

**Mémoire présenté au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie
Examen parlementaire de la *Loi sur le droit d'auteur*
Juin 2018**

**Rédigé par Sa'ke'j Henderson, docteur en droit, conseiller des peuples autochtones,
membre de la Société royale du Canada
Chercheur universitaire
Miyasiwewin Mikiwahp Native Law Centre of Canada
Collège de droit, Université de la Saskatchewan**

Présenté par l'Association des éditeurs canadiens

Le Canada doit créer un régime de propriété intellectuelle juste et équilibré qui fonctionne pour tous, y compris les peuples autochtones au Canada. Au cours des millénaires, les peuples autochtones ont acquis de vastes connaissances traditionnelles et créé diverses expressions culturelles traditionnelles qu'ils souhaitent préserver et promouvoir au moyen de leurs droits constitutionnels, ainsi que du régime de propriété intellectuelle.

La *Loi sur le droit d'auteur* ne tient pas compte des droits constitutionnels des peuples autochtones du Canada

Dans la *Loi constitutionnelle de 1982*¹, l'inclusion des droits des peuples autochtones du Canada à l'article 35 représente l'aboutissement de la longue lutte de ces peuples pour faire reconnaître leurs droits inhérents et les traités. Le paragraphe 35(1) est libellé ainsi : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits. Il prévoit plutôt la reconnaissance constitutionnelle et la confirmation des droits inhérents créés dans le droit autochtone. Au titre du paragraphe 35(2), « "peuples autochtones du Canada" s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ».

En outre, la *Charte canadienne des droits et libertés* renferme une disposition clé qui protège les droits des peuples autochtones et les droits issus de traités. L'article 25 est libellé ainsi :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;

¹ Loi édictée par l'annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982.

- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

La disposition de non-dérogação constitue une mesure de protection qui confirme les droits des peuples autochtones et les droits issus de traités. Grâce à cette disposition, ces droits ne peuvent pas être annulés au nom d'autres droits ou libertés garantis aux Canadiens. Elle sert à protéger l'ensemble des droits des Autochtones et des droits issus de traités.

Les droits des peuples autochtones sont donc enchâssés dans la Constitution, et le paragraphe 52(1) précise notamment que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». En conséquence, la protection des droits des peuples autochtones prévue dans la disposition de non-dérogação est enchâssée dans la loi suprême du Canada, et toute loi qui la contredit ne peut être appliquée.

Le paragraphe réitère la primauté de la Constitution et du droit et protège les droits des Autochtones et les droits issus de traités contre toute loi contradictoire. Son libellé général fait en sorte que l'ensemble des lois, ou la « common law », doit respecter les droits constitutionnels des Autochtones. Toute mesure législative ou règle de common law qui n'est pas conforme à la Charte doit être modifiée, dans la mesure du possible, de sorte qu'elle respecte la Constitution².

Les réformes constitutionnelles ont donc créé des mesures de protection à l'égard des droits inhérents et des droits ancestraux découlant du droit autochtone et elles visent à protéger les droits issus de traités ainsi que d'autres droits des peuples autochtones.

La Cour suprême du Canada a confirmé que les droits des Autochtones constituent des droits collectifs au titre de la Constitution³. Elle a clarifié que ces droits inhérents ont trait à l'exercice « d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens »⁴. Cette confirmation vise à protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques

² *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à 978 et 979; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à 675; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à 878; *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 91; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 86. Des dispositions semblables se trouvent dans les instruments internationaux liant le Canada suivants : l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; l'alinéa 2(1)c) de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*; l'alinéa 2f) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*; l'alinéa 4(1)b) de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*. Voir également l'article 25 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

³ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 [Van der Peet]; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220 [Marshall-Bernard]; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray* (2006) C.S.C. 54 [Sappier-Gray].

⁴ *Van der Peet*, *ibid.*, par. 44; *Mitchell*, *ibid.*, par. 15.

importantes de communautés autochtones distinctes⁵. En outre, de telles traditions, coutumes et pratiques évoluent continuellement, et elles peuvent être transposées en un droit moderne⁶. Le processus de transposition entre la pratique ancestrale et le droit canadien moderne est essentiel à la réconciliation constitutionnelle des lois et des points de vue des Autochtones et du Canada⁷. Les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles peuvent être transposées en droits de propriété intellectuelle.

Dans les traités, les connaissances et les expressions culturelles traditionnelles relèvent toujours de la compétence et du droit des nations et des tribus autochtones. La Cour suprême du Canada a souligné que « [l]es traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* »⁸. Les traités constituent des instruments constitutionnels qui favorisent la réconciliation, contiennent des promesses solennelles et prévoient des obligations durables⁹. Il ne s'agit pas d'un point de vue systémique de l'un ou l'autre système judiciaire. Il s'agit d'ententes partielles ou de conciliation des traditions juridiques distinctes de chaque nation.

Ni les promesses orales ni les promesses écrites se rapportant aux traités n'indiquent que les nations ou les tribus délèguent ou transfèrent une compétence quelconque à la Reine, au Canada ou aux provinces en ce qui concerne les connaissances ou les expressions culturelles traditionnelles. L'interprétation judiciaire des promesses orales et écrites se rapportant aux traités¹⁰ offre une orientation claire à cet égard et vise à faire en sorte que les connaissances et les expressions culturelles traditionnelles continuent de relever de la compétence et du droit autochtones. Les tribunaux ont confirmé que, selon le libellé de la plupart des traités, le souverain britannique n'a pas accordé aux Autochtones des « droits ». Ce sont les nations qui ont accordé au souverain britannique des responsabilités et des droits précis sur leur territoire¹¹. Si ces droits

⁵ *Van der Peet, ibid.*, par. 69.

⁶ *R. c. Marshall-Bernard*, précité, note *, par. 51.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 [*Nation haïda*].

⁹ Dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41 [*Badger*], le juge a fait remarquer ce qui suit : « il convient de rappeler qu'un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. Voir *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1063; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 401 ». Voir, de façon générale, James (Sa'ke'j) Youngblood Henderson, *Treaty Rights in the Constitution of Canada* (Toronto : Thomson Carswell, 2007).

¹⁰ *Badger, ibid.*, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78; Siku Allooooloo, Michael Asch, Aimée Craft, Rob Hancock, Marc Pinkoski, Neil Vallance, Allyshia West et Kelsey Wrightson, *Treaty Relations as a Method of Resolving IP and Cultural Heritage Issues (An Intellectual Property Issues in Cultural Heritage Community-Based Initiative)*, projet des enjeux touchant la propriété intellectuelle dans le patrimoine culturel (IPinCH) et Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (2014), www.sfu.ca/ipinch/sites/default/files/resources/reports/treatyrelations_finalreport_2014.pdf.

¹¹ *United States v. Winans*, 198 US 371, 381 (1905). Un traité, « ce n'est pas accorder des droits aux Autochtones, c'est plutôt des droits qui sont accordés par les Autochtones — en fait, ce sont les droits qui ne sont pas accordés » [TRADUCTION]. Felix S. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law* (Washington DC : département de l'Intérieur, 1942), p. 33-34 et 39-40 [Cohen, *Handbook*], p. 122 : « Le principe le plus fondamental de l'ensemble du droit autochtone,

inhérents relevant du droit autochtone n'ont jamais été clairement ou précisément délégués ou transférés au souverain par l'intermédiaire d'un traité, les nations ou les tribus ont conservé ces droits autochtones¹². Le fait que les traités ont transformé le droit autochtone et certains droits des Autochtones en droits acquis et protégés dans le droit constitutionnel impérial ne change en rien la source du droit autochtone et des droits des Autochtones¹³.

L'intention réciproque des traités était de veiller à ce que l'établissement ne cause aucun préjudice aux modes de vie et à la culture des peuples autochtones. En échange de l'autorisation de s'établir dans une région particulière, le souverain britannique avait promis d'agir au mieux pour les nations signataires de traités. Le souverain britannique avait promis de ne pas s'approprier ce qui appartient aux nations signataires de traités sans leur consentement¹⁴. Les mesures de protection prévues dans les traités à l'égard des connaissances et des expressions culturelles traditionnelles font partie de l'obligation constitutionnelle fiduciaire et doivent être interprétées d'une manière conforme à l'honneur et à l'intégrité de la Couronne¹⁵.

Selon les réformes constitutionnelles susmentionnées, le Canada est tenu de comprendre que les peuples autochtones doivent être, conformément à leurs droits constitutionnels, les décisionnaires ultimes en ce qui concerne le patrimoine, les connaissances et les expressions culturelles traditionnelles. Dans la mesure où le Canada a outrepassé dans le passé ses promesses au sujet des

avec une multitude de décisions à l'appui [...] est peut-être le principe selon lequel *les pouvoirs légalement accordés à une tribu autochtone ne sont pas, de façon générale, des pouvoirs délégués qui sont accordés par des lois expresses du Congrès, mais plutôt des pouvoirs inhérents d'une souveraineté limitée qui n'a jamais été abolie*. Chaque tribu entame une relation avec le gouvernement fédéral en tant que pouvoir souverain, qui est reconnu comme tel au moyen de traités et de mesures législatives. » [TRADUCTION]

¹² Même lorsqu'un traité ne traite pas d'une question, les nations et les tribus se réservent le droit de conserver leur mode de vie; voir *Menominee Tribe v. United States*, 391 US 404, 406 (1968). En outre, « [I]es traités doivent être envisagés comme les droits accordés par les peuples autochtones, qui se réservent tous les droits non accordés » [TRADUCTION], sous la direction de Nell Jessup Newton et coll., *Cohen's Handbook of Federal Indian Law* (Newark : Matthew Bender, LexisNexis, 2005), p. 26 [Newton, *Cohen's Handbook*].

¹³ Dans *Badger*, *supra* note 8, par. 41, le juge a énoncé certains des principes d'interprétation applicables des traités conclus avec les nations autochtones et le souverain britannique : « [T]oute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36; *Simon*, précité, p. 402; *Sioui*, précité, p. 1035; et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 142-143 [...] [I]l appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traités a été éteint. Il faut apporter la "preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction" ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement d'éteindre des droits issus de traités. » Voir *Simon*, précité, p. 406; *Sioui*, précité, p. 1061; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404.

¹⁴ Voir l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388, dans lequel il est question du fait que le Canada est tenu de consulter les nations signataires des traités et de la disposition, dans les traités victoriens, selon laquelle des terrains pourront être pris pour des fins d'établissement et pour d'autres activités.

¹⁵ *Badger*, précité, note 8, par. 41; *Marshall*, précité, note 9, par. 4. Dans *Badger*, la Cour a conclu : « [L]'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de "manœuvres malhonnêtes" ne doit être tolérée », *Sparrow*, précité, p. 1107, 1108 et 1114; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.), p. 367.

connaissances et des expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones, il n'a pas agi en conformité avec les droits constitutionnels des peuples autochtones. En raison de torts passés et présents, le Canada doit confirmer que la compétence constitutionnelle sur ces questions est prévue dans le droit autochtone. Comme l'a déclaré Micheal Asch, le Canada doit limiter ses actions afin de se conformer aux traités et ainsi démontrer qu'il comprend que rien ne saurait être plus raisonnable que de veiller à ce que les peuples autochtones soient les gardiens de leur patrimoine culturel¹⁶.

Ensemble, les dispositions constitutionnelles protègent le droit des peuples autochtones de conserver, de protéger et de mettre en valeur leurs patrimoines culturels, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles traditionnelles, ainsi que d'exercer un contrôle sur ceux-ci¹⁷. L'un des objectifs fondamentaux de l'article 35 est d'assurer l'intégrité, la sécurité et la continuité culturelles des peuples autochtones à l'avenir¹⁸.

La mise en œuvre de la réforme constitutionnelle au Canada ne fait que commencer. Les obligations constitutionnelles de la Couronne à l'égard des peuples autochtones, au titre de l'article 35, sont complexes et de grande envergure. Compte tenu de ces obligations, la Couronne doit acquérir une meilleure connaissance, tant sur le plan culturel que juridique, de la façon dont les lois fédérales, provinciales et territoriales doivent protéger et appliquer les droits constitutionnels des peuples autochtones et les aligner sur les lois canadiennes¹⁹.

Le Canada doit tenir d'autres consultations avec les détenteurs de droits autochtones et de droits issus de traités sur la mise en œuvre des droits constitutionnels des peuples autochtones. La Cour suprême du Canada a conclu que l'obligation constitutionnelle de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci²⁰. La Cour a déclaré que la Couronne doit consulter les détenteurs de droits ancestraux et issus de traités, afin de protéger et de promouvoir les droits constitutionnels de ceux-ci, compte tenu de la primauté de la Constitution, du principe de l'honneur de la

¹⁶ Micheal Asch, « Concluding Thoughts and Fundamental Questions ». c. Bell and R. K. Patterson, *Protection of First Nations Cultural Heritage: Law, Policy, and Reform* (Vancouver : UBC Press, 2009), p. 319-410, par. 394. Le patrimoine culturel est formé de manifestations tangibles et intangibles de la connaissance et de la créativité humaines.

¹⁷ L'article 31 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (2007) constitue une référence importante à cet égard; voir la note de bas de page 24, p. 8.

¹⁸ Sappier-Gray, précité, note 2, par. 22.

¹⁹ Marie Battiste et James (Sa'ke'j) Henderson, *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge* (Vancouver, BC : UBC Press Purich Publishing 2000); sous la direction de Val Napoleon et Catherine Bell, *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*, document d'accompagnement (Vancouver : UBC Press, 2008); Catherine Bell, « Restructuring the Relationship: Domestic Repatriation and Canadian Law Reform ». Sous la direction de Catherine Bell et Robert K. Paterson, *Protection of First Nations Cultural Heritage : Law, Policy, and Reform*, précité, note 15, 15 à 77; Robert K. Paterson, « Canadian and International Traditional Knowledge and Cultural Expression Systems », (2017) 29:2 *Intellectual Property Journal*, 191-276.

²⁰ *Nation Mikisew*, précité, note 13, par. 33-34; *Nation haïda*, précité, note 7, par. 19 et 35.

Couronne et de l'objectif d'établissement d'une constitution faisant état des pouvoirs et des droits.

L'énoncé fait ressortir l'incohérence entre la *Loi sur le droit d'auteur* et les droits constitutionnels des peuples autochtones. La *Loi sur le droit d'auteur* doit être modifiée de façon à respecter les droits constitutionnels des peuples autochtones. Tout d'abord, la *Loi* doit être modifiée afin de protéger et promouvoir les connaissances et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones, et ce, au moyen d'une disposition de non-dérogation.

Une disposition de non-dérogation est nécessaire aux fins de la protection et de la promotion des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles

La disposition de non-dérogation vise à préciser que les connaissances et les expressions culturelles autochtones sont protégées et défendues au titre du paragraphe 52(1) et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et au titre de l'article 25 de la *Charte*.

Il demeure entendu que la présente loi ne porte pas atteinte aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais doit être interprétée de façon à protéger et à promouvoir ces droits constitutionnels.

Le droit autochtone et les traditions des peuples autochtones ont toujours protégé et nourri les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles du patrimoine des peuples autochtones, qu'il s'agisse du patrimoine spirituel ou de prestations culturelles. Il existe diverses expressions traditionnelles²¹. Elles comprennent les traditions orales, la littérature, le dessin, les sports et les jeux, les arts visuels et d'interprétation, les danses et les chants. Les arts traditionnels peuvent comprendre tant les connaissances traditionnelles (la méthode de confection) et les expressions culturelles traditionnelles (l'apparence externe). Les propriétaires traditionnels (ou gardiens) des histoires et des images constituent la source de divers types de cérémonies, de pow-wow, de dessins et de totems. Ces expressions culturelles sont porteuses non seulement des connaissances sacrées, mais tiennent également compte du droit autochtone.

²¹ Greg Younging (membre de la nation crie d'Opsakwayak et ancien président du caucus des peuples autochtones de l'Alliance pour les droits des créateurs), « Le savoir autochtone et les droits de propriété intellectuelle », sous la direction du ministère du Patrimoine canadien, gouvernement du Canada, *Documents de travail : Traditions : Rassemblements nationaux sur le savoir autochtone*, Ottawa; non daté, p. 47, tiré du document du ministère du Patrimoine canadien intitulé « Traditions : Rassemblements nationaux sur le savoir autochtone – rapport final » (2005), p. 4, note 3, http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/pc-ch/CH4-116-2008-fra.pdf. Comme l'explique Younging, la notion de savoir traditionnel « comprend un vaste éventail de connaissances autochtones allant des histoires anciennes, des chants et des danses; de l'architecture et de l'agriculture traditionnelles; du savoir lié à la biodiversité et aux plantes médicinales; aux motifs anciens, aux emblèmes et aux autres dessins artistiques; aux différents médiums artistiques, styles, formes et techniques; aux institutions spirituelles et religieuses et leurs symboles, et à d'autres formes de savoir autochtone ».

En général, c'est un groupe ou une société, plutôt qu'une seule personne, qui détient les connaissances ou les expressions d'une nation ou d'une tribu donnée. Ces groupes surveillent la façon dont les expressions sont utilisées, ou exercent un contrôle sur la façon dont elles sont utilisées pour transmettre les connaissances, les valeurs culturelles et les systèmes de croyance importants aux générations à venir. Ces groupes ont le pouvoir de déterminer si ces connaissances, ces expressions, ces histoires et ces images peuvent être utilisées, par qui elles peuvent être utilisées et quelles sont les conditions relatives à leur reproduction²².

Avant que la législation en matière de droit d'auteur ne figure dans la common law canadienne et le droit législatif, les diverses confédérations, les nations, les tribus, les clans et les sociétés créaient, préservaient et nourrissaient les connaissances et les expressions traditionnelles.

La *Loi sur le droit d'auteur* visait à protéger les expressions nouvelles ou améliorées figurant dans une vaste gamme d'œuvres artistiques et littéraires et d'œuvres de création²³. Elle protège la façon dont les idées sont exprimées, mais pas les idées elles-mêmes, de sorte que ces idées ne semblent appartenir à personne. Pour avoir droit à une protection, ces formes d'expression doivent être des créations originales d'auteurs ou de créateurs. Les créations originales n'ont pas à être entièrement nouvelles. Utiliser une idée comme source d'inspiration est autorisé, mais reproduire un élément matériel d'une autre œuvre ne l'est pas. En général, la *Loi* protège les œuvres très originales.

À tout le moins, la *Loi sur le droit d'auteur* devrait être modifiée de façon à inclure une disposition de non-dérogation, afin de protéger les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles des peuples autochtones ou afin de prévenir leur appropriation illicite. Une telle disposition est nécessaire pour éviter que les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles des peuples autochtones soient utilisées sans l'autorisation de ceux-ci et pour veiller à ce que les peuples autochtones puissent profiter des avantages d'une utilisation autorisée de leurs connaissances et expressions.

Il existe une grande incertitude quant à savoir quelles connaissances traditionnelles et quelles expressions culturelles traditionnelles sont protégées par la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle. Même si la *Loi* protège certaines créations ou innovations liées aux connaissances traditionnelles ou expressions culturelles traditionnelles, la distinction entre les œuvres inspirées par des expressions culturelles traditionnelles et les œuvres qui sont des copies est vague, mince et discutable. Dans de nombreuses situations, il est difficile, voire impossible, d'identifier les

²² En 1994, dans l'affaire *Milpurruru and Others v. Indofurn Pty Ltd and Others* (1993) 130 ALR 659, la Cour fédérale de l'Australie a conclu qu'il y avait eu atteinte au droit d'auteur par un fabricant de tapis, qui avait reproduit sur des tapis une peinture réalisée par des artistes aborigènes et intitulée *Djanda and the Sacred Waterhole*. Voir Terri Janke/WIPO (2003) *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, p. 9–13, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/781/wipo_pub_781.pdf.

²³ Les œuvres de création comprennent, notamment : des romans, des poèmes, des pièces de théâtre, des articles de journaux, des films, des œuvres musicales, des chorégraphies, des peintures, des dessins, des photographies, des sculptures, des programmes informatiques, des bases de données, des cartes et des dessins techniques.

auteurs ou les créateurs d'expressions culturelles traditionnelles, compte tenu de la nature collective des expressions et du fait qu'elles sont transmises de génération en génération. Lorsqu'une expression culturelle traditionnelle est transmise d'une génération à la prochaine, elle continue d'évoluer et de se transformer et elle est recréée au sein du peuple autochtone visé.

Les termes « connaissances traditionnelles », « connaissances écologiques traditionnelles », « expressions culturelles traditionnelles » et « connaissances autochtones » ne sont pas définis dans la common law canadienne. Selon la pensée eurocentrique contemporaine, le terme « connaissances traditionnelles » se rapporte au savoir-faire, aux compétences, aux innovations et aux pratiques élaborées par les peuples autochtones, alors que le terme « expressions culturelles traditionnelles » se rapporte aux expressions tangibles et intangibles des connaissances et des cultures traditionnelles.

Les lois fédérales canadiennes passées et actuelles n'accordaient pas et n'accordent toujours pas une grande importance à la protection des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles. Le régime de propriété intellectuelle au Canada à l'heure actuelle ne prévoit rien pour la protection ou la promotion de ces droits constitutionnels et n'offre aucune solution. Le temps est venu de faire en sorte que les lois fédérales tiennent compte des droits des peuples autochtones et des droits issus de traités.

Le droit autochtone en vertu de la Constitution ou une loi modifiée sur le droit d'auteur pourraient servir à protéger et à promouvoir les expressions culturelles traditionnelles, ainsi que les œuvres qui s'en inspirent.

En outre, le Canada a entériné la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007). L'article 13 de la Déclaration prévoit que :

1. Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.
2. Les États prennent des mesures efficaces pour protéger ce droit et faire en sorte que les peuples autochtones puissent comprendre et être compris dans les procédures politiques, juridiques et administratives, en fournissant, si nécessaire, des services d'interprétation ou d'autres moyens appropriés²⁴.

L'article 31 de la Déclaration prévoit que :

3. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions

²⁴ Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 2 octobre 2007, A/RES/61/295, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=471355bc2>.

culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

1. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice²⁵.

Le Canada doit entamer des consultations auprès des peuples autochtones quant à la façon de protéger et de promouvoir les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Ils pourront choisir de les protéger par l'intermédiaire du droit autochtone ou en collaborant à l'élaboration d'une mesure législative qui offre aux connaissances traditionnelles et aux expressions culturelles traditionnelles une protection semblable à celle prévue pour la propriété intellectuelle.

²⁵ *Ibid.*