

Protéger les savoirs traditionnels et les cultures autochtones en modifiant les lois de la propriété intellectuelle : une proposition de marque d'authenticité autochtone

Élisabeth Patterson et Marie-Alice D'Aoust*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	467
I- INTRODUCTION	469

© CIPS 2023.

* M^e Patterson est avocate et associée chez Dionne Schulze s.e.n.c.. Elle a une pratique juridique variée, représentant principalement des entités autochtones. Elle conseille en matière d'obligation de consulter les autochtones, de revendications particulières, d'autonomie gouvernementale, de droit de l'environnement, d'ententes commerciales et aussi relativement à la protection des savoirs traditionnels, de la culture autochtone et des renseignements personnels, notamment dans le cadre de projets de recherche. Elisabeth a été impliquée dans des projets de formation en Amérique latine, notamment avec Avocats sans frontières Canada. Elle travaille en français, anglais et espagnol.

Marie-Alice D'Aoust est avocate pratiquant en droit autochtone au sein de l'étude Dionne Schulze depuis 2018. Elle est impliquée dans des dossiers de revendications particulières de Premières Nations, de citoyenneté et d'élections. Elle travaille également en litige civil et administratif, incluant dans le cadre de recours collectifs pour abus institutionnels et sur des enjeux de territoire. M^e D'Aoust accorde beaucoup d'importance à l'implication communautaire. Elle a été bénévole dans plusieurs centres de défense des droits au Québec et à l'étranger, en plus de s'impliquer dans le milieu de la conservation environnementale et dans des organismes de quartier œuvrant en sécurité alimentaire.

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

II- LA PROTECTION INADÉQUATE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES CULTURES AUTOCHTONES	471
A- Incompatibilité conceptuelle entre le droit occidental et les traditions autochtones	471
B- Inadéquation des lois en propriété intellectuelle	472
1. Le droit d'auteur	472
2. Les brevets et les dessins industriels	473
3. Les marques	473
C- Obstacles d'ordre pratique	474
D- Solutions contractuelles et leurs limites	475
III- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LA <i>DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES</i> ET SES OUTILS DE MISE EN ŒUVRE	477
A- <i>La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i>	477
1. Contexte	477
2. Protection de la propriété intellectuelle et des savoirs traditionnels	478
3. La Déclaration des Nations Unies en droit canadien	479
B- La possibilité d'une réforme dans le cadre du Plan d'action adopté en 2023	481
IV- PROPOSITION DE MARQUE D'AUTHENTIFICATION AUTOCHTONE	483
A- La marque de certification	483
1. Critères	483
2. Avantages et limites de la marque de certification	485

B- La marque officielle	487
1. Critères	487
2. Effets de la publication	490
3. Avantages et limites de la marque officielle	491
C- Modèles étrangers de protection de la culture via les marques	492
D- Marque d'authentification autochtone	493
1. Modalités proposées	493
2. Protections offertes	495
3. Intégration des traditions juridiques autochtones	497
E- Comparatif	499
V- CONCLUSION	500

RÉSUMÉ

Le cadre législatif actuel au Canada en matière de propriété intellectuelle laisse persister des enjeux d'appropriation culturelle ainsi que d'usage impropre des savoirs traditionnels autochtones. Or, l'adoption en juin 2023 par le gouvernement fédéral d'un plan de mise en œuvre de la *Déclaration de Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, qui prévoit la possibilité de modifications législatives à cet égard, est une occasion d'améliorer cette situation.

Bien qu'il y ait des différences conceptuelles importantes entre la propriété intellectuelle en droit euro-canadien et les valeurs autochtones liées au savoir traditionnel collectif, des changements législatifs pourraient être bénéfiques, même si insuffisants.

Dans cet article, nous recommandons une piste en ce sens, par le biais d'une nouvelle « marque d'authenticité autochtone », combinant certaines caractéristiques de la marque de certification et de la marque officielle, avec la possibilité d'intégrer les valeurs et normes de transmission coutumières de chaque nation autochtone qui en ferait la demande.

La marque d'authenticité pourrait minimiser l'appropriation culturelle des savoirs autochtones en légitimant et renforçant l'entité choisie comme gardienne du savoir et en permettant au public d'avoir conscience qu'un produit a été créé par la communauté et selon ses normes. Le public averti choisirait des produits et services authentifiés et il serait donc plus difficile pour des personnes d'utiliser le savoir traditionnel non authentifié sans permission.

Évidemment, cette suggestion serait à explorer davantage en collaboration étroite avec les représentant·es Premières Nations, Métis et Inuit.

MOTS-CLÉS

Savoirs traditionnels autochtones – Marques officielles – Marques de certification – Marque d'authenticité – Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – Appropriation culturelle

ABSTRACT

The current legislative framework for intellectual property in Canada allows issues of cultural appropriation and misuse of Indigenous traditional knowledge to persist. The adoption in June 2023 by the federal government of an implementation plan for the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, which provides for the possibility of legislative amendments in this regard, is an opportunity to improve this situation.

Although there are significant conceptual differences between intellectual property in Euro-Canadian law and Indigenous values related to collective traditional knowledge, legislative changes could be beneficial, even if insufficient.

In this article, we recommend a path in this direction, through a new “Indigenous authenticity mark”, combining certain characteristics of the certification mark and the official mark, with the possibility of incorporating the customary values and transmission norms of each Indigenous nation that would make a request.

The authenticity mark could minimize the cultural appropriation of Indigenous knowledge by legitimizing and strengthening the entity chosen as the custodian of the knowledge and by enabling the public to be aware that a product has been created by the community and according to its own standards. An informed public would be able to choose authenticated products and services, and it would therefore be more difficult for someone to use non-authenticated traditional knowledge without permission.

Obviously, this suggestion should be explored further in close collaboration with First Nations, Métis, and Inuit representatives.

KEYWORDS

Indigenous Traditional Knowledge – Official Mark – Certification Mark – Authenticity Mark – *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* – Cultural appropriation

I- INTRODUCTION

Les savoirs traditionnels autochtones font référence aux connaissances et aux pratiques des communautés autochtones développées au fil des siècles et transmises oralement de génération en génération. Ils sont généralement détenus collectivement et prennent la forme d’histoires, de chants, de valeurs, de croyances, de techniques, de rituels, de pratiques et de lois communautaires. Ils peuvent concerner divers domaines tels que l’agriculture, la sylviculture, la médecine traditionnelle, les outils, la spiritualité, les designs, les vêtements ou les chants. Il n’existe toutefois pas d’expression universelle décrivant ces savoirs ni de définition universelle¹. Par ailleurs, une référence à l’aspect « traditionnel » n’exclut pas que ces savoirs évoluent au fil du temps.

Au Canada, comme dans tous les systèmes juridiques occidentaux, les créations artistiques et littéraires ainsi que les nouvelles technologies sont protégées par les lois de propriété intellectuelle. Malheureusement, comme nous le verrons plus loin, ces lois ne sont pas adaptées à la protection des savoirs autochtones et cela peut mener à de l’appropriation culturelle² et entraîner un préjudice important pour les communautés. À titre d’exemple, les méthodes de guérison traditionnelles avec des plantes considérées comme sacrées qui seraient transmises à un chercheur pourraient être vendues contre le gré de la communauté, et sans redevances. Ou encore, des légendes pourraient être partagées par des membres et commercialisées par un tiers, sans consentement ni compensation. Dans les deux cas, les recours offerts par les lois canadiennes sont peu efficaces.

-
1. OMPI, « Savoirs traditionnels », *OMPI*, en ligne : <<https://www.wipo.int/tk/fr/tk/>> ; voir aussi la définition dans ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Aboriginal Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights, a Discussion Paper*, 2009, p. 4, en ligne : <www.afn.ca/uploads/files/env/atk_and_ip_considerations.pdf>.
 2. Pour un excellent article au sujet de la définition de l’appropriation culturelle, de nombreux exemples liés aux Autochtones et son impact sur ces derniers, voir Vanessa UDY, « L’appropriation du patrimoine culturel autochtone : examen des avantages et inconvénients du régime de propriété intellectuelle au Canada », (2015) 27 *C.P.I.* 849.

Il est important de souligner que plusieurs organisations travaillant sur cette question insistent sur le fait que les lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle sont fondamentalement incompatibles avec les conceptions autochtones des savoirs traditionnels et des méthodes coutumières de protection et de transfert de ces savoirs. L'utilité d'une réforme du droit de la propriété intellectuelle ne fait donc pas l'unanimité. S'il est clair que la loi actuelle ne protège pas suffisamment la propriété intellectuelle autochtone, tous les groupes autochtones ne plaident pas en faveur de sa réforme ; certains préfèrent opérer en dehors du cadre juridique canadien.

Une des façons utilisées par les communautés autochtones pour tenter de minimiser l'appropriation de leurs savoirs a été d'encadrer la manière dont ceux-ci sont communiqués et utilisés, par le biais de protocoles ou d'ententes avec les utilisateurs. Ces méthodes sont utiles, mais ont toutefois leurs limites. De nombreux pays ont aussi pris des mesures pour modifier leurs cadres législatifs afin de mieux protéger le savoir traditionnel. Le moment semble désormais propice pour que le Canada modifie également son cadre législatif en matière de propriété intellectuelle, surtout à la lumière de son plan d'action de juin 2023 pour la mise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (« Déclaration des Nations Unies »)³.

Dans le présent article, nous démontrons en premier lieu que les lois canadiennes de propriété intellectuelle sont inadéquates pour protéger les savoirs traditionnels et cultures autochtones.

Dans un deuxième temps, nous expliquons en quoi le récent plan de mise en œuvre par le gouvernement fédéral de la Déclaration des Nations Unies nous invite à réfléchir aux modifications législatives pour mieux protéger les savoirs et les cultures autochtones.

Enfin, dans une troisième section, nous élaborons une proposition de création d'une marque *sui generis* d'authentification autochtone, qui serait une façon de minimiser l'appropriation culturelle et permettrait aussi d'intégrer des normes coutumières autochtones.

3. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Plan d'action de la Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2023, en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/declaration/pa-ap/ah/index.html>.

II- LA PROTECTION INADÉQUATE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES CULTURES AUTOCHTONES

A- Incompatibilité conceptuelle entre le droit occidental et les traditions autochtones

De prime abord, il est important de souligner que de nombreux penseurs·euses Premières Nations et Inuit considèrent que le concept même de propriété intellectuelle, telle que conceptualisée en droit occidental, ne convient pas pour protéger adéquatement les cultures et savoirs traditionnels autochtones. Notamment, les visions autochtones du monde privilégient l'interdépendance entre les humains et le monde animal et végétal, plutôt que la domination de l'Homme sur la nature⁴. Le savoir traditionnel provient des ancêtres et du Créateur et est détenu collectivement par plusieurs membres de la communauté⁵, plutôt que créé par une ou plusieurs personnes individuelles. Les détenteurs du savoir traditionnel en sont les gardiens et ont des responsabilités⁶ envers ce savoir, plutôt que des droits de propriété. Enfin, la possibilité de faire un profit individuel grâce à l'utilisation du savoir traditionnel (qui irait de soi dans le système de propriété intellectuelle occidentale) est assujettie aux règles de la communauté et aux obligations de partage et de réciprocité⁷. Cela entre en contradiction avec la vision occidentale des droits de propriété intellectuelle, qui privilégie les droits de propriété exclusive de l'individu ayant créé la propriété intellectuelle concernée, qui peut l'utiliser librement pour son gain personnel.

4. Voir : CENTRE DE LA GOUVERNANCE DE L'INFORMATION DES PREMIÈRES NATIONS, *Review of First Nations Laws about the Use and Sharing of Intellectual Property*, 2023, manuscrit non encore publié transmis aux auteures, p. 11-12 (ci-après « CGIPN »). L'excellent article illustre par ailleurs ce principe avec des exemples concrets de plusieurs Premières Nations, notamment : les Mi'kmaq, tel que décrit par Sakej HENDERSON, « Indigenous Legal Traditions », *Aboriginal People and the Canadian Law*, University of Toronto, 2017, en ligne : <www.youtube.com/watch?v=xd57u9iHy2U> ; ou les Anishinaabe, tel que décrit par John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010, p. 79.
5. CGIPN, préc., note 4, p. 13-14 et 18-25.
6. *Id.*, p. 28-29. Sakej HENDERSON, « The Indigenous Domain and Intellectual Property Rights », (2021) 4:2 *Lakehead Law Journal* 104 (ci-après « Sakej HENDERSON 2021 »). Voir aussi les exemples Ktunaxa (dans BELL, Catherine EDITH et Val NAPOLEON, *First Nations Cultural Heritage and Law, Case Studies, Voices, and Perspectives*, 2008, p. 334) et Anishnaabe (dans John BURROWS, *Law's Indigenous Ethics*, University of Toronto Press, Toronto, 2019).
7. *Id.*, p. 16-20. Voir notamment la tradition crie de partager le savoir transmis par le Créateur (Harold CARDINAL et Walter HILDEBRANDT, *Treaty Elders of Saskatchewan: Our Dream Is That Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations*, University of Calgary Press, Calgary, 2000, p. 37.

Néanmoins, nous sommes d'avis qu'il vaut la peine d'examiner certains défis relatifs à la protection des savoirs traditionnels en droit canadien malgré ces différences conceptuelles fondamentales. La reconnaissance et la protection des savoirs traditionnels au Canada nécessiteront certainement une variété d'actions et de luttes. La reconnaissance de la compétence législative des nations autochtones pour créer leur propre régime de protection de la propriété intellectuelle serait essentielle, notamment par le biais d'ententes d'autonomie gouvernementale⁸. Toutefois, des changements au sein même du système de propriété intellectuelle canadien nous semblent inévitables. Même si la critique de la propriété intellectuelle est fondée, dans une visée pragmatique, il reste possible d'en exploiter certains aspects pour la protection des savoirs traditionnels. Cet article se veut donc un premier pas et une piste pour mener à une solution partielle pour œuvrer en ce sens, à explorer en collaboration étroite avec les représentants des Premières Nations, Métis et Inuit.

B- Inadéquation des lois en propriété intellectuelle

Le droit canadien protège différents types de droits de propriété intellectuelle susceptibles de s'appliquer aux savoirs autochtones, tels que les droits d'auteur, les marques, les brevets, les dessins industriels et la protection des obtentions végétales. La description de chacun de ces droits dépasse le cadre de cet article, mais nous tenterons d'évoquer très brièvement certaines des raisons pour lesquelles ces droits n'offrent généralement pas une protection adéquate aux savoirs traditionnels⁹.

1. Le droit d'auteur

Parmi les difficultés soulevées par la protection des savoirs traditionnels par le droit d'auteur figurent le fait que le droit d'auteur ne protège que les œuvres originales, et l'expression de l'idée, et non l'idée elle-même, et aussi la nécessité que l'œuvre soit « fixée » sur un support matériel¹⁰. Dans de nombreux cas, le savoir traditionnel est l'idée (telle qu'une légende) et non pas l'expression de cette idée

8. À notre connaissance, ce n'est présentement pas le cas. Voir par exemple l'*Entente finale Nisga'a entre la Nation Nisga'a, le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Colombie-Britannique*, 1998, chap. 11, art. 42.

9. Voir à ce sujet notamment l'article de Vanessa UDY, préc., note 2 et CGIPN, préc., note 4.

10. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985) ch. C-42, art. 2 et David VAVER, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2^e éd., Irwin Law, 2011, p. 59 et 107 (ci-après « David VAVER »).

(telle que la légende enregistrée). Par conséquent, en vertu des règles régissant le droit d'auteur, une légende traditionnelle ne peut être protégée en soi, et ce n'est qu'en l'enregistrant ou en l'écrivant qu'elle est protégée. Cette fixation peut être faite par une personne qui n'est pas de la communauté concernée, qui en obtiendrait alors les droits. D'autres obstacles au droit d'auteur sont par exemple le fait que les savoirs traditionnels sont détenus collectivement par la Nation et non par une personne identifiée, qui constituerait l'« auteur ». En outre, la durée de protection du droit d'auteur est limitée à 70 ans¹¹ après la mort de l'auteur, ce qui n'est pas un concept nécessairement adapté à la volonté de protection à long terme par les communautés autochtones.

2. Les brevets et les dessins industriels

L'un des critères clés pour obtenir un brevet est que l'invention soit nouvelle¹². Il peut être difficile de protéger les connaissances autochtones par un brevet, car on peut considérer que certaines techniques ne sont pas « nouvelles » puisqu'elles sont possiblement dans le domaine public depuis plusieurs années avant que la demande de brevet ne soit déposée. Il est toutefois possible que certains remèdes utilisés par les communautés autochtones soient brevetables en fonction des caractéristiques de l'extrait utilisé. Des recherches scientifiques seraient toutefois généralement nécessaires et il est important de garder à l'esprit que le dépôt d'un brevet est une procédure très coûteuse et que la durée de protection n'est que de 20 ans, ce qui à nouveau irait à l'encontre d'une protection durable des savoirs autochtones. De plus, la protection des savoirs traditionnels par brevet pose le problème de l'appropriation de savoirs collectifs à des fins individuelles ou par des personnes non issues de la communauté, ainsi que la publicisation de savoirs qui pourraient être plus facilement appropriés à la suite de l'expiration du brevet. Des obstacles similaires s'appliquent au dessin industriel.

3. Les marques

Une marque de commerce régulière est un mot ou un signe qui est employé par une personne pour distinguer ses produits ou services de ceux d'autres personnes¹³. Comme nous le verrons plus loin, utiliser

11. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 10, art. 6.

12. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 (définition d'« invention »).

13. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 (définition de « marque de commerce »).

une marque régulière en association avec un savoir traditionnel irait *a priori* à l'encontre des valeurs autochtones, car elle impliquerait qu'une seule personne ou compagnie pourrait utiliser la marque associée au savoir, et de plus, à des fins commerciales. Deux autres types de marques, la marque officielle et la marque de certification, ont été utilisées pour empêcher l'appropriation culturelle, mais présentes certaines limites en contexte autochtone. Elles seront décrites plus en détail à la section IV de cet article.

C- Obstacles d'ordre pratique

Certains groupes, dont notamment l'Institut canadien de la propriété intellectuelle, ont identifié des lacunes au niveau de la mise en œuvre de cette protection. Ils soulèvent en particulier la méconnaissance des outils de protection de la propriété intellectuelle chez les Premières Nations et Inuit et les coûts élevés de l'enregistrement¹⁴. La *Stratégie économique nationale pour les Autochtones au Canada* de 2022, élaborée par un consortium de plus de 25 organisations autochtones de tout le Canada, comprend d'ailleurs les recommandations stratégiques suivantes¹⁵ :

- protéger la propriété intellectuelle et les connaissances traditionnelles des autochtones contre l'appropriation culturelle en créant une branche autochtone de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (ci-après « OPIC »), et
- créer un institut des savoirs autochtones axé sur la protection des droits des autochtones, le suivi de la recherche axée sur les Autochtones, la protection des droits de propriété intellectuelle, les connaissances culturelles propres aux communautés et l'élaboration de principes éthiques nationaux pour guider la recherche axée sur les Autochtones.

14. IPIC, *Savoirs traditionnels et expressions culturelles autochtones : Comment se recourent-ils avec le régime occidental de propriété intellectuelle (PI) ?*, (n.d.), en ligne : <ipic.ca/uploads/5f90736db644a.pdf>.

15. NATIONAL INDIGENOUS ECONOMIC STRATEGY FOR CANADA, *Stratégie Économique Nationale pour les Autochtones au Canada*, 2022, p. 21 et 29, en ligne : <niestrategy.ca/wp-content/uploads/2022/12/NIES_French_FullStrategy_2.pdf> ; Paula CLANCY, « La nouvelle stratégie économique nationale pour les autochtones au Canada 2022 et son intersection avec la propriété intellectuelle », *IPIC*, 26 août 2022.

D- Solutions contractuelles et leurs limites

À cause des lacunes législatives pour protéger les savoirs traditionnels autochtones, certaines communautés autochtones ont opté pour en encadrer l'usage par la mise en place de protocoles ou de codes d'éthique sur la façon dont le transfert des savoirs traditionnels s'effectue, notamment dans le contexte de la recherche universitaire¹⁶.

Des ententes verbales ou écrites entre les fournisseurs de savoirs autochtones et les utilisateurs·trices de savoirs sont aussi de plus en plus utilisées, afin de s'assurer que l'utilisation est conforme à la volonté des détenteurs·trices. Ces ententes peuvent être utilisées, par exemple, dans le cadre de projets de recherche¹⁷, d'études d'impact lors de projets d'exploitation des ressources naturelles, ou d'entreprises commerciales impliquant l'utilisation des connaissances autochtones pour l'écotourisme, l'industrie culturelle ou les produits pharmaceutiques.

Ces ententes peuvent prendre plusieurs formes, des plus simples aux plus élaborées¹⁸, mais incluent généralement une description détaillée du projet et le consentement libre, préalable et éclairé des participant·e·s et des entités jouant le rôle de gardiennes du savoir collectif. La propriété collective des savoirs traditionnels par la communauté, ou plutôt son rôle de « gardienne » (pour souligner les responsabilités de protection qui incombent aux détenteurs·trices), est explicitement reconnue. Par analogie avec les secrets commerciaux, les savoirs autochtones sont reconnus comme confidentiels et une licence est octroyée aux utilisateurs·trices décrivant les usages permis, et

16. APNQL, *Protocole de recherche des Premières Nations du Québec et du Labrador*, 2^e éd., 2014 (ci-après « *Protocole de recherche APNQL* ») ; voir aussi la liste compilée dans Thomas BURELLI, *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels au Canada*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 2019, p. 128 et s. (ci-après « Thomas BURELLI »).

17. Les organismes subventionnaires les recommandent ou les exigent de plus en plus, voir notamment CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES NATURELLES ET EN GÉNIE DU CANADA, INSTITUTS DE RECHERCHE EN SANTÉ DU CANADA, *Énoncé de politique des trois Conseils : éthique de la recherche avec des êtres humains*, Ottawa, 2022, art. 9.2.

18. Voir Élisabeth PATTERSON, (2005), *Filling the Void: Contractual Solutions for Protecting Indigenous Knowledge in Canada*. Voir aussi les deux modèles d'entente simples, prévues pour être adaptées par les communautés, aux annexes 1 (Modèle d'Entente de recherche) et 2 (Modèle d'entente de partage de données) du *Protocole de recherche APNQL*, préc., note 16 ; voir aussi l'analyse des ententes de recherche, Thomas BURELLI, préc., note 16, p. 504-520.

uniquement aux fins décrites dans l'entente. Si les utilisateurs·trices veulent en faire un autre usage, un nouveau consentement (et amendement à l'entente) est nécessaire.

Les ententes prévoient aussi la confidentialité ou la reconnaissance explicite des participant·e·s, les moyens de participation (ou de contrôle) de la communauté dans le projet, de la formation, des avantages pour la communauté, et potentiellement aussi la copropriété de tout résultat, propriété intellectuelle ou produit¹⁹.

Or, ces mécanismes contractuels sont somme toute limités. Par exemple, dans le cas des ententes de recherche, les entités autochtones sont en grande partie dépendantes de la bonne volonté des chercheurs à signer de telles ententes, bien que les organismes subventionnaires mettent désormais plus de pression. Rien n'oblige les autres acteurs, comme les entreprises privées, à se doter de tels mécanismes. En outre, la mise en œuvre en cas de violation des ententes peut présenter des défis notamment pour quantifier monétairement les dommages culturels et obtenir des injonctions pour faire respecter les ententes²⁰. Une autre avenue, qui est celle examinée dans cet article, serait de modifier les lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle afin de mieux protéger les savoirs traditionnels et les cultures autochtones.

19. En ce qui a trait à la recherche universitaire, il est de plus en plus commun de prévoir un processus de recherche collaborative qui permet une planification des sujets en fonction des besoins de la communauté, une révision des publications par les détenteurs·trices pour empêcher la publication des savoirs traditionnels sans consentement, ainsi qu'un retour des données et des résultats dans une forme utile pour la communauté.

Pour un exemple d'entente entre chercheurs universitaires et les Cris d'Eeyou Istchee, incluant les éléments soulignés ici, voir ÉQUIPE DE RECHERCHE SUR LES MÉDECINES AUTOCHTONES ANTI-DIABÉTIQUES DES IRSC, *Final Research Agreement for a Project on Iyiyiu Anti-Diabetic Plant Medicines*, 2009, en ligne : <www.taam-emaad.umontreal.ca/about%20us/agreement.html>, ainsi que les versions vulgarisées en français et en cri de l'intérieur et de la côte ; voir aussi cet article qui explique le processus et le contenu de l'entente : Alain CUERRIER, Ashleigh DOWNING, Elisabeth PATTERSON et Pierre HADDAD, « Aboriginal Antidiabetic Plant Project with the James Bay Cree of Québec: An Insightful Collaboration », (2012) 6:3 *Journal of Enterprising Communities: People and Places in the Global Economy* 251.

20. Dans une perspective légèrement différente toutefois, voir : Camille LABADIE, *Dommages culturels : pour une approche restaurative de la justice et de la réparation*, thèse de doctorat, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2022, p. 323 et s. (ci-après « Camille LABADIE »).

III- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET SES OUTILS DE MISE EN ŒUVRE

A- *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*

1. *Contexte*

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (« Déclaration des Nations Unies ») a été adoptée en 2007 par l'Assemblée générale des Nations Unies, avec 144 États votant pour, 4 États votant contre (incluant le Canada) et 11 États s'abstenant²¹. La Déclaration des Nations Unies est le résultat de plus de 20 ans d'efforts concertés pour élaborer un instrument international de protection des peuples autochtones²². En 46 articles, elle énonce les droits spécifiques des peuples autochtones et les normes nécessaires à leur survie, à leur dignité et à leur bien-être. Il s'agit d'un document très complet, particulièrement important pour les peuples autochtones puisqu'il consacre leur droit à l'autodétermination²³. Toutefois, étant donné qu'il s'agit d'une déclaration internationale plutôt que d'un traité, elle n'est pas automatiquement juridiquement contraignante en soi dans son intégralité. En revanche, plusieurs éléments sont contraignants pour le Canada parce qu'ils représentent le droit international coutumier et que celui-ci est directement applicable en droit interne, sans incorporation législative²⁴. Pour les sections de la Déclaration qui ne constituent pas clairement du droit international coutumier, il s'agit surtout d'un outil utile et persuasif pour interpréter les lois canadiennes²⁵.

21. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. 61/295, Doc. off. AG, 61^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A/RES/61/295 (2007), (ci-après « DNU-DPA »).

22. *Id.*

23. *Id.*, art. 4.

24. *R. c. Hape*, 2007 CSC 26 ; Paul JOFFE, *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Not Merely aspirational*, 2015, en ligne : <quakerservice.ca/wp-content/uploads/2012/09/UN-Decl-Not-merely-aspirational-.pdf>.

25. Telle qu'est la pratique des tribunaux depuis la dissidence du juge Dickson dans *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, et indiqué clairement dans le préambule de la Loi sur la Déclaration ; au sujet de la valeur juridique de la Déclaration, voir le résumé dans Roger TOWNSHEND, Kevin HILLE, et Jaelyn MCNAMARA, « Bill C-15 (UNDRIP Act) Commentary », 2021, en ligne : <www.oktlaw.com/bill-c-15-undrip-act-commentary/>.

La Déclaration des Nations Unies décrit un large éventail de droits spécifiques aux peuples autochtones. Il s'agit notamment du droit à l'autodétermination²⁶, ainsi que les droits connexes de participer aux décisions gouvernementales qui affectent les communautés autochtones et de l'obligation des États de les consulter de bonne foi en vue d'obtenir leur consentement préalable aux projets qui les affectent²⁷. La Déclaration des Nations Unies comprend également le droit à la protection de la vie, de la liberté et de la paix²⁸, ainsi que des droits économiques tels que le droit à l'éducation, le logement, la santé, l'emploi, la sécurité sociale et le développement économique²⁹. La Déclaration des Nations Unies accorde enfin une importance particulière aux droits culturels et à la protection des territoires³⁰.

Relativement aux droits de propriété intellectuelle, la Déclaration des Nations Unies protège des droits relatifs à la protection des connaissances autochtones et de la médecine traditionnelle, détaillés dans la section suivante.

2. *Protection de la propriété intellectuelle et des savoirs traditionnels*

La propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels au sens large sont protégés dans la Déclaration des Nations Unies par le biais d'articles qui portent sur divers sujets.

i. Article 11 : traditions culturelles

L'article 11 de la Déclaration des Nations Unies protège les traditions culturelles et coutumes en général, et les exemples donnés à l'article incluent les domaines de l'archéologie, l'histoire, l'artisanat, les techniques, les arts visuels, les rites, l'art du spectacle et la littérature. Il indique de plus que les États doivent accorder réparation en cas de violation des coutumes autochtones.

ii. Article 24 : santé

L'article 24 offre des protections dans le domaine de la santé, ce qui dans le contexte inclut les savoirs traditionnels liés aux pratiques médicales et aux plantes médicinales.

26. DNUDPA, préc., note 21, art. 4.

27. *Id.*, art. 19.

28. *Id.*, art. 7.

29. *Id.*, art. 21.

30. *Id.*, art. 8, 11, 15 et 32.

iii. Article 31 : patrimoine culturel et propriété intellectuelle collective

L'article 31 protège expressément la propriété intellectuelle collective, ainsi que le patrimoine culturel et le savoir traditionnel autochtone au sens large, incluant : les sciences, techniques et culture, les ressources humaines et génétiques, les semences, la pharmacopée, la connaissance des propriétés de la faune et de la flore, les traditions orales, la littérature, l'esthétique, les sports et jeux traditionnels, les arts visuels et du spectacle. L'alinéa 2 prévoit l'obligation des États à prendre des mesures efficaces pour protéger ces droits.

iv. Article 34 : institutions et coutumes juridiques

L'article 34 protège par ailleurs les structures institutionnelles et systèmes juridiques, ainsi que les coutumes, les traditions et la spiritualité, ce qui, nous le verrons, sera pertinent pour une protection adaptée aux spécificités des différentes nations autochtones.

3. La Déclaration des Nations Unies en droit canadien

En 2007, le Canada était l'un des quatre pays à refuser de voter en faveur de l'adoption de la Déclaration des Nations Unies à l'assemblée générale de l'ONU³¹. Toutefois, en 2010, le Canada a déclaré son soutien³², en exprimant certaines réserves, puis, en 2016, le soutien est devenu inconditionnel³³.

Depuis 2019, plusieurs lois fédérales en lien avec les Premières Nations, les Inuit et les Métis font désormais référence à la

31. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Déclaration du nouveau gouvernement du Canada au sujet de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Communiqué de presse, Ottawa, 2007, en ligne : <www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2007/09/declaration-nouveau-gouvernement-canada-sujet-declaration-nations-unies-droits-peuples-autochtones.html>.

32. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Communiqué de presse, 2010, en ligne : <www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2010/11/canada-appuie-declaration-nations-unies-droits-peuples-autochtones.html>.

33. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Canada appuie maintenant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve*, Communiqué de presse, 2016, en ligne : <www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord-nouvelles/2016/05/le-canada-appuie-maintenant-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-sans-reserve.html>.

Déclaration des Nations Unies³⁴, quoique généralement de façon très symbolique, telle qu'une mention dans le préambule.

Les tribunaux canadiens ont à ce jour été timides quant à la valeur juridique de la Déclaration des Nations Unies en droit canadien, s'en tenant davantage à sa valeur aspirationnelle et interprétative plutôt que contraignante³⁵. À la connaissance des auteures, les tribunaux canadiens n'ont jamais encore invoqué la DNUDPA en soutien à la protection des droits des peuples autochtones à leur savoir traditionnel.

L'impact de la Déclaration des Nations Unies en droit canadien devrait toutefois croître avec l'adoption, le 21 juin 2021, de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies* (ci-après « Loi sur la Déclaration ») par le gouvernement fédéral³⁶. La Loi sur la Déclaration intègre la Déclaration des Nations Unies dans son intégralité au droit canadien, en plus de prévoir que le gouvernement doit, en collaboration avec les peuples autochtones du Canada :

- s'assurer que les lois du Canada soient conformes à la Déclaration des Nations Unies ;
- élaborer et mettre en œuvre un plan d'action national pour atteindre les objectifs énoncés dans la Déclaration des Nations Unies ; et
- s'assurer que le Canada fasse rapport annuellement à chaque chambre du Parlement³⁷.

Selon le gouvernement, l'objectif d'avoir un plan d'action est de rendre concrètes les mesures que le Canada doit prendre en partenariat avec les peuples autochtones afin de mettre en œuvre les

34. *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24 ; *Loi concernant les langues autochtones*, L.C. 2019, ch. 23 ; *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art. 1 ; *Loi modifiant la Loi sur les Indiens – Descheneaux (S-3) 2017*, ch. 25, art. 11 ; *Loi sur le ministère des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord*, L.C. 2019, ch. 29, art. 337 ; *Loi sur le ministère des Services aux Autochtones*, L.C. 2019, ch. 29, art. 336.

35. *East Prairie Métis Settlement v. Alberta*, 2021 ABQB 762 ; *Wesley v. Alberta*, 2022 ABKB 713 ; *Thomas and Saik'uz First Nation v. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2022 BCSC 15 et *SK v. Alberta (Child, Youth and Family Enhancement Act, Director)*, 2022 ABPC 144.

36. *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.C. 2021, ch. 14.

37. *Id.*, art. 4-7.

principes et les droits énoncés dans la Déclaration des Nations Unies et de faire progresser de façon concrète la réconciliation³⁸.

B- La possibilité d'une réforme dans le cadre du Plan d'action adopté en 2023

Pendant l'année 2022, le ministère de la Justice du gouvernement du Canada a travaillé avec les Premières Nations, les Inuit et les Métis afin d'élaborer un plan d'action visant l'atteinte des objectifs de la Déclaration des Nations Unies et la définition des mesures nécessaires pour assurer la compatibilité des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies. Le plan est constitué d'une liste d'objectifs communs aux trois groupes autochtones (Métis, Premières Nations et Inuit), et d'une liste d'objectifs spécifiques à chaque groupe. Le ou les ministères responsables de la mise en œuvre de l'action sont inclus entre parenthèses pour chaque objectif.

Une première version du plan a été publiée en mars 2023. Elle contenait 101 objectifs concernant notamment le racisme systémique, la discrimination, des mécanismes de mise en œuvre de différends, les terres et les ressources, les droits linguistiques, socio-économiques, civils et politiques, et impliquait la collaboration de presque tous les ministères³⁹. Néanmoins, cette version préliminaire ne contenait qu'un article, peu détaillé, en matière de protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles autochtones :

73. Travailler en consultation et en coopération avec les partenaires autochtones pour protéger les arts, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles autochtones. (*Patrimoine canadien*)

De plus, le plan d'action préliminaire n'impliquait pas le ministère de l'Innovation, de la Science et du Développement économique. Or, ce dernier est responsable des lois de la propriété intellectuelle, et il s'était vu confier dans sa lettre de mandat de 2021 la directive de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies⁴⁰. La straté-

38. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le plan d'action*, Ottawa, 2023, en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/declaration/pa-ap/index.html>.

39. Le projet de plan fut publié sur le site du ministère de la Justice, mais a été retiré depuis.

40. Premier ministre du Canada Justin TRUDEAU, *Lettre de mandat du ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie*, 2021, en ligne : <www.pm.gc.ca/fr/lettres-de-mandat/2021/12/16/lettre-de-mandat-du-ministre-de-linnovation-des-sciences-et-de>.

gie en matière de propriété intellectuelle de 2018 de ce ministère incluait certaines initiatives visant à rendre le régime canadien de propriété intellectuelle plus inclusif et représentatif des besoins et intérêts des Autochtones et indiquait s'appuyer sur l'engagement du gouvernement du Canada à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies⁴¹.

À la suite de la publication du plan d'action préliminaire, les organismes nationaux autochtones et autres représentants autochtones ont envoyé des mémoires au ministère de la Justice et certains ont été en contact étroit de façon bilatérale afin d'améliorer les différents objectifs, négociant souvent directement avec les fonctionnaires des ministères visés afin de travailler le texte des objectifs pour que ceux-ci se rapprochent davantage de leur vision.

En ce qui a trait à la protection des savoirs traditionnels et des cultures autochtones, les organismes nationaux autochtones ont poussé pour que le plan d'action inclue la réforme des cadres législatifs et réglementaires en matière de marques, brevets et droits d'auteur afin de les rendre compatibles avec les garanties de la Déclaration des Nations Unies. La version finale du 21 juin se lit ainsi :

101. Travailler en consultation et en collaboration avec les Premières Nations, les Inuit et les Métis pour veiller à ce que des mesures appropriées soient mises en place pour que les peuples autochtones puissent conserver, gérer, protéger et développer leur patrimoine culturel, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles traditionnelles, notamment en travaillant en partenariat avec les ministères compétents pour veiller à ce que les cadres législatifs et réglementaires du Canada en matière de propriété intellectuelle (p. ex. la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur les marques de commerce*, la *Loi sur les brevets*) soient compatibles avec la Déclaration des Nations Unies. (*Patrimoine canadien, Innovation, Sciences et Développement économique Canada*).

La nouvelle formulation inclut donc aussi le ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique.

41. INNOVATION, SCIENCES ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DU CANADA, « Autochtones et propriété intellectuelle », en ligne : <ised-isde.canada.ca/site/strategie-propriete-intellectuelle/fr/autochtones-propriete-intellectuelle>.

IV- PROPOSITION DE MARQUE D'AUTHENTIFICATION AUTOCHTONE

Les auteures proposent la création législative d'une marque d'authenticité autochtone pour améliorer la protection du savoir traditionnel, qui répondrait en partie à l'objectif 101 du plan d'action de mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies. Les deux prochaines sections offrent un aperçu sur deux types de marques protégées en droit canadien, la marque de certification et la marque officielle, qui ont inspiré notre proposition de créer une marque d'authenticité autochtone.

A- La marque de certification

La marque de certification est un type de marque de commerce⁴² qui garantit la conformité d'un produit ou un service à une norme spécifique.

L'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce* la définit comme une « [m]arque employée pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises ou services qui sont d'une norme définie par rapport à ceux qui ne le sont pas »⁴³. L'article 23 de la *Loi sur les marques de commerce* et la jurisprudence canadienne en définissent le régime applicable.

1. Critères

Le dépôt d'une marque de certification exige de remplir quatre critères :

- 1) l'entité qui demande la marque ne doit pas être impliquée dans « la fabrication, la vente, la location à bail ou le louage de marchandises ou à l'exécution de services, tels que ceux pour lesquels la marque de certification est employée »⁴⁴ ;
- 2) la marque doit être employée par des licenciés⁴⁵ ;

42. *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 2 (définition de « marque de commerce »).

43. *Id.*

44. *Id.*, art. 23 al. 1.

45. *Id.*, art. 2 et 23 al. 2.

- 3) les marchandises ou services doivent se conformer à une norme définie⁴⁶ ;
- 4) la marque doit répondre aux exigences prévues à l'article 12 de la *Loi sur les marques de commerce*, soit :
 - a. elle ne doit pas être le nom d'une personne ;
 - b. elle ne doit pas donner une description trompeuse des produits ou services ;
 - c. elle ne doit pas constituer en le nom du produit ;
 - d. elle ne doit pas créer de confusion avec une autre marque de commerce déposée⁴⁷.

Le/la titulaire de la marque doit donc autoriser d'autres personnes à l'employer en lien avec des produits ou services qui respectent les normes associées, et peut empêcher que la marque soit utilisée par des personnes non autorisées, ou en lien avec des produits ou services non couverts par la norme certifiée⁴⁸. Un-e licencié-e peut toutefois entreprendre des procédures au nom du titulaire de la marque si celui-ci n'exerce pas les mesures appropriées⁴⁹.

L'emploi par les licencié-e-s nécessite que la marque soit apposée sur des produits « lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces produits, dans la pratique normale du commerce »⁵⁰.

La norme établie pour pouvoir utiliser la marque de certification peut concerner, quant aux biens ou services en cause :

- leur nature ou leur qualité ;
- les conditions de travail entourant leur production ;
- la catégorie de personnes les ayant produits ou exécutés ;
- la région où ils ont été produits ou exécutés⁵¹.

46. *Id.*

47. *Id.*, art. 12 al. 1.

48. *Id.*, art. 23 al. 2 et 3.

49. *Id.*, art. 49 al. 4.

50. *Id.*, art. 2 et 4 ; Julie LAROUCHE, « Les marques de certification au Canada », (2001) 14:2 *C.P.I.* 625, 636 (ci-après « Julie LAROUCHE »).

51. *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 2 ; Julie LAROUCHE, préc., note 50.

La marque de certification a une durée de dix ans, mais peut être renouvelée⁵².



À titre d'exemple, en contexte autochtone, le Conseil de bande Cowichan a enregistré une marque de certification GENUINE COWICHAN & DESIGN en association avec des vêtements, notamment des pulls, des gilets, des ponchos, des chapeaux, des tuques, des mitaines, des écharpes, des chaussettes et des pantoufles⁵³. La marque de certification certifie que les articles ont été tricotés à la main en une seule pièce par des membres de la Coast Salish Nation utilisant de la laine brute, non traitée, non teinte, filée à la main, fabriquée et préparée conformément aux méthodes traditionnelles.

2. Avantages et limites de la marque de certification

La marque de certification a l'avantage de garantir qu'un produit respecte une norme. En ce sens, elle bénéficie au/à la consommateur·trice, ainsi qu'aux licencié·e·s qui peuvent ainsi démontrer au/à la consommateur·trice le respect de la norme afin de rendre leur produit plus attrayant.

La marque de certification est donc profondément ancrée dans un contexte commercial, d'autant plus que son emploi doit nécessairement être lié au transfert de propriété d'un bien dans le cadre de la pratique normale du commerce⁵⁴. Ce contexte est mal adapté à un objectif de protection des savoirs traditionnels autochtones, où la norme à protéger pourrait être en lien avec des biens ou services qui ne sont pas destinés à des fins commerciales. On pourrait penser, par

52. *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 46 al. 1 et 46.1.

53. GENUINE COWICHAN & DESIGN, Cowichan Band Council, enregistrement 0792174 du 20 janvier 1997.

54. Un concurrent pourrait argumenter l'invalidité de la marque de certification pour cause d'abandon si elle n'est pas employée en liaison avec des produits et services : *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 18(1)c).

exemple, à une communauté qui désirerait authentifier des produits médicinaux traditionnels à être utilisés dans leur centre de santé, ou bien des produits artisanaux servant à des activités culturelles et non à la vente. La durée de dix ans de la marque, même si elle est renouvelable, montre bien que ce n'est pas un mécanisme fait pour protéger des savoirs traditionnels qui peuvent dater des temps immémoriaux.

De plus, la demande d'enregistrement d'une marque de certification nécessite d'identifier spécifiquement sur quel type de produit la marque sera apposée, selon la liste de catégories et produits spécifiques établie par l'OPIC, et le/la demandeur·eresse doit l'utiliser en lien avec ces produits⁵⁵. Une entité autochtone ne pourrait donc pas enregistrer une marque qui authentifierait la provenance d'une catégorie large de biens, par exemple, des produits artisanaux, sans en détailler chaque produit spécifique en lien avec lequel la marque pourrait être utilisée dans l'avenir. Cette exigence peut également augmenter significativement le coût d'une demande, puisque les frais pour la demande sont calculés notamment en fonction du nombre de classes de produits soumis à la norme établie⁵⁶. Ces coûts peuvent en valoir la peine dans un contexte commercial, mais pourraient facilement devenir démesurés dans un contexte où le but premier de la marque est la protection des savoirs et non nécessairement la commercialisation d'un produit.

Enfin, la demande d'enregistrement d'une marque de certification nécessite que la norme soit décrite dans la demande d'enregistrement ou, si la norme est très technique, dans un document afférent, qui sont disponibles au public⁵⁷. Cette exigence pourrait en soi constituer un obstacle pour les autorités autochtones qui voudraient que leurs savoirs traditionnels ne soient pas disponibles publiquement.

55. Voir le modèle de demande de marque de commerce fourni par l'OPIC, *Modèle : Marque de commerce employée au Canada*, 2015, par. 4, en ligne : <ised-isde.canada.ca/site/office-propriete-intellectuelle-canada/fr/modele-marque-commerce-employee-canada> ; *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 30, 45.

56. OPIC, *Droits pour les marques de commerce*, 2022, en ligne : <ised-isde.canada.ca/site/office-propriete-intellectuelle-canada/fr/marques-commerce/droits-pour-marques-commerce>. Une autre difficulté est reliée à la nécessité de choisir précisément la liste de biens et services projetés, vu l'interdiction générale de modifier la liste : art. 35(2)c) du *Règlement sur les marques de commerce*, DORS/2018-227.

57. Julie LAROUCHE, préc., note 50, p. 641.

B- La marque officielle

La marque officielle, aussi appelée marque interdite, est un type de marque protégée qui ne semble exister qu'au Canada⁵⁸. Elle est établie au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*⁵⁹, qui prévoit :

9. (1) Nul ne peut adopter à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de ce qui suit, ou dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec ce qui suit : [...]

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème : [...]

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des produits ou services,

à l'égard duquel le registraire, sur la demande de Sa Majesté ou de l'université ou autorité publique, selon le cas, a donné un avis public d'adoption et emploi.

Une autorité publique au Canada peut donc demander au Registraire des marques de commerce de publier un avis public d'adoption et d'emploi d'une marque au *Journal des marques de commerce* publié par l'OPIC. La marque officielle peut être un mot ou un dessin.

1. Critères

Pour qu'une demande de publication soit accordée, l'entité demanderesse doit démontrer :

- 1) qu'elle a adopté la marque et l'emploie pour des produits et services ; et
- 2) être une autorité publique au Canada.

À la différence d'une marque de commerce, qui peut être enregistrée avant son utilisation, la marque officielle ne peut être publiée qu'une fois que l'autorité publique l'a adoptée et a commencé à l'uti-

58. Mark PIDKOWICH, « Official marks – A Uniquely Canadian Concept », *Smart & Biggar*, 27 juillet 2011 ; *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 9(1)n(iii).

59. *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 9(1)n(iii).

liser. Le Registraire exige une preuve d'adoption et d'emploi par le/la titulaire⁶⁰ de la marque avant de la publier ; le/la demandeur-deresse doit établir l'existence d'un élément de présentation en public de la marque, par exemple sur un site Web⁶¹.

Le statut d'autorité publique nécessite de remplir deux critères, soit :

- 1) le gouvernement compétent doit exercer un contrôle important sur les activités de l'organisme ;
- 2) les activités de l'organisme doivent servir l'intérêt public⁶².

i. Contrôle gouvernemental

Le critère du contrôle gouvernemental exige « une supervision continue de la part du gouvernement des activités de l'organisme »⁶³. Le contrôle exercé par le gouvernement compétent peut être démontré par des éléments tels que des dispositions législatives octroyant au ministre ou au lieutenant-gouverneur en conseil des pouvoirs tels qu'examiner les activités de l'entité, approuver l'exercice de son pouvoir réglementaire ou d'y nommer des membres⁶⁴. Au contraire, il serait insuffisant, par exemple, de soulever uniquement le fait qu'une entité doive rendre des comptes au gouvernement en raison d'une incorporation à titre d'organisme de bienfaisance, le contrôle gouvernemental n'étant pas alors jugé assez grand⁶⁵. À titre

60. L'utilisation par un-e licencié-e n'est pas suffisante : *Société canadienne des postes c. Post Office*, [2001] 2 C.F. 63 ; *Conseil canadien pour la réhabilitation des handicapés c. Rehabilitation Foundation for the Disabled*, 2004 CF 1357.

61. *FileNET Corporation c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2002 CAF 418.

62. OPIC, *Directive sur les marques officielles en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii)*, en ligne : <ised-isde.canada.ca/site/office-proprieté-intellectuelle-canada/fr/marques-officielles-vertu-sous-alinea-91niii> ; les critères sont tirés de l'arrêt de principe *Société des postes canadiennes c. United States Postal Service*, 2007 CAF 10 ; confirmant 2005 CF 1630 ; Stella SYRIANOS, « Les marques officielles en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce : marques invincibles ou vulnérables ? », (2001) 14:1 C.P.I. 397, 402-403 (ci-après « Stella SYRIANOS »).

63. *Directive sur les marques officielles en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii)*, préc., note 62.

64. *Ordre des Architectes de l'Ontario c. Association of Architectural Technologists*, [2001] 1 C.F. 577, j. McKeown.

65. *Association des grandes sœurs de l'Ontario c. Les grands frères du Canada*, 75 C.P.R. (3d) 177 (C.F.) et *Congrès juif canadien c. Chosen People Ministries inc.*, 2022 CFPI 613 (conf. par 2003 CAF 272) ; *Directive sur les marques officielles en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii)*, préc., note 62.

d'exemple, Hydro-Québec possède de nombreuses marques officielles, et a donc présumément été reconnue par l'OPIC en tant qu'« autorité publique », contrôlée par le Gouvernement du Québec.

Le gouvernement doit être un gouvernement au Canada⁶⁶. Bien que ni la loi ni les Directives de l'OPIC ne prévoient pas spécifiquement qu'un gouvernement autochtone est un « gouvernement compétent »⁶⁷, plusieurs gouvernements autochtones ou entités sous contrôle d'un ou de plusieurs gouvernements autochtones ont publié des marques officielles avec succès, ce qui suppose qu'ils ont été reconnus comme tels par l'OPIC. Mentionnons à titre d'exemple, la Commission scolaire Crie⁶⁸, la Commission de développement économique des Premières Nations du Québec et du Labrador (ci-après « CDEPNQL »)⁶⁹, Tahltan Central Government⁷⁰, Metlakatla First Nation⁷¹, Aboriginal Sport/ Recreation Association of British Columbia⁷², etc.



D'ailleurs, la marque officielle de la CDEPNQL, la marque de l'ours, publiée au *Journal des marques de commerce* le 31 août 2022⁷³,

66. *Société des postes canadiennes c. United States Postal Service*, 2007 CAF 10, conf. 2005 CF 1630.
67. Il ne semble pas non plus y avoir de jurisprudence concluante au sujet de la possibilité qu'un gouvernement autochtone soit une autorité publique ; le Conseil de bande Kitasoo, en Colombie-Britannique, a revendiqué une marque officielle dans *Terrace (Ville) c. Urban Distilleries inc.*, 2014 CF 833, mais la Cour a jugé que l'utilisation de la marque était insuffisante pour rendre la marque opposable aux tiers, sans se prononcer sur le statut d'autorité publique du Conseil.
68. CREE SCHOOL BOARD LOGO GEESE FLYING, The Cree School Board – La Commission Scolaire Crie-Eeyou Chiskotamachaoun, enregistrement 0925330 du 18 mars 2020.
69. OURS (DESSIN), Commission de développement économique des Premières Nations du Québec et du Labrador (CDEPNQL), enregistrement 0927465 du 31 août 2022.
70. TALTAN design, Tahltan Central Government, enregistrement 0926782 du 14 juillet 2021.
71. DESIGN, Metlakatla First Nation, enregistrement 0924985 du 13 juin 2018.
72. NATIVE CIRCLE DESIGN, Aboriginal Sports/Recreation Association Of British Columbia, enregistrement 0909240 du 30 avril 1997.
73. OURS (DESSIN), Commission de développement économique des Premières Nations du Québec et du Labrador (CDEPNQL), enregistrement 0927465 du 31 août 2022.

est un exemple récent d'une marque officielle publiée par une entité autochtone pour protéger son usage en tant qu'autorité publique, mais aussi afin de garantir l'authenticité des produits et services associés à la marque.

La CDEPNQL, autorité publique contrôlée par les Premières Nations du Québec et du Labrador, est détentrice et utilisatrice première de la marque officielle, mais elle offre aussi aux membres des Premières Nations la possibilité d'obtenir une licence pour pouvoir utiliser la marque de l'ours en relation avec leurs produits ou services⁷⁴.

ii. Intérêt public

La deuxième condition, soit celle de l'intérêt public, exige que l'entité exerce des activités qui bénéficient à la population ; le registraire examinera la mission, les obligations et les pouvoirs de l'entité demandant la publication de la marque officielle⁷⁵.

2. Effets de la publication

La publication de la marque entraîne une interdiction de toute entité autre que le/la titulaire de la marque d'utiliser celle-ci, ou d'utiliser une marque dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec la marque officielle⁷⁶. Le/la titulaire peut faire stopper les utilisations sans permission de la marque sans avoir à démontrer un préjudice. Le/la titulaire peut utiliser la marque lui-même/elle-même, ainsi qu'octroyer des licences pour son utilisation par des tiers⁷⁷.

74. ID1N, *Identification Premières Nations : nous créons pour exister*, en ligne : <id1n.org/>. Une personne est admissible pour obtenir une licence si elle est membre d'une communauté autochtone, ou inscrite au registre des Indiens ; une communauté autochtone représentée par son gouvernement est également admissible, ainsi qu'une personne morale dont plus de 50 % des intérêts et 50 % du contrôle sont détenus par des personnes admissibles. Les utilisateurs de la marque doivent l'utiliser en respectant les normes graphiques et la politique d'utilisation déterminées par la CDEPNQL. C'est cette dernière qui gère les demandes de licence et les vérifications d'admissibilité. Information tirée de la *Politique d'utilisation de la marque officielle*, (2023), non publiée, document transmis aux auteurs.

75. *Directive sur les marques officielles en vertu du sous-alinéa 9(1n)(iii)*, préc., note 62.

76. Stella SYRIANOS, préc., note 62.

77. David VAVER, préc., note 10, p. 505.

3. Avantages et limites de la marque officielle

Plusieurs éléments font de la marque officielle une marque plus versatile que la marque de certification ou qu'une simple marque de commerce : le processus de publication entraîne la protection de la marque sans qu'il n'y ait besoin de démontrer l'antériorité, la distinctivité ou l'absence de risque de confusion. La marque officielle octroie également un monopole plus large : elle peut être apposée sur tous les produits et services, et bloque le registre pour tous éventuels dépôts de marques confusément semblables⁷⁸.

Il n'est donc pas nécessaire, contrairement à une demande pour une marque de certification, de déterminer d'avance les produits et services qui seront identifiés par la marque officielle dans l'avenir.

En revanche, le régime des marques officielles, unique au Canada, a été critiqué comme octroyant des droits trop larges⁷⁹ ; par exemple, David Vaver soulève que le Fonds mondial pour la nature (WorldWide Fund) a, dans les faits, un monopole sur l'utilisation de l'image d'un panda⁸⁰.

Le régime de marques officielles comporte aussi un problème de non-rétroactivité : la publication d'une marque officielle n'empêche pas une entité d'utiliser une marque de commerce similaire ou identique qui a été enregistrée préalablement à la publication de la marque officielle. Ainsi, la publication d'une marque officielle « NISKA » ne permettrait pas au peuple Nisga'a d'expurger cette marque qui fut enregistrée par Standard Knitting en 1991 en lien avec des vêtements⁸¹.

Dans un contexte autochtone, la marque officielle est également mal adaptée, en raison des critères du contrôle gouvernemental et d'intérêt public. Premièrement, il demeure incertain, si des gouvernements autochtones sont reconnus ou le seront toujours comme des « gouvernements au Canada » par l'OPIC, la loi et les directives ne précisant pas ce point. Il est incertain si l'OPIC a accepté des marques officielles publiées par des entités autochtones en raison du contrôle exercé par le gouvernement du Canada sur les conseils des communautés (ce qui serait hautement problématique au niveau

78. Julie LAROUCHE, préc., note 50.

79. Stella SYRIANOS, préc., note 62.

80. David VAVER, préc., note 10, p. 505.

81. NISKA, enregistrement 0575734. Cette marque fut ultimement radiée le 19 avril 2007 pour manque de renouvellement par le titulaire Standard Knitting.

de l'autodétermination des communautés autochtones), ou bien car il considère que ces entités sont effectivement des gouvernements au Canada.

Deuxièmement, la gouvernance autochtone est souvent plus fluide que la vision canadienne. Par exemple, des entités de gouvernance traditionnelles non reconnues par le Canada, ou des conseils d'aîné-e-s ou de femmes ne constituant pas des gouvernements au sens strict, pourraient vouloir enregistrer une marque pour garantir l'authenticité des produits associés aux savoirs traditionnels dont ils sont les gardiens, mais ne seraient pas admissibles pour détenir une marque officielle car ils ne sont pas nécessairement contrôlés par un gouvernement.

C- Modèles étrangers de protection de la culture via les marques

Au niveau international, des efforts ont été entrepris pour mieux protéger la propriété intellectuelle autochtone⁸² et notamment en modifiant les lois existantes sur les marques. Les modifications apportées par la Nouvelle-Zélande à sa *Loi sur les marques de 2002* pour mieux protéger les symboles culturels Māoris en sont un bon exemple⁸³. La loi exige que les demandes de marques néo-zélandaises qui incluent ou sont dérivées d'indices Māoris doivent être identifiées comme Māori dans la demande et que l'enregistrement d'une marque peut être refusé si elle est « susceptible d'offenser une partie importante de la communauté », y compris les Māoris⁸⁴. La loi a également créé le comité consultatif sur les marques Māories, qui conseille le commissaire aux marques sur la question de savoir si une marque proposée est (ou semble être) dérivée de la culture Māorie⁸⁵. Ces modifi-

82. Voir notamment le travail du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, qui coordonne les négociations au sujet de plusieurs instruments juridiques internationaux tentant de garantir la protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques : <<https://www.wipo.int/tk/fr/igc/>>.

83. *Trade Marks Act* (N-Z), 2002 No. 49 (ci-après « *Trade Marks Act* (N-Z) ») et Lindsay PAQUETTE, « Bill C-15 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Proposal for Intellectual Property Law Reform in Canada for the Protection, Preservation and Prosperity of Indigenous Traditional Knowledge and Cultural Expression », (2022) 34:2 *Intellectual Property Journal* 181, 196 (ci-après « Lindsay PAQUETTE ») ; Nicole MARTIN, « Indigenous Rights: An Analysis of Intellectual Property Protections », (2021) 13:2 *American University Intellectual Property Brief* 33, 4-45 (ci-après « Nicole MARTIN »).

84. *Trade Marks Act* (N-Z), préc., note 83.

85. Lindsay PAQUETTE, préc., note 83, p. 196 ; Nicole MARTIN, préc., note 83, p. 45.

cations sont certainement un pas dans la bonne direction, bien qu'elles aient été critiquées comme présentant des limites importantes⁸⁶.

Ces modifications seraient *a priori* assez facilement intégrables dans la *Loi sur les marques canadienne*⁸⁷, de façon complémentaire à la proposition des auteures de créer une marque d'authentification autochtone. Toutefois, à la différence de la Nouvelle-Zélande, il existe au Canada plus de 50 nations et langues Premières Nations, inuites et métis. La protection de la propriété intellectuelle autochtone doit donc être pluraliste et offrir la possibilité d'une protection adaptée aux différences entre les nations⁸⁸.

D- Marque d'authentification autochtone

1. Modalités proposées

Pour pallier en partie les limitations du droit de la propriété intellectuelle au Canada soulevées dans les sections précédentes, les auteures proposent la création législative d'une marque hybride, combinant les caractéristiques de la marque de certification et de la marque officielle, mais avec la flexibilité d'intégrer les valeurs et traditions de chaque nation, communauté ou regroupement désirant protéger ses savoirs traditionnels. La marque d'authentification se voudrait un outil permettant aux nations autochtones de protéger leurs savoirs traditionnels détenus collectivement, selon les normes de la nation.

Comme une autre marque, la marque d'authenticité serait enregistrée auprès du Registraire des marques de commerce, sur demande d'une entité autochtone requérante qui souhaiterait en devenir la gardienne. Une division spécialisée au sein du Registraire pourrait être formée, composée d'une majorité de personnes issues de Peuples autochtones. D'avoir recours au Registraire perpétue le sys-

86. Owen MORGAN, « Protecting Indigenous Signs and Trade Marks under the New Zealand Trade Marks Act 2002 », (2004) University of Melbourne Faculty of Law Research Paper 80, p. 24-25 et Tracy NGUYEN, « The (Mis)Appropriation of Indigenous Cultural Elements as Trademarks: Assessing New Zealand's trademark regime as a potential model for Canada », (2023) 101:1 *Can. Bar Rev.* 181, 193.

87. Voir notamment l'interdiction similaire au paragraphe 9(1)(j) j) d'enregistrement d'« une devise ou un mot scandaleux, obscène ou immoral ».

88. Merle ALEXANDER, Leah GEORGE WILSON, Hannah PARK ROCHE, « Squaring the Circle – Indigenous Intellectual Property and the Canadian Trademark System », *Miller Titerle + Company*, 9 octobre 2019, en ligne : <millertiterle.com/squaring-the-circle-indigenous-intellectual-property-and-the-canadian-trade-mark-system/>.

tème colonialiste et une alternative pourrait être prévue. Néanmoins, le fait que les règles d'attribution de la marque seraient entièrement déterminées par l'entité gardienne de la nation concernée augmente à notre avis l'autodétermination et la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones.

L'entité gardienne devrait représenter adéquatement la nation ou communauté ou regroupement et pouvoir agir en tant que gardienne du savoir traditionnel concerné et représenter les droits et intérêts en lien avec celui-ci. Il pourrait donc s'agir par exemple, selon la communauté, d'un conseil de bande, d'un conseil tribal, d'une autorité traditionnelle, ou encore d'un conseil d'ainé·e-s, d'un organisme culturel ou d'une association culturelle (par exemple, de guérisseuses ou de couturières).

Cette entité n'aurait, bien sûr, pas besoin d'être sous le contrôle du gouvernement canadien, mais pas non plus d'un autre « gouvernement au Canada », contrairement à une entité détenant une marque officielle. Cependant, elle devrait avoir la légitimité de représenter collectivement les intérêts des détenteurs du savoir traditionnel autochtone et de déterminer qui, en vertu de la tradition juridique de la communauté, aurait le droit d'utiliser et transmettre le savoir.

L'entité gardienne du savoir devrait agir dans l'intérêt collectif, et ne pas viser le profit pour elle-même, quoique des revenus d'autofinancement seraient acceptables. À l'instar d'une marque de certification, l'entité pourrait licencier la marque à des tiers qui, eux, pourraient l'utiliser afin d'authentifier leurs produits ou services, ce qui pourrait potentiellement inclure à des fins lucratives si les règles de la nation (telles qu'exprimées par l'entité) étaient respectées, notamment en matière de partage des revenus avec la communauté⁸⁹.

89. À titre d'exemple, les aîné·e-s d'une communauté crie avec laquelle nous avons travaillé ont indiqué qu'il serait approprié de vendre des médicaments à base de savoirs traditionnels si et seulement si : une grosse portion des profits était utilisé pour soutenir le transfert de connaissances médicinales des aîné·e-s aux jeunes ; et si les médicaments produits étaient offerts à ceux qui ne pouvaient pas se les payer. Ces valeurs de partage ont aussi été mentionnées par les personnes Premières Nations que nous avons consultées pour cet article. Voir aussi CGIPN, préc., note 4.

Ou encore, des femmes inuites ont expliqué lors d'un atelier détaillant les normes traditionnelles en matière de fabrication d'*amautis* que celles qui font un profit sur la vente de parkas doivent redonner à la communauté : PAUKTUUTIT INUIT WOMEN'S ASSOCIATION, *Inuit Women's Traditional Knowledge Workshop on the Amauti and Intellectual Property Rights: Final Report*, 2001, p. 32 (ci-après « Rapport de l'atelier sur l'Amauti »).

L'entité gardienne déterminerait la norme associée à l'utilisation de la marque, en incorporant les valeurs ou règles traditionnelles appropriées, et veillerait à contrôler qui a le droit de l'utiliser et à s'assurer que les utilisations sont conformes à la norme.

Une licence d'utiliser la marque viendrait aussi avec des obligations d'utiliser le savoir traditionnel dans le respect des autres membres de la nation et du monde naturel. Il reviendrait à l'entité gardienne de s'assurer que le savoir traditionnel est utilisé conformément aux traditions de la nation.

Contrairement à une marque de certification, la marque pourrait être enregistrée de manière générale sans spécifier à l'égard de quels produits ou services elle sera utilisée, offrant ainsi le même genre de flexibilité qu'une marque officielle.

La marque pourrait avoir une durée illimitée comme une marque officielle, dans l'optique que les savoirs traditionnels précéderaient vraisemblablement la création de la marque et devraient pouvoir être protégés à perpétuité, mais avec une obligation ou une possibilité d'être révisée tous les dix ou vingt ans pour tenir compte de la réalité que le savoir traditionnel évolue.

Les membres de la nation en question pourraient avoir la qualité pour contester la légitimité de l'entité ou l'enregistrement de la marque. Afin de tenir compte du contexte autochtone spécifique, plutôt que d'être entendue par le Registraire des marques⁹⁰, une telle opposition pourrait être entendue par un comité constitué spécialement pour l'occasion, composé de personnes autochtones ayant des connaissances dans les savoirs traditionnels de la communauté. En ce qui a trait aux recours en cas d'usage non autorisé de la marque, un mécanisme similaire à celui pour les marques de certification pourrait être prévu⁹¹, bien qu'idéalement adapté au contexte autochtone, avec des mécanismes de règlement de différends potentiellement tirés des coutumes juridiques de la Nation.

2. *Protections offertes*

La marque d'authentification a le potentiel d'augmenter la protection des savoirs traditionnels, car elle identifierait qui sont les

90. *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 13, art. 38.

91. *Id.*, art. 23(3) et 49(4). Les recours en confusion sous la common law pourraient également être explorés.

personnes ou entités autorisées par la nation elle-même à détenir, utiliser, transférer et potentiellement commercialiser ce savoir.

Par exemple, une autorité inuite représentant les intérêts inuits pourrait enregistrer une marque pour authentifier l'*amauti*, une parka traditionnelle avec grande capuche conçue par les Inuit pour porter les bébés, qui a été approprié par des designers non inuits. Traditionnellement, l'*amauti* était fabriqué en peau de phoque ou de caribou. La fabrication de l'*amauti* est basée sur le savoir inuit, et la marque d'authentification permettrait à, par exemple, une association de femmes inuites du Nunavik ou encore de tout l'*Inuit Nunangat*⁹² de déterminer quels critères parmi les méthodes de fabrication traditionnelles devraient être respectés pour fabriquer un *amauti* authentifié. L'association pourrait permettre, selon ces critères, à certaines personnes ou entités (*a priori* de la communauté) d'utiliser le savoir traditionnel et d'authentifier leurs *amautis* à l'aide de la marque.

La marque d'authentification pourrait minimiser l'appropriation culturelle du savoir autochtone en légitimant et en structurant davantage l'autorité responsable de la protection du savoir et en permettant au public de savoir si un produit a été créé dans le respect des normes et du savoir traditionnels de la communauté dont la tradition est en jeu. Ultimement, le public averti choisirait des produits et services authentifiés, et donc il y aurait moins d'appropriation culturelle.

La marque protégerait aussi le savoir traditionnel lui-même : avec l'existence publique de la marque, il serait plus difficile pour des personnes d'utiliser le savoir sans permission et possiblement à des fins commerciales.

Par ailleurs, il serait envisageable de créer un régime interdisant l'utilisation ou la vente de produits traditionnels qui n'ont pas reçu la marque d'authentification. Cependant, cet aspect serait probablement très difficile à mettre en œuvre.

92. Territoire inuit du Canada, couvrant deux territoires et deux provinces. Lors d'un atelier regroupant plus d'une trentaine de participantes, les femmes inuites ont exprimé le souhait que ce soit une association pancanadienne de femmes inuites qui joue ce rôle, comprenant mieux leurs besoins. Pauktuutit n'est pas explicitement mentionnée, mais c'est l'organisation de femmes inuites pour le Nunangat. Voir : Rapport de l'atelier sur l'Amauti, préc., note 89, p. 30. Le rapport contient aussi une section sur le droit coutumier en relation avec l'*amauti*.

3. *Intégration des traditions juridiques autochtones*

Bien que la création d'une marque d'authenticité autochtone au sein du système de propriété euro-canadien sera nécessairement soumise aux limitations inévitables d'une traduction de concepts autochtones exprimés oralement dans le régime juridique euro-canadien⁹³, la création d'une telle marque a le potentiel de contribuer à l'intégration des traditions juridiques autochtones au droit euro-canadien.

Le Canada est considéré comme un pays multijuridique, puisqu'il englobe plusieurs traditions juridiques : le droit civil, la common law, et les traditions juridiques autochtones. Ces dernières sont une réalité qui devrait être mieux reconnue comme source de droit par le système juridique canadien⁹⁴. La Déclaration des Nations Unies garantit le droit des peuples autochtones à leurs traditions juridiques⁹⁵.

La Cour suprême a indiqué que les lois coutumières autochtones sont présumées avoir survécu à l'affirmation de souveraineté de la couronne britannique, et ont été incorporées dans la common law, à moins (1) d'être incompatibles avec l'affirmation de souveraineté de la couronne, (2) d'avoir été cédées par traité, ou (3) d'avoir été éteintes par le gouvernement⁹⁶. Malheureusement, les tribunaux canadiens refusent toujours d'appliquer le droit coutumier autochtone indépendant comme s'il faisait partie du droit interne canadien, mais considère plutôt qu'une loi coutumière doit être reconnue en droit interne par le biais des mécanismes déjà reconnus en droit canadien, tels que, par exemple, un traité, une déclaration judiciaire ou une loi⁹⁷.

La reconnaissance des traditions juridiques autochtones pose de nombreux défis. John Borrows souligne les suivants :

93. À ce sujet, voir par exemple Merle ALEXANDER, Leah GEORGE WILSON et Hannah PARK ROCHE, « Squaring the Circle – Indigenous Intellectual Property and the Canadian Trademark System », *Miller Titerle + Company*, 9 octobre 2019, en ligne : <millertiterle.com/squaring-the-circle-indigenous-intellectual-property-and-the-canadian-trademark-system/>.

94. John BORROWS, *La constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 41 (ci-après « John BORROWS »).

95. DNUDPA, préc., note 21, art. 34-35.

96. *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, par. 10 ; Jack WOODWARD, *Aboriginal Law in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2022, par. 2.50-2.80.

97. *Première Nation d'Alderville c. Canada*, 2014 CF 747, par. 40 ; *Coastal GasLink Pipeline Ltd. v. Huson*, 2019 BCSC 2264, par. 127.

- l'intelligibilité du droit substantif autochtone auprès des acteurs du système juridique ;
- l'accessibilité des lois autochtones ;
- l'enjeu d'égalité soulevé par l'existence de plusieurs régimes différents pour des populations différentes ;
- la question de savoir à qui s'appliquent quelles traditions juridiques ;
- la légitimité accordée aux traditions juridiques autochtones⁹⁸.

C'est pourquoi la lutte pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones doit se jouer sur plusieurs fronts, qui peuvent inclure des prises de position radicales exigeant la reconnaissance automatique des régimes juridiques autochtones par les entités canadiennes, mais également l'incorporation des traditions juridiques autochtones directement dans la législation canadienne.

La création d'une marque d'authenticité spécifique aux produits et services autochtones dans une loi adoptée par le Parlement canadien pourrait servir à faire un pont entre la protection octroyée à la propriété intellectuelle dans le système canadien et le désir des communautés de protéger leur savoir traditionnel en fonction de leurs besoins et selon leurs critères à elles.

Les traditions juridiques autochtones seraient intégrées par le biais du contrôle exercé par les communautés sur les marques qu'elles pourront elles-mêmes élaborer et administrer. Les règles concernant qui a le droit d'utiliser la marque et à quelles fins pourront être déterminées par chaque communauté qui enregistre une marque.

Ainsi, la marque aurait pour effet de clarifier quels produits, services ou procédés sont reconnus par la communauté détentrice comme faisant partie de son patrimoine traditionnel à être protégé. Elle rendra donc cet aspect de son savoir traditionnel intelligible au reste de la population, en plus de le faire accepter en droit canadien comme faisant partie de son savoir traditionnel.

98. John BORROWS, préc., note 94, p. 137-176.

E- Comparatif

	Marque de certification	Marque officielle	Marque d'authenticité autochtone proposée
Titulaire	Toute personne	Autorité publique au Canada	Entité gardienne autochtone
Critères	<ul style="list-style-type: none"> - Pour le titulaire : ne pas être impliqué dans le commerce des biens ou services en cause - Pour le licencié : employer la marque et respecter la norme établie par la marque - Produits doivent être commercialisés - Exigences d'enregistrabilité art. 12 (pas un nom, pas trompeuse, pas de confusion) 	<ul style="list-style-type: none"> - Être une autorité publique : <ul style="list-style-type: none"> • contrôle gouvernemental • intérêt public - Utiliser la marque en lien avec des produits et services 	<ul style="list-style-type: none"> - Pour l'entité gardienne : <ul style="list-style-type: none"> • Revenus d'autofinancement acceptables, pas de profit • légitimement représenter les intérêts des détenteurs du savoir traditionnel - Pour le licencié : <ul style="list-style-type: none"> • respecter les normes établies par l'entité • utiliser la marque dans le respect des valeurs de la communauté
Entité octroyant la marque	Registraire des marques de commerce	Registraire des marques de commerce	Registraire des marques de commerce
Opposition/révision de l'enregistrement	Toute personne intéressée : recours en opposition (Registraire – art. 38) ou recours judiciaire (Cour fédérale – art. 57(1))	Recours judiciaire (Cour fédérale)	Tout-e membre de la communauté autochtone visée : recours devant un comité constitué spécialement

	Marque de certification	Marque officielle	Marque d'authenticité autochtone proposée
Mise en œuvre de la marque	Titulaire (art. 23(3)) ; à défaut, licencié pour le titulaire (art. 49(4))	Entité publique	Entité gardienne ; à défaut, licencié pour l'entité gardienne. Intégrer flexibilité pour empêcher appropriation
Durée	10 ans (art. 46(1))	À perpétuité	À perpétuité, avec possibilité de révision

V- CONCLUSION

Sakèj Henderson, avocat et chercheur Chickasaw émérite, a récemment argumenté que les lois canadiennes en matière de propriété intellectuelle sont anticonstitutionnelles⁹⁹, discriminatoires et dégradantes à l'égard des savoirs traditionnels autochtones. Il livre un vibrant plaidoyer pour que le Canada remédie à ces lois et les remplace par une approche honorable, respectueuse, cohérente, significative et éthique¹⁰⁰.

Les auteures considèrent qu'il est urgent qu'une nouvelle approche respectueuse et efficace reconnaisse et permette l'essor des savoirs traditionnels autochtones et empêche l'appropriation culturelle. Le plan d'action fédéral de mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies de juin 2023 en est la parfaite occasion en anticipant à sa section 101 une réforme des lois de propriété intellectuelle. Dans cette perspective, nous recommandons la création d'une marque d'authenticité autochtone, comprenant des caractéristiques propres à la marque de certification et à la marque officielle et reconnaissant une grande autonomie aux entités autochtones gardiennes des savoirs et prévoyant l'incorporation des traditions juridiques des nations autochtones. Évidemment, cette proposition ne représente qu'une de nombreuses pistes qui pourront mener à une réelle protection des

99. Le professeur Henderson soutient que les lois vont à l'encontre de la protection des savoirs traditionnels autochtones qui ont été reconnus par la Cour suprême du Canada comme étant protégés comme des droits ancestraux en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : Sakej HENDERSON 2021, préc., note 6, p. 100.

100. Sakej HENDERSON 2021, préc., note 6, p. 106.

savoirs traditionnels autochtones, à explorer en collaboration étroite avec les représentantes et représentants Premières Nations, Métis et Inuit.