

Vol. 35, n° 3

Les savoirs traditionnels autochtones et la propriété intellectuelle : chercher la quadrature du cercle

Wayne Garnons-Williams*

RÉSUMÉ	575
1. INTRODUCTION	577
1.1 Les savoirs traditionnels autochtones et le régime mondial de propriété intellectuelle	577
2. QU'EST-CE QUE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ?..	578
2.1 Les brevets.	579
2.2 Les droits d'auteur	579
2.3 Les marques déposées.	580
3. QU'EST-CE QUE LE SAVOIR TRADITIONNEL ?	580

© CIPS 2023.

Note de l'éditeur. Le texte principal de cet article a été traduit de l'anglais vers le français afin d'en faciliter la lecture par le lectorat francophone ; les références citées ont été conservées en anglais afin d'en préserver leur exactitude et leur contexte original.

* Wayne Garnons-Williams B.A., LL.B, M.P.A., LL.M. ; Cri des plaines, Traité 6, Première Nation Moosomin ; Président de l'Organisation internationale intertribale pour le commerce et l'investissement ; avocat principal au cabinet Garwill Law Professional Corporation ; P.D.G. de l'Indigenous Sovereign Trade Consultancy Ltd. ; conférencier à l'Université de Waterloo au programme de licence en entrepreneuriat autochtone.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

3.1 Le savoir traditionnel autochtone	580
4. LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	582
5. LE MODÈLE MUNZER – UNE ALTERNATIVE ET UN COMPROMIS	585
6. LES SAVOIRS TRADITIONNELS AUTOCHTONES : EFFORTS NATIONAUX – PERSPECTIVES DU CANADA ET DES ÉTATS-UNIS	587
6.1 Les savoirs traditionnels et les États-Unis	589
6.2 Les savoirs traditionnels et le Canada	591
6.3 Les connaissances traditionnelles – L'exemple du chandail de Cowichan	594
7. LA LUTTE INTERNATIONALE POUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS	597
7.1 Une « nouvelle norme » – Les savoirs traditionnels dans les accords commerciaux internationaux	598
8. CONCLUSION	613

RÉSUMÉ

Les différents régimes de propriété intellectuelle des États-nations du monde n'offrent pas une protection adéquate aux savoirs traditionnels autochtones. Le régime mondial moderne de propriété intellectuelle n'a été élaboré qu'après la Seconde Guerre mondiale. Aucun État-nation n'a défendu les intérêts de ses peuples autochtones ni ne s'est inquiété du mépris total des savoirs traditionnels et des droits de propriété sur les savoirs autochtones relatifs aux matériaux, aux médicaments, aux plantes ou aux animaux. Bien qu'ils aient été ignorés lors de la mise en place du régime mondial de propriété intellectuelle, les savoirs traditionnels autochtones existent néanmoins. Un bref examen de trois éléments fondamentaux du régime mondial de propriété intellectuelle, à savoir les brevets, les droits d'auteur et les marques déposées, nous permettra de mieux comprendre et définir les fondements des savoirs traditionnels.

MOTS-CLÉS

Connaissances traditionnelle autochtones – Propriété intellectuelle autochtone – OMPI – Modèle Robert Munzer – *Indian Arts and Crafts Act*

1. INTRODUCTION

1.1 Les savoirs traditionnels autochtones et le régime mondial de propriété intellectuelle

Les différents régimes de propriété intellectuelle (ci-après « PI ») des États-nations du monde n'offrent pas une protection adéquate aux savoirs traditionnels autochtones. Le régime mondial moderne de propriété intellectuelle n'a été élaboré qu'après la Seconde Guerre mondiale. Les États-Unis, qui ont émergé de la Seconde Guerre mondiale en tant qu'hégémonie mondiale de l'après-guerre, ont également été responsables de la revitalisation de l'économie mondiale dans l'après-guerre. Le plan Marshall américain a permis le redressement économique des pays d'Europe occidentale déchirés par la guerre. De l'autre côté du monde, les États-Unis, par l'intermédiaire du général Douglas McArthur, ont également revitalisé les systèmes politiques et économiques brisés de la région Asie-Pacifique. Les politiques de relance économique d'après-guerre dictées par les États-Unis leur ont permis de protéger leurs intérêts économiques. Les entreprises américaines ont fourni des biens et des services aux marchés nouvellement ouverts, tout en bénéficiant de protections conférées au niveau mondial aux entreprises développant des produits innovants¹.

Le projet d'élaboration d'un régime de propriété intellectuelle véritablement mondial nécessitait la contribution des différents États-nations membres, par l'intermédiaire des Nations unies, sur la meilleure façon de mettre en place un système qui permettrait à chacun d'accéder à un marché mondial pour ses biens et ses services tout en protégeant ses industries nationales. Les Nations unies, sous l'égide des États-Unis, ont mené des consultations approfondies. À aucun moment au cours de ces assemblées et réunions, les intérêts ou les préoccupations des peuples autochtones n'ont été pris en compte, pas plus que les savoirs traditionnels autochtones n'ont été protégés.

1. Paul Kuruk, "Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States", (1999) 48:4 *Am U L Rev* 769.

Pendant la phase de redressement d'après-guerre, les peuples et les nations autochtones n'ont eu aucun moyen de faire part de leurs préoccupations concernant le régime de propriété intellectuelle proposé, et encore moins d'avoir accès à l'ONU ou aux organisations chargées d'élaborer ce système mondial de propriété intellectuelle. Aucun État-nation n'a défendu les intérêts de ses peuples autochtones ni ne s'est inquiété du mépris total des savoirs traditionnels et des droits de propriété sur les savoirs autochtones relatifs aux matériaux, aux médicaments, aux plantes ou aux animaux².

Bien qu'ils aient été ignorés lors de la mise en place du régime mondial de propriété intellectuelle, les savoirs traditionnels autochtones existent néanmoins. Un bref examen de trois éléments fondamentaux du régime mondial de propriété intellectuelle, à savoir les brevets, les droits d'auteur et les marques déposées, nous permettra de mieux comprendre et définir les fondements des savoirs traditionnels.

2. QU'EST-CE QUE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ?

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après « OMPI ») pose cette question sur son site Web et apporte la réponse suivante :

Le terme « propriété intellectuelle » désigne les œuvres de l'esprit : inventions; œuvres littéraires et artistiques ; dessins et modèles ; et emblèmes, noms et images utilisés dans le commerce.³

Selon l'OMPI, la propriété intellectuelle est protégée en droit par des instruments juridiques internationalement reconnus tels que les brevets, les droits d'auteur et les marques déposées, qui permettent à des personnes ou à des sociétés d'être temporairement reconnues comme ayant un droit exclusif sur l'objet réservé et, à ce titre, de pouvoir tirer un avantage financier de l'utilisation de cette idée, de ce produit, de ce concept ou de cette image. Il convient donc de comprendre les principaux instruments juridiques internationalement reconnus dans le domaine de la propriété intellectuelle avant d'examiner les savoirs traditionnels.

2. *Id.*

3. Site Web de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle avec le sous-site « About IP – What is Intellectual Property », en ligne : <<https://www.wipo.int/about-ip/fr/index.html>>.

2.1 Les brevets

Dans leur ouvrage de référence intitulé *An Intellectual Property Law Primer*, Kintner et Lahr définissent les brevets en ces termes :

Dans ses termes les plus simples, un brevet est un accord entre un inventeur et le public, représenté par le gouvernement fédéral : en échange d'une divulgation publique complète de l'invention, l'inventeur se voit accorder le droit, pour une période déterminée, d'exclure les autres de la fabrication, de l'utilisation ou de la vente de l'invention définie aux États-Unis. Il s'agit d'un monopole limité, conçu non pas pour récompenser l'inventeur (ce qui peut arriver ou non), mais pour encourager la divulgation publique des inventions de sorte qu'après l'expiration du monopole, le public soit libre de tirer parti de l'invention sans restriction.⁴

En général, les brevets couvrent des produits ou des procédés, donnant au titulaire du brevet le droit d'exclure d'autres personnes de la fabrication, de la mise en œuvre, de la publicité, de la vente directe ou de l'importation de l'invention brevetée pendant un certain nombre d'années à compter de la date de dépôt de la demande de brevet auprès de l'Office des brevets et des marques déposées des États-Unis.

2.2 Les droits d'auteurs

Le droit d'auteur ne protège pas les idées en elles-mêmes, mais leur expression, qui doit être originale et fixée sur un support tangible. Le *Black's Law Dictionary* définit le droit d'auteur de cette manière :

Le droit de copier ; plus précisément, un droit de propriété sur une œuvre originale (y compris les œuvres littéraires, musicales, dramatiques, chorégraphiques, picturales, graphiques, sculpturales et architecturales ; les films et autres œuvres audiovisuelles ; et les enregistrements sonores) fixée sur tout support d'expression tangible, donnant à son détenteur le droit exclusif de reproduire, d'adapter, de distribuer, d'exécuter et de présenter l'œuvre.⁵

4. Earl W Kintner & Jack L Lahr, *An Intellectual Property Law Primer: A Survey of the Law of Patents, Trade Secrets, Trademarks, Franchises, Copyrights, and Personality and Entertainment Rights* (New York: Clark Boardman Company, 1982) p 127.

5. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979) p 304, "Copyright".

Le principe fondamental qui sous-tend la législation sur le droit d'auteur et les brevets est d'ordre économique : il s'agit de promouvoir et de protéger l'innovation et l'originalité en accordant à l'inventeur, à l'auteur ou au propriétaire un ensemble significatif de droits économiques⁶.

2.3 Les marques déposées

Concrètement, la marque déposée est le substitut commercial de la signature d'une personne. Le *Black's Law Dictionary* définit la marque déposée :

Un mot, une phrase, un logo ou tout autre symbole graphique utilisé par un fabricant ou un vendeur pour distinguer son ou ses produits de ceux des autres. L'objectif principal d'une marque est de désigner la source des produits ou des services.⁷

Après avoir examiné la propriété intellectuelle, nous pouvons maintenant la distinguer des savoirs traditionnels, afin de voir ce qui pourrait être proposé pour la propriété beaucoup plus ancienne et, pourrait-on dire, beaucoup plus légitime des savoirs traditionnels autochtones.

3. QU'EST-CE QUE LE SAVOIR TRADITIONNEL ?

3.1 Le savoir traditionnel autochtone

Le « savoir traditionnel » est la compréhension ou la compétence que possèdent les peuples autochtones en ce qui concerne leur culture et leur folklore, leurs technologies et leur utilisation des plantes indigènes à des fins médicinales. La plupart des définitions des savoirs traditionnels sont extrêmement larges. Selon l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, qui est à l'origine de la plupart des discussions sérieuses au niveau international, les savoirs traditionnels comprennent : « toutes les œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur la tradition ; les interprétations et exécutions ; les inventions ; les découvertes scientifiques ; les dessins et modèles ;

6. Mohsen al Attar, Nicole Aylwin & Rosemary J. Coombe, "Indigenous Cultural Heritage Rights in International Human Rights Law", in Catherine Bell & Robert Patterson, eds, *Protection of First Nations' Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform* (Vancouver, BC: University of British Columbia Press, 2009) pp 311-320.

7. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 5th ed (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979) p 1338, "Trademark".

les marques, noms et symboles ; les informations non divulguées ; et toutes les autres innovations et créations fondées sur la tradition et résultant d'une activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique [...] ». Les catégories de savoirs traditionnels pourraient comprendre : les connaissances agricoles ; les connaissances scientifiques ; les connaissances techniques ; les connaissances écologiques ; les connaissances médicales, y compris les médicaments et remèdes connexes ; les connaissances liées à la biodiversité ; les « expressions du folklore » sous forme de musique, de danse, de chant, d'artisanat, de dessins, d'histoires et d'œuvres d'art ; les éléments des langues, tels que les noms, les indications géographiques et les symboles ; et les biens culturels mobiliers⁸.

Les savoirs traditionnels autochtones englobent donc à la fois l'objet de la propriété intellectuelle au sens « moderne » et le surpassent. Selon l'OMPI, ce qui distingue les savoirs traditionnels de la propriété intellectuelle ordinaire, c'est l'exigence selon laquelle les savoirs doivent être « fondés sur la tradition » : les systèmes de connaissances, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui ont généralement été transmis de génération en génération ; qui sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire ; et qui évoluent constamment en réponse à un environnement changeant⁹.

Le gouvernement du Panama a défini séparément les savoirs traditionnels ou, comme il les appelle, les « droits collectifs autochtones » dans sa législation nationale, en mettant l'accent sur l'histoire collective des savoirs traditionnels. Par « droits collectifs autochtones », on entend les droits de propriété culturelle et intellectuelle autochtones relatifs à l'art, à la musique, à la littérature, aux connaissances biologiques, médicales et écologiques et à d'autres sujets et les manifestations qui *n'ont pas d'auteur ou de propriétaire connu ni de date d'origine* et qui constituent l'héritage d'un peuple autochtone tout entier¹⁰.

8. OMPI (2001), *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge 1998-1999* (Geneva: WIPO, Avril 2001) p 25.

9. *Id.*, p 25.

10. Panama Legislative Assembly, Law No. 20 (June 26, 2000), Chapter 1, Article 2(v), en ligne : <<http://www.farmersrights.org/pdf/americas/Panama/Panama-tk00%2001.pdf>>.

Les savoirs traditionnels au sens général englobent le contenu des connaissances proprement dites ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes et symboles distinctifs associés aux savoirs traditionnels, et peuvent également comprendre les connaissances agricoles, scientifiques, techniques, écologiques et médicinales ainsi que les connaissances liées à la biodiversité¹¹.

4. LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Il existe une distinction importante entre les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle : les savoirs traditionnels autochtones ne sont pas fixés dans le temps (ils remontent à des temps immémoriaux et se perpétuent indéfiniment) et sont attribués à une entité collective. Le régime de la propriété intellectuelle fixe la propriété intellectuelle dans une période de temps spécifique et est attribué à un propriétaire spécifique (personne physique ou morale, et actuelle). Comme le souligne le professeur Graham Dutfield, les savoirs traditionnels ne sont ni fixés dans le temps ni liés à une propriété individuelle ; ils sont plutôt cultivés et transmis, font partie de l'identité du destinataire, mais ne sont pas limités à ce dernier. Les savoirs traditionnels définis de manière complète et précise sont une compréhension ou une compétence, typiquement possédée par les peuples autochtones et dont l'existence est typiquement antérieure au contact colonial (typiquement avec l'Occident), qui concerne les remèdes médicaux, les produits végétaux et animaux, les technologies et les expressions culturelles. Le terme « expressions culturelles » comprend les rituels religieux, les objets sacrés, les rites de passage, les chants, les danses, les mythes, les histoires et le folklore en général. Ces formes de connaissances et d'expressions culturelles sont rarement figées dans le temps. En général, elles évoluent au fil des décennies et des siècles¹².

11. Aux fins du présent exposé, les définitions générales seront utilisées, mais les sous-ensembles de savoirs traditionnels impliquant des savoirs traditionnels médicaux et biologiques ainsi que le sous-ensemble d'expressions culturelles traditionnelles peuvent être examinés séparément. Pour de plus amples informations sur l'expression culturelle traditionnelle et les savoirs traditionnels médicaux et biologiques, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle propose un examen de ces sous-ensembles de savoirs traditionnels.

12. Graham Dutfield, "TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge", (2001) 33 *Case W Res J Intl L* 233, à la p 240, en ligne : <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol33/iss2/4>>.

Les savoirs traditionnels ne répondent généralement pas aux critères de nouveauté ou d'originalité requis pour les outils de propriété intellectuelle tels que les brevets ou les droits d'auteur¹³, car les savoirs traditionnels sont transmis de génération en génération et sont largement détenus par les membres de la communauté comme un droit collectif et non comme un droit individuel.

Il existe au moins quatre différences importantes entre la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels autochtones :

1. Les régimes de propriété intellectuelle existent pour protéger les intérêts des individus et/ou des entreprises en matière d'investissement dans la recherche et le développement des produits d'une société, sans tenir compte des savoirs traditionnels autochtones.
2. Les régimes de propriété intellectuelle ne reconnaissent pas et ne protègent pas les savoirs traditionnels autochtones¹⁴.
3. Les savoirs traditionnels autochtones ne sont pas figés dans le temps (ils remontent à des temps immémoriaux et se prolongent indéfiniment), alors que le régime de propriété intellectuelle ne protège un produit que pendant une période déterminée et spécifique.
4. Les savoirs traditionnels autochtones sont un droit collectif détenu par une nation tribale, alors qu'un droit de propriété intellectuelle s'étend à la protection d'une personne physique ou morale.

Les savoirs traditionnels autochtones englobent et dépassent l'objet de la propriété intellectuelle au sens « moderne » du terme. En quoi cela est-il important ? L'exercice de la souveraineté économique, le soutien à l'esprit d'entreprise et à la prospérité des autochtones et l'application des pratiques traditionnelles de développement durable dans un régime commercial moderne renforcent la capacité des peuples autochtones à protéger, réglementer et utiliser leurs

13. Simon Brascoupé & Karin Endemann, "Intellectual Property and Aboriginal People: A Working Paper", (1999) *Ministre des affaires indiennes et du développement du Nord*, Document No R32-204/19991E, p 9, en ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/R32-204-1999E.pdf>>.

14. Organisation internationale intertribale du commerce et de l'investissement (2017), "NAFTA IP & Indigenous Traditional Knowledge", (2017) *IITIO*, en ligne : <<https://iitio.org/nafta2/>>.

propres savoirs traditionnels sans craindre le piratage et le vol, et sans craindre que les utilisateurs n'indemnisent pas correctement les détenteurs/propriétaires des savoirs traditionnels pour l'utilisation de leurs savoirs traditionnels.

Les partisans des droits sur les savoirs traditionnels estiment que le régime actuel de propriété intellectuelle, qui favorise l'innovation et la création discrètes au détriment des processus plus graduels et progressifs, est intrinsèquement et délibérément injuste à l'égard des peuples autochtones. L'argument en faveur de la protection des savoirs traditionnels par la mise en œuvre d'un régime de savoirs traditionnels commence souvent par le fait que les savoirs traditionnels autochtones ont une importance culturelle considérable. Toutefois, les savoirs traditionnels autochtones sont également souhaitables et de grande valeur pour leur propre usage, pour des peuples non autochtones qui n'ont rien à voir avec les valeurs et le patrimoine autochtones et qui sont, en un mot, en dehors de la culture autochtone. Par exemple, de nombreux peuples et entreprises non autochtones ont bénéficié des méthodes de guérison autochtones et pourtant, dans la plupart des cas, une tribu n'a aucun recours juridique contre les entités qui utilisent et tirent profit de son savoir tribal.

Les lois sur la propriété intellectuelle, qui constituent la base de protection la plus évidente, s'avéreront, à moins d'une révision radicale, généralement inaccessibles aux peuples autochtones qui sont les détenteurs collectifs du savoir traditionnel autochtone. C'est plutôt le contraire, car les théories autochtones de l'existence et de l'éthique¹⁵ n'attachent pas de droits économiques exclusifs au patrimoine culturel. Le savoir n'est pas une marchandise qui peut être achetée, vendue et exploitée à volonté à des fins de profit personnel. L'éthique et la spiritualité autochtones mettent généralement l'accent sur le développement et la préservation des droits et de l'identité du groupe, ainsi que sur la force et la dignité intérieures, grâce au respect et à l'équilibre entre toutes les choses, plutôt que sur la poursuite capitaliste occidentale du gain économique individuel et personnel¹⁶.

Une solution possible pourrait être l'inclusion et l'acceptation sur un pied d'égalité des savoirs traditionnels dans la propriété intellectuelle, c'est-à-dire l'acceptation, le soutien et la protection des

15. Marlene Brant Castellano, "Ethics of Aboriginal Research", (2004) 1:1 *Journal of Aboriginal Health* 98, à la p 104.

16. Tonina Simeone, "Indigenous Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights", (2004) Librairie du Parlement du Canada, Étude No PRB 03-38E, Division des affaires politiques et sociales, p 5.

savoirs traditionnels dans les accords commerciaux internationaux par l'inclusion d'un chapitre sur le commerce autochtone ou d'une lettre d'accompagnement qui laisserait intact les régimes de propriété intellectuelle existants tout en mettant ses protections à la disposition des détenteurs autochtones de savoirs traditionnels, en ajoutant un modèle parallèle de savoirs traditionnels autochtones comme celui des travaux du professeur Stephen Munzer, afin de reconnaître et de protéger les droits autochtones.

5. LE MODÈLE MUNZER – UNE ALTERNATIVE ET UN COMPROMIS

En utilisant des termes qui pourraient servir de point de départ à l'inclusion d'un sous-titre « Connaissances traditionnelles » dans un chapitre « Autochtones » de l'ALENA, les professeurs Munzer et Raustiala présentent, dans leur article utile « The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge », un ensemble solide de protections juridiques pour les connaissances traditionnelles, mettant en avant le mécanisme suivant pour l'application nationale par l'État-nation de la protection et de l'application des connaissances traditionnelles autochtones :

- (1) Un peuple autochtone détient ses différents droits de revendication et droits de liberté de manière communautaire et a le pouvoir de passer outre ou d'annuler certaines actions de ses membres.
- (2) Un peuple autochtone a le droit de revendiquer
 - (a) leurs médecines et pratiques de santé traditionnelles, y compris le droit à la protection par l'État des minéraux, des plantes et des animaux utilisés dans ces médecines et pratiques ;
 - (b) leur folklore, leur art populaire, leur artisanat, leurs techniques et leurs connaissances ;
 - (c) la biodiversité de leur région ; et
 - (d) leur matériel génétique, leurs fluides corporels et leurs tissus.

(3) Un peuple autochtone a le pouvoir de créer des règles contraignantes pour les autres en ce qui concerne l'accès aux éléments énumérés au paragraphe « 2 », y compris les échantillons physiques et les enregistrements audio, visuels, écrits ou électroniques de ces éléments.

(4) Les membres individuels d'un peuple autochtone ont le droit et le pouvoir d'accorder l'accès aux éléments énumérés à l'alinéa « 2 » tant que les dirigeants du peuple autochtone, ou le peuple autochtone agissant dans son ensemble, n'ont pas limité ce droit et ce pouvoir.

(5) Un peuple autochtone et ses membres ont le droit de réclamer une juste compensation pour avoir accordé, après avoir donné leur consentement en connaissance de cause, l'accès aux éléments énumérés à l'alinéa « 2 ».

(6) Si une juste compensation n'est pas reçue, ou si le consentement préalable en connaissance de cause n'est pas obtenu, un peuple autochtone ou ses membres ont un droit de réclamation et le pouvoir de demander des redevances, des dommages compensatoires et une réparation équitable, et l'État a le pouvoir et le devoir d'infliger des amendes ou de poursuivre les contrevenants.

(7) En ce qui concerne les droits d'auteur et les brevets protégés par les lois des États d'accueil ou d'autres États, un peuple autochtone et ses membres ont le pouvoir de

(a) exempter leurs œuvres folkloriques de l'exigence habituelle du droit d'auteur d'être fixées sur un support d'expression tangible ;

(b) d'empêcher d'autres personnes de protéger par le droit d'auteur ou d'utiliser leurs œuvres folkloriques ; et

(c) empêcher le brevetage et l'utilisation de leurs composés médicinaux par des personnes non autochtones en établissant l'invention et l'utilisation antérieures de ces composés dans toute langue autochtone pertinente.

(8) Un peuple autochtone jouit d'une immunité contre l'expropriation des éléments énumérés au paragraphe « 2 » par l'État hôte.

(9) Les droits de revendication, les droits de liberté, les pouvoirs et les immunités susmentionnés sont d'une durée indéterminée, à moins qu'un peuple autochtone n'exerce un droit de liberté et un pouvoir de limiter leur durée en appréciant dûment les conséquences.¹⁷

La protection des savoirs traditionnels peut prendre deux formes : la protection positive et la protection défensive. La protection positive des savoirs traditionnels accorde des droits de propriété intellectuelle sur l'objet des savoirs traditionnels, tandis que la protection défensive, en revanche, n'accorde pas de droits de propriété intellectuelle sur l'objet des savoirs traditionnels, mais vise à empêcher l'acquisition de ces droits par des tiers. Le modèle Munzer permet d'atteindre ces deux objectifs dans le cadre d'un État-nation¹⁸.

Il est clair que le modèle Munzer est à la fois un projet ambitieux et une solution de fortune nationale limitée au défi mondial de la valorisation des savoirs traditionnels dans le cadre du système mondial de propriété intellectuelle. Il est ambitieux, car le modèle Munzer prévoit une protection à la fois positive et défensive des savoirs traditionnels. Le modèle Munzer n'est également qu'une solution nationale « palliative » conçue pour répondre uniquement aux défis posés par les États-nations sur la manière de prendre en compte efficacement les savoirs traditionnels dans le cadre du système de propriété intellectuelle appliqué au niveau national.

6. LES SAVOIRS TRADITIONNELS AUTOCHTONES : EFFORTS NATIONAUX – PERSPECTIVES DU CANADA ET DES ÉTATS-UNIS

Il est intéressant de constater que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), dans ses documents d'orientation, se rend compte qu'il est inutile d'essayer de modifier les points de vue

17. Stephen R. Munzer & Kal Raustiala, "The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge", (2009) 27 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 37, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=1397367>>.

18. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, "Developing a National Strategy on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expression", (2016) WIPO, Background Brief No 3, en ligne : <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_3.pdf>.

du monde pour que les savoirs traditionnels soient pris en compte dans la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale. L'OMPI a plutôt choisi d'étudier la question, d'éduquer le monde sur les savoirs traditionnels en relation avec la propriété intellectuelle et de recommander de manière réaliste des solutions nationales qui abordent les questions de savoirs traditionnels à l'intérieur des frontières de chaque État-nation qui le souhaite :

À l'heure actuelle, la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles au titre de la propriété intellectuelle relève essentiellement de la compétence des gouvernements nationaux. [...] Les lois nationales sont actuellement le principal mécanisme de protection des savoirs traditionnels [...].

[...]

La protection de la propriété intellectuelle comprend généralement les éléments clés suivants :

Des initiatives législatives, y compris le renforcement des outils juridiques existants et la création de nouveaux outils ;

Initiatives politiques, y compris les décisions politiques visant à accorder une plus grande attention et une plus grande valeur aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles et à leur protection, ainsi que les déclarations de politique générale qui définissent les orientations générales sur les questions clés ;

L'infrastructure, en particulier les inventaires, les bases de données et les autres systèmes d'information, qui peuvent compléter et soutenir la mise en œuvre des systèmes juridiques ;

Des outils pratiques, notamment l'utilisation de contrats, de lignes directrices et de protocoles, ainsi que le renforcement des capacités et la sensibilisation, le cas échéant.¹⁹

Les efforts déployés au niveau national pour protéger les savoirs traditionnels par une combinaison des quatre systèmes

19. *Id.*

susmentionnés sont des mesures ou des lois spécialisées visant exclusivement à répondre aux caractéristiques d'un sujet spécifique et aux défis et conflits interdépendants au sein des systèmes juridiques, politiques ou législatifs nationaux.

6.1 Les savoirs traditionnels et les États-Unis

Alors que les États-Unis ne disposent d'aucune disposition constitutionnelle protégeant les droits des autochtones ou les droits issus des traités, la Cour suprême des États-Unis a reconnu, dans les années 1830, que les nations tribales américaines étaient des « nations domestiques dépendantes »²⁰ dont la souveraineté et la gouvernance préexistaient à celles des États-Unis. Les États-Unis d'Amérique sont reconnus constitutionnellement comme ayant trois entités souveraines cohabitant dans le même espace géographique. Les trois entités souveraines des États-Unis sont le gouvernement fédéral, les gouvernements des États et les gouvernements tribaux. Cette souveraineté tribale est protégée contre les États (des États-Unis) et permet aux tribus de taxer, de créer des lois et de gérer leurs citoyens et leur juridiction territoriale comme n'importe lequel des 50 États américains, et ce pouvoir tribal est toujours valable dans le droit américain aujourd'hui.

En réalité, le gouvernement fédéral et les gouvernements des États travaillent généralement en coopération mutuelle avec les tribus américaines par la signature de « pactes », qui sont des accords portant sur des domaines de compétence entre deux ou plusieurs entités qui, souvent, se chevauchent ou sont en conflit. Les savoirs traditionnels autochtones sur les terres tribales sont clairement appliqués par les tribunaux tribaux et, dans certains États, il existe également une application judiciaire par l'État de certains éléments des savoirs traditionnels.

L'application fédérale de la protection des savoirs traditionnels autochtones se trouve principalement dans la législation fédérale intitulée la *Indian Arts and Crafts Act*²¹. Adoptée à l'origine en 1935, la *Loi sur l'art et l'artisanat indiens* avait les trois objectifs suivants : « Le triple objectif d'éduquer l'artisan indien aux méthodes commerciales modernes, d'élargir le marché des produits indiens et de protéger à

20. Voir Marshall Trilogy, 1823-1832 : *Cherokee Nations v Georgia*, 30 U.S. 1 (1831) ; *Johnson v McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat) 543 (1823) ; *Worcester v Georgia*, 31 U.S. (6 Pet) 515 (1832).

21. *The Indian Arts and Crafts Act of 1990*, 18 U.S.C. 1159 (P.L. 101-644).

la fois le consommateur et le producteur indien contre les imitations à bas prix. »²²

La législation en vigueur²³ conférait à une commission d'examen, l'Indian Arts and Crafts Board, le pouvoir de déterminer les contrefaçons d'objets d'art et d'artisanat indiens et de fixer des amendes pouvant aller jusqu'à 2 000 dollars pour chaque infraction et/ou une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 6 mois²⁴.

En 1990, la législation a été révisée et modestement mise à jour²⁵, interdisant toujours la publicité mensongère dans la commercialisation des arts et de l'artisanat indiens. Les améliorations les plus importantes concernent le montant de l'amende, qui a été augmenté. En cas de première infraction à la loi, un individu peut se voir infliger des sanctions civiles ou pénales allant jusqu'à une amende de 250 000 dollars ou une peine de prison de cinq ans, ou les deux, pour une première infraction, et jusqu'à une amende de 1 000 000 de dollars et une peine de prison de quinze ans maximum pour les infractions ultérieures. Si une entreprise enfreint la loi, elle s'expose à des amendes pouvant aller jusqu'à 1 000 000 de dollars pour la première infraction et jusqu'à 5 000 000 de dollars pour les infractions ultérieures²⁶.

L'*Indian Arts and Crafts Act* de 1990 a été décrit comme une simple « loi sur la vérité dans la publicité »²⁷ qui interdit les fausses déclarations dans la commercialisation des produits artistiques et artisanaux des Indiens d'Amérique ou de l'Alaska aux États-Unis et, en tant que telle, qui ne couvre pas l'étendue et la portée de la protection des connaissances traditionnelles ; cependant, pour une législation créée en 1935, elle fournit une certaine protection nationale et l'application de certains aspects des connaissances traditionnelles autochtones.

22. (Notre traduction) Secrétariat de l'Intérieur, *Rapport annuel du Département de l'Intérieur* (Washington, DC: U.S. : Government Printing Office, 1940) p 394.

23. *The Indian Arts and Crafts Board*, 25 U.S.C. § 305.

24. Secrétariat de l'Intérieur, *Rapport annuel du Département de l'Intérieur* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1937) p 224.

25. *The Indian Arts and Crafts Act of 1990*, 18 U.S.C. 1159 (P.L. 101-644).

26. *Id.*, § 1159(b)(1) & (2).

27. U.S. Department of the Interior, Indian Arts and Craft Board, "Legislative Explanation", en ligne : <<https://www.doi.gov/iacb/act>>.

6.2 Les savoirs traditionnels et le Canada

Malgré quelques rares expériences négociées et limitées d'autonomie de gouvernance déléguée des Premières Nations, au Canada, le concept de souveraineté autochtone est pratiquement inexistant au sens formel, car les Premières Nations fonctionnent toujours selon le système des bandes indiennes imposé par le gouvernement fédéral, le chef et le conseil devant soumettre toutes les résolutions du conseil de bande à l'approbation du gouvernement fédéral, conformément à la *Loi sur les Indiens*²⁸. L'origine de cette relation fiduciaire de la Couronne fédérale imposant son contrôle et son autorité sur les peuples autochtones du Canada se trouve dans l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁹, qui confère au gouvernement fédéral l'autorité sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens » dans le cadre de la juridiction fédérale. Pour couronner le tout, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*³⁰ rend toutes les lois provinciales exécutoires sur les terres des réserves indiennes, ce qui supprime l'exercice de la souveraineté autochtone au Canada. Nonobstant les divers traités signés entre les peuples autochtones et la Couronne, l'article 91(24) et l'article 88 étouffent de fait toute souveraineté autochtone résiduelle au Canada.

Au Canada, il existe cependant un optimisme national pour le libre exercice et la protection nationale des connaissances traditionnelles. Le 21 juin 2021, le Parlement fédéral du Canada a donné force de loi à la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³¹.

L'article 31 de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* aborde et soutient directement la protection des savoirs traditionnels autochtones et édicte ce qui suit :

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions

28. *Indian Act*, RSC 1985, c I-5, s 74.

29. *Constitution Act*, 1867 (UK), 30 & 31 Vict, c 3, s 91(24).

30. *Indian Act*, RSC 1985, c I-5, s 88.

31. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, SC 2021, c 14.

orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.³²

Les savoirs traditionnels autochtones peuvent désormais être appliqués au niveau national, non seulement pour protéger culturellement les peuples autochtones du Canada, mais aussi pour constituer une source de revenus économiques pour les peuples autochtones. En effet, il est largement reconnu que la grande majorité de la richesse économique des peuples autochtones du Canada est liée à la fois à la terre et aux savoirs traditionnels associés à l'utilisation de la terre et de ses ressources.

Depuis 1982, le Canada dispose d'une clause relative aux droits ancestraux et issus de traités protégés par la Constitution, que la ministre de la Justice, Jody Wilson-Raybould, a qualifiée de « boîte noire », car ni la Couronne ni les peuples autochtones ne connaissent clairement l'étendue des droits protégés par l'article 35.

Au Canada, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³³ dispose que « les droits existants – ancestraux ou issus de traités – sont [...] reconnus et confirmés »³⁴. L'article 35 prévoit une reconnaissance et une affirmation distinctes des droits existants – ancestraux ou issus de traités – qui seront essentielles pour fusionner les traditions juridiques de la common law et des Autochtones, car l'une doit être appliquée parallèlement à l'autre pour rendre la justice autochtone. Pour qu'un droit ancestral soit considéré comme existant en droit au Canada³⁵, il ne doit jamais avoir été expressément éteint et il doit

32. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, SC 2021, c 14, s 31(1) & 92.

33. *Constitution Act*, 1982, s 35, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-16.html>>.

34. *Id.*

35. « Unilateral extinguishment of Aboriginal rights, including title by the Crown, requires “clear and plain” legislative intent » : *Calder v Attorney-General of British Columbia*, [1973] SCR 313 ; conf. par *R v Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075 ; *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

avoir été exercé de manière continue depuis le moment de l'entrée dans la Confédération³⁶.

Alors que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaissait et protégeait les « droits ancestraux et issus de traités existants », le gouvernement du Canada (suivi par les provinces) avait, depuis l'entrée en vigueur de l'article 35, consacré l'essentiel de ses efforts jurisprudentiels à l'établissement d'une inversion de la charge de la preuve pour les peuples autochtones, qui devaient apporter la preuve absolue, au moyen du système judiciaire canadien, que tout droit qu'ils pouvaient revendiquer était effectivement « existant » et donc inéluctablement protégé par l'article 35 de l'amendement constitutionnel de 1982.

La réalité de cette politique de renversement de la charge de la preuve en matière de droits ancestraux et de droits issus de traités est qu'une affaire de droits ancestraux digne de ce nom mettrait invariablement des décennies à faire son chemin dans le système judiciaire canadien, ce qui coûterait des millions de dollars en honoraires d'avocats et en frais de justice, de l'argent qui serait pourtant nécessaire pour répondre aux besoins urgents des peuples autochtones du Canada (comme l'eau potable non contaminée dans les réserves³⁷,

36. *R v Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075, conf. par *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

37. Le Canada a installé certaines de ses installations industrielles les plus polluantes à proximité de terres de réserve (et n'a pas réussi par la suite à atténuer les dommages causés par ces installations), dont les habitants ont ensuite été soumis au « racisme environnemental » des terres communautaires contaminées. Cette pratique est la cause directe, par exemple, de l'eau constamment contaminée qui est la seule source autorisée par le gouvernement du Canada pour le peuple autochtone de la Première Nation d'Attawapiskat (Traité 9) dans le nord de l'Ontario, au Canada. Cette crise de l'eau n'a toujours pas été résolue parce que le gouvernement du Canada refuse l'avis et les conseils de la communauté. Dès le départ, les anciens d'Attawapiskat ont déconseillé la source d'eau choisie pour la réserve par les « experts » d'AINC/AAND lorsque le gouvernement du Canada a déplacé la communauté autochtone à Attawapiskat, saisissant le reste de ses terres, qui s'étendent au-delà de la réserve actuelle et comprennent les diverses sources d'eau disponibles. La crise de l'eau et des infrastructures d'Attawapiskat est donc un excellent exemple des conséquences de l'ignorance des connaissances écologiques traditionnelles autochtones. Voir Rachel Arsenault, « L'insécurité de l'eau chez les Premières Nations de l'Ontario : An Exploratory Study on Past Interventions and the Need for Indigenous Water Governance », (2021) 13:3 *Water* 717, en ligne : <<https://doi.org/10.3390/w13050717>>. Sur cette pratique gouvernementale et industrielle au Canada, voir Ingrid Waldron, *Environmental Racism in Canada* (Ottawa: Commission canadienne pour l'UNESCO/IdeaLab, 2020). Sur les conséquences biologiques et écologiques de cette pratique, voir par exemple James Stinson & Elizabeth Lunstrom, « Biocultural Nation Making: Biopolitics, Cultural-Territorial Belonging, and National Protected Area », (2021)

l'amélioration des logements et l'éducation), tous ces besoins ayant été créés, en premier lieu, par d'autres formes de négligence de la part des gouvernements fédéral et provinciaux. Pour aggraver les choses, les gouvernements fédéral et provinciaux ont imposé la position selon laquelle ils n'accepteraient et ne suivraient une décision en faveur des droits indigènes que si cette décision émanait de la plus haute juridiction (généralement la Cour suprême du Canada). À ce jour, seules quelques affaires ont atteint ce niveau de juridiction et ont fait l'objet d'une déférence réticente de la part de la Couronne : les affaires *Delgamuukw*³⁸ et *Williams* en sont deux exemples³⁹.

6.3 Les connaissances traditionnelles – L'exemple du chandail de Cowichan

Avant le contact avec les Européens, le tissage était un élément fondamental de l'identité des Salish de la côte, y compris celle du peuple Cowichan, dont les territoires traditionnels se trouvent sur la côte est de l'île de Vancouver. Les Cowichan fabriquaient des couvertures en laine composée de poils de chèvre de montagne mélangés à des poils de chien Salish Wool (aujourd'hui disparus). La création d'une couverture nécessitait des mois, voire des années de travail⁴⁰, car elle était finement fabriquée pour être chaude et repousser la pluie, et constituait une œuvre d'importance culturelle et un chef-d'œuvre d'art. La qualité des couvertures Cowichan était équivalente à celle des couvertures Navajo du sud-ouest et des couvertures Chilkat des Tlingits du nord⁴¹.

Au début du XIX^e siècle, les couvertures commerciales bon marché produites en masse ont progressivement remplacé les couvertures traditionnelles. Les femmes salish de la côte ont comblé le vide en s'équipant d'aiguilles à tricoter, de machines à filer et de laine de mouton. Adaptant les motifs de leurs couvertures et paniers tissés,

5:2 *EPE Nature & Space* 566, en ligne : <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2514848621995189>>. Sur l'effet culturel de cette pratique au Canada, voir par exemple Jodi Simkin, *Creating a New Reality: Rapatriement, réconciliation et aller de l'avant* (Ottawa: Commission canadienne pour l'UNESCO/IdeaLab, 2020) ; K. Aird, K. & G. Fox, *Le patrimoine vivant autochtone au Canada* (Ottawa : Laboratoire d'idées de la Commission canadienne pour l'UNESCO/First Peoples' Cultural Council, 2020).

38. *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

39. *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 256.

40. Pour l'histoire du chandail de Cowichan, voir Cheryl's Trading Post, "Cowichan Sweater History", en ligne : <<https://www.cherylstradingpost.com/service/cowichan-sweater-history/>>.

41. *Id.*

elles ont tricoté des chandails chauds, des chaussettes et des tuques pour leurs familles⁴². Le chandail, les chapeaux et les mitaines de la Cowichan demeurent uniques en raison de la laine lourde, non traitée et filée à la main, des motifs géométriques, de la couleur et du dessin⁴³.

Les chandails contemporains de la Cowichan sont tricotés à partir de laine de mouton naturelle, non teinte et filée à la main. Ce fil solide et extensible donne un chandail qui garde sa forme. La teneur élevée en lanoline de la laine en fait un chandail hydrofuge et résistant aux taches, qui garde son porteur au chaud et au sec, qui absorbe l'humidité du corps et qui ventile la chaleur corporelle. S'ils sont bien entretenus, ces chandails peuvent durer des décennies et être transmis de génération en génération⁴⁴. Les artisans salish de la côte ont créé une industrie du vêtement autochtone authentique et les chandails Cowichan modernes sont commercialisés à l'échelle nationale et internationale.

Pour tenter de protéger les tribus Cowichan, la Première Nation Cowichan a enregistré les termes « Cowichan », « Genuine Cowichan » et « Genuine Cowichan Approved » en tant que marques commerciales pour les produits qui ont été tricotés à la main en une seule pièce selon les méthodes tribales traditionnelles par des membres de la Coast Salish Nation à partir de laine brute, non traitée, non teinte et filée à la main, également fabriquée et préparée selon les méthodes tribales traditionnelles⁴⁵.

Pendant la période précédant les Jeux olympiques d'hiver de 2010 à Vancouver, la Compagnie de la Baie d'Hudson a été critiquée pour sa décision de commercialiser des chandails non authentiques de style Cowichan pour commémorer l'événement. La Baie avait initialement entamé des négociations avec la Première Nation Cowichan pour produire d'authentiques chandails Cowichan, qui sont tricotés à la main en utilisant le symbole distinctif des cinq anneaux olympiques dans chaque chandail et, bien sûr, fabriqués à partir de laine naturelle non teintée. Malheureusement, l'accord n'a pas abouti, la Baie ayant prétendu à tort que la nation Cowichan n'avait pas la capacité de produire les quantités de produits requises dans les délais impartis. C'est ainsi que la Baie a justifié l'externalisation

42. *Id.*

43. Sylvia Olsen, *Working with Wool: A Coast Salish Legacy and the Cowichan Sweater* (Victoria, BC: Sono Nis Press, 2010) p 8.

44. *Id.*, pp 8-9.

45. Cheryl's Trading Post, "Cowichan Sweater History", en ligne : <<https://www.cheryls-tradingpost.com/service/cowichan-sweater-history/>>.

de la fabrication d'un faux chandail Cowichan à une tierce partie en Chine qui avait accès à un équipement de tricotage mécanisé et à des matériaux moins chers⁴⁶.

Les chandails produits par le fabricant chinois ressemblaient étrangement aux chandails authentiques de la Cowichan et ont été qualifiés de « contrefaçons » dans les médias. Les membres de la Première Nation Cowichan ont évidemment été irrités par la perte d'une source potentielle de revenus au profit d'une entreprise non autochtone dont les produits pouvaient être confondus avec les leurs. La Baie a finalement accepté un accord de licence de dernière minute, permettant à la nation Cowichan de vendre ses propres chandails au pavillon des Premières Nations (un pavillon temporaire situé dans le centre-ville de Vancouver) et dans le magasin phare de la Baie à Vancouver. Aucun accord de partage des bénéfices pour la fabrication et la vente par la Baie des faux chandails Cowichan fabriqués en Chine n'a jamais été proposé à la Première Nation Cowichan⁴⁷.

Leçons tirées – Il est impossible de déterminer la quadrature du cercle

L'étude de cas du chandail de Cowichan illustre parfaitement l'incapacité du système actuel de propriété intellectuelle à protéger les savoirs traditionnels autochtones. L'incapacité du système de propriété intellectuelle à protéger les savoirs traditionnels est due au fait que les deux piliers fondamentaux de ce qui rend les savoirs traditionnels uniques sont expressément exclus de l'examen dans le cadre du système de propriété intellectuelle – les savoirs traditionnels non fixés dans le temps et les savoirs traditionnels non détenus à titre individuel.

La définition fondamentale des savoirs traditionnels autochtones pose comme condition préalable qu'ils existent depuis des temps immémoriaux. Même si un auteur ou un inventeur individuel est connu, la plupart des propositions de savoirs traditionnels doivent être considérées comme relevant de la propriété de la culture collective ou de la tribu dans son ensemble. L'étude de cas du chandail Cowichan en est un exemple : les concepteurs, tisserands et artisans d'origine sont morts depuis longtemps, mais le peuple Cowichan, qui fait par-

46. Courtney Doagoo, "Navajo Nation Sues Urban Outfitters Inc.", (June 7, 2012) *IP Osgoode*, en ligne : <<https://www.iposgoode.ca/2012/06/navajo-nation-sues-urban-outfitters-inc/>>.

47. *Id.*

tie des Salish de la côte du sud-ouest de la Colombie-Britannique, revendique un droit collectif distinctif en matière de savoirs traditionnels/de propriété intellectuelle sur le produit tricoté et la forme artistique. Aucune personne ou famille ne revendique la conception, la technique ou l'art ; ils sont détenus par le peuple Cowichan en tant qu'entité depuis des temps immémoriaux ; ils seront perpétués par toutes les générations à venir ; et ils sont exprimés collectivement, leur expression faisant partie de leur identité.

7. LA LUTTE INTERNATIONALE POUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS

Les Premières Nations, les Métis et les Inuits du Canada peuvent chercher à faire reconnaître leurs savoirs traditionnels autochtones, d'abord sur le plan international, en s'intéressant activement et en continuant à participer à l'élaboration des propositions du Canada dans le cadre des négociations commerciales internationales et de l'OMPI, et ensuite en cherchant des moyens de protéger leurs savoirs traditionnels à l'intérieur des frontières du Canada.

Les efforts visant à améliorer la protection des savoirs traditionnels autochtones ont été largement motivés par la reconnaissance de la nécessité de contrer les effets négatifs sur les communautés autochtones du vol généralisé, par le biais d'une exploitation commerciale non autorisée, des savoirs traditionnels autochtones, en particulier dans les secteurs des produits pharmaceutiques, de l'agriculture, des cosmétiques, de la conception artistique et du divertissement, les secteurs de la vente au détail étant les plus touchés⁴⁸. Darrell Posey et Graham Dutfield ont écrit le premier ouvrage spécifiquement destiné aux peuples autochtones sur la propriété intellectuelle et les droits relatifs aux ressources traditionnelles, notant que les groupes autochtones se plaignent depuis longtemps de l'absence de compensation adéquate, de la perte de droits communautaires, de la présentation erronée de produits et de pratiques comme étant autochtones, ainsi que de la divulgation et de l'utilisation publiques non autorisées de connaissances secrètes, d'images et d'autres informations sensibles concernant les communautés autochtones⁴⁹.

48. Earl W Kintner & Jack L Lahr, *An Intellectual Property Law Primer: A Survey of the Law of Patents, Trade Secrets, Trademarks, Franchises, Copyrights, and Personality and Entertainment Rights* (New York: Clark Boardman Company, 1982) pp 61, 117, 119, 125, 273.

49. DA Posey & G Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities* (Ottawa: International Development Research Centre (IDRC), 1996) p 27, en ligne : <<https://www.idrc.ca/>

7.1 Une « nouvelle norme » – Les savoirs traditionnels dans les accords commerciaux internationaux

Les Māoris de Nouvelle-Zélande (ci-après « Aotearoa ») donnent un exemple, d'un grand intérêt pour le Canada, avec les autochtones taiwanais et australiens. Le premier accord commercial dont le texte prévoit des possibilités commerciales spécifiques pour les autochtones a été conclu entre la Nouvelle-Zélande et la République de Taïwan et signé le 10 juillet 2013 à Wellington, en Nouvelle-Zélande. Cet accord, appelé ANZTEC, est le premier de l'histoire à reconnaître, dans un accord commercial international contraignant, les droits économiques autochtones au commerce intertribal international, c'est-à-dire au commerce entre les nations autochtones du monde.

L'un des facteurs du succès de l'ANZTEC, le premier grand accord commercial signé par la République de Taïwan, a été la profondeur des liens mondiaux autochtones, qui sont anciens et intemporels. Les Māoris sont en mesure d'établir un lien avec les autochtones taiwanais et de retracer leurs origines polynésiennes⁵⁰ en matière de pêche et de commerce jusqu'aux peuples autochtones taiwanais, ce qui a contribué à forger un lien culturel fort entre ces deux régions géographiques distinctes et relativement éloignées. Les Māoris, qui désignent la Nouvelle-Zélande sous le nom d'Aotearoa (ce qui signifie « terre du long nuage blanc »), sont arrivés vers le début des années 1300 en tant que commerçants polynésiens.

Les opportunités commerciales entre autochtones remplissent l'accord ANZTEC. Le préambule définit expressément le contexte de l'accord :

DÉSIREUX de renforcer le cadre de coopération pour les contacts culturels et interpersonnels entre les peuples autochtones du territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu et les Māoris de Nouvelle-Zélande, et

en/book/beyond-intellectual-property-toward-traditional-resource-rights-peoples-and-local>.

50. Cultural Survival, "Genetic Link Brings Indigenous Taiwanese and Maori Together", en ligne : <<https://www.culturalsurvival.org/news/genetic-link-brings-indigenous-taiwanese-and-maori-together>> ; Taiwan Today, "Maori Tribespeople Visit Taiwan to Explore Cultural Ancestry", (August 24, 2018) *Taiwan Today*, en ligne : <<https://taiwantoday.tw/news.php?unit=2,6,10,15,18&post=140330>> ; Graeme Smith, "Indigenous Taiwanese and Māori in Aotearoa NZ – You Might Be Happily Surprised at the Relationship", (November 16, 2018) *Thisisgraeme*, en ligne : <<https://thisisgraeme.me/2018/11/16/what-is-the-relationship-of-maori-in-aotearoa-nz-to-indigenous-taiwanese/>>.

d'étendre et de faciliter les relations commerciales et économiques entre eux [...].⁵¹

Bien qu'il existe des possibilités expresses d'échanges culturels⁵² entre les Taïwanais et les Māoris d'Aotearoa, nous nous concentrerons, dans le cadre de cette étude, sur leur collaboration économique et la protection des savoirs traditionnels autochtones. Le chapitre 19 de l'ANZTEC, « Coopération sur les questions autochtones », article 1(b) et article 2(a), (e) et le chapitre 10 de l'ANZTEC, « Propriété intellectuelle », article 6 « Ressources génétiques, savoirs traditionnels et folklore », abordent les aspects commerciaux entre nations autochtones de l'ANZTEC tout en reconnaissant et en protégeant les savoirs traditionnels autochtones :

Chapitre 19

COOPÉRATION SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES

Article 1 Objectifs

Les objectifs du présent chapitre sont de [...] : (b) d'étendre et de faciliter les relations commerciales et économiques entre les peuples autochtones du territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu et les Māoris de Nouvelle-Zélande.

Article 2 Mise en œuvre

Les parties, par l'intermédiaire de leurs autorités de coordination :

(a) organisent au moins une réunion par an pour planifier des mesures destinées à renforcer les contacts économiques, culturels et interpersonnels entre les peuples autochtones du territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu et les Māoris de Nouvelle-Zélande [...].

(e) favorisent le renforcement des relations entre les exportateurs et les importateurs Māoris dans le territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu⁵³.

51. *Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Cooperation (ANZTEC)*, Final Text, Chapter 19, Article 1(a), Article 2(a), Article 9.1, en ligne : <https://www.treaties.mfat.govt.nz/search/details/t/3795/c_1>.

52. *Id.*, Chapter 19, Article 1(a), Article 2(a), Article 9.1.

53. *Id.*, Chapter 19, Article 1(a), Article 2(a), Article 9.1.

Chapitre 10

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Article 6 « Ressources génétiques, savoirs traditionnels et folklore ».

Sous réserve des obligations internationales qui lui sont applicables, chaque partie peut prendre les mesures appropriées pour protéger les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou le folklore.⁵⁴

Le développement de liens commerciaux significatifs et la protection des savoirs traditionnels autochtones entre les Māoris d'Aotearoa et les savoirs traditionnels autochtones de Taïwan se poursuivent avec des progrès progressifs en matière de commerce intertribal.

L'accord commercial ANZTEC de 2013 entre la Nouvelle-Zélande autochtone et la Taïwan autochtone a fait une impression positive sur le gouvernement australien, qui est géographiquement situé entre les deux nations commerçantes qui ont créé le précédent (la Nouvelle-Zélande et Taïwan). Afin de commencer à bénéficier des meilleures pratiques actuelles en matière d'aide au développement économique autochtone, le gouvernement australien a manifesté son intérêt pour une négociation similaire, dont l'un des résultats a été l'accord de collaboration entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie en matière d'affaires autochtones⁵⁵. Ce document de cadrage initial, signé en février 2020, contient des sections prometteuses pour le développement économique des Māoris et des indigènes australiens par le biais du commerce.

Le site Web officiel du gouvernement australien ne s'écarte pas des déclarations très générales figurant dans l'accord de collaboration entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie, qui minimise les opportunités économiques, se contentant d'indiquer que l'accord vise à :

54. *Id.*, Chapter 10, Article 6.

55. Voir l'*Accord de collaboration entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie concernant les populations autochtones* du 28 février 2020 : *Australia and Aotearoa-New Zealand Indigenous Collaboration Arrangement*, en ligne : <<https://www.niaa.gov.au/sites/default/files/publications/Indigenous-collaboration-arrangement.pdf>>.

Approfondir les relations culturelles et interpersonnelles entre les communautés, les entreprises et les organisations autochtones, insulaires du détroit de Torres et Māories ;

Fournir un mécanisme de collaboration et de consultation dans des domaines d'intérêt mutuel ; et

Permettre le partage d'informations entre les gouvernements et les peuples autochtones afin d'éclairer l'élaboration des politiques qui affectent les peuples autochtones.⁵⁶

La déclaration générale d'une page de l'accord de collaboration entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie est un document d'ensemble divisé en quatre thèmes : Agence, Culture, Économie et Bien-être, où six aspects de l'« Économie » sont nommés : économie, affaires, commerce, approvisionnement, politique, développement et capacité⁵⁷. Ce document fait référence de manière générale aux savoirs traditionnels autochtones, ce qui constitue une vague référence aux principes de collaboration, parmi lesquels figure le principe de « diversité » :

Diversité – nous reconnaissons et valorisons la riche diversité des savoirs traditionnels, des cultures, des coutumes, des langues et des histoires de nos peuples autochtones respectifs.⁵⁸

L'accord de collaboration entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie est un document exploratoire général qui permettra aux représentants des gouvernements colons de Nouvelle-Zélande et d'Australie, ainsi qu'aux représentants autochtones d'Aotearoa et d'Australie autochtone, d'explorer les opportunités économiques qui seront le plus souvent imbriquées dans les autres sous-thèmes de la culture, du bien-être et de l'action autochtones et influencées par eux. Cette technique, qui consiste à proposer des orientations générales pour de futures discussions exploratoires, permet à l'État-nation de résoudre des problèmes en tenant compte des points de vue de ses peuples autochtones sur la culture, le bien-être, l'économie et l'action.

56. National Indigenous Australians Agency, Australian Government, en ligne : <<https://www.niaa.gov.au/resource-centre/Indigenous-affairs/australia-and-aotearoa-new-zealand-Indigenous-collaboration-arrangement>>.

57. *Australia and Aotearoa-New Zealand Indigenous Collaboration Arrangement* (February 28, 2020), en ligne : <<https://www.niaa.gov.au/sites/default/files/publications/Indigenous-collaboration-arrangement.pdf>>.

58. *Id.*

En 2014, l'Accord économique et commercial global⁵⁹ (ci-après « AECG ») a été conclu et le Canada l'a signé le 30 octobre 2016. La majorité du texte ayant été négociée avant la signature du Canada, il n'a guère été envisagé à l'époque d'inclure des dispositions relatives aux droits des Autochtones tels qu'ils figurent dans les traités ou de soulever le concept protégeant les savoirs traditionnels autochtones. Par conséquent, l'AECG ne fait aucune référence aux questions autochtones ou aux connaissances traditionnelles.

Depuis, de solides arguments ont été avancés en faveur de la reconnaissance et de la protection des savoirs traditionnels autochtones dans le cadre des négociations de l'ALENA qui ont abouti à l'élaboration des politiques commerciales autochtones du gouvernement du Canada⁶⁰. Cette protection pourrait être conférée par l'élaboration de mesures spécifiquement adaptées à la nature et aux caractéristiques des savoirs autochtones dans le cadre d'un chapitre autochtone supplémentaire contraignant de l'USMCA ou d'une lettre d'accompagnement. Ces mesures respecteraient et seraient conformes au droit coutumier/traditionnel autochtone et seraient donc conçues, non pas pour conférer des avantages économiques à des créateurs individuels, mais pour une exploitation commune par les peuples autochtones collectivement.

Le « programme commercial inclusif » du Canada, qui comprend une politique commerciale autochtone « fait au Canada », et qui a été initialement élaboré dans le cadre des négociations révisées de l'ALENA qui ont abouti à l'USMCA, est actuellement utilisé par le gouvernement du Canada dans les négociations commerciales internationales avec d'autres pays par le truchement de divers instruments internationaux, dont certains seront brièvement évoqués ici.

En 2018, immédiatement après l'élaboration du chapitre sur le commerce autochtone dans le cadre des négociations de l'ALENA, qui n'ont pas abouti à l'intégration du chapitre sur le commerce autochtone dans l'USMCA, le gouvernement fédéral canadien a mis en place les éléments constitutifs de la politique canadienne en matière de commerce international autochtone. Ces développements politiques tirés des négociations de l'ALENA/USMCA ont aidé le gouvernement

59. *Comprehensive Economic and Trade Agreement*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>>.

60. Organisation internationale intertribale du commerce et de l'investissement (2017), « NAFTA IP & Indigenous Traditional Knowledge », (2017) *IITIO*, en ligne : <<https://iitio.org/nafta2/>>.

du Canada à élaborer le programme commercial inclusif du Canada, qui inclut expressément le soutien et la protection des savoirs traditionnels autochtones.

En appliquant les évolutions des questions de commerce international issues de l'ALENA/USMCA, le Canada a contribué à la création du Groupe d'action pour le commerce inclusif (ci-après « GACT »), composé à l'origine des États-nations membres du Canada, de la Nouvelle-Zélande, du Mexique et du Chili lors du sommet des dirigeants de la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC) en novembre 2018. L'objectif du GACT est de « contribuer à rendre les politiques commerciales plus inclusives et de veiller à ce que les avantages du commerce et de l'investissement soient plus largement partagés »⁶¹. Les politiques du GACT étaient axées sur l'augmentation des opportunités de commerce international pour les femmes, les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») et les peuples autochtones⁶². Une partie de la discussion sur les questions commerciales autochtones porte sur la protection et le soutien des savoirs traditionnels autochtones.

Le 30 décembre 2018, l'Accord global et progressif pour le partenariat transpacifique⁶³ (ci-après « PTPGP ») a été mis en œuvre par le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, le Japon, le Mexique et Singapour. Dans cet accord commercial, il est fait référence aux savoirs traditionnels autochtones. Le PTPGP comprend une disposition visant à améliorer le traitement des savoirs traditionnels et des expressions culturelles dans les systèmes de propriété intellectuelle. Alors que le préambule de l'accord fait référence à l'importance, entre autres, des « droits autochtones, du développement durable et des savoirs traditionnels »⁶⁴, l'article 20 « Environnement », sous l'article 20.13(3) intitulé « Commerce et biodiversité », fournit une référence spécifique : « 3. Les parties reconnaissent l'importance de respecter, de préserver et de maintenir les connaissances et les pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels contribuant à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique. »⁶⁵

61. Groupe d'action pour un commerce inclusif, "Work Program 2020-2022", en ligne : <<https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-General/Trade-policy/ITAG-Inclusive-Trade-Action-Group/ITAG-work-programme-2020-2022.pdf>>.

62. *Id.*

63. *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (PTPGP), en ligne : <<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/official-documents>>.

64. *Id.*, Preamble.

65. *Id.*, Article 20 "Environment, subsection 20.13 (3) – Trade and Biodiversity".

Les travaux se sont poursuivis, dans le cadre de diverses discussions internationales formelles et informelles, qui ont inclus les savoirs traditionnels dans les questions commerciales autochtones dans les négociations commerciales de l'Alliance du Pacifique, sans résultat extérieur, mais en soulevant la question du commerce autochtone comme un sujet de discussion valable, ce qui constitue une première étape pour faire avancer ces questions. Les discussions de fond en cours sur les questions de commerce autochtone ont permis d'éduquer et de responsabiliser divers États-nations du pourtour du Pacifique qui doivent répondre à leurs propres préoccupations autochtones afin d'améliorer l'accès de leurs produits indigènes au marché mondial. Dans la plupart des États-nations qui soutiennent le commerce international autochtone, il y a aussi le souci de soutenir et de protéger les savoirs traditionnels autochtones.

L'accord de libre-échange de l'Alliance commerciale du Pacifique⁶⁶, dont la Nouvelle-Zélande et l'Australie sont, comme le Canada, des membres associés à mi-parcours des négociations, accueillera probablement favorablement le chapitre du Canada sur le commerce autochtone, compte tenu des progrès réalisés par la Nouvelle-Zélande sur les questions de commerce autochtone avec Taïwan et l'Australie.

Fin 2019, le chapitre sur le commerce autochtone du Canada a été négocié avec succès dans le projet d'accord commercial du Mercosur (Nouvelle-Zélande, Pérou, Argentine, Brésil, Bolivie, Chili, Colombie, Équateur, Guyana et Mexique)⁶⁷ et, même si les négociations ne devraient pas se conclure de sitôt, le chapitre sur le commerce autochtone du Canada a été le premier chapitre à être inclus avec succès dans ces négociations. Il convient également de noter que le résumé initial des négociations de l'ALE entre le Canada et le Mercosur est favorable à la protection de la propriété intellectuelle autochtone :

Les conclusions de l'ACS+ initiale menée sur ces chapitres ont révélé des possibilités de mettre en œuvre des dispositions tenant compte de l'égalité des sexes et de l'inclusion dans six

66. Le gouvernement du Canada et l'Alliance du Pacifique, "Le Canada et l'Alliance du Pacifique" (2019), en ligne : <https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations-internationales/pacific_alliance-alliance_pacifique/index.aspx?lang=eng>.

67. Canada, *Summary of Initial Gender-based Analysis Plus for Canada Mercosur Free Trade Agreement Negotiations* (Ottawa: Government of Canada, 2009), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/gender_equality-egalite_genres/gba_plus_summary-ac_s_plus_resume.aspx?lang=eng>.

des dix chapitres de ce groupe, dans l'attente d'un partenaire désireux de garantir ces résultats négociés. Par exemple :

- Chapitre sur la propriété intellectuelle : L'ACS+ a mis en évidence l'existence d'un écart important dans la participation des PME et des groupes sous-représentés (y compris les femmes et les peuples autochtones) au système de propriété intellectuelle. Reconnaisant qu'une telle lacune est attribuable à de multiples facteurs qui dépassent largement le cadre d'un accord commercial, le Canada cherchera, lors des négociations, à obtenir des dispositions ciblées fondées sur la coopération et visant à faciliter la participation accrue des groupes sous-représentés au système de propriété intellectuelle, notamment par le biais d'activités de sensibilisation.⁶⁸

Le Groupe d'action pour le commerce inclusif⁶⁹ (GACT), qui fait partie des négociations commerciales internationales du gouvernement du Canada avec la Nouvelle-Zélande et le Chili, deux pays aux vues similaires, aborde le thème du commerce inclusif lors des discussions commerciales. Alors que les pourparlers progressent, il existe une grande différence dans l'état de préparation à la signature d'un accord commercial entre la Nouvelle-Zélande, qui a déjà conclu deux accords commerciaux internationaux avec des autochtones, et le Chili, qui est très intéressé mais qui a encore un long chemin d'apprentissage à parcourir, car il n'a pas encore entrepris d'élaborer une politique ou un cadre de consultation clair avec ses peuples autochtones.

Ce flux subtil et constant d'informations, de discussions et d'autonomisation pour les différents États-nations désireux d'aborder les questions de commerce international autochtone a porté ses fruits en janvier 2021, lorsque le chapitre du Canada sur le commerce autochtone (politiques et philosophies qui incluent le soutien et la protection des savoirs traditionnels autochtones) a été entièrement accepté, sans aucun amendement, dans le cadre des négociations commerciales internationales du Mercosur. Les pays membres du Mercosur sont le Canada, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, l'Argentine, le Brésil, la Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur, la Guyane et le Mexique. Dans son rapport de décembre 2018 sur le Mercosur, le

68. *Id.*

69. Canada, Global Affairs, "Inclusive Trade Action Group (ITAG)", en ligne : <https://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/inclusive_trade/index.aspx?lang=eng>.

Comité parlementaire permanent du commerce international du Canada a recommandé ce qui suit :

Que le gouvernement du Canada, au cours des négociations en vue d'un accord de libre-échange avec les pays du Mercosur, s'efforce d'obtenir des résultats qui créeraient des débouchés économiques pour les petites et moyennes entreprises canadiennes, protégeraient l'environnement, feraient respecter les normes du travail, amélioreraient la mobilité de la main-d'œuvre, contribueraient à l'égalité entre les hommes et les femmes et sauvegarderaient les droits des peuples autochtones.⁷⁰ (Nos soulignements)

Un volet du Mercosur sur le commerce des produits autochtones, assorti d'une protection des savoirs traditionnels autochtones, doit encore être finalisé dans le cadre de négociations multinationales longues et prolongées. Il est à espérer que toutes les parties parviendront à se mettre d'accord sur un chapitre commercial autochtone comportant des dispositions relatives aux savoirs traditionnels. Dans le cadre de l'évaluation du rapport d'avancement d'un accord de libre-échange entre le Canada et le Mercosur, il a été fait référence à l'importance des savoirs traditionnels autochtones. Au point 4, « Examen chapitre par chapitre des options d'amélioration et d'atténuation », la section 4.5 intitulée « Commerce et peuples autochtones » prévoit en partie :

Dans le cadre de son approche inclusive relative au commerce, le Canada fait progresser les dispositions du chapitre Commerce et peuples autochtones qui visent à reconnaître l'importance d'accroître la capacité des peuples autochtones et des entreprises autochtones de profiter des occasions créées par un ALE avec le Mercosur. Cela comprend également des dispositions visant à effectuer ce qui suit :

[...]

70. Rapport de la Commission parlementaire permanente sur le commerce international : *Canada and The Mercosur Countries: A Potential Agreement to Advance Trade Relations* (Ottawa: Authority of the Speaker of the House of Commons, 2018) p 22.

Reconnaître l'importance du respect, de la préservation et de la conservation du savoir et des pratiques des peuples autochtones contribuant à la conservation de l'environnement.⁷¹

Une grande partie des développements dans la reconnaissance progressive des savoirs traditionnels autochtones sont relativement récents et impliquent des négociations commerciales actives, sensibles et en cours, certains des détails spécifiques des passages sur les savoirs traditionnels devront rester confidentiels. Certains des accords commerciaux internationaux désormais accessibles au public et finalisés comportent des indications et des implications pour la protection et l'exercice éventuels des savoirs traditionnels autochtones dans les dispositions des accords commerciaux modernes entre les États-nations.

Il est également intéressant de noter qu'en octobre 2021, l'accord commercial entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni (NZ-UK) a été finalisé entre ces deux États-nations. Il convient de mentionner que l'accord commercial entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni contient diverses dispositions relatives aux savoirs traditionnels autochtones qui, à première vue, semblent prometteuses, mais qui, lorsqu'elles sont replacées dans leur contexte, ne sont rien d'autre que des déclarations de bonne volonté unilatérales.

Les déclarations de « bonne volonté » pertinentes en faveur des savoirs traditionnels autochtones se trouvent au chapitre 17, « Propriété intellectuelle », section C intitulée « Propriété intellectuelle et questions relatives aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », articles 17.17, 17.18 et 17.19.

L'article 17.17, paragraphes 1 et 2, sous la rubrique « Coopération », prévoit en partie ce qui suit :

Les parties reconnaissent la pertinence réciproque des systèmes de propriété intellectuelle et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, lorsque ces

71. Gouvernement du Canada, « Évaluation environnementale initiale des négociations en vue d'un accord de libre-échange entre le Canada et le Mercosur », Chapter 4, s 4.5 « Commerce et peuples autochtones », en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mercosur/initial_ea-ee_initiale.aspx?lang=fra#a4>.

connaissances traditionnelles sont liées à ces systèmes de propriété intellectuelle.

Les parties s'efforcent de coopérer, par l'intermédiaire de leurs agences respectives chargées de la propriété intellectuelle ou d'autres institutions compétentes, avec la participation de Māoris, si cette participation est pertinente et réalisable, afin d'améliorer la compréhension des éléments suivants

- (a) les questions liées aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, et aux ressources génétiques ; et
- (b) les aspects de la propriété intellectuelle qui concernent les Māoris, et les questions relatives.⁷²

L'article 17.18 de la sous-rubrique « Examen des brevets et connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques » dispose que les parties doivent s'efforcer de procéder à un examen de qualité des brevets, ce qui peut comprendre :

- (a) que, lors de la détermination de l'état de la technique, les informations documentées pertinentes, accessibles au public, relatives aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques doivent être prises en compte.
- (b) la possibilité pour les tiers d'indiquer, par écrit, à l'autorité compétente l'autorité compétente chargée de l'examen des divulgations d'état de la technique qui peuvent avoir une incidence sur la brevetabilité, y compris les divulgations d'état de la technique liées aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ;
- (c) s'il y a lieu, l'utilisation de bases de données ou de bibliothèques numériques contenant des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ; et

72. *Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni*, Chapitre 17, Section 17.17, en ligne : <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/new-zealand-united-kingdom-free-trade-agreement/maori-interests/#bookmark0>>.

- (d) la coopération en matière de formation des examinateurs de brevets à l'examen des demandes de brevets liées aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.⁷³

L'article 17.19 du sous-titre « Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore » de l'OMPI prévoit ce qui suit :

1. Les parties, sans préjudice de leurs positions respectives, doivent travailler sous les auspices de l'OMPI pour promouvoir un résultat multilatéral au sein du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (« comité intergouvernemental de l'OMPI »).
2. En ce qui concerne la promotion d'un résultat multilatéral lors de la CIG de l'OMPI, les parties coopèrent, dans la mesure du possible, par l'intermédiaire de leurs agences et institutions compétentes respectives et, le cas échéant et dans la mesure du possible, avec la participation de Māoris, par les moyens suivants
 - (a) en partageant des informations entre elles ; et
 - (b) en répondant à toute demande raisonnable, en engageant activement le dialogue.⁷⁴

Considérées isolément, ces déclarations de « bonne volonté » en faveur des savoirs traditionnels autochtones semblent incroyablement favorables au maintien des savoirs traditionnels autochtones dans l'accord entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, mais il faut lire ces dispositions dans le contexte de l'ensemble de l'accord, en particulier du chapitre 26, « Coopération économique et commerciale avec les Māoris ». L'article 26.2 intitulé « Contexte et objet », sous-sections 10(c), 10(d) clarifie la position du Royaume-Uni en ce qui concerne les savoirs traditionnels autochtones. Les passages pertinents édictent ce qui suit :

73. *New Zealand-United Kingdom free Trade Agreement*, Chapter 17, Section 17.18, en ligne : <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/new-zealand-united-kingdom-free-trade-agreement/maori-interests/#bookmark0>>.

74. *Id.*

10. Pour plus de certitude, rien dans ce chapitre :

[...]

(c) constitue une reconnaissance par le Royaume-Uni que les ressources génétiques, les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles sont des formes de propriété intellectuelle à part entière ; ou

(d) constitue une reconnaissance par le Royaume-Uni que tout exemple de ressources génétiques, de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles est protégeable en tant que propriété intellectuelle, sauf dans la mesure où cette protection est conforme au droit de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni.⁷⁵

Le Canada a entamé des négociations avec le Royaume-Uni en vue d'un accord commercial entre le Canada et le Royaume-Uni. Les efforts déployés par les Māoris de Nouvelle-Zélande pour obtenir une sécurité en matière de savoirs traditionnels autochtones, et l'absence relative de succès dans ce domaine, devraient constituer un aspect central des négociations entre le Royaume-Uni et les peuples autochtones canadiens, car le Canada a été le principal artisan de l'élaboration d'un programme commercial inclusif qui soutient et protège les savoirs traditionnels autochtones.

Un élément pertinent pour faire progresser la coopération internationale en matière de protection et de soutien des savoirs traditionnels autochtones est la conclusion réussie des négociations commerciales impliquant l'*Accord de coopération économique et commerciale avec les peuples autochtones* (ACEPA). En novembre 2021, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Taïwan sont parvenus à un accord sur un accord commercial international important et compensatoire, entièrement consacré à l'amélioration du commerce international autochtone. Dans le cadre de l'ACEPA, il existe des dispositions spécifiques et solides pour la protection des savoirs traditionnels autochtones dans le commerce international.

75. *Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni*, Chapitre 26, Section 10, en ligne : <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/new-zealand-united-kingdom-free-trade-agreement/maori-interests/#bookmark0>.

Les gouvernements des États-nations qui sont parties à l'ACEPA sont censés s'acquitter de leurs obligations fiduciaires à l'égard des peuples autochtones nationaux et du commerce dans le contexte du soutien à ces philosophies autochtones traditionnelles, y compris celle du respect des savoirs traditionnels autochtones. Les articles 1(a) (ix.), (xiii) et (xiv) du préambule soulignent ce thème :

ix. Reconnaître la valeur des savoirs traditionnels des peuples autochtones et la contribution des savoirs traditionnels autochtones à l'innovation, au développement durable et à la gestion écologiquement rationnelle de l'environnement.

xiii. Souligner que la déclaration des Nations unies confère expressément aux États la responsabilité de prendre, conjointement avec les peuples autochtones, des mesures efficaces pour reconnaître et protéger l'exercice du droit des peuples autochtones à conserver, contrôler, protéger et développer leur patrimoine culturel, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles traditionnelles, ainsi que les manifestations de leurs sciences, de leurs technologies et de leurs cultures.

xiv. Reconnaître que la déclaration des Nations unies exprime son soutien à des mesures efficaces visant à reconnaître et à protéger l'exercice du droit des peuples autochtones à conserver, contrôler, protéger et développer leur patrimoine culturel, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles traditionnelles, ainsi que les manifestations de leurs sciences, technologies et cultures.⁷⁶

Le thème dominant de l'ACEPA a été la fusion de la culture et de la philosophie autochtones avec des pratiques commerciales respectueuses de l'environnement afin de minimiser toute empreinte environnementale négative et d'offrir un maximum d'opportunités pour permettre aux nations tribales de protéger leurs terres, leur culture et leur mode de vie. Ce concept est renforcé par l'article 7 de l'ACEPA intitulé « Patrimoine culturel, savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles », notamment par l'article 7(a), (b), (c) et (e), qui prévoit que :

76. *Arrangement de coopération économique et commerciale avec les peuples autochtones*, art 1(a) (ix.), (xiii) et (xiv), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/indigenous_peoples-peuples_autochtones/ipetca-acecpa.aspx?lang=fra>.

(a) Les économies participantes reconnaissent la valeur du savoir traditionnel holistique des peuples autochtones et la contribution du savoir traditionnel à l'innovation, au développement durable et à la bonne gestion de l'environnement.

(b) Les économies participantes reconnaissent les efforts des peuples autochtones visant à préserver, à contrôler, à protéger et à développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles et, le cas échéant, les efforts qu'ils déploient en ce sens dans le cadre de leurs systèmes juridiques, y compris les systèmes juridiques coutumiers.

(c) Les économies participantes échangeront des points de vue et étudieront des possibilités concernant la mise en œuvre et le soutien du droit des peuples autochtones de conserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles.

(d) Les économies participantes continueront à travailler sur les questions liées au droit des peuples autochtones de conserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles, notamment dans les dialogues internationaux.⁷⁷

La relation philosophique entre la gestion des ressources, le développement économique durable, la survie culturelle et le commerce international autochtone est très présente dans l'article 7(a) et, une fois de plus, ce n'est pas un hasard si cette phrase est la première de l'article 7, donnant le ton aux quatre autres paragraphes de l'article 7 et leur contexte.

En septembre 2023, l'accord commercial entre le Canada et l'Ukraine⁷⁸ a été conclu avec un chapitre détaillé sur le commerce autochtone qui rivalisait avec certaines des dispositions de l'ACEPA, mais ce qui manquait clairement dans l'ensemble de l'accord, c'était toute mention des savoirs traditionnels autochtones ou toute référé-

77. *Id.*, art 7(a) (b), (c) et (e), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/indigenous_peoples-peuples_autochtones/ipetca-acecpa.aspx?lang=fra>.

78. *Accord de libre-échange entre le Canada et l'Ukraine* (2023), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/text-texte/2023/toc-tdm.aspx?lang=eng>>.

rence aux savoirs traditionnels autochtones dans le préambule, le chapitre sur le commerce autochtone ou le chapitre sur la propriété intellectuelle. L'absence de toute référence aux savoirs traditionnels autochtones dans le document est si frappante qu'on peut penser qu'il s'agit d'une suppression délibérée et préméditée.

8. CONCLUSION

De cette étude de la lutte pour la reconnaissance des droits des savoirs traditionnels autochtones en relation avec les droits de propriété intellectuelle dans le commerce mondial, il découle que toutes les nations autochtones du monde doivent s'engager dans la protection active de leurs savoirs traditionnels. Les nations autochtones peuvent contribuer à la protection de leurs savoirs traditionnels en mettant en place un système de surveillance par l'État-nation afin de maintenir un mécanisme de contrôle vigilant de l'État sur toute réduction suggérée ou proposée de leurs droits sur les savoirs traditionnels. La première ligne de défense consiste à faire en sorte que les nations autochtones gardent un œil prudent et circonspect sur les savoirs traditionnels et qu'elles s'expriment pour éduquer la population sur leurs droits en matière de savoirs traditionnels à l'échelle nationale et pour protéger ces droits.

Il est très clair que les lois sur la propriété intellectuelle ont été conçues pour une protection à court terme en vue d'un gain économique, alors que les savoirs traditionnels, qui n'ont pas été considérés comme faisant partie du modèle de propriété intellectuelle avant les années 1990 au plus tôt, étaient traditionnellement davantage une forme de protection du patrimoine culturel pour chaque nation autochtone et n'ont été considérés que relativement récemment par les peuples autochtones à des fins économiques⁷⁹.

Étant donné qu'il n'est pas possible de modifier l'ordre international de l'OMPI en matière de propriété intellectuelle, il est recommandé que les lois nationales existantes soient complétées par une nouvelle législation nationale visant à protéger et à soutenir les savoirs traditionnels au sein de chaque État-nation qui le souhaite. Deuxièmement, les États-nations intéressés peuvent protéger et soutenir les savoirs traditionnels de leur nation autochtone grâce à des dispositions commerciales internationales qui répondent aux besoins spécifiques des nations autochtones et aux caractéristiques du

79. Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, "‘Cultural Heritage’ or ‘Cultural Property’", (1992) 1:2 *Intl J of Cultural Property* 307, à la p 310.

patrimoine culturel exprimé par les savoirs traditionnels, qui diffèrent des systèmes de propriété intellectuelle standards.

Comme la cheville carrée des savoirs traditionnels ne rentre pas dans le trou rond de la propriété intellectuelle, de nouveaux concepts de propriété et de contrôle des savoirs traditionnels autochtones doivent être créés pour traiter et protéger les expressions existantes et émergentes de l'identité culturelle autochtone et pour permettre aux savoirs traditionnels autochtones non seulement d'être protégés dans les systèmes nationaux de propriété intellectuelle des États-nations, mais aussi d'être soutenus et protégés dans le cadre du droit commercial international afin que les peuples autochtones puissent en tirer des avantages économiques.