

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

Par Vanessa Udy¹

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

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

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

¹ L'auteure souhaite remercier le professeur David Newhouse de l'Université de Trent (professeur agrégé, Chaire économique et administrative, Études autochtones) pour ses commentaires constructifs à propos de cet article.

Le patrimoine culturel et l'appropriation culturelle

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

L'UNESCO a défini le patrimoine culturel comme étant « l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci [...] »².

L'expression du patrimoine culturel peut être immatérielle et comprend entre autres les connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques (aussi appelées les « connaissances traditionnelles » ou « savoir traditionnel »), les traditions orales et musicales ainsi que les modes d'expression actives (tels que des spectacles). Elle peut aussi être tangible, que ce soit sous formes d'arts plastiques, d'architecture, de dépouilles humaines ou de terres.³

Ces formes d'expressions du patrimoine culturel sont importantes car elles servent à exprimer le mode de vie et la pensée d'une société particulière. Elles sont la preuve de ses réalisations intellectuelles et spirituelles.⁴

Le patrimoine culturel transcende l'individu. L'emploi du mot « patrimoine » dans l'expression « patrimoine culturel » suggère qu'une pratique doit être adoptée et transmise à plus d'une génération.⁵ Parmi les peuples autochtones du Canada, le patrimoine culturel appartient généralement à l'ensemble d'un peuple. Parfois, la garde d'une pratique ou d'un savoir particulier est attribuée à une association ou à une personne qui a été spécialement formée ou initiée pour en être le gardien.⁶ Le dépositaire de cette pratique ou de ce savoir et les membres de la communauté sont garants de sa préservation, de son utilisation, de son développement et de sa transmission en conformité avec les lois et protocoles coutumiers de cette communauté.⁷ La culture est

² *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, UNESCO, 25^e Sess, Vol. 1, Annexe I, (1990) 231, en ligne : < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001237/123744f.pdf> > à la note en bas de page 166.

³ Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, « 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property' », (1992) 1:2 *International Journal of Cultural Property* 307 - 307.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*; Rosemary J. Coombe, « First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns: Prospects for Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions in International Law » dans Catherine Bell & Robert Patterson, eds, *Protection of First Nations' Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform* (Vancouver, BC : University of British Columbia Press, 2009) 247 - 267 [« Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns »]; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport du Séminaire sur le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 52^e Sess, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2000/26, Ann. I (2000).

⁶ Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport et études sur la propriété intellectuelle et le patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 45^e Sess, ONU Doc E/CN.4/Sub.2/1993/28 (1993).

⁷ *Supra* note 4, à la p. 307.

donc préservée via certains comportements et connaissances prenant formes dans les compétences, les cérémonies et les rituels de la communauté.⁸ Les peuples autochtones transfèrent leur patrimoine culturel principalement à travers des moyens intangibles tels que des chansons, des symboles, des légendes et des modes de vie. Ces manifestations de leur culture sont empreintes de leur histoire, de leurs codes éthiques et de leur créativité.⁹

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

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

Tout au long des XIX^e et XX^e siècles, une politique d'assimilation agressive était appliquée au Canada envers les peuples autochtones. Les bien-pensants de l'époque présumaient que les peuples autochtones étaient voués à l'extinction. Leur survie, selon le législateur, ne pouvait se réaliser que par le délaissement de leur culture « primitive » et leurs coutumes « sauvages ».¹⁰ Le but ultime de cette politique était l'assimilation des peuples autochtones dans la culture blanche dominante et la disparition de leur culture traditionnelle.¹¹

Les pensionnats ont contribué à cette assimilation en coupant les liens entre les enfants autochtones et leurs communautés d'origine.¹² Cette pratique a eu pour effet d'interrompre et d'empêcher le transfert de valeurs et de pratiques traditionnelles aux nouvelles générations autochtones. Le déracinement des enfants de leurs familles a continué dans les années 1960, lorsque les autorités de protection de la jeunesse se sont vues octroyées de larges pouvoirs pour appréhender les enfants autochtones. Presque tous les enfants de cette génération ont été enlevés de leur milieu familial pour être placés dans des familles d'accueil blanches.¹³

⁸ *Ibid* à la p. 308.

⁹ Simon Brascoupé et Karin Endemann, « Propriété intellectuelle et autochtones: Document de travail » (1999) Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien, Document de travail, No R32-204/1999E, en ligne: < <http://publications.gc.ca/collections/Collection/R32-204-1999E.pdf> > à la p. 1 [« Brascoupé & Endemann »].

¹⁰ Thomas King, *The Inconvenient Indian: A curious account of native people in North America* (Toronto, ON : Anchor Canada & Random House of Canada Ltd, 2012) à la p. 79 [« King »].

¹¹ Le Surintendant Général Campbell Scott, dirigeant du Département des affaires indiennes (1913-1932), dit de ses politiques: « I want to get rid of the Indian problem. Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no question, and no Indian Department »: King, *ibid* à la p. 72.

¹² Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport, *Volume 3 Vers un ressourcement*, 1996 à la p. 547 [« RCAP Report »]; Legacy of Hope Foundation, « About Residential Schools: A Brief History » (2015) en ligne: < <http://www.legacyofhope.ca/about-residential-schools/a-brief-history> >; Truth and Reconciliation Commission of Canada, *They Came for the Children: Canada, Aboriginal Peoples, and the Residential Schools*, Winnipeg, Government of Canada Publications, 2012 à la p. 1.

¹³ On réfère aussi à cet événement comme la « raffe des années 1960 »: Rosemary J. Coombe, « The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy », (1993) VI:1 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 249 à la p. 275 [« Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity »].

La plupart des rituels autochtones ont été interdits à partir de la fin du XIXe siècle par la *Loi sur les Indiens*¹⁴. Pendant des décennies, le potlatch, les tentes à suer et la danse du soleil, entre autres, ont été interdits.¹⁵ Le port de costumes traditionnels était sujet à l'autorisation discrétionnaire des représentants du gouvernement, souvent refusée de façon arbitraire. Le non-respect de ces restrictions pouvait entraîner une peine de prison et la confiscation d'objets cérémoniels.¹⁶

L'exil forcé des peuples autochtones a également joué un rôle dans la suppression du patrimoine culturel autochtone. Cette pratique, originaire du XIXe siècle, a atteint son apogée dans les années 1940 lorsque les gouvernements provinciaux ont voulu faire place aux barrages hydroélectriques et à d'autres projets industriels.¹⁷ Ces déplacements ont contribué à la perte de pratiques culturelles en rompant les liens entre les peuples autochtones et les terres auxquelles leurs connaissances traditionnelles étaient intrinsèquement liées.¹⁸

c. La menace de l'appropriation culturelle

Aujourd'hui, l'appropriation culturelle et les stéréotypes négatifs continuent à menacer la survie culturelle des peuples autochtones.¹⁹ Ces pratiques s'inscrivent dans de récurrentes d'injustices donnant ouverture à un terrain fertile en termes d'inégalités.

L'appropriation culturelle est définie comme un « emprunt » non autorisé des expressions, des styles artistiques, des symboles, des mythes ou du savoir-faire d'une culture dite « dominée » par un membre d'une culture dite « dominante ».²⁰ L'appropriation se produit également lorsqu'une personne de la culture dominante prétend être un expert sur l'expérience vécue d'un membre d'une culture dominée²¹ ou banalise cette dernière.²²

Il s'agit d'un phénomène bien réel: selon une étude menée en 1997, 81% des artisans autochtones sondés ont reconnu avoir été témoin d'une forme d'appropriation culturelle, voyant des signes traditionnels autochtones utilisées de façon inappropriée ou sans

¹⁴ L.R.C. (1985), ch. I-5.

¹⁵ Lou-Ann Neel & Dianne Biin, « By Design: The Protection of Intellectual and Creative Rights » (Conférence présentée à la UBCIC Protection Knowledge-Traditional Resources Rights in the New Millennium Conference, Février 2000) [non-publié] aux pp. 3-4 [« Neel & Biin »].

¹⁶ *Ibid* à la p. 276.

¹⁷ King, *supra* note 10 aux p. 92-96.

¹⁸ *Ibid* à la p. 90.

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

²⁰ Jean-François Gaudreault-Desbiens, « La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi à la conception occidentale de la propriété intellectuelle : Le cas de l'appropriation artistique » (1999) 11:2 *C.P.I.* 401 à la p. 2 [« Gaudreault-Desbiens »].

²¹ L. Todd, « Notes on Appropriation » (1990) 16 *Parellelogramme* 24 à la p. 24, cité dans Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 13 à la p. 279.

²² Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *ibid* à la p. 282.

consentement.²³ Fréquemment, des mots et images autochtones sont utilisés par des personnes et des entreprises n'ayant aucun lien avec les communautés desquelles ils les empruntent (pour n'en citer que quelques-uns: les Eskimos d'Edmonton, les manteaux Ookpik, les jeeps Cherokee). Certains éléments des traditions spirituelles autochtones, comme les huttes de sudation, sont commercialisés par des gourous *new age*.²⁴ Malgré la récente controverse, des spectateurs portent encore régulièrement des coiffes à plumes dans les festivals de musique.

Dans le forum public, l'identité autochtone a été définie presque exclusivement par la culture dominante²⁵, souvent d'une manière qui déforme ou dénigre les peuples autochtones. Ceux-ci ont éprouvé des difficultés à se faire entendre afin de corriger la situation.²⁶ Les maisons d'édition et de production montrent peu d'intérêt pour un contenu autochtone qui ne leur paraît pas « authentique » (un euphémisme pour « stéréotypé »).²⁷ De cette manière, les stéréotypes négatifs opèrent comme moyen de contrôle social. Ceux-ci renforcent la perception négative d'un groupe culturel dominé et servent à exclure ses membres du discours culturel et politique. En conséquence, le groupe culturel dominant continue d'exercer une quantité disproportionnée de pouvoir politique, tout comme il l'a fait à l'époque coloniale.²⁸

Les effets de l'appropriation culturelle s'apparentent aux séquelles de la politique coloniale d'assimilation.²⁹ L'appropriation culturelle dépossède les gens de leur identité. En raison du dénigrement de leurs valeurs et de l'omniprésence de la culture dominante dans le curriculum scolaire et les médias (qui, au Canada, reflètent un mode de vie essentiellement urbain et non-autochtone)³⁰, l'épanouissement de la culture dominante est favorisé aux dépens de la culture dominée.

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

Selon le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, le racisme sous-jacent l'appropriation culturelle est lié aux problèmes de santé mentale. L'utilisation inappropriée du bagage culturel et traditionnel d'un peuple détruit son caractère sacré et tord son sens, l'affaiblissant aux yeux de tous.³¹ Les plus jeunes membres de la communauté autochtone souffrent de faible estime de soi en raison d'une vision négative

²³ Philip Bird, « Intellectual Property Rights and the Inuit Amauti : a case study » (travaux soumis au Sommet mondial sur le développement durable, July 2002), [non-publié] à la p. 2 [« Bird »].

²⁴ King décrit ces « expériences uniques » comme « an impossible mix of Taoism, Buddhism, Druidism, science fiction, and general nonsense, tied together with Dead Indian ceremony and sinew to give their product provenance and validity, along with a patina of exoticism. »: King, *supra* note 10 à la p. 58.

²⁵ *Supra* note 20 à la p. 4.

²⁶ RCAP Report, *supra* note 12 à la p. 583; Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity, *supra* note 13 à la p. 275.

²⁷ Coombe, The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity, *ibid* à la p. 258.

²⁸ *Supra* note 20 à la p. 4.

²⁹ *Supra* note 19 à la p. 327.

³⁰ *Supra* note 26 à la p. 547.

³¹ *Ibid* à la p. 558.

de leur propre culture, soutenue par une croyance aux stéréotypes négatifs à leur propre égard.³² Le stress du choc culturel est cité comme un facteur important qui poussent les jeunes autochtones à adopter des comportements autodestructeurs et même à se suicider.³³

L'appropriation culturelle menace aussi l'autosubsistance économique des peuples autochtones. Le savoir traditionnel représente une source intéressante pour le développement de nouveaux médicaments et de technologies. Cependant, dans le passé, certains groupes autochtones ont perdu le contrôle de leurs connaissances traditionnelles en les divulguant à des chercheurs occidentaux qui ont ensuite détourné ce savoir à des fins culturellement inappropriées. Dans certains cas, des entreprises non-autochtones ont commercialisé des produits basés sur le savoir traditionnel ou des expressions culturelles, sans en partager les bénéfices avec leur communauté d'origine.³⁴ Par exemple, la compagnie de la Baie d'Hudson a essuyé des critiques pendant les Jeux olympiques de 2010 à Vancouver pour sa décision de commercialiser des chandails commémoratifs empruntant le style Cowichan. La Baie avait initialement entamé des négociations avec la Première nation Cowichan pour produire leurs fameux chandails qui sont tricotés à la main dans un style très distinctif avec de la laine naturelle. La transaction a échoué, car la Première nation n'avait pas la capacité de produire les quantités de chandails requises dans le temps alloué. La Baie a par la suite décidé de sous-traiter la fabrication à un tiers qui avait accès à des équipements industriels et des matériaux moins dispendieux. Les chandails produits par le fabricant portaient une ressemblance frappante aux chandails authentiques produits par la Première nation Cowichan et ont été traités de « contrefaçon » dans certains médias. Les membres de la Première nation ont fait connaître leur mécontentement d'avoir perdu une source de revenus potentiels au profit d'une entreprise non-autochtone dont les produits pourraient être confondus avec les leurs. La Baie et la bande ont conclu un accord à la dernière minute, permettant à la bande de vendre ses propres chandails au pavillon des Quatre Premières Nations Hôtes (un pavillon temporaire situé au centre-ville de Vancouver) et au magasin phare de La Baie à Vancouver. Aucun arrangement visant le partage des profits de la vente des « faux » chandails n'a été rapporté.³⁵

La crainte du détournement des connaissances traditionnelles autochtones, des expressions culturelles et des ressources génétiques et biologiques ont créé un effet dissuasif : les *Chiefs of Ontario* et la bande Nishnawbe Aski ont déclaré un moratoire sur

³² *Supra* note 20 à la p. 5.

³³ *Supra* note 26 à la p. 547.

³⁴ Parmi les cas célèbres figurent le brevet de l'ayahuasca (Tonina Simeone, « Indigenous Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights » (2004) Bibliothèque du Parlement du Canada, Document de travail, No PRB 03-38E, en ligne : < <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0338-e.htm> > à la p. 3 [« Simeone »]) et celui du coton génétiquement modifié (Joseph Githaiga, « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge » (1998) 5:2 Murdoch University Electronic Journal of Law au par. 79 [« Githaiga »]); et la commercialisation du cactus hoodia comme supplément de perte de poids (ONU DESA, *La situation des peuples autochtones dans le monde* (New York, 2009) à la p. 75 (UN Doc. ST/ESA/328), en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf>).

³⁵ Courtney Doagoo, « Navajo Nation Sues Urban Outfitters Inc. », IP Osgoode (June 7, 2012), en ligne : < <http://www.iposgoode.ca/2012/06/navajo-nation-sues-urban-outfitters-inc/> >.

la commercialisation des plantes et des animaux.³⁶ La capacité des communautés autochtones de tirer profit de leurs propres connaissances est donc limitée, faute des ressources requises pour s'engager dans des activités de recherche et de développement à moins de recourir à des ressources ou de l'expertise externes.³⁷ L'octroi de licences serait un moyen accessible pour ces communautés de développer et de tirer profit de leurs connaissances, mais la méfiance constitue un obstacle à l'échange de connaissances.

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

a. Les réussites

Étant donné la nature intangible du patrimoine culturel, il paraît naturel de chercher à le protéger en faisant appel aux lois sur la propriété intellectuelle.³⁸ En effet, dans certains cas, la *Loi sur les marques de commerce* a été employée avec succès par des groupes autochtones dans ce but.

L'étiquette de l'igloo et la marque de certification GENUINE COWICHAN APPROVED³⁹ sont des exemples intéressants de l'utilisation de la *Loi sur les marques de commerce* dans la promotion de la culture autochtone. Ces marques ont été créées afin d'aider les artistes autochtones à commercialiser leurs produits artisanaux et à les distinguer des produits contrefaits.⁴⁰ L'étiquette de l'igloo a été développée par les Affaires autochtones et Développement du Nord Canada en 1959 et certifie qu'un objet constitue une véritable pièce d'art inuit.⁴¹ Le *Cowichan Band Council* de la Colombie-Britannique a enregistré sa marque de certification en relation aux vêtements, en particulier les chandails Cowichan, qui sont teints et tricotés à la main en utilisant des techniques traditionnelles.

Bien que plusieurs Premières nations aient enregistré des marques officielles pour des écussons et des drapeaux, la Première nation Snuneymuxw en Colombie-Britannique a trouvé une utilisation particulièrement innovatrice pour la marque officielle. Elle a enregistré les symboles représentés dans des pétroglyphes anciens trouvés dans l'estuaire de la rivière Nanaimo. Non seulement cette mesure a contribué à la protection des symboles sacrés contre des utilisations culturellement inappropriées, mais elle aide également à contrer l'érosion des pétroglyphes eux-mêmes. L'enregistrement des marques officielles a servi comme levier de négociation en faveur de la Première nation

³⁶ Lorrilee McGregor, Ontario First Nations Perspectives on Traditional Knowledge: A Diagnostic and Discussion Paper Prepared for the Chiefs in Ontario, 7 juin 2009, en ligne: <http://www.chiefs-of-ontario.org/sites/default/files/files/TK_Draft_Discussion_Paper_-_June_7_LOGO.pdf>.

³⁷ Robert K. Paterson & Dennis S. Karjala, « Looking beyond intellectual property in resolving protection of the intangible cultural heritage of indigenous peoples » (2003) 11 *Cardozo J. of Intl & Comp. Law* 633 à la p. 645 [« Paterson & Karjala »].

³⁸ *Supra* note 37 à la p. 638.

³⁹ « Genuine Cowichan & Design », Cowichan Band Council, Can n° enr LMC469023 (20 janvier 1997), enregistrée.

⁴⁰ *Supra* note 9 à la p. 20.

⁴¹ Howard Mann, « Droits de propriété intellectuelle, biotechnologie et protection de la biodiversité: Recension bibliographique » (1999) *Politique de la propriété intellectuelle – Direction générale de la régie d'entreprise – Industrie Canada, Document de travail* à la p. 45 [« Mann »].

Snuneymuxw lorsqu'elle a formulée sa demande auprès des bureaux de tourisme pour qu'ils cessent de distribuer des matériaux permettant aux touristes de transférer les pétroglyphes sur papier par frottage.⁴²

b. Différences entre l'éthique autochtone et la philosophie sous-jacent les lois sur la propriété intellectuelle

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

L'objectif principal sous-tendant le droit des brevets et le droit d'auteur est de promouvoir l'innovation et l'originalité en accordant à l'inventeur, à l'auteur ou au propriétaire un ensemble de droits économiques exclusifs visant l'exploitation de leur création.⁴³ Quant au savoir traditionnel, ce dernier ne répond généralement pas aux critères de nouveauté ou d'originalité, comme il a été transmis depuis des générations et est détenu non par un individu, mais par les membres de la communauté.⁴⁴ En outre, l'éthique autochtone n'octroie pas de droits économiques exclusifs dans le patrimoine culturel à quiconque. Le savoir traditionnel n'est pas un produit qui peut être acheté et exploité à volonté.⁴⁵ Les individus doivent le manipuler et le transmettre de manière responsable, car il porte autant le pouvoir de faire le bien que le mal envers l'individu en question, sa communauté et, dans certains cas, l'environnement.⁴⁶ L'éthique et la spiritualité autochtones sont axées sur le développement et la préservation de l'identité collective du groupe et la survie de ce dernier, qui se réalise à travers le respect et l'équilibre entre toutes choses par opposition au gain économique individuel.⁴⁷

Les valeurs communes inhérentes aux codes d'éthique autochtones sont un autre aspect qui entre en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle. Tel que discuté, le savoir traditionnel appartient typiquement à l'ensemble d'une communauté et est parfois confié à un dépositaire.⁴⁸ À l'opposé, la propriété du droit d'auteur ou d'un brevet est généralement attribuée à son créateur ou à son inventeur.⁴⁹ Bien que la copropriété soit possible, celle-ci est souvent considérée indésirable, le cadre juridique s'y appliquant étant souvent incertain et sa gestion complexe.

⁴² Michael F. Brown, *Who owns native culture?* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003) à la p. 83-84.

⁴³ Mohsen al Attar, Nicole Aylwin & Rosemary J. Coombe, « Indigenous Cultural Heritage Rights in International Human Rights Law » dans Catherine Bell & Robert Patterson, eds, *Protection of First Nations' Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform* (Vancouver, BC : University of British Columbia Press, 2009) 311 à la p. 320; Brascoupé & Endemann, *supra* note 9 à la p. 2, 25.

⁴⁴ Brascoupé & Endemann, *ibid* à la p. 9.

⁴⁵ Marlene Brant Castellano, « Ethics of Aboriginal Research » (2004) 1:1 *Journal of Aboriginal Health* 98 à la p. 104 ["Brant Castellano"]; Neel & Biin à la p. 5.

⁴⁶ Brant Castellano, *ibid* à la p. 104.

⁴⁷ Simeone, *supra* note 34 à la p. 5; Brascoupé & Endemann, *supra* note 9 à la p. 2, 14; Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 13 à la p. 279.

⁴⁸ Githaiga, *supra* note 34 au par. 14.

⁴⁹ *Supra* note 9 à la p. 15.

L'éthique autochtone et les lois de propriété intellectuelle diffèrent également dans leur définition de l'objet de leur protection. En vertu du droit d'auteur, l'œuvre protégée est définie comme étant l'expression que donne un auteur à une idée et non l'idée sous-jacente.⁵⁰ Par exemple, le droit d'auteur protège la sculpture de Bill Reid intitulée *The Spirit of Haida Gwaii*, qui est exposée dans l'Aéroport international de Vancouver et reproduite sur le billet de banque canadien de 20 \$, contre la reproduction non autorisée. Ce type de protection n'empêche toutefois pas un tiers non-autochtone de peindre un tableau empruntant le style Haida et dépeignant un scénario semblable à ce canot rempli d'animaux ou de sculpter un totem avec les mêmes personnages. Ceci est pourtant précisément ce que les artistes autochtones souhaitent éviter. Ils cherchent à obtenir un certain contrôle sur les idées, les légendes, les symboles et les styles artistiques propres à leur culture.⁵¹

La *Loi sur le droit d'auteur* exige également que l'expression d'une idée soit « fixée » afin de bénéficier de protection. Historiquement, la vie intellectuelle et spirituelle des peuples autochtone s'est manifestée à travers le folklore, les rituels et le savoir traditionnel, lesquels ont été préservés et transmis oralement. Conséquemment, plusieurs éléments de la culture autochtone ne sont pas protégeables car ils ne sont pas fixés par un moyen quelconque, que ce soit par écrit ou autrement.⁵²

Enfin, alors que l'éthique autochtone veuille qu'une protection illimitée dans le temps soit accordée aux connaissances et expressions culturelles⁵³, la portée de la protection accordée par les lois de propriété intellectuelle est limitée dans le temps. La seule exception à cette règle réside dans les marques de commerce qui, en théorie, peuvent être enregistrées et renouvelées indéfiniment. Afin d'équilibrer l'incitation à l'innovation avec le maintien d'un domaine public dans lequel les artistes et les inventeurs peuvent puiser comme source d'inspiration, les droits accordés par les lois canadiennes sur la propriété intellectuelle sont limités dans le temps.⁵⁴

Tel qu'exposé, les codes d'éthique autochtones et les théories de la propriété intellectuelle s'opposent en raison de leurs fondements théoriques. De plus, leur application pratique peut conduire à des résultats différents. Dans certains cas, les lois de propriété intellectuelle sanctionnent des pratiques qui seraient autrement interdites en vertu du droit coutumier.⁵⁵

⁵⁰ Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity*, *supra* note 13 à la p. 259.

⁵¹ Robert Mainville, « Survol de l'état du droit autochtone en matière de protection du patrimoine culturel » (2007) 19:1 C.P.I. 183 à la p. 191 [« Mainville »].

⁵² *Supra* note 4 à la p. 312; Brascoupé & Endemann, *supra* note 9 à la p. 14; Paterson & Karjala, *supra* note 37 à la p. 639.

⁵³ Brascoupé & Endemann, *ibid* à la p. 10; Paterson & Karjala, *ibid* à la p. 640.

⁵⁴ Entre 10 ans de l'enregistrement (pour la propriété industrielle) à 50 ans après la mort de l'auteur (pour le droit d'auteur).

⁵⁵ Rapport de la CRPA, *supra* note 26 à la p. 554; Coombe, *First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns*, *supra* note 5 à la p. 252; Brascoupé, *supra* note 9 à la p. 11; King, *supra* note 10 à la p. 97.

Puisque les lois sur le droit d'auteur ne protègent que l'expression d'une idée et non des styles ou des thèmes, des artistes non-autochtones sont libres de s'approprier des styles autochtones et de les utiliser d'une manière qui est contraire aux coutumes strictes de leur communauté d'origine.⁵⁶ Si, par exemple, un photographe non-autochtone documentait un rituel secret d'un groupe autochtone et le publiait dans un livre, ce serait l'auteur et non la communauté autochtone qui bénéficierait de la protection du droit d'auteur dans cette œuvre et des droits économiques exclusifs qui s'y rattachent. La publication pourrait alors constituer une violation du droit coutumier autochtone applicable, mais serait sanctionnée par les lois sur la propriété intellectuelle.

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

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

Différentes circonstances rendent certaines personnes plus aptes que d'autres à faire valoir leurs droits et leurs recours juridiques dont les connaissances, les moyens financiers, le pouvoir et l'habileté à le faire.⁵⁷ Les peuples autochtones connaissent des problèmes avec l'accès à la justice plus que la population moyenne en raison de différences culturelles et d'un manque de ressources et d'éducation.⁵⁸

Il y a une absence marquée de défense des droits par les groupes autochtones canadiens, largement en raison des coûts d'inscription et de protection des droits de propriété intellectuelle.⁵⁹ Si les coûts d'inscription et de protection sont dissuasifs, ce qu'il en coûterait de s'opposer aux marques de commerce offensives afin d'enrayer la propagation des stéréotypes négatifs serait considéré comme astronomique.

Considérons à titre d'exemple le débat entourant les marques REDSKINS⁶⁰. Après plus de vingt ans de litiges entre des individus d'origine autochtone et Pro-Football, Inc., le

⁵⁶ *Supra* note 20 à la p. 13.

⁵⁷ Anupam Chander & Madhavi Sunder, « The Romance of the Public Domain » (2004) 92 Cal L Rev 1331 à la p. 1341.

⁵⁸ Barreau du Québec, « La justice dans le Nord : Rapport sur les missions du Barreau du Québec auprès des communautés autochtones du Grand Nord québécois », adopté par le Conseil général du Barreau le 5 décembre 2014.

⁵⁹ Neel & Biin, *supra* note 45 à la p. 8; Brascoupé & Endemann, *supra* note 9 à la p. 10.

⁶⁰ « Redskinettes », Pro-Football, Inc., USA 1,606,810 (17 juillet 1990), radiée; « Redskins », Pro-Football, Inc., USA 1,085,092 (7 février 1978), radiée; « The Redskins & Design », Pro-Football, Inc., USA 987,127 (25 juin 1974), radiée; « Washington Redskins & Design », Pro-Football, Inc., USA 986,668 (18 juin

détenteur de la marque⁶¹, les marques de commerce REDSKINS ont été annulées par le *Trademark Trial and Appeal Board* (« TTAB ») du *United States Patent and Trademark Office* en raison de leur caractère dérogatoire à l'endroit des peuples autochtones. Cette décision ne marque pas la fin de la dispute, par contre: Pro-Football, Inc. a porté la décision du TTAB en appel le 2 octobre 2014.⁶² Si l'affaire REDSKINS avait été décidée au Canada, le résultat aurait pu être semblable puisque les marques scandaleuses, obscènes ou immorales sont interdites.⁶³ Toutefois, si une marque enregistrée utilise un mot qui devient offensif, à la suite d'un changement dans les mœurs publiques, elle ne sera pas automatiquement annulée. Une recherche auprès de l'OPIC révèle que la marque REDSKINS est toujours enregistrée au Canada⁶⁴.

Or, les marques de commerce qui font emploi d'insultes ethniques sont fréquentes, y compris RED INDIAN⁶⁵ et REDMEN⁶⁶, ce dernier étant le nom controversé que porte les équipes sportives masculines de l'Université McGill. De plus, plusieurs marques de commerce faisant emploi de noms, d'images ou de concepts ayant un lien avec à la culture autochtone ont été enregistrées par des entreprises non-autochtones en lien avec les armes à feu, l'alcool, le tabac et les haches, contribuant ainsi à la perpétuation de stéréotypes négatifs.⁶⁷ Par exemple, la marque de commerce enregistrée SAVAGE est utilisée en relation avec des armes à feu. Hors contexte, la marque ne semble pas offensive. Toutefois, dans ce cas, elle est utilisée en combinaison avec le logo non enregistré d'un chef indien portant une coiffe.⁶⁸

En plus des défis susmentionnés, l'annulation d'une marque offensive n'interdit pas le propriétaire de la marque de continuer à bénéficier d'une protection en vertu de la *common law*. En tant que telle, l'annulation des marques de commerce offensives déposées n'est, au mieux, qu'une solution incomplète.

Un deuxième facteur qui limite l'accès à la justice est un manque de matériel pédagogique visant à informer la population autochtone de ses droits de propriété intellectuelle.⁶⁹ Des études montrent que, malgré les campagnes de sensibilisation, les

1974), radiée; « Washington Redskins », Pro-Football, Inc., USA 978,824 (12 février 1974), radiée; « The Redskins – Stylized Letters », Pro-Football, Inc., USA 836,122 (26 septembre 1967), radiée.

⁶¹ *Pro-Football, Inc. v. Harjo et al.*, 415 F 3d 44 (D.C. Cir. 2005) autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée; *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse et al.* (TTAB Cancellation No. 92/046,185) autorisation de pourvoi au Eastern District of Virginia D accordée [« Blackhorse »].

⁶² *Ibid*, Blackhorse.

⁶³ *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9.

⁶⁴ « Redskins Design », Pro-Football, Inc., Can n° enr LMC256881 (13 mars 1981), enregistrée;

« Washington Redskins », Pro-Football, Inc., Can n° enr LMC251755 (24 octobre 1980), enregistrée.

⁶⁵ « Red Indian & Design », Chen Ma-Li, Can n° enr LMC530332 (21 juillet 2000), enregistrée;

« Red Indian Design », Margaret P. Tozer, Can n° enr LMC483273 (29 septembre 1997), enregistrée.

⁶⁶ « Redmen & Design », McGill University, no. demande 0903938 (11 octobre 1989), annoncée dans le journal.

⁶⁷ *Supra* note 9 à la p. 22.

⁶⁸ Des marques de commerce utilisant des images ou des termes dénigrants en allusion à d'autres groupes ethniques furent aussi trouvées.

⁶⁹ Bird, *supra* note 23 à la p. 14; Mann, *supra* note 37 à la p. 24, 43, 46; Paterson & Karjala, *supra* note 37 à la p. 663.

autochtones ne connaissent pas ou comprennent mal les protections qu'accordent les différentes lois en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, une étude a révélé que plusieurs répondants autochtones ne savaient pas que la responsabilité de poursuivre un tiers pour contrefaçon appartient au titulaire du droit et non au gouvernement.⁷⁰

La barrière linguistique est aussi étroitement liée au défi de l'éducation. Bien que les langues autochtones soient en déclin, une barrière linguistique demeure même pour les personnes autochtones qui parlent uniquement l'anglais. Les différences entre l'anglais standard et les dialectes parlés par les peuples autochtones sont telles que les documents disponibles publiquement sur la propriété intellectuelle ne peuvent être pleinement compris par la personne autochtone moyenne.⁷¹ Même les personnes autochtones qui parlent un anglais standard (ou des personnes non-autochtones, par ailleurs) peuvent éprouver des difficultés à comprendre ces outils car les lois de propriété intellectuelle utilisent des termes et des concepts qui ne font pas partie de la vie quotidienne de la plupart des gens, encore moins dans l'Arctique.⁷²

Ces difficultés pratiques rendent les lois canadiennes sur la propriété intellectuelle moins viables comme outil pour la protection du patrimoine culturel autochtone.⁷³ Actuellement, les lois de propriété intellectuelle n'offrent qu'une solution incomplète aux problèmes complexes que posent l'appropriation culturelle et les stéréotypes négatifs.⁷⁴

Conclusion: la voie de la survie

L'utilisation des lois canadiennes sur la propriété intellectuelle comme un outil pour la protection du patrimoine culturel autochtone contre l'appropriation culturelle porte à confusion et les conséquences de son application sont parfois néfastes. Cela est dû au fait que ces lois n'ont pas été développées pour répondre à l'objectif de protection du patrimoine culturel, mais à d'autres fins économiques.⁷⁵

« The challenges that postcolonial struggles pose for Canadian society cannot be met by our traditional reliance upon categories of thought interested from a colonial era. The conceptual tools of modernity are ill equipped to deal with the conditions of postmodernity in which we all now live. »⁷⁶

⁷⁰ *Supra* note 9 à la p. 10. Certaines lois sur la propriété intellectuelle contiennent des clauses pénales, mais celles-ci sont rarement mises en application.

⁷¹ Naghmeb Babae, « Language Challenges of Aboriginal Students in Canadian Public Schools » (2011) 4:1 *First Nations Perspectives* 110.

⁷² *Supra* note 23 à la p. 11.

⁷³ *Supra* note 37 à la p. 50.

⁷⁴ *Ibid* à la p. 4.

⁷⁵ *Supra* note 4 à la p. 310; Ysolde Gendreau, « Pour un renouveau du droit moral à travers les revendications autochtones (2005) 19 *J.P.I.* 227 à la p. 235

⁷⁶ Coombe, *First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns*, *supra* note 5 à la p. 255. « Les défis que les luttes postcoloniales posent pour la société canadienne ne peuvent être satisfaites par notre dépendance traditionnelle sur des catégories de la pensée intéressées d'une époque coloniale. Les outils conceptuels de la modernité sont mal équipés pour faire face aux conditions de la postmodernité dans lequel nous vivons maintenant. » (traduction libre)

De nouveaux concepts de propriété et de contrôle sur le patrimoine culturel doivent être créés pour traiter et protéger les expressions existantes et émergentes de l'identité culturelle autochtone.⁷⁷ Selon Vine Deloria, Jr., « [w]hat we need is a cultural leave-us-alone agreement, in spirit and in fact. »⁷⁸ Toutefois, la plupart des chercheurs ont abouti à une conclusion plus optimiste. Il y a consensus sur le fait que les lois de propriété intellectuelle actuelles devraient être complétées par une législation *sui generis* qui répondrait aux besoins spécifiques des groupes autochtones et aux caractéristiques du patrimoine culturel qui diffèrent de la propriété intellectuelle traditionnelle.⁷⁹

Le gouvernement fédéral s'est déjà engagé à légiférer la question par de nombreux instruments internationaux.⁸⁰ De surcroît, celui-ci a une obligation de fiduciaire constitutionnelle envers les peuples autochtones de laquelle nous pourrions interpréter une obligation positive de protéger la culture autochtone.⁸¹ De nouvelles lois devraient tenir compte des leçons apprises dans l'élaboration d'instruments internationaux⁸² et d'autres lois nationales⁸³ qui visent à protéger le patrimoine culturel des peuples autochtones. De plus, si nous voulons vraiment apprendre des graves erreurs de notre histoire coloniale, nous devons nous assurer que les peuples autochtones sont impliqués autant que possible dans toutes les étapes du processus législatif et judiciaire, de la rédaction à la mise en application des lois. Si les règles ou les mœurs canadiennes et autochtones sont en conflit, leur compréhension et les intérêts communs peuvent et

⁷⁷ Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 5 à la p. 262.

⁷⁸ Vine Deloria Jr., *Custer Died for Your Sins: An Indian Manifesto* (Norman, OK: University of Oklahoma Press, 1998) « [c]e dont nous avons besoin est un accord de « laissez-faire » culturel, en esprit et en fait. » (traduction libre)

⁷⁹ Coombe, First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns, *supra* note 5 à la p. 262; Gaudreault-Desbiens, *supra* note 20 à la p. 2.

⁸⁰ Voir par exemple: *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples*, AG Res 295, UNGAOR, 61^e Sess, 107^e Plen Mtg, ONU Doc A/RES/61/295 (2007), art. 29; *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 N.U.C.T. 142 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993); *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, *Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale de Commerce*, Annexe 1C, 1869 N.U.C.T. 299, 1994; *Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 N.U.T.C. 3 art. 15 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

⁸¹ Mainville, *supra* note 51 à la p. 204; Brant Castellano, *supra* note 45 à la p. 110.

⁸² Voir par exemple: UNESCO & WIPO, *Loi type de Tunis sur le droit d'auteur pour les pays en développement*, 1976; UNESCO & WIPO, *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable*, 1985; Première conférence internationale sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, *Déclaration de Mataatua sur les droits des peuples autochtones en matière de biens culturels et de propriété intellectuelle*, 1993; Commission du Pacifique Sud, *Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et l'expression de la culture*, 2002; WIPO, Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle relatives aux ressources génétiques, au savoirs traditionnels et au folklore, *Savoirs traditionnels, La protection des savoirs traditionnels: objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/5, 2005; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ONU, *Rapport du Séminaire sur le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones*, ONU ECOSOC, 52^e Sess, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2000/26 (2000); Conseil circumpolaire Inuit, *Principles and Elements for a Comprehensive Arctic Policy*, 1991; WIPO, *Synthèse comparative des législations sui generis pour la protection des expressions culturelles traditionnelles*, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, 2003.

⁸³ Le Panama, le Pérou, le Costa Rica et la Nouvelle-Zélande, entre autres, ont adopté des lois à ce sujet.

doivent être négociés.⁸⁴ Enfin, une solution complète se devra d'aborder les questions d'accès à la justice.

⁸⁴ Brant Castellano, *supra* note 45 à la p. 103.