

Vol. 27, n° 2

L'appropriation du patrimoine culturel autochtone : examen des avantages et inconvénients du régime de propriété intellectuelle au Canada

Vanessa Udy*

Introduction	851
1. Le patrimoine culturel et l'appropriation culturelle	852
1.1 Qu'est-ce que le « patrimoine culturel » ?	852
1.2 Une (courte !) histoire de la mise en péril de la culture autochtone canadienne	853
1.3 La menace de l'appropriation culturelle	855
2. La propriété intellectuelle comme outil pour la protection de la culture autochtone	859

© CIPS, 2015.

* Avocate chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. L'auteure souhaite remercier le professeur David Newhouse de l'Université de Trent (professeur agrégé, Chaire économique et administrative, Études autochtones) pour ses commentaires constructifs à propos de cet article. Les hyperliens sont à jour au 16 avril 2015. Une version de cet article a été publiée en anglais à (2014) 19:4 *Intellectual Property* 1254 sous le titre « The Appropriation of Aboriginal Cultural Heritage: Examining the Uses and Pitfalls of the Canadian Intellectual Property Regime ».

[Note de la rédaction : ce texte a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.1	Les réussites	859
2.2	Différences entre l'éthique autochtone et la philosophie sous-jacente des lois sur la propriété intellectuelle	860
3.	L'accès à la justice, un obstacle à l'exercice des droits de propriété intellectuelle.	863
	Conclusion : la voie de la survie	866

Introduction

L'appropriation du patrimoine culturel autochtone est devenue un sujet d'intérêt populaire dans les années 1990. En 1991, des lecteurs ont fait parvenir des lettres passionnées à l'éditeur du *Globe and Mail* débattant sur le caractère approprié de l'usage par un auteur non-autochtone d'éléments de la culture autochtone comme source d'inspiration pour ses œuvres littéraires. Près de 25 ans plus tard, l'appropriation culturelle continue d'être sujet à discussion. La maison Chanel a été récemment critiquée pour avoir fait défiler ses mannequins parés de coiffes à plumes pour sa collection *Métier d'art Paris-Dallas 2013/2014* suivant la thématique « Cow-boys et Indiens ». L'été dernier, le festival de musique *Bass Coast* en Colombie-Britannique, ayant lieu sur des terres autochtones, a été le premier festival canadien de musique à interdire le port de la coiffe de guerre, qui est présentement très tendance dans les festivals d'été. De plus, cette année, le chanteur américain *Pharell Williams* a fait la une de l'édition de juillet 2014 de la revue *Elle UK*, aussi coiffé d'une couronne de plumes. À la suite de nombreuses plaintes et critiques, l'artiste a dû présenter ses excuses (ce qui ne l'a toutefois pas empêché de poser le visage coloré de peintures de guerre douteuses pour l'édition britannique de *GQ* en octobre 2014).

Le but de cet article est d'analyser l'appropriation de la culture autochtone au Canada et les recours disponibles aux peuples autochtones en vertu des lois canadiennes sur la propriété intellectuelle. Nous examinerons en premier lieu la notion d'appropriation culturelle et les menaces qu'elle présente à la survie culturelle des peuples autochtones. Nous étudierons ensuite l'utilité et les limites des droits de propriété intellectuelle canadienne et des mécanismes juridiques disponibles pour l'exercice de ces droits comme outils dans la lutte menée par les peuples autochtones contre l'appropriation de leur culture. Bien que certains groupes autochtones aient connu du succès dans leurs recours aux lois sur la propriété intellectuelle, les différences fondamentales entre l'éthique autochtone et la philosophie sous-jacente des lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle ainsi que les problèmes liés à l'accès à la justice font en

sorte que ces lois sont mal adaptées pour répondre aux problèmes spécifiques auxquels font face les peuples autochtones.

Bien que la portée de cet article soit limitée aux lois sur la propriété intellectuelle, d'autres domaines du droit, tels que le droit constitutionnel, le droit des contrats et de la responsabilité extracontractuelle, peuvent également être utiles aux peuples autochtones dans la lutte contre l'appropriation culturelle. Cet article ne traitera pas de ces autres domaines du droit, non par manque d'intérêt ou de pertinence, mais par souci de concision.

1. Le patrimoine culturel et l'appropriation culturelle

1.1 Qu'est-ce que le « patrimoine culturel » ?

L'UNESCO a défini le patrimoine culturel comme étant « l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci [...] »¹.

L'expression du patrimoine culturel peut être immatérielle et comprend entre autres les connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques (aussi appelées les « connaissances traditionnelles » ou « savoir traditionnel »), les traditions orales et musicales ainsi que les modes d'expression active (tels que des spectacles). Elle peut aussi être tangible, que ce soit sous formes d'arts plastiques, d'architecture, de dépouilles humaines ou de terres².

Ces formes d'expressions du patrimoine culturel sont importantes car elles servent à exprimer le mode de vie et la pensée d'une société particulière. Elles sont la preuve de ses réalisations intellectuelles et spirituelles³.

1. *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, UNESCO, 25^e Sess, Vol 1, Annexe I, (1990) 231, en ligne : <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.htm> à la note en bas de page 166.

2. Lyndel V. Prott et Patrick J. O'Keefe, « 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property' » (1992) 1 :2 *International Journal of Cultural Property* 307 à la p 307.

3. *Ibid.*

Le patrimoine culturel transcende l'individu. L'emploi du mot « patrimoine » dans l'expression « patrimoine culturel » suggère qu'une pratique doit être adoptée et transmise à plus d'une génération⁴. Parmi les peuples autochtones du Canada, le patrimoine culturel appartient généralement à l'ensemble d'un peuple. Parfois, la garde d'une pratique ou d'un savoir particulier est attribuée à une association ou à une personne qui a été spécialement formée ou initiée pour en être la gardienne⁵. Le dépositaire de cette pratique ou de ce savoir et les membres de la communauté sont garants de sa préservation, de son utilisation, de son développement et de sa transmission en conformité avec les lois et protocoles coutumiers de cette communauté⁶. La culture est donc préservée via certains comportements et connaissances prenant forme dans les compétences, les cérémonies et les rituels de la communauté⁷. Les peuples autochtones transmettent leur patrimoine culturel principalement à travers des moyens intangibles tels que des chansons, des symboles, des légendes et des modes de vie. Ces manifestations de leur culture sont empreintes de leur histoire, de leurs codes éthiques et de leur créativité⁸.

1.2 Une (courte !) histoire de la mise en péril de la culture autochtone canadienne

L'indignation des peuples autochtones face à l'appropriation culturelle ne peut être comprise en dehors du contexte historique du colonialisme dans lequel la perte de leur culture s'inscrit.

4. *Ibid* ; Rosemary J. Coombe, « First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns : Prospects for Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions in International Law » dans Catherine Bell et Robert Patterson, réd., *Protection of First Nations' Cultural Heritage : Laws, Policy and Reform* (Vancouver, University of British Columbia Press, 2009) 247 [« Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns »] ; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport du Séminaire sur le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 52^e Sess, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2000/26, Ann I (2000).
5. Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport et études sur la propriété intellectuelle et le patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 45^e Sess, ONU Doc E/CN.4/Sub.2/1993/28 (1993).
6. *Supra* note 2 à la p 307.
7. *Ibid* à la p 308.
8. Simon Brascoupé et Karin Endemann, « Propriété intellectuelle et autochtones : document de travail » [1999] Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, document de travail, n° R32-204/19991E, en ligne : <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/databases/creative_en/databases/ip_aboriginal_people.pdf> à la p 1 [« Brascoupé & Endemann »].

Tout au long des XIX^e et XX^e siècles, une politique d'assimilation agressive était appliquée au Canada envers les peuples autochtones. Les bien-pensants de l'époque présumaient que les peuples autochtones étaient voués à l'extinction. Leur survie, selon le législateur, ne pouvait se réaliser que par le délaissement de leur culture primitive et leurs coutumes sauvages⁹. Le but ultime de cette politique était l'assimilation des peuples autochtones dans la culture blanche dominante et la disparition de leur culture traditionnelle¹⁰.

Les pensionnats ont contribué à cette assimilation en coupant les liens entre les enfants autochtones et leurs communautés d'origine¹¹. Cette pratique a eu pour effet d'interrompre et d'empêcher la transmission de valeurs et de pratiques traditionnelles aux nouvelles générations autochtones. Le déracinement des enfants de leurs familles a continué dans les années 1960, lorsque les autorités de protection de la jeunesse se sont vu octroyer de larges pouvoirs pour appréhender les enfants autochtones. Presque tous les enfants de cette génération ont été enlevés de leur milieu familial pour être placés dans des familles d'accueil blanches¹².

La plupart des rituels autochtones ont été interdits à partir de la fin du XIX^e siècle par la *Loi sur les Indiens*¹³. Pendant des décennies, le potlatch, les tentes à suer et la danse du soleil, entre autres, ont été interdits¹⁴. Le port de costumes traditionnels était sujet à

-
9. Thomas King, *The Inconvenient Indian : A curious account of native people in North America* (Toronto, Anchor Canada, 2012) à la p 79 [« King »].
 10. Le Surintendant Général Campbell Scott, dirigeant du Département des affaires indiennes (1913-1932), dit de ses politiques : « I want to get rid of the Indian problem. Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no question, and no Indian Department » : King, *ibid* à la p 72.
 11. Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport, Volume 3 *Vers un ressourcement*, 1996 à la p 547 [« RCAP Report »] ; Legacy of Hope Foundation, « About Residential Schools : A Brief History » [2015] en ligne : <<http://www.legacyofhope.ca/about-residential-schools/a-brief-history>> ; Truth and Reconciliation Commission of Canada, *They Came for the Children : Canada, Aboriginal Peoples, and the Residential Schools* (Winnipeg, Government of Canada Publications, 2012) à la p 1.
 12. On réfère aussi à cet événement comme la « rafle des années 1960 » : Rosemary J. Coombe, « The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity : Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy », (1993) 6:1 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 249 à la p 275 [« Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity »].
 13. LRC 1985, c 1-5.
 14. Lou-Ann Neel et Dianne Biin, « By Design : The Protection of Intellectual and Creative Rights » (Conférence présentée à la UBCIC Protection Knowledge-Traditional Resources Rights in the New Millennium Conference, février 2000) [non-publié] aux pp 3-4 [« Neel & Biin »].

l'autorisation discrétionnaire des représentants du gouvernement, souvent refusée de façon arbitraire. Le non-respect de ces restrictions pouvait entraîner une peine de prison et la confiscation d'objets cérémoniels¹⁵.

L'exil forcé des peuples autochtones a également joué un rôle dans la suppression du patrimoine culturel autochtone. Cette pratique, originaire du XIX^e siècle, a atteint son apogée dans les années 1940 lorsque les gouvernements provinciaux ont voulu faire place aux barrages hydroélectriques et à d'autres projets industriels¹⁶. Ces déplacements ont contribué à la perte de pratiques culturelles en rompant les liens entre les peuples autochtones et les terres auxquelles leurs connaissances traditionnelles étaient intrinsèquement liées¹⁷.

1.3 La menace de l'appropriation culturelle

Aujourd'hui, l'appropriation culturelle et les stéréotypes négatifs continuent à menacer la survie culturelle des peuples autochtones¹⁸. Ces pratiques s'inscrivent dans de récurrentes injustices donnant ouverture à un terrain fertile en termes d'inégalités.

L'appropriation culturelle est définie comme un « emprunt » non autorisé des expressions, des styles artistiques, des symboles, des mythes ou du savoir-faire d'une culture dite « dominée » par un membre d'une culture dite « dominante »¹⁹. L'appropriation se produit également lorsqu'une personne de la culture dominante prétend être un expert sur l'expérience vécue d'un membre d'une culture dominée²⁰ ou banalise cette dernière²¹.

15. *Ibid* à la p 276.

16. King, *supra* note 9 aux pp 92-96.

17. *Ibid* à la p 90.

18. Lorie Graham et Stephen McJohn, « Indigenous Peoples and Intellectual Property » (2005) 19 *Journal of Law & Policy* 313 à la p 327.

19. Jean-François Gaudreault-Desbiens, « La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi à la conception occidentale de la propriété intellectuelle : le cas de l'appropriation artistique » (1999) 11 :2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 401 à la p 402 [« Gaudreault-Desbiens »].

20. Loretta Todd, « Notes on Appropriation » (1990) 16 *Parallogramme* 24 à la p 24, cité dans Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 12 à la p 279.

21. Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *ibid* à la p. 282.

Il s'agit d'un phénomène bien réel : selon une étude menée en 1997, 81 % des artisans autochtones sondés ont reconnu avoir été témoins d'une forme d'appropriation culturelle, voyant des signes traditionnels autochtones utilisés de façon inappropriée ou sans consentement²². Fréquemment, des mots et images autochtones sont utilisés par des personnes et des entreprises n'ayant aucun lien avec les communautés desquelles ils les empruntent (pour n'en citer que quelques-uns : les *Eskimos* d'Edmonton, les manteaux *Ookpik*, les jeeps *Cherokee*). Certains éléments des traditions spirituelles autochtones, comme les huttes de sudation, sont commercialisés par des gourous *new age*²³. Malgré la récente controverse, des spectateurs portent encore régulièrement des coiffes à plumes dans les festivals de musique.

Dans le forum public, l'identité autochtone a été définie presque exclusivement par la culture dominante²⁴, souvent d'une manière qui déforme ou dénigre les peuples autochtones. Ceux-ci ont éprouvé des difficultés à se faire entendre afin de corriger la situation²⁵. Les maisons d'édition et de production montrent peu d'intérêt pour un contenu autochtone qui ne leur paraît pas « authentique » (un euphémisme pour « stéréotypé »)²⁶. De cette manière, les stéréotypes négatifs opèrent comme moyen de contrôle social. Ceux-ci renforcent la perception négative d'un groupe culturel dominé et servent à exclure ses membres du discours culturel et politique. En conséquence, le groupe culturel dominant continue d'exercer une quantité disproportionnée de pouvoir politique, tout comme il l'a fait à l'époque coloniale²⁷.

Les effets de l'appropriation culturelle s'apparentent aux séquelles de la politique coloniale d'assimilation²⁸. L'appropriation culturelle dépossède les gens de leur identité. En raison du dénigre-

22. Philip Bird, « Intellectual Property Rights and the Inuit Amauti : a case study » (travaux soumis au Sommet mondial sur le développement durable, July 2002), [non publié] à la p 2 [« Bird »].

23. King décrit ces « expériences uniques » comme « an impossible mix of Taoism, Buddhism, Druidism, science fiction, and general nonsense, tied together with Dead Indian ceremony and sinew to give their product provenance and validity, along with a patina of exoticism. » : King, *supra* note 9 à la p 58.

24. *Supra* note 19 à la p 4.

25. RCAP Report, *supra* note 11 à la p 583 ; Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity, *supra* note 12 à la p 275.

26. Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity, *supra* note 12 à la p 258.

27. *Supra* note 19 à la p 4.

28. *Supra* note 18 à la p 327.

ment de leurs valeurs et de l'omniprésence de la culture dominante dans le curriculum scolaire et les médias (qui, au Canada, reflètent un mode de vie essentiellement urbain et non-autochtone)²⁹, l'épanouissement de la culture dominante est favorisé aux dépens de la culture dominée.

Peu importe si l'on accepte l'affirmation que l'appropriation culturelle est une forme de néo-colonialisme, ses impacts négatifs sur la santé, le bien-être et l'autosubsistance économique des peuples autochtones ne peuvent être ignorés.

Selon le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, le racisme sous-jacent à l'appropriation culturelle est lié aux problèmes de santé mentale. L'utilisation inappropriée du bagage culturel et traditionnel d'un peuple détruit son caractère sacré et tord son sens, l'affaiblissant aux yeux de tous³⁰. Les plus jeunes membres de la communauté autochtone souffrent de faible estime de soi en raison d'une vision négative de leur propre culture, soutenue par une croyance aux stéréotypes négatifs à leur propre égard³¹. Le stress du choc culturel est cité comme un facteur important qui pousse les jeunes autochtones à adopter des comportements autodestructeurs et même à se suicider³².

L'appropriation culturelle menace aussi l'autosubsistance économique des peuples autochtones. Le savoir traditionnel représente une source intéressante pour le développement de nouveaux médicaments et de technologies. Cependant, dans le passé, certains groupes autochtones ont perdu le contrôle de leurs connaissances traditionnelles en les divulguant à des chercheurs occidentaux qui ont ensuite détourné ce savoir à des fins culturellement inappropriées. Dans certains cas, des entreprises non-autochtones ont commercialisé des produits basés sur le savoir traditionnel ou des expressions culturelles, sans en partager les bénéfices avec leur communauté d'origine³³.

29. *Supra* note 25 à la p 547.

30. *Ibid* à la p 558.

31. *Supra* note 19 à la p 5.

32. *Supra* note 25 à la p 547.

33. Parmi les cas célèbres figurent le brevet de l'ayahuasca (Tonina Simeone, « Indigenous Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights » [2014] Bibliothèque du Parlement du Canada, document de travail, No PRB 03-38E, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0338-e.htm>> à la p 3 [« Simeone »]), celui du coton génétiquement modifié (Joseph Githaiga, « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge » (1998) 5 :2 *Murdoch University Electronic Journal of Law* au para 79

Par exemple, la compagnie de la Baie d'Hudson a essayé des critiques pendant les Jeux olympiques de 2010 à Vancouver pour sa décision de commercialiser des chandails commémoratifs empruntant le style Cowichan. La Baie avait initialement entamé des négociations avec la Première nation Cowichan pour produire ses fameux chandails, qui sont tricotés à la main dans un style très distinctif avec de la laine naturelle. La transaction a échoué, car la Première nation n'avait pas la capacité de produire les quantités de chandails requises dans le temps alloué. La Baie a par la suite décidé de sous-traiter la fabrication à un tiers qui avait accès à des équipements industriels et des matériaux moins dispendieux. Les chandails produits par le fabricant avaient une ressemblance frappante avec les chandails authentiques produits par la Première nation Cowichan et ont été traités de « contrefaçon » dans certains médias. Les membres de la Première nation ont fait connaître leur mécontentement d'avoir perdu une source de revenus potentiels au profit d'une entreprise non-autochtone dont les produits pourraient être confondus avec les leurs. La Baie et la bande ont conclu un accord à la dernière minute, permettant à la bande de vendre ses propres chandails au pavillon des Quatre Premières Nations Hôtes (un pavillon temporaire situé au centre-ville de Vancouver) et au magasin phare de La Baie à Vancouver. Aucun arrangement visant le partage des profits de la vente des « faux » chandails n'a été rapporté³⁴.

La crainte du détournement des connaissances traditionnelles autochtones, des expressions culturelles et des ressources génétiques et biologiques a créé un effet dissuasif : les *Chiefs of Ontario* et la bande Nishnawbe Aski ont déclaré un moratoire sur la commercialisation des plantes et des animaux³⁵. La capacité des communautés autochtones de tirer profit de leurs propres connaissances est donc limitée, faute des ressources requises pour s'engager dans des activités de recherche et de développement à moins de recours à des

[« Githaiga »]) et celui de la commercialisation du cactus hoodia comme supplément de perte de poids (ONU DESA, *La situation des peuples autochtones dans le monde* (New York, 2009) à la p 75 (UN Doc. ST/ESA/328), en ligne : <http://web.archive.org/web/20140719050836/http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf>).

34. Courtney Doagoo, « Navajo Nation Sues Urban Outfitters Inc. », [2012-06-07] *IP Osgoode* en ligne : <<http://www.iposgoode.ca/2012/06/navajo-nation-sues-urban-outfitters-inc/>>.

35. Lorrilee McGregor, « Ontario First Nations Perspectives on Traditional Knowledge: A Diagnostic and Discussion Paper Prepared for the Chiefs in Ontario », 7 juin 2009, en ligne : <http://www.chiefs-of-ontario.org/sites/default/files/files/TK_Draft_Discussion_Paper_-_June_7_LOGO.pdf>.

ressources ou de l'expertise externes³⁶. L'octroi de licences serait un moyen accessible pour ces communautés de développer et de tirer profit de leurs connaissances, mais la méfiance constitue un obstacle à l'échange de connaissances.

2. La propriété intellectuelle comme outil pour la protection de la culture autochtone

2.1 Les réussites

Étant donné la nature intangible du patrimoine culturel, il paraît naturel de chercher à le protéger en faisant appel aux lois sur la propriété intellectuelle³⁷. En effet, dans certains cas, la *Loi sur les marques de commerce* a été employée avec succès par des groupes autochtones dans ce but.

L'étiquette de l'igloo et la marque de certification GENUINE COWICHAN APPROVED³⁸ sont des exemples intéressants de l'utilisation de la *Loi sur les marques de commerce* dans la promotion de la culture autochtone. Ces marques ont été créées afin d'aider les artistes autochtones à commercialiser leurs produits artisanaux et à les distinguer des produits contrefaits³⁹. L'étiquette de l'igloo a été développée par les Affaires autochtones et Développement du Nord Canada en 1959 et certifie qu'un objet constitue une véritable pièce d'art inuit⁴⁰. Le *Cowichan Band Council* de la Colombie-Britannique a enregistré sa marque de certification en liaison avec des vêtements, en particulier les chandails *Cowichan*, qui sont teints et tricotés à la main en utilisant des techniques traditionnelles.

Bien que plusieurs Premières nations aient enregistré des marques officielles pour des écussons et des drapeaux, la Première nation Snuneymuxw en Colombie-Britannique a trouvé une utilis-

36. Robert K. Paterson et Dennis S. Karjala, « Looking beyond intellectual property in resolving protection of the intangible cultural heritage of indigenous peoples » (2003) 11 *Cardozo Journal of Intellectual & Comparative Law* 633 à la p 645 [« Paterson & Karjala »].

37. *Ibid* note 36 à la p 638.

38. GENUINE COWICHAN & DESIGN, Cowichan Band Council, enregistrement 469023 du 20 janvier 1997.

39. *Supra* note 8 à la p 20.

40. Howard Mann, « Droits de propriété intellectuelle, biotechnologie et protection de la biodiversité : Recension bibliographique » [1999] *Politique de la propriété intellectuelle – Direction générale de la régie d'entreprise – Industrie Canada, document de travail* à la p 45 [« Mann »].

tion particulièrement innovatrice pour la marque officielle. Elle a enregistré les symboles représentés dans des pétroglyphes anciens trouvés dans l'estuaire de la rivière Nanaimo. Non seulement cette mesure a-t-elle contribué à la protection des symboles sacrés contre des utilisations culturellement inappropriées, mais elle aide également à contrer l'érosion des pétroglyphes eux-mêmes. L'enregistrement des marques officielles a servi comme levier de négociation en faveur de la Première nation Snuneymuxw lorsqu'elle a formulé sa demande auprès des bureaux de tourisme pour qu'ils cessent de distribuer du matériel permettant aux touristes de transférer les pétroglyphes sur papier par frottage⁴¹.

2.2 Différences entre l'éthique autochtone et la philosophie sous-jacente des lois sur la propriété intellectuelle

Malgré ces succès, ce ne sont pas tous les éléments du patrimoine culturel qui bénéficient de la protection des lois sur la propriété intellectuelle. Ceci est, en partie, en raison des différences fondamentales entre les philosophies sous-jacentes du droit de la propriété intellectuelle et des codes éthiques autochtones.

L'objectif principal sous-tendant le droit des brevets et le droit d'auteur est de promouvoir l'innovation et l'originalité en accordant à l'inventeur, à l'auteur ou au propriétaire un ensemble de droits économiques exclusifs visant l'exploitation de leur création⁴². Quant au savoir traditionnel, ce dernier ne répond généralement pas aux critères de nouveauté ou d'originalité, comme il a été transmis depuis des générations et est détenu non par un individu, mais par les membres de la communauté⁴³. En outre, l'éthique autochtone n'octroie pas de droits économiques exclusifs dans le patrimoine culturel à qui-conque. Le savoir traditionnel n'est pas un produit qui peut être acheté et exploité à volonté⁴⁴. Les individus doivent le manipuler et le transmettre de manière responsable, car il porte autant le pouvoir

41. Michael F. Brown, *Who owns native culture ?* (Cambridge, Harvard University Press, 2003) aux pp 83-84.

42. Mohsen al Attar, Nicole Aylwin et Rosemary J. Coombe, « Indigenous Cultural Heritage Rights in International Human Rights Law » dans Catherine Bell et Robert Patterson, éd., *Protection of First Nations' Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform* (Vancouver, University of British Columbia Press, 2009) 311 à la p 320 ; Brascoupé & Endemann, *supra* note 8 aux pp 2 et 25.

43. Brascoupé & Endemann, *supra* note 8 à la p 9.

44. Marlene Brant Castellano, « Ethics of Aboriginal Research » (2004) 1:1 *Journal of Aboriginal Health* 98 à la p 104 [« Brant Castellano »] ; Neel & Biin, *supra* note 14 à la p 5.

de faire le bien que le mal envers l'individu en question, sa communauté et, dans certains cas, l'environnement⁴⁵. L'éthique et la spiritualité autochtones sont axées sur le développement et la préservation de l'identité collective du groupe et la survie de ce dernier, qui se réalise à travers le respect et l'équilibre entre toutes choses par opposition au gain économique individuel⁴⁶.

Les valeurs communes inhérentes aux codes d'éthique autochtones sont un autre aspect qui entre en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle. Tel que discuté, le savoir traditionnel appartient typiquement à l'ensemble d'une communauté et est parfois confié à un dépositaire⁴⁷. À l'opposé, la propriété du droit d'auteur ou d'un brevet est généralement attribuée à son créateur ou à son inventeur⁴⁸. Bien que la copropriété soit possible, celle-ci est souvent considérée indésirable, le cadre juridique s'y appliquant étant souvent incertain et sa gestion complexe.

L'éthique autochtone et les lois de propriété intellectuelle diffèrent également dans leur définition de l'objet de leur protection. En vertu du droit d'auteur, l'œuvre protégée est définie comme étant l'expression que donne un auteur à une idée et non l'idée sous-jacente⁴⁹. Par exemple, le droit d'auteur protège la sculpture de Bill Reid intitulée *The Spirit of Haida Gwaii*, qui est exposée dans l'Aéroport international de Vancouver et reproduite sur le billet de banque canadien de 20 \$, contre la reproduction non autorisée. Ce type de protection n'empêche toutefois pas un tiers non-autochtone de peindre un tableau empruntant le style Haida et dépeignant un scénario semblable à ce canot rempli d'animaux ou de sculpter un totem avec les mêmes personnages. Ceci est pourtant précisément ce que les artistes autochtones souhaitent éviter. Ils cherchent à obtenir un certain contrôle sur les idées, les légendes, les symboles et les styles artistiques propres à leur culture⁵⁰.

45. Brant Castellano, *ibid* à la p 104.

46. Simeone, *supra* note 33 à la p 5 ; Brascoupé & Endemann, *supra* note 8 à la p 2, 14 ; Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 12 à la p 279.

47. Githaiga, *supra* note 33 au para 14.

48. *Supra* note 8 à la p 15.

49. Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 12 à la p 259.

50. Robert Mainville, « Survol de l'état du droit autochtone en matière de protection du patrimoine culturel » (2007) 19 :1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 183 à la p 191 [« Mainville »].

La *Loi sur le droit d'auteur* exige également que l'expression d'une idée soit « fixée » afin de bénéficier de protection. Historiquement, la vie intellectuelle et spirituelle des peuples autochtone s'est manifestée à travers le folklore, les rituels et le savoir traditionnel, lesquels ont été préservés et transmis oralement. Conséquemment, plusieurs éléments de la culture autochtone ne sont pas protégeables car ils ne sont pas fixés par un moyen quelconque, que ce soit par écrit ou autrement⁵¹.

Enfin, alors que l'éthique autochtone veut qu'une protection illimitée dans le temps soit accordée aux connaissances et expressions culturelles⁵², la portée de la protection accordée par les lois de propriété intellectuelle est limitée dans le temps. La seule exception à cette règle réside dans les marques de commerce qui, en théorie, peuvent être enregistrées et renouvelées indéfiniment. Afin d'équilibrer l'incitation à l'innovation avec le maintien d'un domaine public dans lequel les artistes et les inventeurs peuvent puiser comme source d'inspiration, les droits accordés par les lois canadiennes sur la propriété intellectuelle sont limités dans le temps⁵³.

Tel qu'exposé, les codes d'éthique autochtones et les théories de la propriété intellectuelle s'opposent en raison de leurs fondements théoriques. De plus, leur application pratique peut conduire à des résultats différents. Dans certains cas, les lois de propriété intellectuelle sanctionnent des pratiques qui seraient autrement interdites en vertu du droit coutumier⁵⁴.

Puisque les lois sur le droit d'auteur ne protègent que l'expression d'une idée et non des styles ou des thèmes, des artistes non-autochtones sont libres de s'approprier des styles autochtones et de les utiliser d'une manière qui est contraire aux coutumes strictes de leur communauté d'origine⁵⁵. Si, par exemple, un photographe non-autochtone documentait un rituel secret d'un groupe autochtone et le publiait dans un livre, ce serait l'auteur et non la communauté autochtone qui bénéficierait de la protection du droit d'auteur dans

51. *Supra* note 2 à la p 312 ; Brascoupé & Endemann, *supra* note 8 à la p 14 ; Paterson & Karjala, *supra* note 36 à la p 639.

52. Brascoupé & Endemann, *ibid* à la p 10 ; Paterson & Karjala, *ibid* à la p 640.

53. Entre 10 ans de l'enregistrement (pour un dessin industriel) et 50 ans après la fin de l'année civile du décès de l'auteur (pour le droit d'auteur).

54. Rapport de la CRPA, *supra* note 25 à la p 554 ; Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 4 à la p 252 ; Brascoupé, *supra* note 8 à la p 11 ; King, *supra* note 9 à la p 97.

55. *Supra* note 19 à la p 13.

cette œuvre et des droits économiques exclusifs qui s'y rattachent. La publication pourrait alors constituer une violation du droit coutumier autochtone applicable, mais serait sanctionnée par les lois sur la propriété intellectuelle.

Les lois sur la propriété intellectuelle peuvent également être utilisées pour renforcer les stéréotypes négatifs. Par exemple, de nombreuses équipes sportives portent des noms dérogatoires ou même racistes envers les peuples autochtones, tels que les *Redskins* et les *Redmen*. Selon les critiques de cette pratique, ces noms et les images qu'ils évoquent ont pour effet de réduire l'identité autochtone à l'image d'une mascotte souriante ou d'un guerrier sauvage. En plus d'être injurieuses, ces marques de commerce font souvent l'objet de contrats lucratifs de franchise dont les bénéfices ne sont pas partagés avec les communautés autochtones dont on s'est approprié la culture.

3. L'accès à la justice, un obstacle à l'exercice des droits de propriété intellectuelle

Différentes circonstances rendent certaines personnes plus aptes que d'autres à faire valoir leurs droits et leurs recours juridiques, dont les connaissances, les moyens financiers, le pouvoir et l'habileté à le faire⁵⁶. Les peuples autochtones connaissent des problèmes avec l'accès à la justice plus que la population moyenne en raison de différences culturelles et d'un manque de ressources et d'éducation⁵⁷.

Il y a une absence marquée de défense des droits par les groupes autochtones canadiens, largement en raison des coûts d'inscription et de protection des droits de propriété intellectuelle⁵⁸. Si les coûts d'inscription et de protection sont dissuasifs, ce qu'il en coûterait de s'opposer aux marques de commerce offensives afin d'enrayer la propagation des stéréotypes négatifs serait considéré comme astronomique.

56. Anupam Chander et Madhavi Sunder, « The Romance of the Public Domain » (2004) 92 *California Law Review* 1331 à la p 1341.

57. Barreau du Québec, « La justice dans le Nord : Rapport sur les missions du Barreau du Québec auprès des communautés autochtones du Grand Nord québécois », adopté par le Conseil général du Barreau le 5 décembre 2014.

58. Neel & Biin, *supra* note 14 à la p 8 ; Brascoupé & Endemann, *supra* note 8 à la p 10.

Considérons à titre d'exemple le débat entourant les marques REDSKINS⁵⁹. Après plus de vingt ans de litiges entre des individus d'origine autochtone et Pro-Football, Inc., le détenteur de la marque⁶⁰, les enregistrements des marques de commerce REDSKINS ont été radiés par le *Trademark Trial and Appeal Board* (« TTAB ») du *United States Patent and Trademark Office* en raison de leur caractère dérogoire à l'endroit des peuples autochtones. Cette décision ne marque pas la fin de la dispute, par contre : Pro-Football, Inc. a porté la décision du TTAB en appel le 2 octobre 2014⁶¹. Si l'affaire REDSKINS avait été décidée au Canada, le résultat aurait pu être semblable puisque les marques scandaleuses, obscènes ou immorales sont interdites⁶². Toutefois, si une marque enregistrée utilise un mot qui devient offensant à la suite d'un changement dans les mœurs publiques, son enregistrement ne sera pas automatiquement radié. Une recherche auprès de l'OPIC révèle que la marque REDSKINS est toujours enregistrée au Canada⁶³.

Or, les marques de commerce qui font emploi d'insultes ethniques sont fréquentes, y compris RED INDIAN⁶⁴ et REDMEN⁶⁵, ce dernier étant le nom controversé que portent les équipes sportives masculines de l'Université McGill. De plus, plusieurs marques de commerce faisant emploi de noms, d'images ou de concepts ayant un lien avec la culture autochtone ont été enregistrées par des entreprises non-autochtones en lien avec les armes à feu, l'alcool, le

59. REDSKINETTES, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 1,606,810 du 17 juillet 1990, radié ; REDSKINS, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 1,085,092 du 7 février 1978, radiée ; THE REDSKINS & DESIGN, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 987,127 du 25 juin 1974, radié ; WASHINGTON REDSKINS & DESIGN, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 986,668 du 18 juin 1974, radié ; WASHINGTON REDSKIN, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 978,824 du 12 février 1974, radié ; THE REDSKINS – STYLIZED LETTERS, Pro-Football, Inc., enregistrement américain 836,122 du 26 septembre 1967, radié.

60. *Pro-Football, Inc v Harjo*, 75 USPQ2d 1525 (DC Cir ; 2005-07-15) autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée ; *Pro-Football, Inc v Blackhorse*. (TTAB Cancellation No. 92/046,185) autorisation de pourvoi au Eastern District of Virginia D accordée [« Blackhorse »].

61. *Ibid*, Blackhorse.

62. *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13, art 9.

63. REDSKINS DESIGN, Pro-Football, Inc., enregistrement canadien 256881 du 13 mars 1981 ; WASHINGTON REDSKINS, Pro-Football, Inc., enregistrement canadien 251755 du 24 octobre 1980.

64. RED INDIAN & DESIGN, Chen Ma-Li, enregistrement canadien 530332 du 21 juillet 2000 ; RED INDIAN DESIGN, Margaret P. Tozer, enregistrement canadien 483273 du 29 septembre 1997.

65. REDMEN & DESIGN, McGill University, dossier 0903938 marque universitaire annoncée le 11 octobre 1989.

tabac et les haches, contribuant ainsi à la perpétuation de stéréotypes négatifs⁶⁶. Par exemple, la marque de commerce enregistrée SAVAGE est utilisée en relation avec des armes à feu. Hors contexte, la marque ne semble pas offensante. Toutefois, dans ce cas, elle est utilisée en combinaison avec le logo non enregistré d'un chef indien portant une coiffe⁶⁷.

En plus des défis susmentionnés, la radiation de l'enregistrement d'une marque « offensante » n'interdit pas au propriétaire de la marque de continuer à bénéficier d'une protection en vertu de la *common law*. En tant que telle, la radiation des enregistrements de marques de commerce offensantes n'est, au mieux, qu'une solution incomplète.

Un deuxième facteur qui limite l'accès à la justice est un manque de matériel pédagogique visant à informer la population autochtone de ses droits de propriété intellectuelle⁶⁸. Des études démontrent que, malgré les campagnes de sensibilisation, les autochtones ne connaissent pas ou comprennent mal les protections qu'accordent les différentes lois en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, une étude a révélé que plusieurs répondants autochtones ne savaient pas que la responsabilité de poursuivre un tiers pour contrefaçon appartient au titulaire du droit et non au gouvernement⁶⁹.

La barrière linguistique est aussi étroitement liée au défi de l'éducation. Bien que les langues autochtones soient en déclin, une barrière linguistique demeure même pour les personnes autochtones qui parlent uniquement l'anglais. Les différences entre l'anglais standard et les dialectes parlés par les peuples autochtones sont telles que les documents disponibles publiquement sur la propriété intellectuelle ne peuvent être pleinement compris par la personne autochtone moyenne⁷⁰. Même les personnes autochtones qui parlent un anglais standard (ou des personnes non-autochtones, par ailleurs) peuvent éprouver des difficultés à comprendre ces outils car les lois de propriété intellectuelle utilisent des termes et des

66. *Supra* note 8 à la p 22.

67. Des marques de commerce utilisant des images ou des termes dénigrants en allusion à d'autres groupes ethniques furent aussi trouvées.

68. Bird, *supra* note 22 à la p 14 ; Mann, *supra* note 40 aux pp 24, 43 et 46 ; Paterson & Karjala, *supra* note 36 à la p 663.

69. *Supra* note 8 à la p 10. Certaines lois de propriété intellectuelle contiennent des dispositions pénales, mais celles-ci sont peu utilisées.

70. Naghmeh Babaee, « Language Challenges of Aboriginal Students in Canadian Public Schools » (2011) 4 :1 *First Nations Perspectives* 110.

concepts qui ne font pas partie de la vie quotidienne de la plupart des gens, encore moins dans l'Arctique⁷¹.

Ces difficultés pratiques rendent les lois canadiennes sur la propriété intellectuelle moins viables comme outil pour la protection du patrimoine culturel autochtone⁷². Actuellement, les lois de propriété intellectuelle n'offrent qu'une solution incomplète aux problèmes complexes que posent l'appropriation culturelle et les stéréotypes négatifs⁷³.

Conclusion : la voie de la survie

L'utilisation des lois canadiennes sur la propriété intellectuelle comme un outil pour la protection du patrimoine culturel autochtone contre l'appropriation culturelle porte à confusion et les conséquences de son application sont parfois néfastes. Cela est dû au fait que ces lois n'ont pas été développées pour répondre à l'objectif de protection du patrimoine culturel, mais à d'autres fins économiques⁷⁴ :

The challenges that postcolonial struggles pose for Canadian society cannot be met by our traditional reliance upon categories of thought interested from a colonial era. The conceptual tools of modernity are ill equipped to deal with the conditions of postmodernity in which we all now live.⁷⁵

De nouveaux concepts de propriété et de contrôle sur le patrimoine culturel doivent être créés pour traiter et protéger les expressions existantes et émergentes de l'identité culturelle autochtone⁷⁶. Selon Vine Deloria, Jr., « [w]hat we need is a cultural leave-us-alone agreement, in spirit and in fact »⁷⁷. Toutefois, la plupart des

71. *Supra* note 22 à la p 11.

72. *Supra* note 36 à la p 50.

73. *Ibid* à la p 4.

74. *Supra* note 3 à la p 310 ; Ysolde Gendreau, « Rejuvenating Moral Rights through Immemorial Claims » (2005) 19:2 *Intellectual Property Journal* 227 à la p 235.

75. Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 4 à la p 255 : « Les défis que les luttes postcoloniales posent pour la société canadienne ne peuvent être satisfaites par notre dépendance traditionnelle sur des catégories de la pensée intéressées d'une époque coloniale. Les outils conceptuels de la modernité sont mal équipés pour faire face aux conditions de la postmodernité dans lequel nous vivons maintenant. » [traduction de l'auteure].

76. Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 4 à la p 262.

77. Vine Deloria Jr., *Custer Died for Your Sins : An Indian Manifesto* (Norman OK, University of Oklahoma Press, 1998) « [c]e dont nous avons besoin est un accord de « laissez-faire » culturel, en esprit et en fait. » [traduction de l'auteure.]

chercheurs en sont venus à une conclusion plus optimiste. Il y a consensus sur le fait que les lois de propriété intellectuelle actuelles devraient être complétées par une législation *sui generis* qui répondrait aux besoins spécifiques des groupes autochtones et aux caractéristiques du patrimoine culturel qui diffèrent de la propriété intellectuelle traditionnelle⁷⁸.

Le gouvernement fédéral s'est déjà engagé à légiférer sur la question par de nombreux instruments internationaux⁷⁹. De surcroît, celui-ci a une obligation constitutionnelle de fiduciaire envers les peuples autochtones, de laquelle pourrait être tirée une obligation positive de protection de la culture autochtone⁸⁰. De nouvelles lois devraient tenir compte des leçons apprises dans l'élaboration d'instruments internationaux⁸¹ et d'autres lois nationales⁸² qui visent à protéger le patrimoine culturel des peuples autochtones. De plus, si nous voulons vraiment apprendre des graves erreurs de

78. Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 4 à la p 262 ; Gaudreault-Desbiens, *supra* note 19 à la p 2.

79. Voir par exemple : *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples*, AG Res 295, UNGAOR, 61^e Sess 107^e Ass plen, ONU Doc A/RES/61/295 (2007), art 29 ; *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 NUCT 142 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993) ; *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Annexe 1C, 1869 NUCT 299, 1994 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 NUTC 3 art 15 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

80. Mainville, *supra* note 50 à la p 204 ; Brant Castellano, *supra* note 44 à la p 110.

81. Voir par exemple : UNESCO & WIPO, *Loi type de Tunis sur le droit d'auteur pour les pays en développement*, 1976 ; UNESCO et OMPI, *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable*, 1985 ; Première conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, *Déclaration de Mataatua sur les droits des peuples autochtones en matière de biens culturels et de propriété intellectuelle*, 1993 ; Commission du Pacifique Sud, *Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et l'expression de la culture*, 2002 ; OMPI, Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Savoirs traditionnels, La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/5, 2005 ; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport du Séminaire sur le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 52^e Sess, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2000/26 (2000) ; Conseil circumpolaire Inuit, *Principles and Elements for a Comprehensive Arctic Policy*, 1991 ; OMPI, *Synthèse comparative des législations sui generis pour la protection des expressions culturelles traditionnelles*, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, 2003.

82. Le Panama, le Pérou, le Costa Rica et la Nouvelle-Zélande, entre autres, ont adopté des lois à ce sujet.

notre histoire coloniale, nous devons nous assurer que les peuples autochtones soient impliqués autant que possible dans toutes les étapes du processus législatif et judiciaire, de la rédaction à la mise en application des lois. Si les règles ou les mœurs canadiennes et autochtones sont en conflit, leur compréhension et les intérêts communs peuvent et doivent être négociés. Enfin, une solution complète se devra d'aborder les questions d'accès à la justice⁸³.

83. Brant Castellano, *supra* note 44 à la p 103.