

Vol. 19, n° 2

La cuisine en quête d'agents conservateurs : la protection des créations culinaires*

Stefan Martin et Yvan Brutsaert

1. INTRODUCTION	501
2. LA PROTECTION DES RECETTES.	501
2.1 La recette envisagée comme une œuvre littéraire	502
2.2 La recette peut-elle être considérée comme une invention ?	503
2.3 La recette gardée secrète	504
2.4 La protection du nom de la recette	506
2.4.1 La protection du titre par le droit d'auteur	506
2.4.2 La protection du titre par le droit des marques de commerce	506

© Stefan Martin et Yvan Brutsaert, 2007.

* Stefan Martin, avocat et associé du cabinet Fraser Milner Casgrain, à Montréal, et Yvan Brutsaert, licencié en droit de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve, Belgique et étudiant au Master en droits intellectuels à la Katholieke Universiteit van Brussel.

3.	LA PROTECTION DE L'ASPECT VISUEL DES CRÉATIONS GASTRONOMIQUES	508
3.1	La protection des œuvres artistiques par le droit d'auteur	508
3.2	La protection de la configuration et de l'ornementation par la <i>Loi sur les dessins industriels</i>	509
3.3	Les aspects visuels des créations culinaires envisagés sous l'angle des marques de commerce . . .	510
3.4	L'imitation non autorisée sanctionnée par le droit de la concurrence déloyale	510
4.	LA PROTECTION DU GOÛT ET DES SENTEURS	512
4.1	Odeur, goût et droit d'auteur	512
4.2	La protection des marques sensorielles	515
5.	CONCLUSION	517

1. INTRODUCTION

Les créations culinaires, objet du droit de la propriété intellectuelle ? Le sujet fait tout d'abord sourire. Les avis les plus sérieux objecteront que le droit de la propriété intellectuelle ne se prête que difficilement à la protection des goûts et des senteurs et que ces créations relèvent davantage d'un savoir-faire artisanal que de procédés scientifiquement éprouvés. Le constat n'est pas faux mais s'avère néanmoins très réducteur d'une réalité infiniment plus variée. Que dire, par exemple, de la cuisine moléculaire inspirée par les travaux du professeur Thys et des réalisations tout aussi saluées que critiquées de Ferran Adrià, sacré meilleur cuisinier du monde en 2003, qui ferme son restaurant six mois par année pour se consacrer à la recherche de nouvelles recettes ? Ou encore des créations tout aussi surprenantes d'Heston Blumenthal et de sa mousse de thé vert et de citron à l'hydrogène liquide ? Mais au-delà de cette chimie appliquée qui a permis l'émergence de nouveaux goûts, la cuisine est aussi visuelle. C'est le cas de la pâtisserie, de la chocolaterie mais également de la présentation des plats et de la décoration des assiettes qui atteignent parfois des sommets de raffinement. La cuisine est aussi littéraire et l'on ne compte plus les écrivains qui ont agrémenté leur récit de savoureuses recettes ou encore, tel Alexandre Dumas, ont consacré des ouvrages à l'étude de la cuisine.

Ces trois facettes de la création culinaire serviront de trame à l'étude de la protection de cet art par le droit de la propriété intellectuelle.

2. LA PROTECTION DES RECETTES

Les recettes sont exprimées en mots, et en ce sens, on peut les associer à des œuvres littéraires. Mais une recette constitue également la description d'un procédé de fabrication et à ce titre elle emprunte les caractéristiques d'un brevet. Finalement, certaines recettes sont entourées d'une aura mystérieuse et leur protection peut être envisagée par la mise en œuvre des principes relatifs aux secrets de fabrique.

2.1 La recette envisagée comme une œuvre littéraire

L'œuvre littéraire est une création qui est écrite ou imprimée dont la protection est indifférente à son mérite littéraire. Or, une recette de cuisine consiste en une description détaillée de la façon d'apprêter un mets. Ainsi définies, les recettes culinaires devraient être admises à la protection par le droit d'auteur dans leur expression littéraire.

Cette conclusion appelle deux réserves. Il convient dans un premier temps de garder à l'esprit que la protection d'une œuvre est subordonnée à la preuve de son originalité qui est définie comme « une œuvre qui émane d'un auteur et qui n'est pas une copie d'une autre œuvre [et] qui doit en outre être le produit de l'exercice du talent et du jugement de l'auteur »¹. *A priori*, cette exigence a pour effet d'exclure les recettes dont les origines se perdent dans la mémoire collective et qui, ce faisant, font partie du domaine public. Mais cette conclusion doit être nuancée. Certains grands classiques ont en effet pu être modifiés ou mis au goût du jour. La description du procédé peut également avoir été enrichie de détails relatifs à un savoir-faire. Ces ajouts confèrent à la recette remaniée le caractère d'originalité requis à la protection par le droit d'auteur.

Il convient également de rappeler que les traductions sont soumises à un régime qui est indépendant du statut de l'œuvre traduite. En d'autres termes, la recette originale peut se trouver dans le domaine public, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour sa traduction. Finalement, un livre de recettes peut être protégé à titre de compilation alors même que celles-ci sont puisées du domaine public.

Dans un second temps, une jurisprudence aussi abondante que constante rappelle que le droit d'auteur ne protège pas les idées, de même que les méthodes et les procédés. On relèvera notamment un arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec qui précise que si des formules chimiques peuvent être considérées comme des œuvres littéraires, seule l'expression de ces formules est protégée et que la réalisation d'un produit sur le fondement de celles-ci ne constitue pas un acte de contrefaçon :

On the basis of the foregoing, even if Tri-Tex's formulae hypothetically, for the sake of argument only, did fall within the purview of the Act, only the expression of these formulae would

1. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, § 25.

be protected. Those following the instructions to produce the chemical compounds would not be infringing Tri-Tex's copyright ; they would simply be using the idea contained in Tri-Tex's « literaryworks » (chemical formulae). Tri-Tex would accordingly not have had the right to seize, on the basis of s. 38 of the Act, the chemical compounds mentioned in the affidavit.²

Ainsi, l'auteur d'une recette ne pourra s'opposer à la réalisation de celle-ci sur le fondement du droit d'auteur portant sur l'œuvre littéraire.

2.2 La recette peut-elle être considérée comme une invention ?

L'histoire du droit des brevets révèle que le premier brevet a été accordé au 6^e siècle avant Jésus-Christ par la *Loi de Sybaris* qui portait sur la divulgation et la protection de recettes de cuisine.

L'invention est définie comme « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux [...] »³. La notion de « composition de matières » est assez large pour inclure le savant mélange d'ingrédients. L'invention doit être nouvelle, utile⁴ et inventive⁵. La nouveauté induit qu'une invention ne doit pas avoir été rendue publique avant la date de dépôt et qu'elle n'est pas anticipée par une réalisation antérieure⁶. En ce qui a trait à l'activité inventive, l'invention ne doit pas être évidente pour l'homme de l'art⁷. En d'autres termes, il convient de déterminer si « un technicien peu imaginatif ayant des connaissances générales ordinaires pourrait, en consultant l'état de la technique, aboutir directement et sans difficulté à l'invention couverte par la revendication »⁸. En l'état, il n'existe aucune objection de principe à la brevetabilité d'une recette culinaire. En revanche, la mise en œuvre du critère de l'« évidence » pourrait s'avérer plus problématique. En effet, bien des recettes sont puisées dans le domaine public et constituent des améliorations, des variantes ou des redé-

2. *Tri-Tex Co. Inc. c. Gideon*, REJB 1999-14246, par. 54.

3. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.* art. 28.3.

6. *Beloit Canada ltée c. Valmet OY*, (1986) 8 C.P.R. (3d) 289.

7. *Welcome Foundation Ltd. c. Novopharm Ltd.*, (1998) 82 C.P.R. (3d) 129, 146.

8. Bureau des brevets, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, Éd. 1998, mise à jour avril 2006, art. 15.01.02.

couvertes de créations déjà existantes. En ce sens, elles risquent d'être considérées comme évidentes pour l'homme de l'art.

Finalement, en ce qui a trait au critère de l'utilité, il n'est pas nécessaire que l'invention ait une utilité pratique, commerciale ou encore qu'elle « apporte un avantage réel au public » ni qu'elle soit particulièrement adaptée au but visé »⁹. Le critère d'utilité induit que l'invention fonctionne et qu'elle « donne soit un objet nouveau ou meilleur ou moins dispendieux ou qu'elle accorde au public un choix utile »¹⁰.

Étrangement, le recours au brevet aux fins de la protection d'une recette culinaire reste anecdotique. Dans la majorité des cas, des brevets ont été obtenus pour les produits industriels, telle qu'une recette pour la fabrication de tortillas¹¹. Les raisons sont multiples : les frais de dépôt, la divulgation publique de la recette et avant tout, les coûts liés à la défense d'un brevet.

2.3 La recette gardée secrète

Il n'existe pas de définitions exhaustives et définitives de la notion de secret industriel ou de secret de fabrication. Dans une décision déjà ancienne, le juge Biron proposait la définition suivante :

Quant aux secrets de fabrication, il s'agit habituellement d'une formule secrète ou d'un procédé secret de fabrication unique à son détenteur et qui a été révélé en confidence 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 de 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, quel produit il faut utiliser pour obtenir la réaction voulue, surtout

9. *Consolbord Inc. c. MacMillan Ploedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981], 1 R.C.S. 504, 525.

10. *Ibid.*

11. Brevet n° CA 994162.

si le produit s'élimine après usage et que l'analyse du produit fini ne permet pas de déceler l'utilisation du produit éliminé.¹²

Il va sans dire qu'il est essentiel de préserver le caractère confidentiel de l'information. Le titulaire doit donc prendre des mesures concrètes pour conserver le secret, telles que la signature d'accords de confidentialité, le dépôt sous clef et l'accès par mot de passe¹³.

C'est à l'occasion des litiges découlant des relations employeurs-employés et plus particulièrement à la suite de la rupture du lien d'emploi que s'est posée la question de la protection des secrets industriels. L'article 2088 du *Code civil du Québec* crée à la charge de l'employé un devoir de loyauté et de confidentialité envers son employeur, lequel survit à la résiliation du contrat d'emploi. Ce principe est rappelé par une jurisprudence aussi constante qu'abondante¹⁴.

Toutefois, cette obligation de confidentialité ne couvre pas l'expérience, l'expertise et les connaissances générales acquises par un employé à l'occasion de l'exercice de son travail¹⁵ « et cela même s'il les a acquises ou enrichies au service de l'employeur : cela fait partie de son patrimoine personnel peut-on dire, dont il peut disposer comme il veut en vue de gagner sa vie »¹⁶. Dans le domaine des créations culinaires, on distinguera les recettes qui sont originales et propres à leur auteur, du savoir-faire et des tours de main.

12. *Positron Inc. c. Desroches et al.*, [1988] R.J.Q. 1636, §120-121. Voir également François GUAY, « La protection des secrets de fabrique et des informations confidentielles », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 113, Jean CARRIÈRE, « Le secret est dans la sauce : Les secrets de commerce et les obligations juridiques qui en découlent », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 47.

13. John S. MACERA, Amy M. THOMAS, « Trade Secret and Confidential Information » *In Intellectual Property Dispute*, vol. 1, p. 5-3.

14. *Improthèque inc. c. St-Gelais*, DTE 95T-1105 (C.S.) ; *Industries Z-Tech Inc. c. Ladicani*, J.E. 2000-49 (C.S.) ; *Corp. scientifique Claisse Inc. c. Katanax Inc.*, J.E. 2004-1219 (C.S.) ; voir également Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 307-308.

15. *Corp. scientifique Claisse Inc. c. Katanax Inc.*, J.E. 2004-1219 (C.S.).

16. Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 305.

L'employeur ne pourra ainsi empêcher un ancien employé de mettre à profit les techniques qu'il a acquises à l'occasion de son emploi, mais il pourra en revanche s'opposer à toute usurpation des recettes de son cru.

2.4 La protection du nom de la recette

Le nom est essentiel à un produit. Il lui permet de se démarquer des produits concurrents et constitue un facteur de ralliement de clientèle. La protection du nom peut être entrevue par le recours à la *Loi sur le droit d'auteur* ou encore à titre de marque de commerce.

2.4.1 La protection du titre par le droit d'auteur

L'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* stipule qu'est « assimilé à une œuvre, le titre de l'œuvre lorsque celui-ci est original et distinctif ». La notion d'originalité est désormais bien encadrée : l'œuvre ne doit pas être une copie d'une autre œuvre et « doit entre autres être le produit de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur »¹⁷. En ce qui a trait au caractère distinctif, le titre doit constituer une partie qualitativement importante de l'œuvre¹⁸ et, ce faisant, condamne le choix de mots ordinaires ou usuels¹⁹. Cette conclusion a pour effet d'exclure du champ d'application de la *Loi sur le droit d'auteur* les noms de recettes classiques et traditionnelles ou ceux qui sont descriptifs, tels que « râble de lapin à la crème d'ail » ou « saumon à l'oseille ».

2.4.2 La protection du titre par le droit des marques de commerce

La protection du titre de la recette peut également être envisagée sur le fondement du droit des marques. Le nom de la recette permet de distinguer un produit de ceux fabriqués par des concurrents et répond ainsi aux prescriptions de l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce*. Mais dans bien des cas la protection de la recette se heurte à la prohibition des marques descriptives ou génériques²⁰, soit celles qui désignent d'une manière usuelle un produit. On ne saurait ainsi réclamer la protection par le droit des marques

17. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 25 et s.

18. *Zlata c. Lever Brothers Ltd.*, (1948) 8 Fox Pat C122 (C.S.).

19. *Via Rail Canada Inc. c. Location Via Route Inc.*, [1992] R.J.Q. 2109 (C.A.).

20. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12.

des termes « médaillon de veau à l'estragon », « civet de lièvre sauce poivrade » ou, malgré toute son originalité, « poutine au foie gras ».

La conclusion serait différente dans l'hypothèse où serait adjointe une composante distinctive. C'est le cas notamment de la célèbre « escalope de saumon à l'oseille des Frères Troisgros ». En revanche, le simple ajout d'une indication d'origine géographique, telle que « poulet à la Kiev » ou « pigeonneau des Alpilles à la tapenade » n'écarte pas la sanction prévue à l'alinéa 12(1) b) de la *Loi sur les marques de commerce* qui interdit l'enregistrement des marques qui donnent une indication claire ou encore une indication fausse « du lieu d'origine » du produit. À titre d'exemple, ont été refusées à l'enregistrement les marques de commerce FLORIDA CITRUS PUNCH en relation avec de la limonade²¹ et SWISS MISS pour des chocolats²².

Il fut un temps où les maîtres de bouche donnaient à leurs créations le nom de clients célèbres ou de mécènes particulièrement généreux : le « tournedos Rossini » d'Antoine Carême, la « poularde Albufera » du duc du même nom d'Adolphe Dugléré, ou encore la célèbre « pêche Melba », qui est un remerciement d'Auguste Escoffier à la diva australienne Nellie Melba. Ces hommages se heurteraient aujourd'hui à l'alinéa 5 de l'article 36 du *Code civil du Québec* qui précise que l'utilisation non autorisée du nom constitue une atteinte à la vie privée. C'est sur le fondement de cette disposition que la Cour supérieure du Québec a par exemple sanctionné l'utilisation par un promoteur immobilier du nom du célèbre architecte français Le Corbusier²³. Pour cette même raison, on doit également condamner l'utilisation de la formule « à la façon de » suivie du nom d'un chef vivant ou décédé. On notera par ailleurs que l'article 36 du *Code civil du Québec* couvre tant le nom que le pseudonyme²⁴.

Finalement, l'alinéa 12(1) a) de la *Loi sur les marques de commerce* exclut les marques qui sont constituées principalement d'un patronyme. Toutefois, le paragraphe 12(2) permet l'enregistrement des marques patronymiques lorsque, de par leur usage, elles sont devenues distinctives et ont acquis un sens qui transcende le simple nom de famille. Ce serait certainement le cas des grands chefs qué-

21. *Holiday Juice Ltd. c. Sundor Brand Inc.*, (1990) 33 C.P.R. (3d) 509.

22. *Béatrice / Hunt-Wesson Inc. c. Choco Suisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat*, (1992) 45 C.P.R. (3d) 278.

23. *Fondation Le Corbusier c. La Société en commandite Manoir Le Corbusier Phase I*, [1991] R.J.Q. 2864.

24. *Ibid.*

bécois, tels Daniel Vézina, Normand Laprise, Daniel Pinard, Martin Picard et Josée Di Stasio.

3. LA PROTECTION DE L'ASPECT VISUEL DES CRÉATIONS GASTRONOMIQUES

L'aspect visuel des créations culinaires est peut-être tout aussi important que le goût et les senteurs. D'aucuns diront que la nouvelle cuisine interpelle avant tout la vue. Le débat n'est pas nouveau et faisait d'ailleurs déjà rage au début du siècle dernier.

3.1 La protection des œuvres artistiques par le droit d'auteur

La *Loi sur le droit d'auteur* n'inclut aucune définition de l'œuvre artistique. Tout au plus, l'article 2 de la loi énumère un certain nombre d'œuvres, telles que les peintures, les dessins, les sculptures, etc. qui sont considérées comme des œuvres artistiques. La jurisprudence a défini l'œuvre artistique comme étant une œuvre visuelle par opposition aux œuvres littéraires, musicales ou d'expression dramatique²⁵. Il convient également de rappeler que les tribunaux ne doivent pas s'ériger en juge du beau et que le mérite artistique d'une œuvre est indifférent à sa qualification²⁶. Ainsi, la décoration d'un plat, la forme d'une pâtisserie, le motif d'un chocolat sont autant de créations susceptibles d'être couvertes par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Cependant par application du paragraphe 64(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la protection conférée s'estompe lorsqu'un dessin a été appliqué à un objet utilitaire reproduit à plus de cinquante exemplaires. Selon les termes du paragraphe 64(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, un objet utilitaire est celui qui remplit une fonction autre que celle de support d'un produit artistique ou littéraire. Il est donc sans intérêt de déterminer si l'objet est utile ou s'il satisfait un besoin qui sont autant de notions par trop subjectives. Cependant, le troisième paragraphe de l'article 64 énumère un certain nombre de dessins qui échappent aux rigueurs de l'exception, tels que les « représentations graphiques ou photographiques appliquées sur un objet » et les « représentations d'êtres, de lieux ou de scènes réels ou imaginaires pour donner une configuration, un motif ou un élément

25. *DRG Inc. c. Datafile Ltd.* (1987), [1988] 2 C.F. 243, 253.

26. *Hay c. Sloan*, [1957] O.W.N. 445, 447. (H.C.) ; *DRG Inc. c. Datafile Ltd.* (1987), [1988] 2 C.F. 243, 251.

décoratif à un objet ». Le paragraphe 64(2) vise donc l'aspect tridimensionnel d'une création alors que « l'exception à l'exception » prévue au paragraphe 64(3) permet de sauvegarder l'ornementation graphique d'un objet utilitaire. Ce régime permet ainsi de protéger les créations culinaires dans leur dimension artistique.

3.2 La protection de la configuration et de l'ornementation par la *Loi sur les dessins industriels*

La protection des aspects visuels d'une création culinaire peut également être envisagée au titre de la *Loi sur les dessins industriels*²⁷. L'article 2 de cette loi définit le dessin comme les « caractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs ». La protection conférée par la *Loi sur les dessins industriels* s'étend ainsi à l'aspect visuel d'un objet. L'objet doit être réalisé par un procédé artisanal ou manufacturé. Toutefois, un dessin ne peut porter sur les caractéristiques résultant uniquement de la fonction utilitaire d'un objet utilitaire²⁸.

Comme pour l'ensemble des objets de propriété intellectuelle, la protection des dessins industriels est subordonnée au respect de conditions de fond et de forme. Quant aux conditions de fond, le dessin doit être ornemental et original. En ce qui a trait à l'aspect ornemental, le concepteur du dessin doit avoir donné à l'objet une configuration originale, personnelle et distincte de sa forme générique. L'originalité du dessin est évaluée par référence à l'art antérieur et il doit se distinguer de manière substantielle de créations préexistantes²⁹. En ce qui a trait aux conditions de forme, il est important de garder à l'esprit qu'une demande d'enregistrement d'un dessin industriel doit être produite au Canada dans un délai d'un (1) an suivant sa publication, étant par ailleurs précisé que ce délai est de rigueur³⁰. Par publication, on entend l'offre ou la vente du produit au public³¹.

27. *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. 1985, ch. I-9.

28. *Loi sur les dessins industriels*, article 5.1.

29. *Clatworthy & Son Limited c. Dale Ale Display Fixtures Ltd.*, [1929] R.C.S. 429 (C.S.C.), 433 ; Alexandra STEELE, « Les dessins industriels au Canada : y-a-t-il des développements « récents » ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 201, 209.

30. *Loi sur les dessins industriels*, article 6.

31. *Ribbons (Montreal) Ltd. c. Building Corticelli Ltd.*, (1961) 21 Fox Pat. C. 156, 168.

3.3 Les aspects visuels des créations culinaires envisagés sous l'angle des marques de commerce

La protection des aspects visuels des créations culinaires peut également être envisagée sous l'angle du droit des marques de commerce. La *Loi sur les marques de commerce* ne donne pas d'indications au sujet des signes pouvant être utilisés ou enregistrés comme marque. Cependant, il est de jurisprudence constante que des dessins ou des représentations graphiques peuvent faire l'objet d'une marque. La loi permet également l'enregistrement des aspects tridimensionnels d'un produit en tant que signe distinctif qui sont définis comme le « façonnement de marchandises ou de leurs contenants »³², en autant qu'ils soient devenus distinctifs et qu'ils permettent aux consommateurs de distinguer les produits d'une entreprise de ceux de ses concurrents³³.

La protection sera cependant refusée lorsque la forme est essentiellement dictée par la fonction du produit. L'exclusion des marques fonctionnelles en droit canadien a été confirmée par un arrêt récent de la Cour suprême dans la célèbre affaire *Lego*³⁴. La mise en œuvre du principe de la prohibition des marques fonctionnelles à l'égard des créations culinaires n'a pas été discutée en jurisprudence canadienne. En droit comparé, on notera que d'une manière générale les tribunaux communautaires ont été peu sensibles aux arguments des créateurs et ont, par exemple, confirmé les rejets des demandes d'enregistrement d'une marque tridimensionnelle correspondant à la forme bonbon³⁵, d'une marque prenant la forme d'un cigare de couleur brune en relation avec du chocolat³⁶ et de la forme des barres de chocolat KIT KAT³⁷.

3.4 L'imitation non autorisée sanctionnée par le droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale sanctionne la violation des « règles de l'honnêteté et de la bonne foi » qui sont à la base des transactions commerciales³⁸. L'action en concurrence déloyale a pour

32. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, articles 2 et 13.

33. *Parke Davis c. Empire Laboratories*, (1963) 41 C.P.R. (2d) 121, 145.

34. *Kirkbi A.G. c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302.

35. *August Storck KG c. OHMI*, Aff. C-24/05 P, arrêt du 22 juin 2006.

36. *Axions SA c. OHMI*, Aff. T-324/01 et T-110/02, décision du 30 avril 2003.

37. *Société des produits Nestlé S.A.*, Aff. R-118/2004-2, décision de la deuxième chambre de recours de l'OHMI du 10 décembre 2004.

38. *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, 135

vocation de protéger le fabricant mais également le consommateur qui « s'attend à recevoir un produit donné lorsqu'il le souhaite et ne doit pas être déçu » et « aucune substitution ne doit être faite à son insu »³⁹. L'action en concurrence déloyale est fondée sur l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* qui interdit de poser tout geste de nature à causer de la confusion entre deux produits émanant de sources différentes et l'article 1457 du *Code civil du Québec* qui constitue la pierre angulaire du régime de la responsabilité civile.

Les actes de confusion constituent l'une des facettes de la concurrence déloyale⁴⁰. Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de confusion qu'en présence d'un produit connu des consommateurs et, soit pour reprendre une expression désormais consacrée, qui bénéficie d'un achalandage⁴¹. L'achalandage découle notamment de la forme distinctive du produit, en termes plus profanes de son originalité, mais également de la publicité et ultimement de son succès commercial⁴². Lorsque ce préalable est établi, il reste à prouver la déception du public. À cet égard, on notera qu'il est de jurisprudence constante que l'action en concurrence déloyale ne nécessite pas la preuve que le consommateur a été trompé mais simplement qu'il a pu être égaré⁴³. Or, la forme la plus usuelle de cette « déception » résulte de la copie intégrale ou de l'imitation grossière de la forme du produit⁴⁴.

L'action en concurrence déloyale est un recours difficile. Dans bien des cas, et ce constat vaut pour les créations culinaires, il est en effet délicat de prouver la distinctivité de la forme du produit et par-delà, son association par le public au fabricant, personne morale ou physique.

39. *Ibid.*, 137

40. *Wrebbit Inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3219, 3245. Voir également : André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (Montréal, Wilson & Lafleur, 1971) ; Mistral GOUDEAU, « Concurrence déloyale et droit privé – commentaires d'arrêts », (1984) 15 *R.G.D.* 134,135.

41. *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, 135. Voir également : *Sports Maska Inc. c. Canstar Sports Group Inc.* (1994) 57 C.P.R. (3d) 323 ; *Boutique Dans Un jardin Inc. c. Société d'importation et distribution d'art au quotidien*, JE-94-959 (C.S.) p. 29-38 ; *Wrebbit Inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3219, 3245

42. *Consumers Distributing Co. Ltd. c. Seiko*, [1984] 10 D.L.R. (4th) 161, p. 168 et 169

43. André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (Montréal, Wilson & Lafleur, 1971), p. 224.

44. Scott. R. JOLIFFE, « The Common Law Doctrine of Passing Off », dans Gordon F. Henderson, *Trade-Marks Law of Canada* (Toronto, Carswell, 1993), ch. 8, p. 217 ; Harold. G. FOX, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3e éd. (Toronto, Carswell, 1972), p. 551.

4. LA PROTECTION DU GOÛT ET DES SENTEURS

On distingue généralement cinq sens, trois sens mécaniques : le toucher, la vue et l'ouïe, et deux sens chimiques : le goût et l'odorat. D'une manière traditionnelle, le droit de la propriété intellectuelle s'est attaché aux créations relevant des trois premiers sens, la caractérisation du goût et de l'odeur étant par définition un exercice empreint d'une subjectivité telle que toute idée de monopole semblait exclue. Le débat pourtant existe et la protection des œuvres olfactives et gustatives par le droit d'auteur ou à titre de marque de commerce a fait l'objet d'un contentieux certes timide mais remarqué.

4.1 Odeur, goût et droit d'auteur

L'odeur ou le goût, sujet du droit d'auteur ? Hier encore, la proposition aurait semblé apocryphe. C'était sans compter sur l'imagination toujours créatrice des juristes. C'est à l'occasion de l'examen de la qualification d'œuvres des parfums que s'est posée la question de la protection des odeurs par le droit d'auteur. Le parfum est-il une œuvre de l'esprit ? La question déjà ancienne demeure très controversée, en témoignent trois décisions rendues au mois de juin 2006 par la Cour de cassation française et la Cour suprême des Pays-Bas et, au mois d'octobre 2006, par un tribunal anglais dont les conclusions s'avèrent pour le moins dissonantes.

Mais revenons tout d'abord au processus de création d'un parfum et laissons la parole à l'un des plus grands parfumeurs du XX^e siècle, Edmond Roudnitska :

Notre recherche, purement intellectuelle, est le fruit d'une laborieuse expérience n'ayant rien à voir avec la science ni avec l'industrie. Nous composons avec un bloc de papier et avec un crayon. Après avoir imaginé une forme olfactive, un thème de parfum, nous inscrivons en colonne sur notre feuille, et de mémoire (c'est-à-dire sans avoir besoin d'en vérifier sensoriellement les odeurs respectives) les noms des produits odorants qui, conjugués esthétiquement dans des proportions que nous choisissons intuitivement, nous paraissent devoir conduire à la forme olfactive et imaginée. Cette liste constitue la formule originale de notre parfum, elle sera pesée pour vérification et si elle a olfactivement notre agrément, elle deviendra le scénario reconstitutif (comme la partition musicale, comme le manuscrit

de l'écrivain) qui permettra la fabrication en grande série, la diffusion de notre parfum.⁴⁵

Le parallèle avec le processus créatif entourant la réalisation d'œuvres plus classiques est saisissant et invite à prolonger la réflexion et à examiner la solution apportée par la jurisprudence. Jusqu'à tout récemment, les tribunaux français s'étaient montrés ouverts à l'idée qu'un parfum puisse constituer une œuvre de l'esprit. On relèvera notamment une décision rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 26 juin 2004 qui, dans un attendu très poétique, avait assimilé l'auteur d'un parfum à celui d'une œuvre musicale :

La composition créée par l'auteur du parfum/fragrance peut être comparée à une partition permettant de reproduire une musique comme la formule retenue par l'auteur du parfum permet de reproduire la fragrance. [...] ainsi, la fragrance peut effectivement être considérée comme le résultat d'une recherche intellectuelle d'un compositeur faisant appel à son imagination et à ses connaissances accumulées pour aboutir à la création d'un bouquet original de matériaux odorants choisis dans un but esthétique constituant ainsi une œuvre de l'esprit.⁴⁶

En l'espèce, la société L'Oréal a été déboutée en raison de l'absence d'originalité des fragrances objet des débats. Cette décision a été corrigée par un arrêt rendu le 25 janvier 2006 par la Cour d'appel de Paris qui pour l'essentiel a jugé que si l'article L.112-2 du *Code de la propriété intellectuelle* n'envisage que les œuvres accessibles à l'ouïe ou à la vue, ce serait à tort que l'on conclurait à l'exclusion des créations olfactives⁴⁷. Mais cet engouement n'a pas trouvé écho auprès de la Cour de cassation qui, dans un attendu

45. Edmond ROUDNITSKA, *Le parfum*, Collection « Que sais-je », 3^e éd. (Paris, P.U.F. 1990).

46. TGI Paris, 3^e Ch., 26 mai 2004, *S.A. L'Oréal c. Société Bellure N.V.*, J.C.P. éd. G, 2004, p. 1697.

47. C.A. Paris, 4^e Ch., 25 janvier 2006. Voir également : CA Paris, 3 juil. 1975 : *Gaz. Pal.* 1976, I, p. 43, note J. Calvo et G. Morelle ; TGI Paris, 5 nov. 1997 : *PIBD* 1998, n° 649, III, P.142 ; T.Com Paris, 24 sept, 1999 : CCC avr.2000, p. 20, note Ch. Caron ; TGI Paris, 26 mai 2004, D.2004, jurisp., p. 2641, note J-C Galloux ; TGI Paris, 4 juin 2004, *Propriété intellectuelle 2004*, n° 13, p. 907, note P. Sirinelli ; CA Paris, 17 sept. 2004, *Propriété intellectuelle 2005*, n° 14, p. 47, note P. Sirinelli ; S. Balañá, *L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur ... fumus boni juris ?*, *Propriété intellectuelle 2005*, n° 16, p. 254 ; E. Glemas, *La protection du parfum par le droit d'auteur*, *RDPI* 1997, n° 82, p. 36.

aussi incisif que laconique, a jugé que « la fragrance d'un parfum qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire ne constitue pas, au sens des textes précités, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur »⁴⁸. Cette solution a également été approuvée par la *Chancery Division* en octobre 2006 qui, tout aussi sommairement que la Cour de cassation française, a jugé qu'un parfum n'était pas une œuvre de l'esprit susceptible d'être protégée par le droit d'auteur⁴⁹.

Les « nez », tels que se nomment les compositeurs de fragrances, ont été mieux reçus aux Pays-Bas où la Cour suprême, dans un arrêt rendu le 16 juin 2006 dans une affaire opposant les sociétés Lancôme et Kecofa, a jugé qu'une fragrance émise par le jus pouvait, sous réserve de son originalité, constituer une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. La Haute Cour a également considéré que l'aspect subjectif de l'odorat et plus particulièrement le fait que la perception puisse varier d'une personne à l'autre ne constituait pas un facteur entraînant le rejet systématique des œuvres olfactives⁵⁰.

La solution est novatrice et téméraire et heurte *a priori* les principes traditionnels de la matière. En effet, d'une manière classique la notion d'œuvre se trouvait confinée aux créations qui interpellent les trois sens mécaniques. Il fallait ainsi faire preuve d'une certaine poésie pour repousser très loin les limites de la protection du droit d'auteur. Pourtant, au terme d'une réflexion plus approfondie, la conclusion des magistrats bataves paraît moins osée. Il est en effet indéniable que le parfum est une création de l'esprit. Bien des œuvres beaucoup moins méritantes ont reçu la protection de la loi. Il suffit de penser aux bottins téléphoniques et à certaines bases de données. Ceci étant dit, la portée de cette décision ne devrait pas, en principe, être restreinte aux parfums mais bien au contraire embrasser toutes les œuvres olfactives : le vin et autres alcools et le cas échéant, les créations culinaires.

Cette solution est-elle susceptible d'être importée en droit canadien ? On rappellera que la notion d'œuvre n'est pas définie par la *Loi sur le droit d'auteur*. L'éligibilité d'une création à titre d'œuvre se fait par son rattachement à l'une ou l'autre des catégories stipulées par la Loi. *A priori*, il paraît difficile d'associer les créations gustatives ou olfactives aux œuvres dramatiques, littéraires ou musicales. Le rat-

48. Cass. civ. 13 juin 2006, D-2006, Actualités jurisprudentielles, p. 1741.

49. *L'Oréal S.A. c. Bellure NV* [2006] All E.R. (D) 39.

50. *Kecofa / Lancôme*, 16 juin 2006, LJV AV 8940.

tachement doit donc être entrevu par référence aux œuvres artistiques. Mais l'œuvre artistique est une création qui acquiert « un sens par un moyen visuel par opposition aux œuvres littéraires, musicales ou d'expression dramatique »⁵¹. Ainsi, à moins d'un élargissement législatif ou jurisprudentiel de la définition d'œuvres artistiques, les créations gustatives ou olfactives ne peuvent trouver refuge au sein des objets du droit d'auteur.

4.2 La protection des marques sensorielles

La protection des marques de commerce sensorielles a soulevé des débats quelque peu surréalistes qui en l'état sont loin d'être clos. En droit international, ces marques se trouvaient spécifiquement exclues à l'article 2 du *Traité sur le droit des marques* tel qu'adopté le 27 octobre 1994. Cette exclusion a été écartée par le *Traité de Singapour sur le droit des marques* adopté le 28 mars 2006 qui élargit son champ d'application aux marques non traditionnelles, incluant les marques olfactives.

En droit comparé, le traitement des marques sensorielles s'avère très variable. Elles sont spécifiquement exclues au Brésil, au Mexique, au Japon et en Chine⁵². En revanche, en Nouvelle-Zélande, la *Loi sur les marques de commerce* telle qu'amendée en 2002 envisage spécifiquement les marques gustatives et olfactives. En pratique, cependant, l'enregistrement de ces marques constitue un phénomène marginal⁵³. En Australie, les marques olfactives sont expressément énumérées à l'article 6 de la Loi. Toutefois, jusqu'en juin 2006, aucune marque de cette nature n'avait été enregistrée⁵⁴. Aux États-Unis, si la loi ne mentionne pas spécifiquement les marques sensorielles, la position du USPTO, telle qu'exprimée dans son Manuel d'examen, est à l'effet que celles-ci sont susceptibles d'être enregistrées. Mais au delà de cette pétition de principe, l'enregistrement de ces marques s'avère difficile tel qu'en fait foi une récente décision qui a refusé une marque présentée comme « le goût d'une orange » en relation avec des produits pharmaceutiques⁵⁵.

51. *DRG Inc. c. Datafile Ltd.*, [1988] 2C.F. 243, 253.

52. Lorraine M. FLECK, « What Makes Sense in One Country May Not in Another : A Survey of Select Jurisdictions on Scent Mark Registrability & A Critique of Scents as Trade-marks », disponible à www.copat.de/markenformen/eugh-kom/fleck.pdf.

53. Rachel DAWSON, « Chocolate and the Trade-Marks Registry », disponible à www.jawscsco.nz.

54. Steve WHITE, « Sounds, Smells and Shapes – Has Trademark Protection Being Extended to Far in Australia ? », disponible à www.computerlaw.com.au.

55. *In Re Organon N. V.*, 79USPQ2 d 739 (TTAB2006).

Pour l'essentiel, la Commission a considéré que ce goût avait une fonction utilitaire et qu'à cet égard, il ne pouvait faire l'objet d'un monopole qui aurait pour effet de restreindre indûment la concurrence dans l'industrie pharmaceutique.

La jurisprudence française s'est montrée hostile aux marques olfactives et gustatives. La Cour d'appel de Paris a confirmé une décision par laquelle l'INPI avait refusé l'enregistrement d'une marque gustative constituée par l'arôme artificiel de fraises pour des produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques⁵⁶. Au Royaume-Uni, le registraire des marques de commerce a admis le principe de l'enregistrement des marques sensorielles, telles que « l'odeur florale de rose » en relation avec des pneus⁵⁷ et « une forte odeur de bière » à l'égard d'ailettes de fléchettes⁵⁸.

En droit communautaire, la Cour de justice, dans l'arrêt *Sieckmann*⁵⁹, a reconnu que les marques non traditionnelles, incluant les sons et les odeurs, pouvaient être enregistrées à titre de marques communautaires à condition qu'elles puissent faire l'objet d'une représentation graphique qui peut prendre la forme de figures, de lignes ou de caractères. La Cour a précisé que cette représentation graphique doit être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, intelligible, durable et objective⁶⁰. Cependant, l'arrêt précise également qu'à l'égard des signes olfactifs « les exigences de la représentation graphique ne sont pas remplies par une formule chimique, par une inscription au moyen de mots écrits, par le dépôt d'un échantillon d'une odeur ou par la combinaison de ces éléments »⁶¹. Les difficultés découlant de ces exigences sont illustrées par une affaire jugée subséquentement par le Tribunal de première instance de la Communauté européenne dans le cadre d'un appel d'une décision de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur qui avait confirmé le refus d'enregistrer une marque consistant dans l'odeur d'une fraise mûre. Le Tribunal a jugé que cette description ne répondait pas aux critères dégagés dans l'arrêt *Sieckmann* dans la mesure où l'odeur d'une fraise mûre était par définition une perception subjective susceptible de varier d'une personne à l'autre⁶².

56. Cour d'appel de Paris, 20 octobre 2003.

57. Enregistrement n° 2001416.

58. Enregistrement n° 2000234.

59. *Sieckmann*, C-273/00, Rec. p. I-11737.

60. *Ibid.*, § 55.

61. *Ibid.*, § 113.

62. *Eden SARL c. OAMI*, affaire T-305/04, décision du 27 octobre 2005.

Au Canada, la définition de la notion de marques de commerce que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce* n'évoque pas les marques olfactives et gustatives⁶³. L'enregistrement de telles marques se heurte à une décision ancienne rendue dans l'affaire *Playboy*⁶⁴ qui avait jugé en son temps qu'une marque de commerce doit être visuelle. Il est également probable que de telles demandes soient rejetées pour des raisons identiques à celles retenues par les tribunaux européens. Finalement, il est loin d'être évident qu'une marque gustative puisse « faire l'objet d'un emploi pour distinguer un produit dans la mesure où, dans la norme des choses, c'est après le transfert de propriété que le produit pourrait être goûté »⁶⁵.

En tout état de cause, dans le contexte des créations culinaires, la monopolisation du goût ou des senteurs par le droit des marques se heurte aux prescriptions de l'alinéa 12(1) b) de la *Loi sur les marques de commerce* qui stipule que l'on ne peut enregistrer une marque qui donne une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises en relation desquelles elle est utilisée. Or, par définition, la description d'un goût et d'une odeur prendrait la forme de la liste des ingrédients et, en ce sens, elle serait nécessairement descriptive au sens de la disposition précitée. À titre d'illustration, on peut invoquer une marque qui serait utilisée en relation avec une sauce décrite comme « goût de porto, enrichi d'un soupçon d'échalote, de vin et de fond de veau ».

5. CONCLUSION

Les créations culinaires sont particulièrement versatiles et en ce sens, elles interpellent le droit de la propriété intellectuelle dans toute sa dimension et toutes ses branches. Ce rapide tour d'horizon aura permis de constater qu'au-delà du goût et des saveurs, les autres facettes de ces créations sont susceptibles d'être protégées tantôt par le droit d'auteur, tantôt par la *Loi sur les dessins industriels*, la *Loi sur les brevets* ou encore à titre de marque de commerce.

63. Sur ce sujet, voir Laurent CARRIÈRE, « La protection statutaire des marques non traditionnelles au Canada – Quelques réflexions sur leur enregistrabilité et distinctivité » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 79 ; Susan KING, « Are Sounds and Scents Trade-marks in Canada ? » (1992) 1 *Bus. & Law* 6-7 ; John PREZIOSO, « Making Scents of Canadian Trade-Mark Law : The Case Against Trade-Mark Protection for Fragrances » (2003) 16 *IPJ* 195.

64. *Playboy Enterprises Inc. c. Germain* (No. 2) (1987) 13 FTR 178.

65. Laurent CARRIÈRE, *op. cit.*, note 63.

Mais c'est également l'histoire d'un art passablement délaissé. Les raisons de ce constat sont multiples mais avant tout, il semblerait que les créateurs eux-mêmes, par manque de ressources ou en raison d'une méconnaissance des méandres d'une matière parfois complexe, ne perçoivent pas les avantages liés à la protection de leurs créations. Il est vrai que, par définition, il s'agit de réalisations éphémères très sensibles au phénomène de modes et aux réactions d'une clientèle exigeante et souvent capricieuse. Peut-être s'agit-il plus simplement d'un art qui demeure encore à la recherche de son Beaumarchais.