

Lois autochtones, loi sur la propriété intellectuelle et politiques muséales

Des diverses méthodes de protection du patrimoine immatériel autochtone

Indigenous Law, Intellectual Property Law and Museum Policy Exploring Methods for Protecting Aboriginal Intangible Heritage

Ley autóctona, ley sobre la propiedad intelectual y política museística

Los diferentes métodos de protección del patrimonio inmaterial autóctono

Catherine E. Bell, Jessica C. Lai and Laura K. Skorodenski

Volume 38, Number 3, 2014

Vue de l'autre, voix de l'objet : matérialiser l'immatériel dans les musées

Other's Views, Artefacts Voices: Materializing the Immaterial in Museums

Atisbos del otro, voces de los objetos: Materializar lo inmaterial en los museos

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1029017ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1029017ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département d'anthropologie de l'Université Laval

ISSN

0702-8997 (print)

1703-7921 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bell, C. E., Lai, J. C. & Skorodenski, L. K. (2014). Lois autochtones, loi sur la propriété intellectuelle et politiques muséales : des diverses méthodes de protection du patrimoine immatériel autochtone. *Anthropologie et Sociétés*, 38(3), 25–59. <https://doi.org/10.7202/1029017ar>

Article abstract

Issues around defining respectful relationships, and within those relationships, reconciling laws and values concerning use and control of intangible Indigenous heritage, arise in numerous museum contexts including : repatriation of material culture and associated information ; co-management of information or cultural expressions that were (and are or have been) considered sensitive or sacred by an Aboriginal community ; data and products of research derived from Aboriginal peoples or conducted within their territories ; and digital images and multi-media processes designed to enhance exhibits or access to information and participation of Aboriginal peoples in interpretation and control of collections and/or a broader public through use of contemporary technologies (e.g. « virtual museums »). However, the particular nature of western intellectual property norms (largely dictated by international obligations) and the intangible/tangible divide in western property complicate the matter. This article introduces the current legal and policy environment for addressing intangible heritage in museum exhibits and collections and how intellectual property law, in particular trade mark and copyright law, offer opportunities and challenges for policy implementation respectful of Indigenous laws and relationships.

LOIS AUTOCHTONES, LOI SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET POLITIQUES MUSÉALES

Des diverses méthodes de protection du patrimoine immatériel autochtone

Catherine E. Bell

Jessica C. Lai

Laura K. Skorodenski



Introduction¹

Jusqu'à une date récente, la législation ainsi que les activités de gestion et de protection du patrimoine culturel se sont surtout focalisées sur les aspects matériels de la culture. Cependant, pour de nombreux peuples autochtones (définis dans la Constitution canadienne comme les Inuit, les Indiens [Premières Nations] et les Métis), la portée du sens ne réside pas seulement dans les aspects matériels de leur culture, mais aussi dans le patrimoine immatériel qui comprend le savoir, les significations, les relations, les droits et les responsabilités associés aux objets, aux lieux et aux paysages. Ainsi que l'explique le chercheur métis Gordon Christie,

[D]es activités telles que la narration de contes, la musique, la danse, les présentations et représentations spectaculaires, les sculptures et les peintures, les rituels, les cérémonies et le contenu des histoires, des chansons, des danses et des cérémonies, touchent plus directement à – en tant qu'expressions plus ou moins transparentes – ce qu'un peuple autochtone identifierait comme ce qui a de la valeur ou qui est essentiel à son identité propre. Mais en tant que tels, en eux-mêmes, ils ne comprennent pas la culture d'un peuple. Ce qui peut être directement touché par de telles activités... ce sont les valeurs, les principes et les croyances qui nourrissent les manifestations physiques, qui leur donnent un sens, une vérité et une validité (ne serait-ce que pour les gens qui vivent à travers ces significations). Ces sources de significations sont ce que les peuples autochtones voient et ressentent comme étant

1. Cet article a bénéficié en partie du soutien du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et de l'Intellectual Property Issues in Cultural Heritage Project (<http://www.sfu/ipinch>, site disponible le 24 novembre 2014).

dignes d'être protégées, en tant que « propriété culturelle » qu'ils souhaitent voir respectée comme il convient en ce qui concerne sa conservation, son développement et sa transmission.

Christie 1998: 450²

Ces « sources de significations », les normes contemporaines d'éthique dans le traitement de la culture matérielle autochtone, les nouveaux développements dans la législation internationale et nationale des droits humains des Autochtones³, la vogue des ressources culturelles en ligne et les collaborations avec des artistes et des communautés autochtones ont tous influencé les politiques muséales contemporaines sur le plan de leurs relations avec les peuples autochtones représentés dans leurs collections. De nouvelles questions se posent, dans de nombreux contextes, sur la manière de définir des relations respectueuses, et, dans le cadre de ces relations, sur la façon de concilier lois et valeurs quant à l'usage et au contrôle du patrimoine immatériel. Parmi ces questions figurent le rapatriement de la culture matérielle et des informations qui lui sont associées ; la cogestion d'informations ou d'expressions culturelles qui étaient (ou ont été, ou sont encore) considérées comme sensibles ou sacrées par une communauté autochtone ; les données et les résultats de recherches provenant des peuples autochtones ou conduites sur leur territoire ; et les images numériques et les procédés multimédias conçus pour améliorer les expositions, ou l'accès à l'information, à l'interprétation et au contrôle des collections⁴ par des peuples autochtones, et/ou par un public élargi par le biais des technologies contemporaines (par exemple, les « musées virtuels »), ainsi que la participation des peuples autochtones à tout cela.

Bien que la législation canadienne et les politiques du patrimoine culturel soient favorables à un contrôle plus important par les peuples autochtones de certains artefacts des collections des musées publics considérés comme faisant partie intégrante de leurs pratiques spirituelles et/ou de la continuité et du caractère distinctif d'autres institutions culturelles⁵, l'identification des règles juridiques devient plus complexe lorsque l'on tente de concilier le droit coutumier autochtone avec les lois fédérales canadiennes qui régissent la propriété du savoir traditionnel et la propriété privée. Elles s'entremêlent encore davantage au niveau international si l'on considère le patrimoine culturel immatériel⁶. Cela tient en

-
2. Dans cet article, si les citations d'ouvrages ont été librement traduites de l'anglais, les citations de lois ou conventions proviennent quant à elles de leur traduction officielle (NdT).
 3. Au niveau international, voir, par exemple, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (AGNU 2007) et la loi américaine sur le rapatriement, *Native American Graves Protection and Repatriation Act*.
 4. Que l'on appelle parfois « retour numérique » ou « rapatriement numérique » dans la communauté muséale.
 5. Voir par exemple Bell (2009: 25-32).
 6. Voir, à un niveau général, Anderson (2005a); Coombe (2009); Nafziger *et al.* (2010); Lixinski (2013).

partie au fait que les considérations sur le patrimoine immatériel impliquent nécessairement le recours à la loi internationale sur la propriété intellectuelle qui établit les paramètres d'une réforme des lois des États. Le présent article examine l'environnement politique qui entoure le patrimoine immatériel dans les expositions et les collections muséales, et la façon dont la loi sur la propriété intellectuelle, en particulier sur le plan des marques commerciales et du droit d'auteur, présente à la fois des opportunités et des difficultés pour la protection et la mise en œuvre de politiques.

Les difficultés

Il existe de nombreuses formes de patrimoine immatériel dans les collections muséales, pour lesquelles sont mis en place des protocoles respectant le droit coutumier autochtone concernant leur exposition, leur accès, leur transfert et autres utilisations. Les difficultés apparaissent lorsque les normes éthiques contemporaines – qui s'efforcent de respecter le droit coutumier autochtone – se heurtent aux normes juridiques, professionnelles ou scientifiques canadiennes ou autres, d'inspiration européenne ou eurocentrique. Par exemple, les peuples autochtones qui cherchent à contrôler l'accès à l'information et à d'autres formes de patrimoine immatériel sont confrontés à un véritable parcours d'obstacles du fait que les lois canadiennes et internationales considèrent que ces formes font partie du domaine public, terme employé pour décrire le patrimoine immatériel sur lequel personne ne peut invoquer de droits de propriété. Le concept de domaine public ne peut prendre en compte les lois et les coutumes autochtones. Ce conflit entre connaissance publique et privée est illustré par la « loi du porteur » :

Par exemple, au moment d'acquérir un nom, les chefs héréditaires parrainent des individus du clan de leur père qui composent un chant exprimant le mieux possible le sens du nom et qui conçoivent et préparent les tenues de chacun des « grands » chefs. Tant la chanson que les tenues pourraient être considérés comme relevant de la connaissance publique, puisqu'elles se rapportent à un nom spécifique qui a pu être porté par plusieurs individus au fil de plusieurs générations. Cependant, l'utilisation du chant ou des tenues est réservée à l'individu qui porte ce nom et auquel ils sont associés. Selon les traditions juridiques occidentales, tout individu a le droit de réinterpréter la connaissance publique à son gré ; en outre, il/elle seul(e) peut en tirer un bénéfice accru du fait de cette réinterprétation.

Shawana 2007 : 120

La façon dont les bibliothèques, les archives et les musées « gèrent un conflit au sujet de ce qui appartient actuellement au domaine public et qui ne devrait peut-être pas l'être, dépend finalement des politiques et des orientations de gestion spécifiques que chacun... adopte » (Anderson 2005a). Cela dépend également de la mesure par laquelle les lois canadiennes et internationales permettent ou restreignent le développement progressif de politiques interculturelles. Par exemple, selon la loi intitulée *Glenbow-Alberta*

Institute Act, l'institution a la responsabilité « d'assurer un accès public raisonnable aux biens de la collection », à moins qu'un objet n'ait été rapatrié. De nombreux organismes publics doivent également se conformer à la législation fédérale, provinciale et territoriale sur l'accès à l'information et au respect de la vie privée. Une telle législation s'applique à quelques-uns des musées et archives publics, mais pas à tous, et instaure en général une règle par défaut voulant que tout ce qu'ils détiennent soit accessible au public (Bell et Shier 2011). Il existe également quelques exemptions spécifiques. Par exemple, au Canada, l'article 68 de la *Loi sur l'accès à l'information* (Gouvernement du Canada 1985c) ne s'applique pas aux « documents publiés ou mis en vente dans le public », aux documents de bibliothèque ou de musée :

[C]onservés uniquement à des fins de référence ou d'exposition pour le public, [ou aux documents] déposés à Bibliothèque et Archives du Canada, au Musée des beaux-arts du Canada, au Musée canadien de l'histoire, au Musée canadien de la nature, au Musée national des sciences et de la technologie, au Musée canadien des droits de la personne [...] par des personnes ou organisations extérieures aux institutions fédérales.⁷

Cela signifie, non pas que tous les documents et informations doivent être accessibles au public, mais que, à l'exclusion des exemptions, les politiques et pratiques muséales au sujet de l'accès public doivent être élaborées de sorte à se conformer à de multiples obligations légales et éthiques. Finalement, cela place les musées en position de contrôle de l'usage du savoir et cela a inévitablement un impact sur les questions de droit coutumier autochtone.

Droit coutumier autochtone et traditions juridiques

Les lois autochtones, souvent, n'existent pas sous forme écrite et, si tel est le cas, leur forme écrite peut être incomplète, biaisée ou erronée du fait des observations et interprétations d'un tiers colonisateur. Les lois autochtones sont parfois dénommées « protocoles » ou « droit coutumier » par les tribunaux canadiens et elles se manifestent au travers des pratiques, des processus et des interactions des individus et des groupes au sein d'une société autochtone. Elles sont dynamiques, mais à l'instar des autres formes de lois, elles ont pour origine des traditions et des pratiques historiques qui se poursuivent en tant que

7. De même, la législation territoriale exempte le matériel déposé dans les Archives du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut par ou au nom d'une personne autre qu'un organisme public (*SNWT Access to Information and Protection of Privacy Act*, article 2[1] [e]). En Alberta, le *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* protège les secrets commerciaux qui ont été transmis confidentiellement ou dont la divulgation pourrait résulter en la rétention d'autres informations, mais cela n'inclut pas les informations datant de plus de cinquante ans qui se trouvent sous la protection des Archives provinciales de l'Alberta (article 16). Cette loi fait également une exception pour la divulgation des informations susceptibles de nuire aux relations entre le Gouvernement de l'Alberta et les organisations autochtones exerçant des fonctions gouvernementales (article 21[1]).

«phénomène culturel servant à organiser les comportements et régler les conflits» (Law Commission of Canada 2006: 4)⁸. Cependant, les lois autochtones sont bien davantage que processus et pratiques. À l’instar des lois eurocanadiennes, elles s’expriment également dans des principes normatifs étendus. Par exemple, les statuts de la Première Nation de Carcross/Tagish se basent sur des principes fondamentaux tels que le respect – valeur considérée comme nécessaire à la survie «qui provient d’une sagesse intemporelle» et est par conséquent «au cœur de la loi» (*Statutes of Carcross/Tagish First Nations*: article 3.4.1)⁹. Sans surprise, ce principe imprègne tous les aspects des lois de la nation Carcross/Tagish et ceux d’autres Premières Nations du Yukon, y compris dans les régimes juridiques négociés avec les gouvernements canadiens. On peut prendre pour exemple le chapitre 13 sur le patrimoine de l’*Umbrella Final Agreement*. Les termes «respect» et «valeurs» sont les pierres angulaires des objectifs de ce chapitre; les expressions «respect de la culture et des valeurs des Indiens du Yukon» et «cohérence avec les valeurs des Peuples indiens du Yukon» y sont reprises tout du long.

La continuité dans la législation officielle canadienne se produit dans le cadre des opérations des institutions nationales (par exemple, la reconnaissance du droit coutumier autochtone par les tribunaux canadiens et la négociation d’accords juridiques) et dans des processus autochtones internes qui continuent d’opérer indépendamment de toute reconnaissance formelle (par exemple, les cérémonies ou témoignages devant la communauté). Ceux-ci sont reconnus et protégés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droits constitutionnels des Autochtones, s’ils continuent de faire partie intégrante d’une société autochtone et n’ont pas été abrogés avant 1982 en termes clairs par une législation fédérale ou par la négociation de leur abandon. Bien que l’article 35, portant sur la législation s’appliquant aux Autochtones, soit au cœur des traités modernes et des négociations sur l’autodétermination, son contenu et son étendue demeurent incertains. Par exemple, la question de savoir si le droit coutumier autochtone continue de réguler la propriété et le contrôle de certaines formes de mobilier du patrimoine culturel ou des sites archéologiques n’a été abordée directement par des tribunaux canadiens que dans quelques rares cas qui furent par la suite réglés hors de ces instances. Cependant, la Cour suprême du Canada a signalé que les revendications portant sur certaines formes spécifiques de patrimoine culturel pourraient relever des paramètres de l’article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si ces formes spécifiques répondent aux critères d’origine historique, de nature constitutive et de continuité (*Kitkatla v British Columbia* 2002: 78).

Différents auteurs ont pointé du doigt la reconnaissance limitée accordée aux lois autochtones et le fait que :

8. Voir aussi Borrows (2002); Overstall (2005); Noble (2008a); Friedland (2012).

9. Voir aussi les articles sur la loi familiale (http://www.ctfn.ca/documents/doc_view/42-family-act-2010), site consulté le 18 décembre 2013.

[M]ême l'interprétation la plus large des lois coloniales concernant le droit coutumier des Autochtones ne garantit pas que l'on fasse preuve de respect pour ce droit coutumier [...] [non plus que] le statut du droit coutumier autochtone au sein de la législation canadienne [...] [ne] détermine ce que devraient être des relations respectueuses entre les lois autochtones et les lois canadiennes.

Miinawaanagogiizhigook 2007 : 79

Pour avoir un sens dans le monde contemporain, ces lois traditionnelles doivent se comprendre comme étant davantage que « simple croyance, comportement, morale ou manière d'être » (Napoleon et Friedland, à paraître). En donnant pour exemple les droits d'égalité et de liberté de la Charte canadienne des droits et libertés, ils avancent que :

Même si ces grands principes sonnent bien, ils ne sont pas vraiment utiles sans le processus de raisonnement juridique établi dans la législation canadienne pour déterminer si, et comment, les grands principes juridiques de la Charte peuvent s'appliquer à des relations ou des conflits humains spécifiques dans la vie réelle. De même, bien qu'il existe de grands principes légaux dans le droit coutumier autochtone, il existe nécessairement des processus de raisonnement juridique pour savoir comment ils s'appliquent aux luttes incessantes des pratiques sociales et à la façon dont nous nous traitons les uns les autres. Tel est le travail de fond qui doit être entrepris aujourd'hui – articuler et renforcer ces processus juridiques qui sont au fondement même de la loi.

Napoleon et Friedland, à paraître : 12

Bien que Napoleon et Friedland se penchent sur le développement des méthodes de raisonnement du droit autochtone pour aborder, mettre à l'épreuve et appliquer des sources de lois autochtones, telles que des récits traditionnels « déjà existants et accessibles au public », c'est précisément ce « travail de fond » consistant à aborder et appliquer le droit coutumier autochtone qu'ont entrepris certains musées canadiens. Si nous pensons à la loi comme à « un éventail de règles et de lois formelles (conception étroite de la loi) d'un côté, et à tout ce qui nous permet, de l'autre côté, de nous diriger nous-mêmes (conception large de la loi) » (Napoleon 2013 : n.p.), on peut dire de ces musées qu'ils contestent et modifient le paysage légal de même que les relations entre les Autochtones et les autres pour ce qui est du patrimoine immatériel.

Droit des biens et droit des contrats

En s'efforçant de respecter les lois et les pratiques coutumières autochtones en ce qui concerne la culture matérielle, les musées canadiens et les peuples autochtones ont évité de mettre l'accent sur la propriété et les droits constitutionnels, préférant plutôt répondre aux préoccupations par des négociations au cas par cas, une pratique informelle, ou des politiques et des accords plus formels visant

spécifiquement certaines expositions ou certains objets, ou plus généralement une cogestion et des relations continues entre les musées et les peuples autochtones. Sans surprise, lorsque l'on aborde les arrangements concernant le patrimoine immatériel, on constate un éventail d'approches similaires. Néanmoins, les lois canadiennes sur la propriété (par exemple, les lois sur la propriété intellectuelle, les contrats, les musées, la conservation du patrimoine et l'accès à l'information) entrent forcément en jeu dans toutes ces approches. Bien qu'il puisse s'avérer nécessaire de réformer tout ou partie des domaines d'application de la loi pour permettre un plus grand contrôle par les peuples autochtones, dans l'intervalle, les musées et les peuples autochtones ont recours au droit canadien relatif aux biens et aux contrats pour mettre en œuvre des politiques donnant accès à un contrôle par les Autochtones.

Avant d'examiner ces lois, il est important de reconnaître que les approches qui se fondent sur la propriété ne sont pas toujours acceptées ou considérées comme appropriées par les peuples autochtones. Le système juridique occidental divise la propriété en de nombreuses catégories distinctes et gérables, telles que la propriété foncière, les objets mobiliers et la propriété intellectuelle. Les concepts autochtones de la propriété n'entrent pas toujours aisément dans ces façons de comprendre et de découper les droits de propriété. Brian Noble articule ces différences en « posséder en tant que propriété » et « posséder en tant qu'appartenance » (Noble 2008b). La première expression désigne un système qui met l'accent de manière prédominante sur une division de la propriété en intérêts : une possession individuelle, avec une rentabilité et une interférence minimale de l'État. L'usage, l'exploitation et l'aliénation sont des moyens d'atteindre la productivité économique et la mise en marché de la terre et des objets. En contraste, « posséder en tant qu'appartenance » met l'accent sur les relations, le respect et les responsabilités entre les gens au sujet du « patrimoine culturel » tel qu'ils le définissent. Cela présuppose un lien inextricable, moins facile à diviser, et une continuité entre les gens, les lieux, la culture matérielle et le monde immatériel.

Par exemple, selon le droit coutumier des Gitksans, chaque Maison (au sens de groupe familial de lignage matrilineaire) atteste de son territoire et transmet son histoire au moyen d'un entremêlement complexe de chansons, de récits du passé et d'images. Chaque Maison possède un ensemble unique de motifs crénelés qui ornent couvertures, crécelles, poteaux et autres habits, ainsi que des noms héréditaires portés par des ancêtres vénérés, outre des légendes, chansons, danses, mots secrets, prérogatives cérémonielles et autres possessions immatérielles, que le chef détient au nom de tous les membres (Marsden 2008 ; Overstall 2008). Le droit relatif à la propriété intellectuelle se préoccupe des droits légaux relevant d'une activité intellectuelle, celle-ci étant distincte des objets concrets auxquels elle est associée (ce qui revient à dire que la loi sur la propriété intellectuelle s'occupera des motifs sur un vêtement, et non du vêtement lui-même). En langue gitksan, il n'existe pas d'équivalent au concept de la propriété intellectuelle qui

pourrait s'appliquer aux motifs crénelés, ni à « l'intellect », qui supposerait une séparation d'avec les pouvoirs mentaux et l'émotion. La relation avec les motifs crénelés n'est pas tant « je possède cela » que « je suis cela », ou plus exactement, « nous sommes cela » (Marsden 2008 : 114).

Néanmoins, il reste encore au droit de la propriété intellectuelle et à ses outils un rôle important à jouer lorsqu'il est possible de concilier les concepts de propriété et de lois. Au Canada, l'un des exemples les plus fameux est la façon dont la Première Nation Nanaïmo s'est servie de la *Loi sur les marques de commerce* (Gouv. du Canada 1985b) pour empêcher ses pétroglyphes d'être utilisés dans la publicité et la promotion commerciale d'un festival de musique (voir Brascoupé 2001 ; Bell *et al.* 2008 : 395-396). Cependant, ils n'ont pas bénéficié de cette protection du fait d'un article de la loi qui aurait protégé spécifiquement les images autochtones. Ils en ont plutôt bénéficié, comme dans tous les autres cas de marques commerciales, du fait de l'usage conventionnel du « premier arrivé, premier servi ». De plus, la *Loi sur les marques de commerce* exigeant que les marques déposées aient un usage commercial, cette Première Nation n'a pas pu y recourir pour limiter l'accès public à ses images¹⁰. En comparaison, l'article 17(1-c) de la loi néozélandaise sur les marques commerciales stipule qu'une marque ne peut être enregistrée si « son usage ou son enregistrement est susceptible, de l'avis du commissaire, d'offenser une partie importante de la communauté, y compris les Māori ». Le Comité-conseil māori sur les marques commerciales se voit transmettre tous les signes qui « sont, ou paraissent être, dérivés d'un signe māori, y compris les textes et les images », et il peut aviser le commissaire dans les cas où ce signe « est, ou est susceptible d'être, offensant pour les Māori » (Nouvelle-Zélande, *Trade Marks Act 2002* : article 178)¹¹. Ce système était celui utilisé par le Bureau de la propriété intellectuelle (BPI) néozélandais avant d'être codifié. Une politique similaire existe dans le domaine des brevets, le BPI étant habilité à rejeter les inventions utilisant le savoir traditionnel māori ou qui pourraient être offensantes pour les Māori, exigeant souvent le consentement de la tribu ou de la partie de la tribu concernée¹². Cette pratique a été codifiée dans les articles 14(3) et 276 de la loi néozélandaise sur les brevets (*Patents Act*) de 2003.

Le droit de la propriété intellectuelle entre également en jeu dans l'accès à l'information détenue par les musées et les expositions, programmes et projets numériques des musées. Dans ces contextes, les musées et les peuples autochtones sont influencés par des normes éthiques qui régissent d'autres aspects des relations entre musées et Autochtones, et utilisent des outils de gestion de la propriété intellectuelle en tant que partie d'un « réseau » étendu de stratégies

10. *Loi sur les marques de commerce* (1985 : articles 3-4, 30[e] et 45[3]) ; voir aussi McKeown (2010 : 40-45, 83).

11. Voir aussi Morgan (2004) ; Frankel (2005).

12. Voir OMPI AG, Secrétariat (2003 : 64) ; OMPI CI, Secrétariat (2003 : 14).

visant à protéger et contrôler le patrimoine immatériel¹³. Notre présentation des réponses politiques et des importantes questions de propriété intellectuelle en montre des exemples ci-dessous.

L'environnement éthique

Les raisons d'être d'un meilleur accès au patrimoine immatériel et d'un meilleur contrôle de celui-ci sont variables¹⁴. Cependant, en affirmant leur plus grand contrôle, les peuples autochtones du Canada n'ont pas cherché à empêcher l'accès aux, ou à bloquer le partage des catégories excessivement floues de l'information culturelle ou des formes de savoir autochtone conservées dans les musées. Leurs préoccupations portent souvent sur la protection de ce qui était (ou de ce qui est devenu) de l'information culturelle sensible (par exemple, des formes de savoir confidentiel, sacré, cérémoniel ou autre destinées à n'être transmises que d'une certaine façon ou à certaines personnes seulement) et sur le respect des juridictions, lois, processus ou protocoles autochtones considérés comme fondamentaux pour la continuité de l'identité culturelle ou des ordres légaux, sociaux ou spirituels. Les autres raisons d'être d'un contrôle accru sont de s'assurer que le patrimoine immatériel soit utilisé de façon convenable et, s'il est utilisé à des fins commerciales ou s'il se trouve dorénavant dans le domaine public, qu'il reçoive une part équitable des produits économiques de l'information (voir par exemple Bird 2002 : 15). Des préoccupations se font jour également au sujet des informations recueillies par d'autres et qui s'avèrent désuètes, discriminantes, dévalorisantes, ou qui décrivent de manière erronée la culture et les valeurs d'un groupe particulier.

Des recherches menées dans la Première Nation Ktunaxan illustrent quelques-unes de ces préoccupations lorsqu'il est question de noms, de termes particuliers et de chansons (Bell et McCuaig 2008). Troy Hunter donne l'exemple de

[L']emploi du mot *Nipika*. C'est notre mot pour le Créateur. Et il y a des compagnies qui utilisent ce mot... et pour moi, c'est exactement comme si on appelait le casino que nous venons juste d'ouvrir le «Casino Vierge Marie Jésus-Christ» ou quelque chose comme ça.

Bell et McCuaig 2008 : 328

D'autres préoccupations portent sur les chants et l'enregistrement de chansons familiales sans permission, ainsi que sur le fait que des citoyens non ktunaxa peuvent avoir accès aux enregistrements de chants sacrés conservés dans des collections muséales, cet accès étant jugé inapproprié. Ce sont des thèmes qui reviennent fréquemment dans les études sur la propriété intellectuelle menées

13. Voir par exemple Brascoupé (2001); Pantalony (2007); Torsen et Anderson (2010).

14. Voir par exemple Battiste et Henderson (2000); Bird (2002); Thom et Bain (2004); Bell et Napoleon (2008); Department of Canadian Heritage (2008).

auprès des Premières Nations du Canada¹⁵. En même temps, il est difficile de considérer que le fait de détenir à titre individuel certains noms, termes et chansons constitue une forme de propriété intellectuelle. Ainsi que l'explique Violet Birdstone, cela contrevient au droit coutumier :

[P]uisque faire protéger par le droit d'auteur quelque chose comme un nom, un nom sacré par exemple, signifie qu'on le possède et que dans notre croyance, nous ne pouvons pas posséder ce nom, en tant que nation ou en tant que peuple. Alors il y a un conflit, exactement ici, entre le droit général et nos propres croyances et lois traditionnelles.

Birdstone, citée *in* Bell et McCuaig 2008: 328

Pour ces raisons, Birdstone pense que la communauté doit travailler avec les aînés pour parvenir à concilier ces deux systèmes de droit différents.

Fondamentalement, le désir d'un plus grand contrôle relève des droits humains. Cela fait partie d'un mouvement plus large de guérison et de rétablissement après la perte culturelle et le traumatisme provoqués par la colonisation européenne. Le système des écoles résidentielles, l'émancipation volontaire ou involontaire, le démantèlement des gouvernements traditionnels et l'interdiction des cérémonies ne constituent que quelques-uns des exemples de la façon dont la législation et les politiques canadiennes ont cherché à éliminer le caractère culturel distinct et l'identité des peuples autochtones. Tout le mouvement patrimonial des peuples autochtones à travers le monde est entièrement lié à cela – la perte, la guérison, le renforcement, la continuité et, dans certains cas, le renouveau et la réinterprétation de l'identité. Cette connexion, ainsi que l'importance du contrôle du patrimoine culturel sous ses diverses formes pour l'autodétermination et le rétablissement après la colonisation, constituent un thème récurrent de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (AGNU 2007). Par exemple, l'article 3 stipule que : « les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination », tandis que le préambule rappelle « l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». L'article 11, alinéa 1, précise qu'ils « ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle, et la littérature », tandis que l'alinéa 2 stipule que les États peuvent leur accorder réparation, entre autres sous forme de restitution, des « biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes ».

15. Par exemple: Thom et Bain (2004); Bell et Napoleon (2008).

Les principes du Groupe de travail sur les musées et les Premières Nations, élaborés conjointement par l'Association des musées canadiens et l'Assemblée des Premières Nations (Erasmus *et al.* 1994), ainsi qu'au niveau international le *Code de déontologie de l'ICOM pour les musées* (ICOM 2004), permettent l'élaboration de nouvelles approches politiques du patrimoine immatériel, mais de façon différente. Cherchant plus largement à formuler les principes de nouveaux partenariats, les recommandations du groupe de travail abordent tout un éventail de domaines susceptibles d'être concernés par le patrimoine immatériel. Outre de nombreuses recommandations au sujet de l'interprétation, de l'accès, du rapatriement et de la formation, six nouveaux principes se détachent au sujet de la construction de nouveaux partenariats. Ces principes stipulent que : les musées et les Premières Nations travailleront ensemble afin de corriger les inégalités qui ont caractérisé leurs relations par le passé ; ces relations se dérouleront en partenariat, impliquant la reconnaissance mutuelle du savoir des deux entités ; les deux parties reconnaîtront leurs intérêts mutuels dans les objets culturels et la connaissance du passé, de pair avec l'existence contemporaine des Premières Nations ; ils accepteront la philosophie de la cogestion et de la coresponsabilité ; les représentants des Premières Nations s'impliqueront en tant que partenaires égaux dans tous les projets, expositions ou programmes muséaux portant sur le patrimoine, l'histoire ou la culture des Autochtones ; et les deux parties devront reconnaître leur communauté d'intérêt dans la richesse, la variété et la validité du patrimoine, de l'histoire et de la culture des Autochtones (Erasmus *et al.* 1994 : 7 ; Hill 2008 : 152).

Plusieurs articles du *Code de déontologie de l'ICOM* (2004) abordent également le patrimoine matériel et immatériel des peuples autochtones, y compris les habitations, le soin à apporter aux restes humains et aux objets sacrés, ainsi qu'à leur exposition dans le plus grand respect (articles 2[5] et 4[3]) ; les musées doivent « veiller à ce que les informations [...] soient fondées, exactes et prennent en considération les croyances et groupes représentés » et « éviter de présenter ou d'exploiter les pièces sans origine ou provenance attestée » (article 4[2, 5]) ; ils doivent également « répondre avec diligence, respect et sensibilité aux demandes de retrait, par la communauté d'origine, de restes humains ou d'objets à portée rituelle exposés au public » (article 4[4]) ; et « respecter l'intégrité des originaux lorsqu'ils exécutent des répliques, des reproductions ou des copies d'articles de la collection » (article 4[7])¹⁶. L'article 6, aux alinéas 5 et 7, stipule également que les acquisitions auprès d'une « communauté existante [...] ne doivent s'effectuer que sur la base d'un accord éclairé et mutuel, sans exploitation du propriétaire

16. L'emploi du terme « intégrité » renvoie en partie à la loi sur le droit d'auteur. Par exemple, la loi internationale sur le droit d'auteur permet à un auteur de « s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification, ou autre action désobligeante en relation avec ledit travail, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation » (OMPI 1979).

ni des informateurs», et que leur usage au musée «doit respecter les principes de dignité humaine ainsi que les traditions et les cultures de la communauté d'origine». Ce qui constitue une «communauté existante», cependant, reste flou.

Les principes de l'ICOM et du Groupe de travail font également une distinction entre le partage des informations et le fait de faciliter l'accès à l'information par le biais de rapatriements et de mise en ligne de ressources, le premier n'étant pas considéré comme un substitut du second, particulièrement en ce qui concerne les restes humains, les objets sacrés ou rituels et le matériel ayant une importance historique, traditionnelle ou culturelle de longue date (Erasmus *et al.* 1994 : 9 ; ICOM 2007 : Res. n° 3). Bien que les «archives numériques procurent de nouvelles possibilités d'accès à des collections auparavant inaccessibles, en particulier aux communautés traditionnelles et autochtones d'où proviennent ces objets» (Torsen et Anderson 2010 : 73), elles peuvent également, comme nous le verrons ci-dessous, contrarier certaines communautés qui souhaitent conserver des protocoles culturels traditionnels s'appliquant à la visibilité, à la circulation et à la reproduction de leur matériel culturel en raison de l'application de la loi sur le droit d'auteur (*ibid.*).

Politiques et programmes réactifs

Les plus grands musées canadiens mettent en œuvre ces normes éthiques au moyen d'une seule, ou d'une combinaison de ces trois façons de faire : des politiques de portée générale concernant l'implication des peuples autochtones dans la gouvernance muséale et la gestion des collections ; les politiques de rapatriement ; et des politiques ou des accords relatifs à certaines formes de propriété ou de projets au cas par cas. Par exemple, dans le cas du *Portail du patrimoine autochtone* (MCC n.d.), sélection de matériel numérique des collections du Musée canadien de l'Histoire qui documente «l'histoire et les cultures des peuples autochtones du Canada» : «n'y figureront pas des images d'objets ou documents considérés privés ou sacrés» pour les communautés d'origine¹⁷. Dans le cadre de sa politique de rapatriement, le Musée canadien de l'Histoire fournira également une copie de tous les documents scientifiques publics, enregistrements visuels et autres, liés aux objets rapatriés ayant fait l'objet d'une revendication autochtone, mais lorsque ces enregistrements «sont régis par des accords préexistants avec des tierces parties, ils seront soumis à ces accords ainsi qu'à la loi canadienne sur le droit d'auteur» (MCC 2011 : article 6[4]). La section sur les «Droits et permissions» du site Internet précise en outre que les personnes qui désirent «utiliser, reproduire ou transmettre une image, texte ou tout extrait des collections pour des fins autres que l'usage personnel ou fins de recherche (par exemple dans un livre, brochure, CD ou DVD, film ou vidéo, site web, affiche, exposition, etc.)» ou pour toute autre finalité que celles

17. Musée canadien des civilisations, devenu entretemps Musée canadien de l'Histoire, *Portail du patrimoine autochtone*, n.p.

autorisées, doivent obtenir la permission écrite du Musée canadien de l'Histoire et que « lorsque les droits d'auteur sur une œuvre ne sont pas entièrement détenus par le Musée, l'utilisateur devra obtenir la permission écrite du titulaire des droits » (MCC, « Droits et permissions »). Ces stipulations attestent que le Musée canadien de l'Histoire s'efforce de respecter le droit coutumier des communautés autochtones en ce qui concerne l'accès à l'information et son usage, mais également que ces mesures sont contenues par les lois canadiennes sur les contrats et le droit d'auteur.

Beaucoup d'autres problèmes de contrôle et d'accès à l'information apparaissent au moment de créer des collections numériques, outre ceux inhérents à la conciliation des restrictions potentielles et des droits d'accès stipulés par les lois autochtones et canadiennes. Parmi ceux-ci, on compte : la conservation physique appropriée de l'information ; la catégorisation et le catalogage du savoir ; la protection contre des risques réels ou ressentis d'usage improprie, d'appropriation abusive ou de dégradation, qui peuvent, ou non, inclure l'exploitation commerciale ou le fait de porter atteinte à l'intégrité de l'information ; et la capacité des conservateurs de compléter ou corriger une entrée de catalogue. Ce dernier point traduit l'inquiétude de voir se diffuser une information inexacte dans une population, ou que l'information ne soit pas partagée comme elle aurait dû l'être (Stevenson 2012). La numérisation donne les moyens de résoudre ce problème en partenariat avec les peuples autochtones. Il n'est donc pas étonnant que la clé du succès de tels processus réside en la possibilité de rectifier des informations erronées.

Si, parmi ces objectifs, figure la volonté de rendre le matériel numérique plus accessible aux peuples autochtones et de procurer aux communautés d'origine un plus grand contrôle du matériel téléchargé, il est important également que l'information soit organisée de manière à être compréhensible pour eux. Par exemple, un objet peut prendre davantage de sens si on le place dans le contexte d'une légende ou d'une cérémonie plutôt que dans une catégorie de « semblables » (comme par exemple « tous les masques », ou « toutes les chansons ») (Powell 2007 : 167). Ainsi que l'explique Larissa Grant, membre de la Première Nation Musqueam à l'occasion d'un colloque :

[U]n document, un témoignage, un panier, un masque ou une couverture ne signifient pas forcément la même chose pour quelqu'un d'autre que pour nous, les Musqueam, ou quelqu'un d'autre dans une autre communauté des Premières Nations. Les protocoles culturels varient et peuvent être différents d'une Première Nation à l'autre.

Grant 2012

Le Reciprocal Research Network (RRN), dont beaucoup de musées canadiens sont partenaires, représente un modèle pour ce qui est de la prise en compte de cette diversité. Le RRN est un outil en ligne développé conjointement par la Bande Musqueam, le Conseil tribal de la nation Stó:lō, l'Association

culturelle U'mista et le Musée d'anthropologie de l'Université de Colombie-Britannique « pour faciliter des recherches en collaboration et dans la réciprocité au sujet du patrimoine culturel de la Côte nord-ouest de la Colombie-Britannique » (Reciprocal Research Network)¹⁸. Le RRN contient des documents d'archives, des photographies, des images d'objets conservés dans les collections, et d'autres informations provenant de quinze institutions canadiennes, et il permet aux usagers de « créer leurs propres collections, de collaborer à des projets conjoints, d'enregistrer des contes, de télécharger des fichiers, de participer à des discussions, de faire des recherches dans les collections muséales et de créer des réseaux sociaux » (Reciprocal Research Network). Il est né d'un travail de collaboration, les Premières Nations ayant été impliquées dans les prises de décision depuis le début (par exemple, sur la façon de communiquer des informations manquantes ou des informations associées, les Premières Nations ayant défini les protocoles de niveaux d'accès pour les familles, les membres des communautés, les chercheurs et les institutions). Les communautés et les individus ont la possibilité de partager des informations culturelles, mais n'ont encore qu'un accès limité au matériel sensible, car le visionnement de certaines images et de certaines informations n'est autorisé qu'à certaines personnes (Woolman 2012). Les informations inexacts peuvent être rectifiées grâce à la possibilité de télécharger des fichiers et à une communication continue entre les partenaires.

Mukurtu (Mukurtu CMS) est un autre projet intéressant, né au centre de l'Australie, qui utilise les outils de la propriété intellectuelle pour mettre en œuvre une politique ; il s'agit d'un système visant la gestion, la conservation et la protection du savoir traditionnel autochtone. Outre un accès multi-niveaux et des systèmes de référencement, le site teste actuellement un système d'archivage de licences du nom de Traditional Knowledge Access and Uses, Licenses and Labels (Mukurtu TK Licenses and Labels¹⁹). Ces licences fonctionnent en conjonction avec un système d'homologation et de droit d'auteur existant, Creative Commons²⁰, pour définir la façon d'utiliser du matériel associé à un archivage numérique. Par exemple, le droit d'auteur confère à l'auteur d'une œuvre les droits de reproduction, d'adaptation, de distribution et de communication, de représentation publique, de location ou de prêt, et le droit d'autoriser ces activités par le biais des licences. Les détenteurs de droits d'auteur peuvent permettre aux Creative Commons de conférer une licence gratuite à leurs œuvres (par exemple pour le public ou pour les musées), en stipulant quels droits ils souhaitent conserver et à quels droits ils acceptent de renoncer. Des restrictions peuvent éventuellement s'appliquer : par exemple, les usagers doivent mentionner le nom de l'auteur, partager leur travail de la même manière, ne pas fabriquer de produits dérivés de l'œuvre et en faire un usage non commercial. Certains juristes sont d'avis que le

18. Voir son site Internet (<http://rrncommunity.org>), consulté le 11 janvier 2014.

19. Voir en ligne (<http://www.mukurtu.org/content/tk-licenses-and-labels>), consulté le 11 janvier 2014.

20. Voir en ligne (<http://creativecommons.org/>), consulté le 11 janvier 2014.

fait d'étendre le système de licences des Creative Commons pour englober les «licences spécifiques du savoir autochtone» est généralement avantageux parce que les accords de licences peuvent s'élaborer d'une manière culturellement appropriée pour répondre directement aux préoccupations et aux points de vue des Autochtones (Anderson 2010: [3.3.2.4-3.3.2.5]). Plus récemment, une plateforme devant abriter ces Mukurtu de l'extérieur a également été créée pour tester différentes options en fonction de l'attribution des licences des Creative Commons et du droit d'auteur (voir Anderson 2012; Christen 2012; Local Contexts²¹).

Respecter les réglementations qui s'appliquent aux expositions et à l'accès se complique encore du fait que le droit coutumier autochtone, comme la législation canadienne, est dynamique et change en même temps que la technologie, les mœurs et les interactions avec les gens qu'il sert. Les musées, en tant qu'incarnations de nos idées et de nos idéaux, sont également soumis au changement. On peut mentionner pour exemple la récente décision du Musée d'anthropologie et de la bande Musqueam du Grand Vancouver au sujet de l'exposition des objets de danse d'hiver des Salish de la Côte. En tant que partie d'un plus grand projet de «Partenariat entre peuples», le «Visible Storage» («Réserves visibles»), qui est à présent le «Multiversity/Ways of Knowing Galleries» (Multiversité/Moyens de connaître les musées), a été reconceptualisé et rénové. Ann Stevenson, lors de la récente conférence de la Fédération internationale des associations de bibliothèques, a expliqué quelles étaient les normes éthiques adoptées par le Musée d'anthropologie.

De quelle façon un musée peut-il entamer le processus de respect du savoir autochtone? Je crois que cela commence par comprendre la raison pour laquelle les peuples autochtones se montrent très critiques devant les pratiques muséales traditionnelles. Cela exige des professionnels des musées qu'ils examinent de manière critique la tradition du savoir sur laquelle se fonde notre discipline occidentale... et cela signifie également pour nous, au Musée d'anthropologie, que nous regardions les pratiques et la pensée anthropologiques du XX^e siècle. Cela exige de nous l'adoption de processus et de protocoles qui soient respectueux des systèmes de savoir et de pratique culturels des Autochtones. Peut-être plus important encore, cela exige l'instauration et l'entretien de relations qui, grâce au dialogue et au travail commun, pourront instaurer une plus grande compréhension, que nous pourrions transposer en pratique, y compris de la façon dont nous concevons les technologies que nous élaborons et auxquelles nous sommes favorables.

Stevenson 2012

En fin de compte, cela signifie que :

Les communautés ont travaillé de concert avec les conservateurs et ont décidé quels objets de leurs territoires seraient exposés, et ce qu'elles ne

21. Voir le site (www.localcontexts.org), consulté le 4 janvier 2014.

voulaient pas voir exposé, comment ils devraient être organisés et montés, et également quels étaient les objets additionnels qu’elles souhaitaient voir là.

Stevenson 2012

Les objets de la danse d’hiver servent à purifier, et on les utilise dans des danses à l’occasion de mariages, d’arrivée à la puberté des filles, de funérailles et de commémorations. « Les masques et la chanson qui accompagne la cérémonie se transmettent en une succession familiale et ne peuvent être utilisés que par ces familles » (Stevenson 2012). Par conséquent, ces objets ont été enlevés. À leur place se trouvent des images aux contours flous et un commentaire expliquant au public le raisonnement à l’arrière-plan de cette présentation.

Le désir de respecter les lois autochtones n’est pas particulier aux musées canadiens. Par exemple, une approche répondant aux préoccupations au sujet du patrimoine immatériel au moyen de cadres politiques et de gouvernance visant plus généralement les relations entre Autochtones et musées a été adoptée par le musée néozélandais Te Papa Tongarewa (Te Papa). D’après les statuts qui le régissent, le Conseil d’administration doit :

[S]’efforcer de s’assurer que le musée exprime et reconnaît à la fois le *mana* [autorité ou pouvoir] et la signification des grandes traditions et des grands patrimoines culturels des Māori, des Européens et autres, et que le musée procure à toutes ces cultures les moyens de contribuer effectivement au musée en tant qu’affirmation de l’identité néozélandaise.

The Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa Act 1992, article 8(b)

Il n’existe pas d’exigence légale que les Māori soient représentés au Conseil d’administration (qui dépend de la Couronne) ni de mention du traité de Waitangi signé par la Couronne britannique et les chefs māori en 1840. Néanmoins, le conseil d’administration a compté au moins deux membres māori (sur huit) depuis sa fondation (Te Papa National Services 2011 : 41). Les lignes directrices de la gouvernance du musée mentionnent également expressément le traité de Waitangi et admettent les principes du partenariat, de la protection et de la participation, en reconnaissant qu’il existe « une responsabilité morale et professionnelle d’assurer l’inclusion des Māori et la réceptivité vis-à-vis d’eux à travers la gestion, les politiques, les pratiques et les opérations du musée » (Te Papa National Services 2011 : 2). On pense que l’inclusion des Māori au niveau de la gouvernance permet de meilleures relations entre le musée et les tribus ; accroît l’efficacité de la communication entre eux ; assure l’élaboration de politiques appropriées dans tous les domaines d’activité du musée, surtout en ce qui concerne l’attention portée au *taonga* (défini ci-dessous) et à son usage ; assure que la pratique muséale s’accorde avec le droit coutumier māori ; assure que les représentations des Māori ne sont pas coupées des réalités contemporaines ; et renforce la communication et la compréhension interculturelles (Te Papa National Services 2011 : 43).

Au niveau opérationnel, les *iwi* (tribus) s'impliquent dans l'interprétation, l'exposition et la protection du *taonga*, y compris du patrimoine immatériel (Te Papa National Services 2011 : 1). L'une des trois philosophies essentielles du Te Papa est le *mana taonga*, lequel

[R]econnaît que le *taonga*, qui comprend les objets, les récits, les langages, ainsi que toutes les formes d'expression culturelle, a un *mana* ; que le *taonga* entretient des relations *whakapapa* [ancestrales] avec les communautés sources, ainsi que des liens avec l'environnement, les gens et les lieux. Le *mana taonga* reconnaît l'autorité que confèrent ces relations et les valeurs spirituelles innées qui lui sont associées. Dans le respect et l'expression du savoir, de la vision du monde et des systèmes d'apprentissage parmi lesquels le *mātauranga māori* – les conceptions, les explications et les perspectives de la nature du monde, telles que le savent et le transmettent les Māori –, est une dimension importante du *mana taonga*. Il s'agit d'un principe qui confère des pouvoirs en permettant à Te Papa de reconnaître la richesse de la diversité culturelle et de concevoir et diffuser des modèles de coopération, de collaboration et de co-création qui partagent l'autorité et le contrôle avec les *iwi* et les communautés, tout en reconnaissant, embrassant et représentant la démographie changeante d'Aotearoa, ou Nouvelle-Zélande.

Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa 2012 : 9

Développements internationaux

Différents organismes gouvernementaux et non gouvernementaux ont exploré l'interface de la loi sur la propriété intellectuelle et le patrimoine immatériel au niveau international. Le cadre qui émerge a cinq composantes clés : les initiatives de l'UNESCO de sauvegarder le patrimoine culturel immatériel ; la *Convention de 1992 sur la diversité biologique* (ONU 1992) ; les recherches et les réformes effectuées par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ; les traités et conventions relatifs à la propriété intellectuelle au niveau international ; et la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (AGNU 2007). Dans certains cas, la *Convention de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (Unesco 2003) fait un lien entre la protection du patrimoine immatériel et les droits humains, incluant, dans son insistance sur la diversité culturelle, la durabilité, la liberté d'association, la religion et la vie privée. Elle prévoit la protection par le biais de la création d'inventaires nationaux, d'enseignement, de construction des capacités, et procure un soutien à ces mesures. Cependant, elle ne crée pas d'obligations légales particulières, ni n'élucide les cas où la loi sur la propriété intellectuelle et les lois autochtones se chevauchent, ni ne protège le patrimoine immatériel de l'État d'où il est originaire. C'est l'État qui décide « ce qui constitue le patrimoine immatériel et ce qui mérite d'être protégé » (Lixinski 2013 : 52). Néanmoins, les communautés locales ont la possibilité d'initier des activités de protection, et doivent être

consultées au sujet des décisions de faire l'inventaire du patrimoine immatériel ; et le consentement libre, préalable, et en toute connaissance de cause des communautés concernées, des groupes et des individus est exigé.

La *Convention sur la diversité biologique* (ONU 1992) est un traité multilatéral signé par 190 États, dont le Canada. Elle a été rédigée en réponse aux exigences des pays en développement de bénéficier du développement économique des nations européennes occidentales. Bien qu'elle puisse servir aux gouvernements de « plateforme pour inclure des communautés locales et autochtones dans des stratégies de protection du savoir traditionnel au moyen de stratégies légales et autres – y compris le respect du droit coutumier autochtone » (Nafziger *et al.* 2010 : 618), elle a eu peu d'effets concrets jusqu'ici (Stoll et von Hahn 2008 : 33). Son article 8(j), en particulier, oblige les parties à trouver un moyen

[D]e respecter, conserver et entretenir le savoir, les innovations et les pratiques des communautés autochtones [...], de promouvoir un élargissement de son usage et de son application avec l'approbation et l'implication des détenteurs de tels savoirs, innovations et pratiques, et d'encourager le partage équitable des bénéfices provenant de l'usage de ces ressources.

Convention sur la diversité biologique 8(j)

Depuis plus de trente ans maintenant, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a également mené des recherches internationales de grande ampleur sur les formes de propriété et de pratiques entourant la propriété intellectuelle et le patrimoine immatériel autochtone. Elle est actuellement engagée dans des négociations pour aboutir à des conventions sur l'expression culturelle traditionnelle, le savoir traditionnel et les ressources génétiques, mais il reste des divergences quant à l'étendue de la protection qu'elle peut apporter. Bien que de l'information et des outils aient été développés pour aider les peuples autochtones à utiliser les cadres juridiques existants, il y a eu peu de réformes de la propriété intellectuelle au niveau international et aucune ne s'est produite au Canada. Seules quelques nations ont créé un régime unique de la propriété intellectuelle, comme la Bolivie, qui investit, au niveau de l'État, diverses formes de patrimoine immatériel de droits de propriété et qui exige le respect du droit coutumier de la communauté affectée par des causes commerciales et non commerciales (Lixinski 2013 : 122) ; ainsi que le Panama, qui respecte également les lois autochtones, mais attribue « des droits exclusifs, collectifs et perpétuels » aux communautés autochtones d'origine (*ibid.* : 123). Comme au Canada, la plupart des réponses nationales ont été apportées au niveau politique.

En général, l'OMPI a pour politique de souligner le besoin d'atteindre un équilibre entre les besoins des peuples et des créateurs autochtones, et les chercheurs et le grand public (Pantalony 2007 : 29). Cependant, le processus de réforme de la loi internationale et nationale a été ralenti pour de nombreuses raisons. Une partie des difficultés réside dans le fait qu'un grand pan du patrimoine immatériel autochtone que l'on pourrait croire protégé échappe au

cadre de la loi. Certains également considèrent que le changement est contraire à la liberté d'expression et aux intérêts commerciaux (Nafziger *et al.* 2010 : 615). Les juristes et les décideurs politiques approchent généralement la coexistence de différents intérêts et différents ordres juridiques dans l'optique d'un maintien des intérêts économiques et publics sous le régime actuel de la propriété intellectuelle, qu'ils privilégient. Il est souvent difficile de concilier les raisons d'être du libre marché avec les objectifs de protection des peuples autochtones, en particulier en ce qui concerne l'information que l'on considère comme faisant déjà partie du domaine public. En outre, le processus de rédaction législative et de décision politique implique de nombreux acteurs, y compris les gouvernements des États nations ; l'industrie ; les mouvements sociaux autochtones régionaux, nationaux et internationaux ; de multiples ONG, agences de développement et institutions ; des institutions multilatérales telles que l'UNESCO, l'OMPI et le Forum permanent des Nations Unies sur les questions autochtones ; et les traités internationaux au sujet de la propriété intellectuelle, que nous présentons ci-dessous.

Plus que dans les réformes de lois contraignantes, l'espoir réside sans doute dans le travail politique collaboratif d'organisations internationales telles que l'ICOM, l'UNESCO et l'OMPI. Par exemple, en 2007, la résolution de l'assemblée générale de l'ICOM a traité de la question de la propriété intellectuelle et du patrimoine immatériel autochtones dans les musées, en partant de la prémisse que les musées, en tant que détenteurs ou gestionnaires de certains droits de propriété intellectuelle, ont nécessairement besoin de travailler en étroite relation avec l'OMPI (ICOM 2007). Par conséquent, l'assemblée générale de l'ICOM a résolu :

[D]e soutenir les efforts déployés par l'OMPI et d'autres organisations en vue de développer et de mettre en vigueur une nouvelle Convention de l'OMPI et d'autres conventions visant à assurer la protection des droits moraux collectifs des auteurs, des héritiers, des passeurs et des acteurs des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels du monde.

ICOM 2007 n.p.

Ces développements ont abouti en 2011 au lancement conjoint par l'ICOM et l'OMPI d'un programme de médiation pour régler les différends sur les plans artistique et culturel, y compris à l'égard du savoir traditionnel, des expressions culturelles, de la numérisation du patrimoine culturel et du droit d'auteur (ICOM 2011).

Loi sur le droit d'auteur

Même lorsque les parties en présence cherchent à éviter l'application de la loi sur la propriété, cela n'est pas toujours possible. Nous prenons la loi sur le droit d'auteur à titre d'exemple du fait qu'elle est impliquée dans toutes les politiques et tous les programmes que nous avons évoqués. Les questions clés qu'il faut aborder pour pouvoir les faire fonctionner sont : 1) le droit d'auteur subsiste-t-il

dans le matériel qui incarne le savoir traditionnel affecté par la politique ? 2) Qui possède le droit d'auteur ? 3) L'action envisagée fait-elle partie des exceptions au droit d'auteur ? 4) Existe-t-il une autre loi qui procurerait au grand public un droit d'accès au matériel tangible ou intangible des collections muséales ?

Le droit d'auteur s'applique si le matériel considéré est une « œuvre » au sens que lui donne la loi nationale sur le droit d'auteur²². D'après la loi canadienne, le droit d'auteur peut subsister dans les œuvres littéraires, théâtrales, musicales et artistiques (Gouv. du Canada 1985a: *Loi sur le droit d'auteur*, articles 2, 5). Cela comprend les peintures, les gravures, les sculptures, les lettres et les histoires couchées par écrit. La question de savoir si une œuvre est encore soumise au droit d'auteur est plus compliquée, car cela dépend de l'identité de l'auteur, de savoir s'il est encore en vie et du pays où se trouve l'œuvre. Cependant, la durée du droit d'auteur est en général la durée de la vie de l'auteur plus un certain temps (par exemple, cinquante ans au Canada)²³. Si l'œuvre est encore soumise au droit d'auteur, un musée peut se voir obligé de demander une autorisation avant d'entreprendre une action soumise à la protection du droit d'auteur, comme la reproduction numérique, à moins que l'action envisagée ne relève d'une exception à l'infraction de la loi sur le droit d'auteur ou ne constitue « une œuvre originale », telle que la définit la législation et dont nous discutons ci-après.

Selon la Loi sur le droit d'auteur, le premier propriétaire d'une œuvre est son créateur ou « auteur ». Il n'est pas toujours facile d'identifier l'auteur d'une œuvre (Anderson 2005b: 86-87; Hudson et Kenyon 2007: 25, 39-40 et 42). Par exemple, il est possible de savoir en toute certitude qu'une chanson provient d'une certaine communauté autochtone, ou d'une certaine famille au sein de cette dernière, mais cela ne suffit pas à identifier un « auteur » (Torsen et Anderson 2010: 34-35; Zografos 2010: 4). Bien que la loi sur le droit d'auteur puisse prendre en compte de multiples auteurs individuels, elle ne reconnaît pas la création commune (*Bulun Bulun and Anor v R&T Textiles Pty Ltd*)²⁴. En outre, le droit d'auteur s'applique au Canada et dans beaucoup d'autres pays lorsque l'œuvre est fixée sur un support: par exemple, lorsqu'une chanson est notée sur une partition, qu'elle a été enregistrée ou autre. Lorsque cela a été fait par quelqu'un d'extérieur à une communauté autochtone, c'est cette personne qui

22. Voir aussi la définition des « œuvres littéraires et artistiques » dans la *Convention de Berne* (OMPI 1979: article 2 bis).

23. L'article 7(1) de la *Convention de Berne* (OMPI 1979) stipule que le terme doit être au moins la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans. Dans certains pays comme l'Australie et les États-Unis, le droit d'auteur s'applique durant la vie de l'auteur plus soixante-dix ans, comme dans les pays de l'Union européenne. Des changements à la législation compliquent encore le fait de savoir si le droit d'auteur continue de s'appliquer ou non; voir par exemple la situation aux États-Unis dans Marano et DeAngelis (2012: 169-176).

24. Les « œuvres orphelines », que l'on définit généralement comme étant des œuvres sans auteurs connus (voir *Convention de Berne*, article 15 [4a]), soulèvent encore d'autres complications, qui dépassent le propos de cet article.

détient la première propriété de la partition ou de l'enregistrement ainsi que le droit de contrôler sa reproduction ou les autres revenus du droit d'auteur, et cela sans égard pour la personne qui a créé la chanson ou qui détient physiquement l'enregistrement ou la partition. Par exemple, un musée ou des archives peuvent contrôler l'accès physique à l'enregistrement, mais ne peuvent pas en faire de copie à moins que 1) les droits ne leur aient été transférés, 2) que les droits d'auteur aient expiré ou qu'ils ne se soient pas appliqués en premier lieu, ou 3) que l'œuvre tombe sous le coup d'une exemption du droit d'auteur précisé dans la législation nationale. Les œuvres relevant du patrimoine immatériel qui se trouvent dans les musées canadiens ayant été dans leur grande partie enregistrées par des personnes de l'extérieur (Anderson 2005b: 87), l'application du droit d'auteur et des autres lois canadiennes relatives à la propriété signifie que les peuples autochtones ne peuvent plus exercer leur contrôle sur de nombreuses photographies, notes de recherche, enregistrements audio et/ou vidéo, numériques ou autres qui en ont été faits²⁵.

Étant donné que les musées sont liés par la loi sur le droit d'auteur, il est fréquent, dans le cas des politiques de numérisation des collections, que ces derniers mentionnent que le droit d'usage et de reproduction de l'information contenue dans leurs collections est soumis à la *Loi sur les contrats* et à la *Loi sur le droit d'auteur* (Gouv. du Canada 1985a). Cela est important parce que, par exemple, certains détenteurs de droits d'auteur ont refusé l'accès et la reproduction d'informations à des membres de familles ou de communautés concernées par ces données provenant d'aînés ou d'autres membres des communautés autochtones²⁶. Certains musées assument également par erreur qu'ils détiennent des droits d'auteur alors que ce n'est pas le cas. Par exemple, la loi sur le droit d'auteur peut entraver la possibilité, pour un musée, de négocier l'accès et le contrôle des images et des informations numériques créées à partir de collections autochtones. Il existe un certain débat au sujet des « nouveaux droits de propriété » créés par les photographies, les images numériques ou les enregistrements d'images, d'informations ou d'objets conservés dans les collections muséales ou autres. De tels enregistrements peuvent enfreindre les droits de reproduction du détenteur premier de l'œuvre, à moins de pouvoir être définis comme « œuvres originales ». Au Canada, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et en Australie, cela signifie qu'ils ne peuvent être copiés d'une autre œuvre, mais devraient être produits par l'auteur lui-même (*University of London Press v University Tutorial Press* 1916). Pour être des « œuvres », ces enregistrements doivent pouvoir attester de suffisamment de talent, de jugement ou de travail, comme dans le positionnement de l'objet, l'éclairage ou le cadrage (*Antiquesportfolio.com Plc v Rodney Fitch*

25. Les clauses portant sur les copies d'enregistrements audio ou vidéo (comme ceux d'histoires orales) et sur les lettres et papiers personnels soulèvent également des questions relevant de la loi sur la vie privée; voir par exemple Pantalony (2007: 25-26); Corbett (2011: 23-24, 34); Marano et DeAngelis (2012: 227-230).

26. Voir par exemple Anderson (2005a: 25-28); Pantalony (2007: 8).

& Co Ltd 2001). Nul doute que la photographie, la reproduction numérique ou les autres procédés mécaniques visant à produire une exacte reproduction de l'artéfact considéré ou les autres enregistrements écrits, audio ou autres ne font que produire des copies – par exemple, les photographies ou les scans numériques ne sont que de simples reproductions, et non des «œuvres originales» (*The Bridgeman Art Library v Corel Corp.* 1998)²⁷. La façon dont la loi s'applique dans ce cas n'est pas claire. Cependant, même si un musée détient les droits d'auteur sur les numérisations, la négociation ou l'attribution du contrôle de ces dernières avec les peuples autochtones concernés ne leur confère pas, à moins d'éléments supplémentaires, davantage de droits d'accès ou de contrôle des objets ou enregistrements originaux.

Il existe également des exceptions à la loi sur le droit d'auteur (les «usages autorisés» tels que la reproduction pour étude à titre privé) qui facilitent l'accès aux œuvres soumises au droit d'auteur par les Autochtones (par exemple, en fournissant la copie numérisée d'un manuscrit). Les mêmes exemptions peuvent travailler à l'encontre des objectifs des Autochtones cherchant à restreindre la reproduction et d'autres formes d'accès à des informations sensibles. Par exemple, la plupart des États (y compris le Canada) autorisent la reproduction pour des recherches universitaires ou des études privées, à des fins de critique ou d'analyse, ou à des fins pédagogiques ou d'enseignement (*Loi sur le droit d'auteur* 1985: article 29). En temps normal, la signification de la «pratique équitable» est une question de proportion: ainsi, photocopier l'intégralité d'un article de journal relève de la «pratique équitable», mais pas la photocopie du journal en entier; il en est de même dans le cas de la photocopie d'un chapitre entier d'un livre, mais pas du livre en entier – tout cela dépendant des circonstances. Mais ce que signifie la «pratique équitable» dans le cas des peuples autochtones et des musées n'a pas vraiment été abordé (Anderson 2005b: 28).

Le Canada, comme d'autres pays, a admis certaines exemptions spécifiques du droit d'auteur s'appliquant aux musées, aux bibliothèques et aux archives, ces derniers ayant la possibilité de procéder à des reproductions ou à d'autres pratiques soumises au droit d'auteur, pour autant qu'un usage prohibé par ailleurs (comme effectuer une reproduction numérique d'une photographie encore soumise au droit d'auteur) ne leur procure pas d'avantages économiques ou

27. Ce cas a statué que les photographies cherchant à reproduire des peintures avec une fidélité absolue n'étaient pas des œuvres originales, mais de simples «copies serviles»; voir aussi *Interlego AG v Tyco Industries Inc.* (1988, 3All ER 949: 971, 972). Le juge Lord Oliver avait affirmé incidemment que «le talent, le travail et le jugement qui interviennent à peine dans le procédé de la copie ne peuvent conférer de l'originalité, [...] [à peine] quelques éléments matériels d'altération ou d'embellissement». Interlego soutenait que les photographies en 3D d'objets auraient dû bénéficier du droit d'auteur. Les cas de *Bridgeman* et d'*Interlego* ne sont pas directement comparables, parce que les formes artistiques en 3D exigent davantage de «talent, travail et jugement» que la photographie; voir Marano et DeAngelis (2012: 192-193).

commerciaux indirects (*Loi sur le droit d'auteur* 1985 : article 2, et 30[1]-30[5]). Bien que l'on puisse s'interroger sur l'intention exacte qui a présidé à de telles exemptions dans la loi internationale, il n'existe aucune controverse quant à leur existence, ces exemptions paraissant généralement acceptées dans le monde occidental comme des exceptions autorisées et souhaitables aux infractions au droit d'auteur. Les lois nationales varient quant au cas des musées qui peuvent réaliser des copies d'œuvres pour eux-mêmes à des fins autres que celle de la conservation (Lucas-Schloetter 2011 : 162-164). La loi canadienne autorise la fabrication d'une copie si l'œuvre originale est dans un format obsolète, à des fins d'archivage et de catalogage interne et à des fins d'assurance (*Loi sur le droit d'auteur* 1985 : article 30[1c-e])²⁸.

Les exemptions à la loi sur le droit d'auteur nous fournissent un exemple de la façon dont la loi internationale peut restreindre les réformes nationales dans ce domaine. Ces exemptions avaient été négociées et admises par le Canada dans le cadre de la *Convention de Berne* et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC, voir OMC 1994). Ces accords internationaux limitent également leur application et empêchent de créer de nouvelles exceptions à la loi (qui permettraient par exemple davantage de réactivité devant les préoccupations entourant le savoir traditionnel). Néanmoins, un musée peut choisir de ne pas mettre de copies, numériques ou autres, à la disposition du public, même si cette activité relève d'une exemption autorisée à la loi sur le droit d'auteur. Par exemple, dans le cas où une tierce partie détient le droit d'auteur, les musées et les archives ont l'autorisation d'en faire des copies pour les personnes désireuses d'utiliser ces œuvres pour des recherches ou des études à titre privé, pour l'enseignement ou pour tout autre usage admis (*Loi sur le droit d'auteur* 1985 : article 30[2]). La loi sur le droit d'auteur ne les contraint pas à le faire, mais s'ils le font, cela ne constitue pas une infraction à la loi. De même, si un musée est le détenteur du droit d'auteur, il n'est soumis à aucune obligation de laisser d'autres personnes en faire un usage autorisé, à moins que la loi canadienne ou qu'une autre politique muséale applicable ne l'y contraigne.

C'est au sein de cet espace créé par les définitions, les usages autorisés, les œuvres originales et l'absence de contrainte réelle de reproduire le matériel que les musées ont le champ quelque peu libre pour créer et négocier différents niveaux d'accès aux collections numériques ainsi que pour prendre des décisions au sujet des autres usages qui pourraient tomber sous le coup des activités protégées par le droit d'auteur. Mais le fait de procéder à certaines restrictions peut susciter la controverse lorsque cela concerne des œuvres conservées par des institutions financées par des fonds publics (Marano et DeAngelis 2012 : 215), pour diverses raisons, y compris lorsque des membres du public peuvent exercer un droit d'accès aux œuvres non protégées par le droit d'auteur et qui

28. L'Australie autorise également les copies à des fins administratives (*Copyright Act* 1968 [Cth] : art. 51[A2-3]).

appartiennent par conséquent au « domaine public » (par exemple, l'information historique contenue dans des peintures, des écrits ou des enregistrements d'auteurs à présent décédés pour qui le droit d'auteur a expiré). Il n'existe pas, dans la loi internationale ou nationale, de protection explicite du droit de reproduction et d'usage de l'information dans le domaine public (Corbett et Boddington 2011 : 13); elle n'existe qu'implicitement dans la théorie qui sous-tend la loi sur le droit d'auteur. Cependant, la Cour suprême du Canada a indiqué que les actions autorisées par la loi sur le droit d'auteur peuvent donner lieu à des « droits d'usagers » applicables dans certaines circonstances²⁹. Comme nous l'avons vu plus haut, l'accès à l'information et la législation relative à la vie privée peuvent également s'appliquer à un musée. Les mandats qu'ont reçus les musées publics d'accroître l'accès et la pédagogie du grand public viennent encore complexifier cette situation.

Les musées peuvent autoriser l'accès aux expositions tout en interdisant la reproduction (photographique ou filmique), et indiquer ces restrictions au moyen d'une signalisation ou d'une étiquette. De même, les visiteurs des sites Internet des musées peuvent se voir demander de certifier qu'ils ne copieront aucun contenu avant d'être autorisés à consulter les bibliothèques en ligne. En entrant dans de telles expositions, ou en acceptant les termes et conditions des sites Internet, les visiteurs s'engagent eux-mêmes à se priver des droits d'usage autorisés des œuvres non soumises au droit d'auteur appartenant au domaine public. Il existe une présomption que de tels contrats puissent être légalement exécutoires (Corbett et Boddington 2011 : 12). Cependant, cela n'est pas clair. De tels contrats pourraient être contestés sur la base que : 1) ils outrepassent les exemptions explicitement stipulées par la loi sur le droit d'auteur (*ibid.* : 14); et 2) ils contredisent un principe fondamental de la loi sur le droit d'auteur selon lequel celui-ci ne s'applique plus dans le cas de la gratuité ou du libre usage d'un service public, en tant que contrepartie de la protection du droit d'auteur. Les exceptions aux infractions ont été rédigées pour équilibrer les droits des propriétaires et des usagers (Burrell et Coleman 2005 : 67-70).

Conclusion

Les restrictions et les problèmes potentiels qui résident dans l'application de la législation relative à la propriété intellectuelle au patrimoine immatériel autochtone ont suscité des appels, tant au niveau international que national, pour que la loi sur la propriété intellectuelle devienne plus réceptive aux lois et intérêts autochtones en matière de patrimoine immatériel. Les principes de raisonnement qui sont à la base de la loi canadienne sur la propriété intellectuelle (incitant

29. Cela se trouvait dans cinq jugements liés et prononcés au même moment, parmi lesquels le plus pertinent dans ce contexte est *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Bell Canada* 2012 : par. 11, 15, 27, confirmant le jugement *CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada* 2004 : par. 48, 51.

à la créativité, promouvant l'invention et l'innovation et protégeant les droits naturels) entrent en conflit avec les raisons d'être et les formes de protection et de contrôle que les peuples autochtones cherchent à obtenir sur le savoir autochtone. Cela a suscité une volonté de procéder à une approche nationale et internationale qui tienne compte de cette singularité. Au niveau international circulent plusieurs propositions de textes de loi (OMPI CI, Secrétariat 2011, 2012a, 2012b). Ce processus s'étend sur plusieurs années, en grande partie parce que les divers États ne s'accordent pas sur leur contenu, qui a constamment changé, et parfois radicalement, au cours des négociations. Parmi les facteurs qui influencent ces changements, il y a le fait que les préoccupations des diverses communautés autochtones («traditionnelles») ne sont pas les mêmes (Dutfield 2005 : 519), et que les États nations sont incapables de s'entendre sur le niveau de contrôle qui pourrait être accordé aux Autochtones. Ainsi que l'a relevé Taubman :

Les efforts internationaux de protéger le savoir traditionnel en tant que forme distincte et singulière de la propriété intellectuelle se heurtent à un profond paradoxe : comment donner un sens élargi, voire mondial, et un effet, à des normes et à des systèmes de savoir qui sont intrinsèquement et irréductiblement de caractère local, et dont la pleine signification repose dans le contexte de la communauté d'origine, sans éliminer les qualités essentielles du savoir traditionnel ? Un modèle international singularisant la protection de la propriété intellectuelle, s'il était trop contraignant et préventif, risquerait d'uniformiser l'objet de la protection.

Taubman 2005 : 525

Les problèmes de la loi sur le droit d'auteur et leurs impacts sur le contrôle du savoir traditionnel ont également incité de nombreux peuples autochtones, musées et autres praticiens de la gestion du patrimoine à élaborer des codes éthiques pour mener des recherches avec les peuples autochtones ou sur leurs territoires. Dans certaines juridictions, comme en Nouvelle-Zélande, les droits des Autochtones à contrôler le patrimoine immatériel font partie des contentieux associés aux revendications territoriales. En 2011, le tribunal Waitangi a produit un premier rapport sur la place du patrimoine culturel et la propriété intellectuelle des Māori en Nouvelle-Zélande (Waitangi Tribunal 2011). Vingt ans ont été nécessaires à l'élaboration de ce rapport, qui représente plus de mille pages d'analyses et de recommandations, indiquant la façon dont la Couronne doit agir pour se conformer à son obligation contractée par l'article 2 du traité de Waitangi d'assurer la primauté du *tino rangatiratanga* (autodétermination) des Māori sur le *taonga*. Plutôt que de prôner une refonte totale de la législation existante sur la propriété intellectuelle, le tribunal a recommandé un système *sui generis* pouvant recouper les normes existantes régissant la propriété intellectuelle. Les recommandations sont extrêmement nombreuses, et certaines particulièrement importantes : création d'une commission pour examiner les plaintes relatives à l'usage du patrimoine culturel matériel et immatériel des Māori (y compris les œuvres soumises au droit d'auteur et les marques commerciales) ; l'interdiction

de faire un usage offensant ou dévalorisant du patrimoine culturel māori, que cet usage soit soumis au droit d'auteur ou au droit sur les marques commerciales (Waitangi Tribunal 2011 : 93) ; et élaboration d'un mécanisme permettant aux gardiens māori de déposer des plaintes devant la commission concernant des usages non offensants ou non dévalorisants destinés à de futures fins commerciales en l'absence de droits de propriété intellectuelle préexistants, avec un droit de consultation et un possible droit de consentir à l'usage, selon la situation (*ibid.* : 89). Le tribunal a spécifiquement statué que ces mécanismes s'appliquent aux musées, aux bibliothèques et aux archives, mentionnant que Te Papa était un bon modèle pour les musées (*ibid.* : 540). Cependant, le tribunal de Waitangi n'ayant que la possibilité d'émettre des recommandations (Wai 262), le gouvernement néozélandais a toute latitude pour les ignorer.

Au Canada, les litiges ont été en grande partie évités. Cependant, le processus a été considérablement ralenti par les contraintes de la loi sur la propriété et, contrairement à la Nouvelle-Zélande, il n'existe pas de corps indépendant de résolution des conflits vers lequel pourraient se tourner les parties en présence en cas de rupture des négociations. Les recommandations du rapport Wai 262 constituent également un exemple des mesures que pourraient prendre les tribunaux ou législatures du Canada pour promulguer de nouvelles lois concernant le contrôle par les Autochtones de leur patrimoine immatériel. De fait, comme nous l'avons vu plus haut, la protection constitutionnelle par le Canada des droits des traités et des droits des Autochtones pourrait permettre à ces derniers d'exercer un plus grand contrôle sur certaines formes du savoir traditionnel là où ce contrôle n'entre pas en contradiction avec les obligations qu'entraîne la loi internationale sur la propriété intellectuelle. Contrairement au rapport du tribunal de Waitangi, une telle décision, formulée par un tribunal canadien, engagerait les gouvernements canadiens. Mais cela reste à faire.

Texte inédit, traduit de l'anglais par Anne-Hélène Kerbirou

Références

- ANDERSON J., 2005a, « Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives », American Library Association and The MacArthur Foundation Conference, « Ownership and Future Use, Correcting Course : Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arena ». New York, Columbia University, 5-7 mai.
- , 2005b, « Indigenous Knowledge, Intellectual Property, Libraries and Archives: Crises of Access, Control and Future Utility » : 85-97, in M. Nakata et M. Langton (dir.), *Australian Indigenous Knowledge and Libraries*. Canberra, Australia Academic & Research Libraries.
- , 2010, « Indigenous/Traditional Knowledge & Intellectual Property », *Issues Paper*, Duke University School of Law, Centre for the Study of the Public Domain, consulté sur Internet (<http://www.law.duke.edu/cspd/itkpaper>), le 18 décembre 2013.

- , 2012, «Options for the Future Protection of GRTKTCEs: The Traditional Knowledge Licenses and Labels Initiative», *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, 4, 1: 73-82.
- ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, 2007, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, disponible sur Internet (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf), le 27 novembre 2014.
- BATTISTE M. et S.Y. HENDERSON, 2000, *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage*. Saskatoon, Purich Publishing.
- BELL C., 2009, «Restructuring the Relationship: Domestic Repatriation and Canadian Law Reform»: 15-77, in C. Bell et R.K. Paterson (dir.), *Protection of First Nations Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform*. Vancouver, UBC Press.
- BELL C. et al., 2008, «First Nations Cultural Heritage: A Selected Survey of Issues and Initiatives»: 367-416, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- BELL C. et H. MCCUAIG, 2008, «Protection and Repatriation of Ktunaxa/Kinbasket Cultural Resources: Perspectives of Community Members»: 312-364, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- BELL C. et C. SHIER, 2011, «Control of Information Originating from Aboriginal Communities: Legal and Ethical Contexts», *Études/Inuit/Studies*, 35, 1-2: 35-56.
- BELL C. et V. NAPOLEON (dir.), 2008, *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- BIRD P., 2002, *Inuit Women's Traditional Knowledge Workshop on the Amauti and Intellectual Property Rights, Final Report*. Ottawa, Pauktuutit Inuit Women's Association.
- BORROWS J., 2002, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*. Toronto, University of Toronto Press.
- BRASCOUPÉ S., 2001, *A Community Guide to Protecting Indigenous Knowledge*. Ottawa, Research and Analysis Directorate, Indian and Northern Affairs.
- BURRELL R. et A. COLEMAN, 2005, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*. Cambridge, Cambridge University Press.
- CHRISTEN K., 2012, «Balancing Act: The Creation and Circulation of Indigenous Knowledge and Culture Inside and Outside the Legal Frame»: 316-344, in S.A. Pager et A. Candeub (dir.), *Transnational Culture in the Internet Age*. Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing.
- CHRISTIE G., 1998, «Aboriginal Rights, Aboriginal Culture and Protection», *Osgoode Hall Law Journal*, 36, 3: 447-484.
- COOMBE R.J., 2009, «First Nations Intangible Heritage Concerns: Prospects for Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions in International Law»: 247-277, in C. Bell et R.K. Paterson (dir.), *Protection of First Nations Cultural Heritage: Laws, Policy and Reform*. Vancouver, UBC Press.

- CORBETT S., 2011, « Archiving Our Culture in a Digital Environment: Copyright Law and Digitisation Practices in Cultural Heritage Institutions », The New Zealand Law Foundation, consulté sur Internet (<http://www.lawfoundation.org.nz/wp-content/uploads/2013/01/Corbett-Susan-2009.36.21-Archiving-our-Culture-Final-Research-Report-5.12.11.pdf>), le 18 décembre 2013.
- CORBETT S. et M. BODDINGTON, 2011, « Copyright Law and the Digitisation of Cultural Heritage », *Centre for Accounting, Governance & Taxation Research Working Paper No. 77*. Wellington, Victoria University of Wellington, consulté sur Internet (<https://www.victoria.ac.nz/sacl/centres-and-institutes/cagtr/working-papers/WP77.pdf>), le 18 décembre 2013.
- CREATIVE COMMONS, consulté sur Internet (<http://creativecommons.org/>), le 11 janvier 2014.
- DEPARTMENT OF CANADIAN HERITAGE, 2008, « Traditions. National Gatherings on Indigenous Knowledge Final Report », Ottawa, Government of Canada, Department of Canadian Heritage (http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/pc-ch/CH4-116-2008-eng.pdf), consulté sur Internet le 18 décembre 2013.
- DUTFIELD G., 2005, « Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge »: 495-520, in K.E. Maskus et J.H. Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ERASMUS G., F. M. FLEWELLING, O. MERCREDI, T. HILL et T. NICKS, 1994 [1992], *Tourner la page: Forger de nouveaux partenariats entre les musées et les Premières Nations: Rapport du Groupe de travail sur les musées et les Premières Nations = Turning the Page: Forging New Partnerships Between Museums and First Peoples: Task Force Report on Museums and First Peoples*. Ottawa, Association des musées canadiens/Canadian Museums Association, Assemblée des Premières Nations/Assembly of First Nations.
- FRANKEL S., 2005, « Third-Party Trade Marks as a Violation of Indigenous Cultural Property: A New Statutory Safeguard », *Journal of World Intellectual Property*, 8, 1: 83-98.
- FRIEDLAND H., 2012, « Reflective Frameworks: Methods for Accessing, Understanding and Applying Indigenous Law », *Indigenous Law Journal*, 11, 1: 1-40.
- GRANT L., 2012, « Local Initiatives Plenary Session », communication à l'International Federation of Library Associations Conference, « Indigenous Knowledges: Local Priorities, Global Contexts ». Vancouver, University of British Columbia, 12-14 avril.
- HILL T.V., 2008, « Notes For Remarks »: 148-153, in M. Gabriel et J. Dahl (dir.), *Umitmut, Past Heritage – Future Partnerships*. Copenhagen, International Working Group for Indigenous Affairs and Greenland National Museum and Archive.
- HUDSON E. et A.T. KENYON, 2007, « Digital Access: The Impact of Copyright on Digitisation Practices in Public Museums, Galleries and Libraries », *University of New South Wales Law Journal*, 30, 1: 12-52.
- ICOM, 2004, *Code de déontologie de l'ICOM pour les musées*, disponible en ligne (<http://www.icom-musees.fr/index.php/page/index/Code-de-deontologie-de-IICOM>), le 27 novembre 2014.

- , 2007, «Resolution», 22^e assemblée générale. Vienne, Autriche, 24 août.
- , 2011, «ICOM and WIPO to Join Forces in Cultural Heritage and Museum Fields», communiqué de presse, 3 mai, consulté sur Internet (<http://icom.museum/press-releases/press-release/article/icom-and-wipo-to-join-forces-in-cultural-heritage-and-museum-fields/>), le 18 décembre 2013.
- IPINCH – INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES IN CULTURAL HERITAGE: THEORY, PRACTICE, POLICY, ETHICS, consulté sur Internet (<http://www.sfu.ca/ipinch/>), le 11 janvier 2014.
- LAW COMMISSION OF CANADA, 2006, *Justice Within: Indigenous Legal Traditions – Discussion Paper*. Ottawa, Law Commission of Canada.
- LIXINSKI L., 2013, *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford, Oxford University Press.
- LOCAL CONTEXTS, consulté sur Internet (www.localcontexts.org), le 4 janvier 2014.
- LUCAS-SCHLOETTER A., 2011, «Digital Libraries and Copyright Issues: Digitization of Contents and the Economic Rights of the Author»: 159-179, in I. Iglezakis, T.E. Synodinou et S. Kapidakis (dir.), *E-Publishing and Digital Libraries. Legal and Organizational Issues*. Hershey, Information Science Reference.
- MARANO M.C. et I. DEANGELIS, 2012 [1985, 1998], *A Legal Primer on Managing Museum Collections*. Washington, Smithsonian Books.
- MARSDEN S., 2008, «Northwest Coast Adawx Study»: 114-149, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- MCKEOWN J.S., 2010, *Canadian Intellectual Property Law and Strategy*. Oxford, Oxford University Press.
- MIIINAWAANAGOGIIZHIGOOK (Dawnis Kennedy), 2007, «Reconciliation without Respect? Section 35 and Indigenous Legal Orders»: 77-113, in Law Commission of Canada (dir.), *Indigenous Legal Traditions*. Vancouver, UBC Press.
- MORGAN O., 2004, «Protecting Indigenous Signs and Trade Marks – The New Zealand Experiment», *Intellectual Property Quarterly*, 1: 58-84.
- MUKURTU, «Mukurtu Archive Demo: An Indigenous Archive Tool», consulté sur Internet (<http://www.youtube.com/watch?v=jpIZjIO1rkU>), le 11 janvier 2014.
- , «TK Licenses and Labels» (<http://www.mukurtu.org/content/tk-licenses-and-labels>), consulté sur Internet le 11 janvier 2014.
- MUSÉE CANADIEN DES CIVILISATIONS – MCC³⁰, 2011, «Politique sur le rapatriement (sic)», disponible sur Internet (<http://www.museedelhistoire.ca/files/2011/09/politique-sur-le-rapatriement.pdf>), le 13 décembre 2014.
- , n.d., «Droits et permissions», disponible sur Internet (<http://www.museedelhistoire.ca/recherche-et-collections/bibliotheque-et-archives/droits-et-permissions/>), le 27 novembre 2014.

30. Maintenant Musée canadien de l'histoire.

- , n.d., *Portail du patrimoine autochtone*, disponible sur Internet (http://www.museedelhistoire.ca/cmce/exhibitions/tresors/ethno/index_f.shtml), le 27 novembre 2014.
- MUSEUM OF NEW ZEALAND TE PAPA TONGAREWA, 2012, «Statement of Intent 2012/13, 2013/14, 2014/15», 26 juin.
- NAFZIGER J., R.K. PATERSON et A.D. RENTELN (dir.), 2010, *Cultural Law : International, Comparative and Indigenous*. New York, Cambridge University Press.
- NAPOLEON V., 2013, «Processes for Identifying and Verifying Indigenous Traditions», communication au colloque «Values to Policy and Legislation; Breaking Trail in a Heritage Self-Governing Context». Whitehorse, Yukon, Canadian Forum on Civil Justice and Intellectual Property in Cultural Heritage Project, 22 mars.
- NAPOLEON V. et H. FRIEDLAND, à paraître, «An Inside Job : Engaging With Indigenous Legal Traditions Through Stories», in J.A. Lucero et D. Turner (dir.), *Oxford Handbook on Indigenous Peoples' Politics*.
- NOBLE B., 2008a, «Poomaksin : Skinnipiikani-Nitsiitapii Law, Transfers and Making Relatives : Practices and Principles for Cultural Protection, Repatriation, Redress and Heritage Law Making with Canada» : 258-311, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law : Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- , 2008b, «Owning as Belonging/Owning as Property : The Crisis of Power and Respect in First Nations Heritage Transactions with Canada» : 465-488, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law : Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES, 1992, *Convention sur la diversité biologique*, (<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>), disponible sur Internet le 27 novembre 2014.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – OMPI (WIPO), 1979, *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>), disponible sur Internet le 27 novembre 2014.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Secrétariat, 2003, «Projet d'étude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels» (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_30/wo_ga_30_7_add_1.pdf), disponible sur Internet le 27 novembre 2014.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – COMITÉ INTER-GOUVERNEMENTAL, Secrétariat, 2003, «Renseignements sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle» (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_inf_2.pdf), disponible sur Internet le 27 novembre 2014.
- , 2011, «Projets d'objectifs et de principes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques», disponible sur Internet (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_19/wipo_grtkf_ic_19_6.pdf), le 27 novembre 2014.

- , 2012a, «La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles», (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_22/wipo_grtkf_ic_22_4.pdf), disponible sur Internet le 27 novembre 2014.
- , 2012b, «La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles», disponible sur Internet (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_21/wipo_grtkf_ic_21_ref_facilitators_text.pdf), le 27 novembre 2014.
- OVERSTALL R., 2005, «Encountering the Spirit in the Land: “Property” in a Kinship-Based Legal Order»: 22-49, in J. McLaren, A.R. Buck et N.E. Wright (dir.), *Despotic Dominion: Property Rights in British Settler Societies*. Vancouver, UBC Press.
- , 2008, «The Law Is Opened: The Constitutional Role of Tangible and Intangible Property in Gitanyow»: 92-113, in C. Bell et V. Napoleon (dir.), *First Nations Cultural Heritage and Law: Case Studies, Voices and Perspectives*. Vancouver, UBC Press.
- PANTALONY R.E., 2007, *WIPO Guide on Managing Intellectual Property for Museums*. Genève, WIPO.
- POWELL T.B., 2007, «A Drum Speaks: A Partnership to Create a Digital Archive Based on Traditional Ojibwe Systems of Knowledge», *RBM: A Journal of Rare Books, Manuscripts and Cultural Heritage*, 8, 2: 167-179, consulté sur Internet (<http://rbm.acrl.org/content/8/2/167.full.pdf+html>), le 18 décembre 2013.
- RECIPROCAL RESEARCH NETWORK, *Museum of Anthropology at the University of British Columbia*, consulté sur Internet (<http://www.rncommunity.org/>), le 11 janvier 2014.
- SHAWANA P., 2007, «Legal Processes, Pluralism in Canadian Jurisprudence, and the Governance of Carrier Medicine Knowledge»: 114-135, in Law Commission of Canada (dir.), *Indigenous Legal Traditions*. Vancouver, Toronto, UBC Press.
- STEVENSON A., 2012, «Global Issues for Collection Development, Management and Access Plenary Session», International Federation of Library Associations Conference, «Indigenous Knowledges: Local Priorities, Global Contexts». Vancouver, University of British Columbia, 12-14 avril, consulté sur Internet (<http://iflindigenousknowledges2012.ok.ubc.ca/Program.html>), le 11 janvier 2014.
- STOLL P.-T. et A. VON HAHN, 2008, «Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law»: 7-57, in S. von Lewinski (dir.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2nd edition. Londres, Kluwer Law International.
- TAUBMAN A., 2005, «Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge»: 521-564, in K.E. Maskus et J.H. Reichman (dir.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge, Cambridge University Press.
- TE PAPA NATIONAL SERVICES, 2001, «A Guide to Guardians of Iwi Treasures», *He Rauemi*, 8: 1-8.
- , 2011, *Hono ki Te Papa. Working Together with Te Papa: Governance Guidelines*. Wellington, National Services Te Paerangi, Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa.

- THOM B. et D. BAIN, 2004, «Aboriginal Intangible Property in Canada: An Ethnographic Review, Report». Ottawa, Industry Canada ([http://www.ic.gc.ca/eic/site/ipdp-dppi.nsf/vwapj/Thom_Final_Report_e_proofed_28feb05.pdf/\\$FILE/Thom_Final_Report_e_proofed_28feb05.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ipdp-dppi.nsf/vwapj/Thom_Final_Report_e_proofed_28feb05.pdf/$FILE/Thom_Final_Report_e_proofed_28feb05.pdf)), consulté sur Internet le 18 décembre 2013.
- TORSEN M. et J. ANDERSON, 2010, *Intellectual Property and The Safeguarding of Traditional Cultures, Legal issues and Practical Options for Museums, Libraries and Archives*. Genève, WIPO.
- WAITANGI TRIBUNAL, 2011, *Report of the Waitangi Tribunal on Claims Concerning New Zealand Law and Policy Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity, Wai 262*. Wellington, Waitangi Tribunal.
- WOOLMAN J., 2012, «Local Initiatives Plenary Session», communication à l'International Federation of Library Associations Conference, «Indigenous Knowledges: Local Priorities, Global Contexts». Vancouver, University of British Columbia, 12-14 avril.
- ZOGRAFOS D., 2010, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Cheltenham, Edward Elgar.

Textes législatifs

- Access to Information and Protection of Privacy Act*, RSY 2002, c 1 (Yukon).
- Access to Information and Protection of Privacy Act*, SNWT 1994, c 20 (NWT).
- Canadian Access to Information Act*, RSC 1985, c A-1.
- Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.
- Copyright Act*, 1968 (Cth) (Australia).
- Copyright Act*, RSC 1985, c C-42 (Canada).
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25 (Alberta).
- Glenbow-Alberta Institute Act*, RSA 2000, c G-6 (Alberta).
- GOUVERNEMENT DU CANADA, 1985a, *Loi sur le droit d'auteur*, disponible sur Internet (<http://lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/>), le 27 novembre 2014.
- , 1985b, *Loi sur les marques de commerce*, disponible sur Internet (<http://laws.justice.gc.ca/fra/lois/t-13/index.html>), le 27 novembre 2014.
- Native American Graves Protection and Repatriation Act*, Pub L No 101-601, 104 Stat 3048 (1990) (25 USC ss 3001-3013 West Supp (1991)).
- ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, 1994, *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), disponible sur Internet (http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm0_f.htm), le 27 novembre 2014.
- Patents Act*, 2013 No 68 (NZ).
- Statutes of Carcross/Tagish First Nation, Book One: Traditional Beliefs and Practices: Our Place Our Responsibilities*, consulté sur Internet (<http://www.ashleysisco.com/ctfn/attachments/ctfn-book-1-our-place-our-responsibilities.pdf>), le 18 décembre 2013.

The Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa Act, 1992 No 19 (NZ).

Trade Marks Act, 2002 No 49 (NZ).

Trade Marks Act, RSC 1985, c T-13 (Canada).

—, *Book Two : Government of Carcross/Tagish Traditional Family Beliefs and Practices* (http://www.ctfn.ca/documents/doc_view/42-family-act-2010), consulté sur Internet le 18 décembre 2013.

Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians, and the Government of the Yukon. 29 mai 1993.

Jurisprudence

Antiquesportfolio.com Plc v Rodney Fitch & Co Ltd, [2001] FSR 345 : 353 Neuberger J (ChD).

Bulun Bulun and Anor v R&T Textiles Pty Ltd, (1998) 41 IPR 513 Von Doussa J (FCA).

CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339.

Interlego AG v Tyco Industries Inc. [1988] 3 All ER 949.

Kitkatla v British Columbia, 2002 SCC 31, [2002] 2 SCR 146.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Bell Canada, 2012 SCC 36.

The Bridgeman Art Library Ltd v Corel Corp., 36 F. Supp 2d 191 and 25 F. Supp 2d 421 (SDNY 1998).

University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd., [1916] 2 Ch 601 Peterson J (ChD).

RÉSUMÉ – ABSTRACT – RESUMEN

Loi autochtone, loi sur la propriété intellectuelle et politique muséale
Des diverses méthodes de protection du patrimoine immatériel autochtone

La question des relations respectueuses et, dans le cadre de ces relations, la question de la conciliation des lois et des valeurs relatives à l'usage et au contrôle du patrimoine immatériel autochtone, sont soulevées dans de nombreux contextes muséaux, entre autres en ce qui concerne : le rapatriement des objets de culture matérielle et des informations associées ; la cogestion des informations et des expressions culturelles qui étaient (ou ont été) considérées comme sensibles ou sacrées par une communauté autochtone ; les données et les résultats des recherches portant sur les Peuples autochtones ou menées sur leurs territoires ; et les images numériques et les procédés multimédias conçus pour améliorer les expositions ou l'accès aux informations, ainsi que la participation des Autochtones à l'interprétation et au contrôle des collections et/ou la participation du grand public par l'intermédiaire des technologies actuelles (par exemple, les « musées virtuels »). Cependant, la nature particulière des normes occidentales de la propriété intellectuelle (dictées dans une large mesure par des contraintes internationales) et la scission entre matériel et immatériel dans le domaine de la propriété occidentale compliquent le tableau. Cet article décrit l'environnement juridique et

politique actuel du traitement du patrimoine immatériel dans les expositions et les collections muséales et la façon dont la Loi sur la propriété intellectuelle, en particulier sur les questions des marques de commerce et des droits d'auteur, présente autant d'opportunités que de difficultés pour la mise en œuvre de politiques acceptables vis-à-vis des lois autochtones et de relations respectueuses avec les Autochtones.

Mots clés : Bell, Lai, Skorodenski, loi autochtone, propriété intellectuelle, éthique, patrimoine immatériel, musées, Peuples autochtones du Canada, patrimoine culturel, loi sur la propriété, marques de commerce, droits d'auteur, contrat

*Indigenous Law, Intellectual Property Law and Museum Policy
Exploring Methods for Protecting Aboriginal Intangible Heritage*

Issues around defining respectful relationships, and within those relationships, reconciling laws and values concerning use and control of intangible Indigenous heritage, arise in numerous museum contexts including : repatriation of material culture and associated information ; co-management of information or cultural expressions that were (and are or have been) considered sensitive or sacred by an Aboriginal community ; data and products of research derived from Aboriginal peoples or conducted within their territories ; and digital images and multi-media processes designed to enhance exhibits or access to information and participation of Aboriginal peoples in interpretation and control of collections and/or a broader public through use of contemporary technologies (e.g. «virtual museums»). However, the particular nature of western intellectual property norms (largely dictated by international obligations) and the intangible/tangible divide in western property complicate the matter. This article introduces the current legal and policy environment for addressing intangible heritage in museum exhibits and collections and how intellectual property law, in particular trade mark and copyright law, offer opportunities and challenges for policy implementation respectful of Indigenous laws and relationships.

Keywords : Bell, Lai, Skorodenski, Indigenous Law, Intellectual Property, Ethics, Intangible Heritage, Museums, Aboriginal Peoples of Canada, Cultural Heritage, Property Law, Trade Mark, Copyright, Contract

*Ley autóctona, ley sobre la propiedad intelectual y política museística
Los diferentes métodos de protección del patrimonio inmaterial autóctono*

La cuestión de las relaciones respetuosas y en el marco de dichas relaciones, la cuestión de la conciliación de las leyes y de los valores relacionados con el uso y el control del patrimonio inmaterial autóctono, se plantean numerosos contextos museísticos, entre ellos : el de la repatriación de los objetos de cultura material y de las informaciones asociadas ; la cogestión de las informaciones y de las expresiones culturales que fueron (o han sido) consideradas como sensibles o sagradas por una comunidad autóctona ; los datos y los resultados de las investigaciones sobre los Pueblos Autóctonos o realizadas en sus territorios ; sobre las imágenes numéricas y los procedimientos multimedia concebidos para mejorar las exposiciones o el acceso a las informaciones, así como la participación de los Autóctonos en la interpretación y el control de las colecciones y/o la participación del gran público mediante las tecnologías contemporáneas (por ejemplo, los «museos virtuales»). No obstante, la naturaleza particular de las normas occidentales de la propiedad intelectual (dictadas en gran medida por las obligaciones internacionales) y la escisión entre material e inmaterial en el campo de la propiedad occidental complican el problema. Este artículo describe el entorno jurídico

y político contemporáneo del tratamiento del patrimonio inmaterial en las exposiciones y colecciones museísticas y la manera en que la Ley sobre la propiedad intelectual, en particular sobre las cuestiones de marca registrada y de derechos de autor, ofrece tanto dificultades como oportunidades para aplicar políticas respetuosas de las leyes autóctonas y de las relaciones respetuosas con los Autóctonos.

Palabras clave: Bell, Lai, Skorodenski, ley autóctona, propiedad intelectual, ética, patrimonio inmaterial, museos, Pueblos autóctonos de Canadá, patrimonio cultural, ley sobre la propiedad, marca registrada, derechos de autor, contrato

*Catherine E. Bell
Law Centre
Faculty of Law
University of Alberta
111 - 89 Ave
Edmonton (Alberta) T6G 2H5
Canada
cb4@ualberta.ca*

*Jessica C. Lai
Faculty of Law
University of Lucerne
Frohburgstrasse 3
P.O. Box 4466
CH-6002 Lucerne
Suisse
jessica.lai@unilu.ch*

*Laura K. Skorodenski
Kutz Olson Law
201-102 2 St SW
P.O. Box 1848
Sundre (Alberta) T0M 1X0
Canada
l.skoro@kutzolsonlaw.com*