-39583 (C.S.).
- Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, (2008) 71 C.P.R. (4th) 237 (C.F.).
- Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers*, [1987] 1 C.F. 173 (C.F.).
- Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265.
- Baker Petrolite Corp v. Canwell Enviro-Industries*, (2002) 17 C.P.R. (4th) 478 (C.A.F.).
- Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, (1986) 8 C.P.R. 289 (C.A.F.).
- Brownies Holding Ltd. C. Chance Dean Enterprises Ltd.*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 410 (C.A. C.-B.).
- Bulman Group Ltd. c. « One Write » Systems Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 149 (C.F.).
- Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555.
- Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, (1994) 93 B.C.L.R. (2d) 318, 331, par. 42 (C.S. C.-B.).
- Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142.
- Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion*, [1954] R. C.E. 382.
- CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.
- Commissioner of Patents c. Ciba Ltd.*, [1959] S.C.R. 378.
- Concentrés scientifiques Bélisle inc. C. Lyrco Nutrition inc*, 2007 QCCA 676.
- Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.
- Continental Soya Co. V. J.R.Short Milling Co. (Can.)*, (1942) 2 Fox Pat. C. 103.
- Cookie Man Ltd. V. De Serres*, (1981) 63 C.P.R. (2d) 225 (C.O.M.C.).
- Cordon bleu international Ltée c. F.G. Bradley Co.*, (1979) 60 C.P.R. (2d) 71 (C.S.).
- CPC International Inc. v. Seaforth Creamery Inc.*, (1996) 69 C.P.R. (3d) 297 (Div. Gén. Ont.).
- Cuisenaire c. South West Imports Ltd.*, [1969] S.C.R. 208.
- DRG Inc. c. Datafile Inc.*, (1987) 18 C.P.R. (3d) 538, (C.F.), confirmée par (1991) 35 C.P.R. (3d) 243 (C.A.F.).
- Éditions Hurtubise H M H Ltée c. Cégep André-Laurendeau*, (1989) 24 C.I.P.R. 248 (C.S.).
- Electric Fireproofing Co. Of Canada v. Electric Fireproofinf Co*, [1909] 43. S.R.C. 182.
- Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197.
- Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21.
- Ferherguard Products Ltd. c. Rocky's of BC Leisure Ltd.*, (1994) 53 C.P.R. (3d) 417 (C.F.).
- Fletcher c. Polka Dot Fabrics Ltd.*, (1993) 51 C.P.R. (3d) 241 (Div. Gén. Ont.).
- Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024.
- General Mills Canada Ltd. v. Procter & Gamble Inc.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 551 (C.O.M.C.).
- Genesta Manufacturing Ltd. v. Babey*, (1984) 2 C.P.R. (3d) 32 (C.S. Ont.).
- Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.
- Imperial Tobacco Company of Canada, Limited v. The Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C. de l'É. 141.
- Ital-Press Ltd. c. Sicoli*, (1999) 86 C.P.R. (3d) 129 (C.S.).
- Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, (2007) 59 C.P.R. (4th) 116 (C.A.F.).
- Keybrand Foods Inc. v. Guinchard*, (1990) 33 C.P.R. (3d) 384 (Div. Gén. Ont.).

- Keybrand Foods Inc. v. Guinchard*, (1990) 31 C.P.R. (3d) 542 (C.S. Ont.).
- Keybrand Foods Inc., v. Guinchard*, (1990) 33 C.P.R. (3d) 381 (Div. Gén. Ont.).
- Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302.
- Kraft Jacobs Suchard (Schweiz) AG v. Hagemeyer Canada Inc.*, (1998) 78 C.P.R. (3d) 464 (Div. Gén. Ont.).
- Kraft Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, (1984) 79 C.P.R. (2d) 191 (C.F.).
- Laliberté & Associés inc. c. Soeurs de Ste-Jeanne d'Arc*, J.E. 2000-81, REJB 1999-16087 (C.S.).
- Lawson c. Commissioner of Patents*, (1970) 62 C.P.R. 101 (C. de l'É.).
- Markus Cohen Law Office v. Café Napoléon Inc.*, (2009) 77 C.P.R. (4th) 94 (C.M.C.).
- Martel c. Martel*, 1991 CarswellQue 808 (C.A.).
- Montour Ltée. C. Jolicoeur*, (1989) 19 C.I.P.R. 25, 39 (C.S.).
- Moreau v. St-Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198.
- National Distillers & Chemical Corp. v. Halter*, (1979) 50 C.P.R. (2d) 254 (C.O.M.C.).
- Osler, Hoskin & Harcourt v. Rogers Foods Ltd.*, (1994) 53 C.P.R. (3d) 570 (C.M.C.).
- Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 67 C.P.R. (4th) 23 (C.A.F.).
- Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, (2008) 326 F.T.R. 88 (Eng.) (C.F.).
- Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).
- R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963.
- Re General Hospital Corp.*, (1996) 74 C.P.R. (3d) 544 (C.A.B.).
- Remington Rand Corp. c. Phillips Electronics N.V.*, (1995) 64 C.P.R. (3d) 467 (C.A.F.).
- Renaud Cointreau & Cie v. Cordon Bleu International Ltd.*, (2000) 188 F.T.R. 29.
- Renaud Cointreau & Cie c. Cordon Bleu International Ltd.*, (2000) 11 C.P.R. (4th) 95 (C.F.).
- Renaud Cointreau & Cie c. CordonBleu International Ltd.*, (2002) 18 C.P.R. (4th) 415 (C.A.F.).
- Rôtisseries St-Hubert ltée c. Perfico Sports inc.*, [2002] R.J.Q. 710 (C.S.).
- Santé Naturelle Ltée v. Les produits de nutrition Vitaform Inc.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 548 (C.S.).
- Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536.
- Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S. C.-B.).
- Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (A.G.)*, (1987) 11 C.I.P.R. 181 (C.A.F.).
- Stevenson v. Crook*, [1938] R.C. de l'É. 299.
- Sunny Crunch Foods Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, (1978) 40 C.P.R. (2d) 175 (C.O.).
- Synergism Arithmically Compounded Inc. v. 1130163 Ontario Inc.*, (1997) 81 C.P.R. (3d) 25 (Div. Gén. Ont.).
- Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.).
- Tennessee Eastman Co. et al. c. Commissaire des Brevets*, [1974] R.C.S. 111.
- Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.
- Tri-Tex Co. c. Ghaly*, (1999) 1 C.P.R. (4th) 160 (C.A.).
- TRW c. Walbar of Canada*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 176 (C.A.F.).
- Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, (1991) 39 C.P.R. (3d) 289 (C.F.).
- Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.S.C. 1067.

Winthrop Chemical Company, Inc. v. The Commissioner of Patents, (1946-47) 6 Fox Pat. C. 3 (C. de l'É.).

États-Unis

Baker v. Selden, 101 U.S. 841 (1879).

Barbour v. Head, 178F. Supp. 2d 758 (5th Dist. Ct.).

Belford v. Scribner, 144 U.S. 488 (1892) (IL. C.A.).

Buffets, Inc. v. Klinke, 73 F.3d 965, 968 (9th Cir. C.A.).

Ex parte Kretchman, 2001 Pat. App. LEXIS 81 (Board of Patent Appeals and Interferences).

Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co., 295 F. 823 (1924) (8th Circ. C.A.).

Feist Publications c. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991) (U.S. S.C.).

Lambing v. Godiva Chocolatier, 1998 U.S. App. LEXIS 1983.

Magistro v. J. Lou, Inc., 270 Neb. 438 (2005) (Neb. S.C.).

Procter & Gamble Company v. Nabisco Brands Inc., 711 F. Supp. 759 (1989) (Dist. Ct. Del.).

Publications International Ltd. v. Meredith Corporation, 88 F.3d 473 (1996) (C.A., 7th Cir.).

Royaume-Uni

Bach v. Longman, (1777) 2 Cowp 623, 98 E.R. 1274 (King's Bench).

Creation Records Ltd v News Group Newspapers Ltd, [1997] E.M.L.R. 444 (H.C. C.Div.).

Clementi v. Goulding, (1809) 11 East. 244, 2 Camp.5, 103 E.R. 998 (King's Bench).

Exxon Crp.v. Exxon Insurance Consultants International Ltd., [1982] R.P.C. 69, [1982] Ch. 119 (C.A.).

Rundell v. Murray, (1821) Jac. 311, 37 E.R. 868 (Ch.).

Hollingrake v. Truswell, [1894] 3 Ch. D. 420.

Hospital World Trade Mark, Re, [1967] R.P.C. 595 (Patent Office, R.-U.).

Ladbroke (Football), Ltd. V. William Hill (Football), Ltd., [1964] 1 All E.R. 465.

Lucasfilm Ltd. v. Ainsworth, [2009] EWCA Civ 1328 (C.A.).

Merchandising Corp. Of America Inc. v. Harpbond Ltd., [1983] F.S.R. 32 (C.A.).

Navitaire Inc v Easyjet Airline Company and Bulletproof Technologies Inc, [2004] EWHC 1725 (Ch.).

University of London Press Ltd. c. University of Tutorial Press Ltd., [1916] 2 Ch. 601.

France

Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2003, Juris-Data no 2002-012934.

C.A. Paris, 17 mars 1999, *RIDA* 1999.182. 202.

C.A. Dijon, 4 mars 2003, JurisData 2003-209645.

C.A. Colmar, 27 août 2008, JurisData 2008-370592

Trib. gr. inst. Paris, 10 juil. 1974 *D.* 1975, somm. 40.

Trib. gr. inst. Paris, 3e ch, 30 sept. 1997, *RIDA* 1997.177. 273, note Piredda.

Union Européenne

CPC/Flavour concentrates (Decision T 0303/86), [1989] 2 EPOR 95 (ang.), Chambres de recours de l'Office européen des brevets, disponible sur LexisNexis Quicklaw.

AUTRES DOCUMENTS

Compositions probiotiques dérivées de produits laitiers et leurs utilisations, demande de brevet canadien no 2690058.

Gâteau de savoie pour cuisson au four à micro-ondes, brevet no CA 2358260, délivré 2006-02-07.

Produit alimentaire sec contenant un probiotique vivant, demande de brevet canadien no 2673120.

Produit de pâtes pouvant être passé au four à micro-ondes et contenant du citrate de triethyl et des œufs, et procédé de préparation, brevet no CA 2023461, délivré 1999-06-01.

Sauce de fromage, brevet no CA 1278217, délivré 1990-12-27.

Sauce au fudge et préparation congelée, brevet canadien no 2034644, délivré 2002-04-02.

Association des restaurateurs du Québec, *Profil et performance de la restauration québécoise*, éd. 2008.

Association des restaurateurs du Québec, *Ouvrir un restaurant*, 7 juillet 2008.

Collins Gage Canadian Paperback Dictionary, Toronto, Thomson Nelson, 2006.

Défi Santé 5/30, *Inscription au concours*,
<http://www.defisante530.com/index.php/ds/layout/set/print/Alimentation/Defi-Recettes-5>.
Règlement du concours, <http://inscription.defisante530.com/fr/recette.php>

Grand Larousse Universel, vol. 12, Paris, Éditions Larousse, 1989.

International Indian Treaty Council, *Food Sovereignty and the Rights of Indigenous People*, 2009, http://www.treatycouncil.org/PDFs/FoodSovereigntyENG_101909WEB.pdf.

Le Nouveau Petit Robert, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993.

Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2010, version en ligne.

Loblaws, *Modalités et conditions*,
http://www.loblaws.ca/LCLOnline/pcTermsConditions.jsp?lang=fr_CA

Metro, *Règlement du concours Cuisinez le Québec*,
<http://www.metro.ca/servons-le-quebec/concours-cuisinez-le-quebec-reglements.fr.html>

Mikes, *Concours 40 ans déjà! À qui la meilleure recette?*,
<http://www.mikes.ca/page.asp?intNodeID=33176>

Reportage de L'Épicerie, « La facture du restaurant décortiquée », Société Radio-Canada, 18 novembre 2009, http://www.radio-canada.ca/emissions/l_epicerie/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=96475.

Reportage de l'Épicerie, « Les livres de recettes », Société Radio-Canada, 9 décembre 2009, http://www.radio-canada.ca/emissions/l_epicerie/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=98478.

SOS Cuisine, *Conditions d'utilisation*,
http://www.soscuisine.com/conditions_utilisation.php?sos_l=fr

The Oxford English Dictionary, Second Edition, prepared by J.A. Simpson & E.S.C. Weiner, Volume XIII, Quemadero-Roaver, Oxford, Clarendon Press, 1989.

