

Elaboration d'un nouvel instrument normatif  
pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

Eléments de réflexion

par

Janet Blake

Honorary Visiting Research Fellow  
Faculté de droit  
Université de Glasgow (Royaume-Uni)

*(édition révisée, 2002)*



Elaboration d'un nouvel instrument normatif  
pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

Eléments de réflexion

par

Janet Blake

Honorary Visiting Research Fellow  
Faculté de droit  
Université de Glasgow (Royaume-Uni)

*(édition révisée, 2002 – Addendum : paragraphe 6.4)*

Les opinions exprimées dans cette publication sont celles de l'auteur  
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'UNESCO.

© UNESCO 2001

**Publié et imprimé par**

UNESCO  
7 place de Fontenoy  
75352 Paris 07 SP  
Tel. : 33 (0) 1 45 68 10 00  
Fax : (33 (0) 1 45 67 16 90

## TABLE DES MATIERES

<b>Abréviations</b> .....	iii
<b>Résumé analytique</b> .....	v
<b>Introduction</b> .....	1
<i>La dimension des droits culturels</i> .....	5
<b>1. Une question de terminologie et de définition</b> .....	7
1.1 « Culture populaire » - difficultés de terminologie .....	7
1.2 Définition du sujet .....	10
1.3 Le patrimoine immatériel, « patrimoine universel de l'humanité » .....	13
<b>2. L'application des droits de propriété intellectuelle au patrimoine immatériel....</b>	14
2.1 <i>Les droits de propriété intellectuelle et la protection des « expressions du folklore »</i> .....	14
2.2 <i>Rappel historique</i> .....	19
2.3 <i>Les Dispositions types de 1982</i> .....	21
2.4 <i>Protection internationale du folklore existante grâce aux droits de propriété intellectuelle</i> .....	24
2.5 <i>Une protection nationale et régionale basée sur les droits de propriété intellectuelle</i> .....	29
2.6 <i>Un nouvel instrument international ? La coopération et les activités UNESCO/OMPI</i> .....	30
<b>3. La Recommandation de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire</b> .....	35
3.1 <i>Historique de la Recommandation de 1989</i> .....	35
3.2 <i>Analyse de la Recommandation de 1989</i> .....	36
3.3 <i>Observations générales sur la Recommandation de 1989</i> .....	40
3.4 <i>L'application de la Recommandation de 1989 par les Etats membres</i> .....	42
3.5 <i>Le programme des « Trésors humains vivants » (1993) et la Proclamation des « chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité » (1998)</i> .....	49

<b>4.</b>	<b>Les connaissances traditionnelles, objets de protection .....</b>	<b>52</b>
4.1	<i>Les connaissances traditionnelles – contenu et statut.....</i>	52
4.2	<i>Les connaissances traditionnelles et les OIG.....</i>	55
4.3	<i>Domaines publics et privés.....</i>	58
4.4	<i>Brevets d'invention et connaissances traditionnelles.....</i>	58
4.5	<i>L'Accord sur les ADPIC (OMC) .....</i>	60
4.6	<i>L'OMPI et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore .....</i>	62
<b>5.</b>	<b>Patrimoine culturel autochtone .....</b>	<b>66</b>
5.1	<i>Introduction et définitions .....</i>	66
5.2	<i>Activités des organisations internationales et autres.....</i>	69
5.3	<i>Convention des NU sur la diversité biologique (1992) .....</i>	75
5.4	<i>Questions spécifiques relatives au patrimoine autochtone .....</i>	78
<b>6.</b>	<b>La Convention de l'UNESCO de 1972 .....</b>	<b>80</b>
6.1	<i>Révision de la Convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel.....</i>	80
6.2	<i>Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial.....</i>	81
6.3	<i>La Convention de 1972, modèle pour un nouvel instrument .....</i>	83
6.4	<i>La Recommandation de 1972 .....</i>	87
<b>7</b>	<b>Conclusions et Recommandations .....</b>	<b>89</b>
7.1	<i>Objectifs d'un nouvel instrument.....</i>	90
7.2	<i>Elaboration d'un nouvel instrument normatif.....</i>	91
7.3	<i>Obligations et Recommandations qui pourraient être faites aux Etats.....</i>	96
7.4	<i>Le choix du type d'instrument .....</i>	99
7.5	<i>Un calendrier pour l'action future .....</i>	102

## ABREVIATIONS

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (OMC)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICOM	Conseil international des musées
ICOMOS	Conseil international des monuments et des sites
Int. J. Cult. Property	International Journal of Cultural Property
J. Cult. Economics	Journal of Cultural Economics
IUCN	Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources
OEA	Organisation des Etats américains
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales

## Résumé analytique

L'adoption en 1989 par la Conférence générale de l'UNESCO de la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire a marqué une étape importante sur la voie d'une reconnaissance formelle du patrimoine immatériel et de la nécessité de le sauvegarder et a représenté l'aboutissement de nombreuses années de travail. Cette adoption a été aussi une innovation conceptuelle significative en ce que, pour la première fois, les aspects non matériels du patrimoine culturel devenaient explicitement l'objet d'un instrument international. La détermination du contenu et de l'étendue du patrimoine immatériel est un problème majeur qui se pose à l'UNESCO et aux autres organismes voués à la sauvegarde de ce patrimoine. Il est important dans cette entreprise que l'importance de la compétence et du savoir-faire des détenteurs de la tradition, de la transmission de l'information et du contexte social, culturel et intellectuel de sa création et du maintien du patrimoine soit reconnue. D'où il s'ensuit que le contexte humain de la création de ce patrimoine immatériel doit être sauvegardé tout autant que ses manifestations matérielles.

La transformation des données géopolitiques, les conséquences économiques et culturelles de la mondialisation et l'expérience acquise au cours des dix années qui ont suivi l'adoption de la Recommandation de 1989 appelaient un réexamen de celle-ci et de son application par les Etats membres. C'est dans cette optique que s'est réunie en 1999 une conférence organisée conjointement par l'UNESCO et la Smithsonian Institution (Washington DC) sous le titre *Evaluation mondiale de la Recommandation de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire : pleine participation et coopération internationale*. A cette conférence, l'importance de la Recommandation de 1989 a été reconnue, mais ses faiblesses en matière de définition, de champ d'action et d'approches générales de la sauvegarde ont également été mises en lumière. Parmi les recommandations émises par la conférence, l'une, qui s'adressait aux gouvernements, tendait à ce que ceux-ci chargent l'UNESCO d'entreprendre une étude sur la possibilité d'adopter un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire. En conséquence, la Conférence générale de l'UNESCO a été saisie en novembre 1999 d'un projet de résolution demandant une étude préliminaire sur la question.

Cette étude a été entreprise alors que, dans beaucoup de milieux, un intérêt croissant se faisait jour pour la sauvegarde du patrimoine immatériel. Plusieurs organisations intergouvernementales - dont l'OMPI, le PNUE, l'OMC, la CNUCED, l'OMS et la FAO - ont récemment soulevé des questions relatives à des aspects de la sauvegarde du patrimoine immatériel, et en particulier des savoirs traditionnels (souvent locaux et autochtones). Parmi les autres acteurs qui s'intéressent à la question figurent des organisations représentant des groupes autochtones et autres détenteurs de tradition, des ONG travaillant dans des domaines tels que le développement durable et la protection de l'environnement ainsi que des industries faisant appel à la culture et aux savoirs traditionnels. Ce regain d'intérêt a été encouragé par des facteurs et des motifs variés, tels que l'importance accrue que la communauté internationale accorde aux exigences de groupes autochtones et tribaux désireux de voir leur patrimoine (au sens large) valorisé et protégé. Le rôle central que les savoirs traditionnels doivent jouer dans la préservation de la diversité biologique et la promotion du développement durable a été lui aussi pris en considération, de même que la contribution que les cultures et le folklore traditionnels et locaux doivent apporter à la préservation de la diversité culturelle mondiale et au pluralisme culturel.

On prend de plus en plus conscience de la nécessité de faire appel à une conception anthropologique plus large du patrimoine culturel qui englobe des éléments immatériels (tels que la langue, les traditions orales et le savoir-faire local) associés aux monuments et aux sites ainsi que le contexte social et culturel dans lequel ils ont été créés. Cela se rattache à la

question du rapport entre culture et développement qui est devenue un sujet de débat dans diverses instances internationales. La Commission mondiale de la culture et du développement a noté dans son rapport de 1995 qu'il fallait élargir considérablement la notion de culture pour promouvoir le pluralisme et la cohésion sociale si l'on voulait que la culture soit une base du développement. Ainsi, puisque les valeurs immatérielles inhérentes au patrimoine culturel ont un rôle à jouer dans le développement, la sauvegarde du patrimoine immatériel est un moyen par lequel l'UNESCO peut s'acquitter du mandat défini par la Commission. Le patrimoine immatériel est important pour beaucoup d'Etats tant en termes sociaux qu'en termes culturels et il peut apporter une contribution significative aux économies des pays en développement. Pour certains Etats, la culture orale et traditionnelle représente la forme majeure du patrimoine culturel. La contribution que le patrimoine immatériel peut apporter dans ces sociétés au développement social et économique doit être considérée comme un facteur important quand on envisage le renforcement de la sauvegarde de ce patrimoine sur le plan international.

Pour étudier l'élaboration éventuelle d'un nouvel instrument, on a jugé important de passer en revue les activités menées jusqu'à présent dans divers organismes intergouvernementaux et autres – en particulier l'UNESCO et l'OMPI – en ce qui concerne différents aspects du patrimoine immatériel. Cela a impliqué un réexamen de la Recommandation de 1989 et de son degré d'application par les Etats membres qui a mis en évidence certaines faiblesses dans le texte et des variations dans la mise en œuvre. On a également examiné la valeur des approches fondées sur la propriété intellectuelle pour la protection du patrimoine immatériel et évalué la contribution que les traités internationaux existants sur la propriété intellectuelle peuvent apporter à cette protection. On a également étudié les possibilités que des approches *sui generis* découlant des règles de la propriété intellectuelle offrent pour combler des lacunes dans la protection de ce patrimoine ainsi que la pertinence d'autres traités internationaux dans des domaines comme la diversité biologique et les droits des agriculteurs. Deux aspects du patrimoine immatériel qui ont été jusqu'à présent relativement négligés dans les activités de sauvegarde menées par l'UNESCO, à savoir le patrimoine traditionnel et le patrimoine autochtone. Il y aurait lieu d'envisager comment l'UNESCO pourra en tenir compte dans ses activités futures, et notamment dans l'élaboration éventuelle d'un instrument normatif à venir.

En ce qui concerne la culture traditionnelle et populaire, une division du travail a progressivement pris forme entre l'UNESCO et l'OMPI aux termes de laquelle l'UNESCO s'est occupée de la question générale de la sauvegarde de ce patrimoine alors que l'OMPI traitait des aspects de la protection concernant la propriété intellectuelle. Cette séparation des rôles s'est poursuivie jusqu'à ce jour. L'UNESCO favorise la mise en œuvre de la Recommandation de 1989 en encourageant l'application par les Etats membres de ses mesures relatives à l'identification, à la préservation, à la conservation et à la promotion du patrimoine immatériel. Les deux activités principales de l'UNESCO destinées à promouvoir la sauvegarde du patrimoine immatériel sont le programme des « Trésors humains vivants », instauré en 1993, et le programme de « Proclamation de chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité », lancé en 1998, qui fera prochainement connaître les premiers éléments à proclamer « chefs-d'œuvre ». L'OMPI étudie actuellement les aspects relatifs à la propriété intellectuelle de la protection des savoirs traditionnels (dont les « expressions du folklore » sont considérées comme une subdivision) qui pourraient aboutir à l'élaboration d'un traité international sur le sujet. Il est donc important que tous les travaux que l'UNESCO pourra entreprendre à l'avenir pour l'élaboration d'un nouvel instrument normatif destiné à sauvegarder le patrimoine immatériel tiennent compte de cela et d'autres délibérations internationales (dans des organismes comme le PNUE et la CNUCED) sur les aspects de la question relatifs à la propriété intellectuelle. L'UNESCO devrait concentrer ses efforts sur

l'établissement de mesures générales de protection qui favorisent l'accès des détenteurs de la tradition aux droits moraux et économiques existants. En général, l'UNESCO devrait laisser l'élaboration d'une protection *sui generis* du patrimoine immatériel fondée sur les droits de propriété intellectuelle aux institutions très spécialisées, comme l'OMPI qui a un mandat spécifique dans ce domaine.

Les instruments existants en matière de patrimoine culturel et de propriété intellectuelle ne sont pas satisfaisants pour assurer la sauvegarde du patrimoine immatériel dans une acception suffisamment large, et un nouvel instrument normatif élaboré par l'UNESCO représenterait un progrès majeur pour combler la lacune actuelle en matière de protection. C'est aussi le moyen par lequel des normes acceptées sur le plan international pour la protection pourront être formulées avec la dynamique nécessaire pour une coopération internationale dans cet important domaine. Au nombre des buts et objectifs d'un tel instrument pourraient figurer la revitalisation du processus créatif vivant de la culture traditionnelle, la protection des moyens de transmission (y compris les détenteurs de la tradition eux-mêmes), l'adoption, le cas échéant, de règles et approches coutumières pour la sauvegarde, la prévention de l'usage non autorisé et de la déformation des expressions du patrimoine immatériel et l'enregistrement des traditions culturelles orales menacées de disparaître. L'un des aspects les plus difficiles de ce travail serait la formulation d'une définition du patrimoine immatériel qui soit à la fois suffisamment large et susceptible d'une application pratique. Pour y parvenir, il sera nécessaire de déterminer les zones prioritaires pour la sauvegarde et d'éliminer les conflits d'intérêt éventuels. Il faudra de surcroît incorporer au nouvel instrument certaines sauvegardes destinées à éviter une opposition sur des questions telles que les droits fonciers et l'autodétermination de minorités. Le nouvel instrument devrait également faire en sorte que la sauvegarde de la pratique de la culture traditionnelle ne contrevienne pas aux normes internationales établies en matière de droits de l'homme.

Diverses options quant au type d'instrument qui pourrait être élaboré par l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine immatériel ont été formulées. L'idée tendant à rédiger un protocole additionnel à la Convention de 1972 ou à réviser le texte de celle-ci a été examinée et rejetée dans la présente étude parce qu'elle se révélerait aussi difficile à réaliser que la rédaction d'une convention nouvelle. L'élaboration d'une nouvelle recommandation pour « combler les lacunes » de la Recommandation de 1989 est une option qu'il ne faudrait vraisemblablement envisager que si l'on estimait qu'il n'y a pas lieu d'élaborer une convention nouvelle. L'expérience de la Recommandation de 1989, parmi d'autres, donne à penser que c'est là un moyen peu efficace d'instaurer une pratique s'imposant aux Etats par rapport à une convention.

Si la décision à prendre concerne la nature de la convention à élaborer et le type d'obligations que cet instrument devrait imposer aux Etats parties, trois options sont possibles. La première est celle d'une convention fondée sur des approches *sui generis* de la protection inspirées par les règles de la propriété intellectuelle et répondant aux exigences spécifiques du patrimoine immatériel. La deuxième option serait la formulation d'une convention qui reposerait en gros sur les principes et les mécanismes de la Convention de 1972 et qui serait adaptée aux besoins du patrimoine immatériel et des communautés détentrices des traditions. La troisième option est celle d'une convention faisant appel à un mélange d'approches générales sur la protection du patrimoine culturel et de certaines mesures *sui generis* destinées à remédier à certaines lacunes qui auront été décelées en matière de protection.

Une convention du premier type a peu de chances de se révéler bien utile car les approches fondées sur la propriété intellectuelle (et par conséquent un système *sui generis* élaboré à partir des règles de la propriété intellectuelle) ont un champ trop limité. De surcroît, une telle convention se heurterait à une résistance farouche de la part des Etats membres qui sont opposés à toute adaptation du système traditionnel de la propriété intellectuelle, ce qui

rendrait la négociation du texte extrêmement longue et difficile. Quant aux deux autres modèles de convention, le second présente de nombreux avantages qui sont explicités dans la présente étude, mais son principal point faible est qu'il ne sauvegarderait qu'un petit nombre de types de patrimoine immatériel, ce qui n'est peut-être pas une bonne solution. L'idée d'une convention plus générale sur le patrimoine culturel à laquelle s'ajouteraient quelques mesures *sui generis* répond à cette critique en se proposant une sauvegarde du patrimoine immatériel dans son acception générale. Elle soulèverait toutefois un problème beaucoup plus complexe pour ce qui est de déterminer le champ de la définition de la protection et la nature des obligations incombant aux Etats parties. Toute approche *sui generis* à prendre en considération devra être choisie avec le plus grand soin pour éviter de susciter une opposition trop forte à l'ensemble du texte.

## Introduction

Lors d'une conférence qui s'est tenue à Washington en juin 1999 et qui était organisée conjointement par l'UNESCO et la Smithsonian Institution<sup>1</sup>, le point 12 du *Plan d'action* était la recommandation invitant les gouvernements des Etats à envisager « la soumission éventuelle d'un projet de résolution à la Conférence générale de l'UNESCO invitant l'UNESCO à entreprendre une étude sur la possibilité d'adopter un nouvel instrument normatif sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire ». La République tchèque, la Lituanie et la Bolivie (appuyées par la Bulgarie, la Côte d'Ivoire, la Slovaquie et l'Ukraine) ont soumis à la Conférence générale de l'UNESCO, à sa 30<sup>e</sup> session, en novembre 1999<sup>2</sup>, un projet de résolution demandant qu'une étude préliminaire soit faite sur la question de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine immatériel. La présente étude préliminaire se fonde sur cette résolution et traite des questions ci-après.

- La nécessité d'une définition très claire du concept sur lequel portera un instrument normatif et du type de protection à envisager.
- Le champ de la définition à élaborer et les mécanismes juridiques à utiliser (les deux questions étant liées).
- Le champ du patrimoine à protéger et la délimitation/définition du domaine (expressions de la culture populaire, savoir traditionnel, expressions artistiques, etc.).
- La difficulté inhérente à la révision de la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel ou l'adjonction d'un protocole à cette Convention.
- Le type de protection à adopter, par exemple droits de propriété intellectuelle, droits coutumiers, système *sui generis*, protection générale du patrimoine culturel ou combinaison de ces éléments.
- La pertinence des instruments internationaux existants – de l'UNESCO et d'autres organismes – pour la protection du patrimoine culturel immatériel.
- Les implications juridiques plus larges de toutes mesures à incorporer dans un instrument de ce type.
- La pertinence des travaux d'autres organismes intergouvernementaux tels que l'OMPI, l'OMC, le PNUE, la CNUCED, l'ECOSOC, la FAO, etc. pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.
- L'interaction probable entre les législations nationales et un instrument international de ce type.
- La manière dont d'autres activités de programme de l'UNESCO (tous secteurs confondus) peuvent intéresser le processus d'élaboration d'un nouvel instrument.
- Quel type d'obligations est-il souhaitable de donner aux Etats en ce qui concerne la protection du patrimoine culturel immatériel ?
- Les différents *niveaux d'obligation* d'une recommandation et d'une convention.
- La valeur du *processus* de négociation d'un nouvel instrument juridique en soi.

Les propositions suivantes ont été présentées en ce qui concerne la question de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et elles seront prises en considération dans l'étude.

---

<sup>1</sup> *Evaluation mondiale de la Recommandation de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire : pleine participation et coopération internationale*, 27-30 juin 1999, Washington, DC.

<sup>2</sup> UNESCO Doc. 30C/DR.84.

- Elaboration d'une nouvelle convention internationale qui recoure à une approche particulière pour répondre aux exigences spécifiques de la protection du patrimoine culturel immatériel.
- Révision de la Convention de 1972 sur le patrimoine mondial (conformément aux termes de l'article 37 du texte actuel de la Convention) et/ou élaboration d'un protocole additionnel à ladite Convention de 1972.
- Elaboration d'une nouvelle convention internationale pour la sauvegarde/protection du patrimoine culturel immatériel prenant pour modèle la Convention de 1972 de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.
- Elaboration d'une nouvelle Recommandation qui tienne compte des conceptions récentes sur la nature du patrimoine culturel immatériel et des mesures juridiques et/ou administratives susceptibles d'être prises pour le sauvegarder.

L'un des principes qui ont orienté les activités de l'UNESCO depuis 1949 est la préservation de la diversité culturelle et la fixation de normes internationales<sup>3</sup>, et cette philosophie jouera un rôle déterminant dans toutes les initiatives qui pourront être prises en vue de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif relatif au patrimoine culturel immatériel. La reconnaissance du « patrimoine culturel immatériel » en tant qu'élément à préserver est l'un des faits nouveaux les plus récents (et significatifs) dans le droit international relatif au patrimoine culturel parallèlement à la notion connexe de droits culturels considérés comme des droits de l'homme<sup>4</sup>. L'identification de son caractère a été un problème majeur, de même que la nécessité de comprendre la signification de la compétence du producteur, de la transmission de l'information et du contexte social, culturel et intellectuel de sa création et de son maintien. Il s'ensuit que le contexte humain (social et économique) de la production du patrimoine immatériel exige une sauvegarde tout autant que le produit matériel et qu'il doit être pris en considération pour l'évaluation des mesures de protection existantes ou futures.

La reconnaissance du patrimoine immatériel - patrimoine culturel traditionnel et populaire – en tant que sujet de protection internationale a coïncidé avec l'impact énorme de la mondialisation économique et culturelle sur la société dans le monde entier. Ces effets ont été le plus souvent perçus comme une menace pour la survie et la pratique de ce patrimoine sous ses formes traditionnelles<sup>5</sup>, encore que le potentiel que les technologies nouvelles qui ont précipité la mondialisation culturelle peuvent comporter pour la préservation et la diffusion de ce patrimoine ait été également reconnu<sup>6</sup>. On a beaucoup écrit sur les effets de la mondialisation<sup>7</sup> et il est utile de relever ici les aspects de la mondialisation qui intéressent la culture traditionnelle et populaire.

- La mondialisation a des incidences sur presque tous les aspects des manifestations de la culture, y compris les expressions de la culture traditionnelle.

---

<sup>3</sup> Protz, L.V. « Les normes internationales pour le patrimoine culturel », dans: UNESCO, *Rapport mondial sur la culture* (Editions UNESCO, Paris, 1998), p. 247.

<sup>4</sup> Voir : Niec, H. (dir. publ.) *Pour ou contre le droit culturel ?* (Editions UNESCO, Paris, 2001).

<sup>5</sup> On trouve dans les *Directives* pour le programme de l'UNESCO « Trésors humains vivants » mentionné à la note 426 le passage suivant : « Malheureusement, un grand nombre de ses manifestations ont déjà disparu ou sont en voie de disparition. La raison principale est que le patrimoine culturel immatériel local est rapidement remplacé par une culture internationale standardisée, favorisée non seulement par la modernisation socio-économique, mais aussi par les progrès considérables des techniques de l'information et des transports. ».

<sup>6</sup> Vinson, I. « Patrimoine et cyberculture », dans : UNESCO, ouvrage mentionné à la note 3., p. 271, note que « la conception anthropologique, large et intégrante, du patrimoine qui a émergé lors des dernières décennies devrait être accentuée par les propriétés des réseaux ... qui favorisent l'intégration des domaines connexes que sont les arts vivants, les arts traditionnels, l'artisanat, les traditions orales, dans le patrimoine culturel ».

<sup>7</sup> Voir, par exemple : Featherstone, M. (dir. publ.) *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity* (Sage, Londres, 1990) et Friedman, J. *Cultural Identity and Global Process* (Sage, Londres, 1995).

- Elle menace la poursuite de la pratique de la culture traditionnelle en détournant les jeunes de celle-ci en faveur d'une culture « mondiale » unifiée<sup>8</sup>.
- Elle peut aussi être exploitée pour diffuser les cultures traditionnelles auprès d'un public plus large (voire mondial) et même contribuer à élaborer des styles nouveaux.
- Elle nous oblige à redéfinir le rôle des Etats dans la sphère culturelle ainsi que les rapports des particuliers et des organismes indépendants avec les pouvoirs publics.
- Elle met en évidence le rôle « universaliste » d'un instrument normatif international en tant que moyen de remédier aux effets de la mondialisation économique et culturelle<sup>9</sup>.
- S'il se peut que la mondialisation réduise le rôle des Etats en ignorant les frontières dans de nombreux secteurs de l'activité économique et culturelle, elle accroît aussi l'importance des expressions locales de l'identité face aux pressions mondiales<sup>10</sup>.

Ce dernier point peut se révéler important quand il s'agit de « vendre » une politique de valorisation et de sauvegarde de la culture populaire aux Etats en leur fournissant un moyen nouveau de légitimer leur rôle en termes culturels<sup>11</sup>. Face au défi du mondialisme, on pourrait considérer que les Etats encouragent un sentiment d'identité culturelle locale dans le cadre étatique. Certes, il y a des populations autochtones et des minorités culturelles qui cherchent à contester l'Etat en revendiquant leur autodétermination, mais il est généralement plus avantageux pour l'Etat d'accepter et d'accroître l'importance donnée aux traditions culturelles locales que de s'abstenir. Etant donné que les instruments internationaux sont négociés par les Etats, ce jugement porté sur leur rôle a du poids dans le contexte de la présente étude.

En 1982, la Conférence mondiale sur les politiques culturelles avait formulé une définition de la « culture »<sup>12</sup> qui mettait en lumière la place centrale du patrimoine immatériel. On s'accorde généralement à penser qu'il est nécessaire d'élargir notre perception du patrimoine culturel pour tenir compte d'une conception anthropologique plus large de la culture qui prendrait par exemple en considération le contexte socioculturel et économique des monuments et des sites. La signification religieuse des sites pour les populations locales et l'importance du langage utilisé pour les décrire ainsi que les traditions orales qui les concernent interviennent également. La langue est en général l'une des caractéristiques

---

<sup>8</sup> Pérez de Cuellar, J. (dir. publ.), *Notre diversité créatrice* (Editions UNESCO, Paris, 1996), p. 183 : « Les traditions culturelles dont [les enfants] sont porteurs présentent l'avantage de les relier aux générations passées, tout en ne les coupant pas de la modernité puisqu'elles peuvent être réinterprétées et adaptées en cas de besoin. C'est la raison pour laquelle il faut que les systèmes éducatifs conservent des traditions comme les jeux traditionnels, la cuisine et la littérature orale ».

<sup>9</sup> Certains commentateurs ont relevé une contradiction apparente entre le caractère universaliste des instruments normatifs de l'UNESCO et l'importance qui s'attache au respect de la diversité culturelle. Voir : Lowenthal, D. *The Heritage Crusade and the Spoils of History* (Viking, Royaume-Uni, 1997) et Protz, *op. cit.*, note 3. Cependant, le *Plan d'action relatif aux politiques culturelles pour le développement* formulé par la Conférence intergouvernementale sur les politiques culturelles pour le développement, Stockholm (30 mars – 2 avril 1998) note « la nécessité de tenir compte des valeurs universelles tout en reconnaissant la diversité culturelle » (Préambule, point 4) et que « la diversité culturelle étant un trésor de l'humanité, est un facteur essentiel du développement » (Point 6 des « Principes »).

<sup>10</sup> Pérez de Cuellar, *op. cit.* (note 8), p. 28 : « Les individus se tournent vers la culture pour mieux définir leur appartenance, se mobiliser et affirmer les valeurs culturelles locales [face à la mondialisation]. Pour les plus démunis, ces valeurs traditionnelles sont souvent l'unique bien qu'ils puissent revendiquer, car, porteuses d'identité et de continuité, elles donnent un sens à leur existence. ».

<sup>11</sup> Tout comme les Etats ont traditionnellement utilisé le patrimoine culturel et archéologique monumental pour susciter un sens d'identité culturelle nationale qui légitime l'Etat lui-même.

<sup>12</sup> Mexico, 6 août 1982 « Dans son sens le plus large, la culture peut désormais être considérée comme l'ensemble des particularités spirituelles, matérielles, intellectuelles et affectives qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle comprend non seulement les arts et les lettres, mais aussi les modes de vie ..., les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances. ».

culturelles les plus importantes de toute société et un sujet important pour les politiques de préservation, la diversité linguistique représentant un bien précieux pour l'humanité en tant que dépositaire de toute une somme de savoirs traditionnels.

Cela est lié aussi à un sens croissant de l'importance de la dimension culturelle dans le développement ainsi qu'à l'affirmation et à la valorisation concomitantes des identités culturelles, à la préservation de la diversité et du pluralisme culturels et à l'encouragement de la créativité qui sont indispensables à cet égard. Les initiatives visant à instaurer une protection internationale du patrimoine immatériel vont de pair avec ces aspirations au développement. En termes économiques, il est utile de comprendre les notions de « valeur culturelle » et de « capital culturel », ce dernier étant considéré comme le stock de valeur culturelle contenu dans un actif qui peut être matériel ou immatériel<sup>13</sup>. Le capital culturel immatériel comprend l'ensemble des idées, des pratiques, des croyances, des traditions et des valeurs qui créent l'identité culturelle d'un groupe et qui donnent naissance à un flux de services qui peuvent contribuer à la production de biens culturels futurs, créant à la fois une valeur culturelle et une valeur économique. Comme la Commission mondiale de la culture et du développement l'a noté dans son rapport de 1996<sup>14</sup>, quand la culture est considérée comme une base pour le développement, elle exige un élargissement considérable de la notion de culture, de manière à promouvoir le pluralisme culturel et la cohésion sociale. Dans son Agenda international (point 2.5), la Commission invite en outre l'UNESCO, conjointement avec le PNUD et d'autres institutions, à aider les pays à formuler des stratégies de développement humain qui préservent et enrichissent leurs valeurs culturelles et le patrimoine de leurs diverses ethnies.

Les valeurs immatérielles inhérentes au patrimoine culturel ont ainsi un rôle à jouer dans le développement, et l'un des moyens par lesquels l'UNESCO peut s'acquitter du mandat de la Commission consiste à sauvegarder le patrimoine culturel immatériel. Le travail du Secteur de la créativité de l'UNESCO concernant l'artisanat – expression matérielle du patrimoine culturel traditionnel – et le développement économique et social des communautés qui le créent et le maintiennent ont également leur place ici<sup>15</sup>. Les métiers de l'artisanat sont considérés à la fois comme traditionnels et contemporains conformément à l'idée selon laquelle la culture traditionnelle et populaire est une culture vivante et évolutive bien qu'elle se fonde sur des formes et un savoir-faire traditionnels. Quand on s'occupe de ces métiers, il est important de suivre une approche dynamique visant à l'adaptation plutôt qu'à la conservation. Cela s'accorde avec le fait que de nombreuses communautés détentrices de traditions sont capables de combiner celles-ci avec la modernité et savent que cette attitude est nécessaire pour maintenir leur identité et améliorer leur situation sociale et économique<sup>16</sup>. Dans la présente étude, les savoirs traditionnels<sup>17</sup> et le patrimoine autochtone sont examinés de façon relativement détaillée comme des éléments faisant partie de la catégorie plus large du patrimoine immatériel. Cela reflète l'intérêt qui se manifeste depuis une vingtaine d'années au niveau international avec la recherche de moyens permettant de protéger les savoirs traditionnels, qui sont souvent des savoirs locaux et autochtones. Il est important dans une

---

<sup>13</sup> Throsby, D. « Cultural capital », 23, *J. of Cult. Economics* (1999) 3, p. 7.

<sup>14</sup> mentionné à la note 8.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 209 : « Les métiers de l'artisanat représenteraient près du quart des micro-entreprises dans le monde en développement ; ils permettraient aux artisans d'avoir des revenus et donneraient à des millions de personnes, dont beaucoup de femmes, notamment rurales, le moyen de prendre leur destin en mains. ».

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 91 – on mentionne l'exemple de la population de Michoacan, au Mexique, dont la relative prospérité assurée par la modernisation de leurs traditions artisanales leur permet de consacrer plus de temps à la revitalisation de rituels anciens.

<sup>17</sup> Cela inclut notamment les connaissances traditionnelles en matière de médecine, d'agriculture, d'écologie et de botanique.

étude comme celle-ci de tenir compte du travail d'autres organisations intergouvernementales, d'ONG et d'autres intervenants dans un domaine en rapport avec notre sujet. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement qu'un nouvel instrument normatif de l'UNESCO devra couvrir tous les aspects de la protection des savoirs traditionnels et autochtones, mais bien plutôt qu'il faut déterminer ceux de ces aspects que ledit instrument devrait prendre en considération. Pour prendre une décision à cet égard, il sera important de tenir compte à la fois du mandat de l'UNESCO et des activités d'autres organisations intergouvernementales, en particulier celles qui concernent des instruments juridiques. Comme le montre clairement la présente étude, une grande partie des activités que l'UNESCO peut utilement mener à bien en ce qui concerne le patrimoine autochtone et les savoirs traditionnels relève de l'opérationnel plutôt que du normatif.

### *La dimension des droits culturels*

La question des droits culturels a sa place dans la protection du patrimoine immatériel et de la propriété culturelle et intellectuelle correspondante. La Charte des Nations Unies indique clairement que l'ONU a pour mandat de résoudre les problèmes internationaux relatifs aux questions économiques, sociales et culturelles et de promouvoir les droits de l'homme par la coopération internationale<sup>18</sup>. Cela a une incidence sur la promotion des droits culturels de communautés dont le patrimoine immatériel est menacé par diverses formes de coopération internationale. En étudiant les droits culturels, Stavenhagen<sup>19</sup> fait état de trois façons d'envisager la culture et les droits culturels qui l'accompagnent. La première conception de la culture est celle d'un « capital », c'est-à-dire du patrimoine matériel accumulé de l'humanité ou de groupes humains particuliers dans sa totalité, qui aurait pour corollaire des droits d'accès égaux à cette richesse culturelle et au développement. La deuxième conception, celle d'un processus de création artistique et scientifique, aboutit aux droits qu'ont les individus de créer librement des œuvres culturelles et de jouir d'une liberté d'accès à celles-ci. La troisième conception de la culture comme un mode de vie total<sup>20</sup>, perspective plus « anthropologique », est celle qui convient le mieux à la présente étude puisqu'elle insiste sur les aspects immatériels de la culture d'un groupe tels que valeurs, symboles et pratiques. Stavenhagen fait valoir que cette conception de la culture amène à voir les droits culturels comme spécifiques d'une culture, chaque groupe culturel ayant le droit de maintenir et de développer sa culture propre, c'est-à-dire le droit à l'identité culturelle<sup>21</sup>. Cela soulève des questions délicates quant à la politique à suivre par les gouvernements étant donné que, lorsqu'on parle de droits culturels, on parle également des droits qu'ont des groupes de maintenir leurs identités culturelles distinctes et de développer leurs cultures même lorsque celles-ci sont différentes de celles de la majorité culturelle.

---

<sup>18</sup> Article 1(3) : « Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ; ».

<sup>19</sup> Stavenhagen, R. « Cultural rights: a social science perspective », dans: Niec, ouvrage cité à la note 4, p.4-5.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 5 : « Il faut recourir à la culture pour faire la somme des activités et produits matériels et spirituels d'un groupe social donné qui le distingue d'autres groupes du même genre. Ainsi entendue, la culture peut être considérée comme un système indépendant cohérent de valeurs et de symboles, ainsi que comme un ensemble de pratiques qu'un groupe culturel donné reproduit dans le temps ... ».

<sup>21</sup> Prott, L.V. « Cultural rights as peoples' rights », dans : Crawford, J. *The Rights of Peoples* (Clarendon Press, Oxford, 1988), p.97, note le caractère problématique du concept d'identité culturelle. Il est difficile de définir un « peuple » sans se référer à une forme ou une autre de critères culturels, de même qu'il est difficile de formuler un concept de la culture qui ne repose pas sur l'idée d'un « peuple » ou d'un « groupe » sauf si l'on envisage une quelconque culture « universelle ».

Une autre revendication en matière de droits culturels est celle du « droit à une culture » qui comprend le droit de maintenir, de développer, de préserver une culture ou d'y avoir accès et pourrait s'exprimer par la revendication du droit à la restitution d'une propriété culturelle ou spirituelle<sup>22</sup>. Cette formulation d'un droit à une culture tout comme la revendication du droit à l'identité culturelle jouent un rôle majeur dans la sauvegarde du patrimoine immatériel indispensable à la perpétuation de l'identité sociale et culturelle du groupe qui le crée et le maintient. Les traditions culturelles étant souvent ce qui donne aux humains un sens de leur identité, qui peut être au cœur même de leur dignité personnelle, les droits culturels devraient se traduire par une priorité dans l'accès à ces traditions culturelles et dans l'enseignement de celles-ci. Le droit de prendre part à une vie culturelle qu'affirment la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)<sup>23</sup> et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)<sup>24</sup> peut être considéré comme exprimant la nécessité pour les communautés culturelles d'être aidées pour la création et le maintien de leurs traditions culturelles. Chose intéressante, les deux textes se poursuivent par une affirmation du droit de chacun à bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels résultant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont l'intéressé est l'auteur. Cela a bien entendu une incidence sur la question de l'application des règles de la propriété intellectuelle à la protection du patrimoine immatériel. Les droits culturels ont un caractère collectif, étant donné qu'ils sont surtout les droits de peuples, de groupes ou de communautés. Les droits culturels des peuples autochtones, par exemple, ne peuvent s'exprimer qu'en termes de droits collectifs ou de groupe puisqu'une grande partie du savoir et de la culture autochtones est collectivement détenue par des communautés entières ou par des groupes faisant partie de celles-ci. Cette caractéristique peut soulever des problèmes car elle va à l'encontre des droits de l'homme qui, en droit international, sont traditionnellement conçus comme les droits des individus. Elle implique aussi qu'on identifie les groupes qui sont les détenteurs de ces droits et aboutit à une discussion sur les « minorités », les « peuples » et autres groupes culturels qui ne sont pas suffisamment définis dans le droit international.

Le Projet préliminaire de déclaration des droits culturels (1995)<sup>25</sup> est intéressant à étudier dans ce contexte en ce qu'il affirme des droits tels que le droit au respect de l'identité culturelle de chacun en tant qu'individu ou en tant que membre d'un groupe, le droit de voir reconnue sa culture comme une contribution au patrimoine commun de l'humanité, la connaissance des patrimoines culturels sur lesquels chacun base sa propre identité et l'accès à la connaissance de différentes cultures qui, dans leur diversité, constituent le patrimoine commun de l'humanité<sup>26</sup>. La Déclaration d'Alger (1976)<sup>27</sup> formule des droits analogues, et notamment le droit des peuples minoritaires au respect de leur identité, de leurs traditions, de

<sup>22</sup> Protz, LV. « Understanding one another on cultural rights », dans : Niec, *op. cit.* (note 4), p. 165.

<sup>23</sup> Article 27 : « 1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. ».

<sup>24</sup> Article 15 : « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit : (a) de participer à la vie culturelle ... ».

<sup>25</sup> Document établi par une réunion d'experts, tenue à Fribourg du 23 au 25 mars 1995, et organisée par l'UNESCO, le Conseil de l'Europe, l'Institut de l'Université de Fribourg pour les études interdisciplinaires sur les valeurs morales et les droits de l'homme et la Commission nationale suisse pour l'UNESCO. « Le terme de « culture » recouvre les valeurs, les croyances, les langues, les arts et les sciences, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe s'exprime et se développe » (art. 1(a)) et l'« identité culturelle » désigne « l'ensemble des éléments de culture par lesquels une personne ou un groupe se définit, se manifeste ou souhaite être reconnu » (art. 1(b)). Une « communauté culturelle » est définie comme « un groupe de personnes qui, partageant les mêmes références culturelles, se reconnaissent comme ayant une identité commune qu'elles entendent préserver et développer ».

<sup>26</sup> Art. 4, 5 et 9.

<sup>27</sup> Déclaration universelle des droits des peuples (Alger, 1976), document qui n'est pas un texte officiel émanant d'une organisation intergouvernementale, mais la déclaration d'un groupe de juristes et d'universitaires.

leurs langues et de leur patrimoine culturel. La pertinence de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) a déjà été examinée plus haut à propos de l'intégrité culturelle des peuples autochtones.

Le droit à l'identité culturelle et les autres droits culturels sont étroitement liés aux questions de développement et à la notion controversée de droit au développement. Le développement culturel a englobé dans certains cas la résurrection de traditions culturelles anciennes qui étaient peut-être déjà mortes, et le développement économique local est souvent associé à l'essor de métiers artisanaux dont la production est destinée aux touristes. L'exploitation des connaissances traditionnelles locales en matière d'agriculture et de sylviculture, par exemple, peut jouer un rôle déterminant dans la maîtrise des ressources naturelles dont une communauté dépend pour sa survie. C'est ainsi que des aspects immatériels du patrimoine culturel peuvent jouer un rôle important en termes économiques et sociaux autant qu'en termes culturels pour une société donnée. Le Plan d'action de la Conférence de Stockholm (1998)<sup>28</sup> exprime clairement cette idée en recommandant aux Etats membres de promouvoir la diversité culturelle et linguistique ainsi que les cultures et les langages locaux et d'encourager la diversité et les traditions culturelles au titre de leur stratégie de développement.

## **1. Une question de terminologie et de définition**

### **1.1 « Culture populaire » - difficultés de terminologie**

Dans le contexte de la présente étude, il faut se demander si la terminologie « culture traditionnelle et populaire » (en anglais « Traditional culture and folklore ») employée dans la Recommandation de 1989 est celle qu'il convient d'utiliser en élaborant un nouvel instrument normatif. A la conférence tenue à Washington en 1999<sup>29</sup>, une critique fréquemment émise au sujet de la Recommandation concernait l'impropriété de l'usage du terme « folklore » pour rendre compte de tous les éléments du patrimoine culturel à sauvegarder. Les peuples autochtones considèrent ce terme comme méprisant pour leur patrimoine culturel traditionnel et comme ne rendant pas compte correctement de celui-ci<sup>30</sup>. Tout le secteur de la terminologie concernant cet aspect du patrimoine culturel est un terrain miné et une étude sérieuse s'impose pour éviter de tomber dans des pièges qui ont ensuite des résultats fâcheux. Une certaine expérience a toutefois été acquise dans ce domaine à la suite de la négociation de la Recommandation de 1989 et de l'élaboration de programmes qui mettent maintenant l'UNESCO en mesure de s'attaquer à cette difficile question. Les difficultés de terminologie découlent du terme « culture » lui-même, encore que cela n'ait pas empêché le développement de tout un chapitre du droit international qui traite du patrimoine culturel et des droits culturels, par exemple. Les termes susceptibles d'être employés pour désigner ce secteur du patrimoine sont notamment « traditionnelle », « populaire », « vivante », « orale » et « immatérielle », épithètes s'accolant au mot culture et pouvant être utilisées selon diverses

---

<sup>28</sup> *Plan d'action de la Conférence internationale sur les politiques culturelles pour le développement*, Stockholm, 1998.

<sup>29</sup> Voir note 1.

<sup>30</sup> Tora, S. « A Pacific Perspective », communication présentée à la Conférence de Washington mentionnée à la note 1 : « Le terme de « folklore » qui s'applique à beaucoup de nos cultures autochtones n'est pas acceptable. Notre culture n'est pas un « folklore » mais nos normes sacrées étroitement associées à notre mode de vie traditionnel, et ce sont ces normes qui déterminent les valeurs juridiques, morales et culturelles de nos sociétés traditionnelles. Elles sont notre identité culturelle. ».

combinaisons. On trouve également dans la littérature une autre terminologie qui est celle de « propriété culturelle et intellectuelle ». Les termes considérés présentent les connotations positives et négatives ci-après, dont il convient de tenir compte :

« *Populaire* » – apprécié dans certains pays d'Amérique latine, ce terme a l'avantage de souligner que la culture en question n'a pas un caractère élitiste<sup>31</sup>. Il évoque plutôt une culture contemporaine et urbaine, ce qui exclurait à la fois les formes anciennes et rurales de la culture.

« *Traditionnelle* » – c'est là une notion centrale pour ce qui est de la culture en question, encore que le terme ne soit pas sans évoquer une culture statique qui n'évolue pas et qui est privée de dynamisme, impliquant un attachement à un passé immuable. Il faut donc y apporter des nuances pour y incorporer l'idée d'une tradition culturelle vivante et évolutive.

« *Vivante* » – ce terme ne saurait, bien entendu, caractériser suffisamment le patrimoine considéré. C'est toutefois un élément sur lequel il est important d'insister, étant donné qu'une grande partie du patrimoine considéré est encore vivant et fait toujours l'objet de pratiques dans les communautés culturelles qui le créent et le maintiennent et qu'un objectif central de la sauvegarde est d'assurer sa perpétuation. Il contribue aussi à dissiper les idées selon lesquelles le patrimoine traditionnel serait par définition un patrimoine « mort ».

« *Orale* » – une grande partie de la culture en question fait l'objet d'une forme orale d'expression et de transmission, si bien que le terme revêt aussi une signification centrale. Toutefois, il ne rend pas compte de toutes les formes culturelles traditionnelles et devrait par conséquent être utilisé concurremment avec d'autres termes qui, réunis, donneraient une idée complète du patrimoine culturel considéré.

« *Immatérielle* » – ce mot est devenu le terme technique utilisé par l'UNESCO pour désigner ce domaine du patrimoine culturel<sup>32</sup>, mais il n'est pas sans soulever de problèmes et il faudra l'examiner attentivement avant de lui donner la préférence dans un instrument nouveau qui pourrait être élaboré. On reviendra en détail sur cette question.

« *Propriété culturelle et intellectuelle* » – il est évident que ce terme est destiné à établir un lien entre la question de la protection et les aspects économiques relatifs au contrôle et à l'exploitation de cette propriété (et, par extension, à l'adaptation des droits de propriété intellectuelle pour sa protection). En conséquence, il n'y a pas lieu d'en recommander l'emploi dans un texte qui ne vise pas à créer une forme *sui generis* de protection inspirée par la réglementation de la propriété intellectuelle. Le terme de « propriété » soulève lui-même des problèmes intrinsèques quand on l'applique à un aspect quelconque du patrimoine culturel<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Comme, par exemple, les danses de cour du Vietnam.

<sup>32</sup> Le service qui s'occupe des programmes dans ce domaine porte le nom de « Section du patrimoine immatériel ».

<sup>33</sup> Voir Prott, L.V. et O'Keefe, P.J., « "Cultural heritage" or "cultural property"? » 1(2) *Int. J. Cult. Property* (1992), p. 307.

« Patrimoine culturel immatériel »

L'expression « patrimoine oral et immatériel » est employée dans le programme de l'UNESCO de 1998 intitulé « Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité ». Il s'agit là de l'activité la plus récente de l'UNESCO dans le domaine de la sauvegarde du folklore et elle est explicitement liée à la Recommandation de 1989 dans le document présentant le programme<sup>34</sup>. Ce changement de terminologie reflète les changements d'attitude vis-à-vis de la nature du patrimoine culturel qui se sont produits depuis la fin des années 1980<sup>35</sup>. Jusqu'alors, tous les instruments et programmes existants de l'UNESCO se rapportaient clairement à la protection et à la préservation du patrimoine matériel (ou « tangible »), même si les éléments « immatériels » pouvaient être aussi implicitement reconnus<sup>36</sup>. Ainsi est apparue une nouvelle distinction entre les éléments matériels (« tangibles ») et immatériels (« intangibles ») du patrimoine culturel, distinction qui, superficiellement, peut sembler séduisante. C'est ainsi que les mesures légales et administratives prises traditionnellement pour protéger des éléments matériels du patrimoine culturel ne sont pas nécessairement celles qui sont nécessaires à la sauvegarde d'un patrimoine dont les éléments les plus significatifs renvoient à des systèmes particuliers de savoirs et de valeurs et au contexte social/culturel où ce patrimoine est créé.

C'est pourtant une catégorie erronée en ce sens que tous les éléments matériels du patrimoine culturel comportent des valeurs immatérielles importantes qui leur sont associées et qui sont la raison pour laquelle ils sont protégés. En outre, c'est une distinction qui est inacceptable pour beaucoup de cultures autochtones et locales qui sont les détentrices de traditions culturelles relevant de cette catégorie de « patrimoine immatériel » car elle ne rend pas compte de leur conception holistique de la culture et du patrimoine<sup>37</sup>. Elle exprime en outre une conception eurocentrée du patrimoine culturel qui, traditionnellement, accorde plus de prix aux monuments et aux sites qu'aux valeurs immatérielles qui leur sont associées<sup>38</sup>. De surcroît, l'alliance de l'« oral » avec l'« immatériel » apparaît elle-même étrange puisque le patrimoine oral est par définition immatériel. Etant donné que l'« immatériel » est un concept extrêmement difficile à appréhender et implique un objet dont la protection échappe à la définition de mesures législatives, il est probablement préférable d'éviter ce terme. Celui-ci présente en outre un inconvénient supplémentaire, à savoir qu'il ne rend pas compte de la signification du rôle social de ce patrimoine. En revanche, une référence à son caractère oral et traditionnel est suffisante pour montrer qu'il comporte ces éléments immatériels. Il avait été proposé de faire figurer le patrimoine immatériel dans les catégories de patrimoine protégé de la Convention de 1972 et, bien que la proposition n'ait finalement pas été adoptée, elle montrait bien qu'il s'agit là d'un aspect négligé du patrimoine culturel<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> UNESCO Doc. 155 EX/15, Paris, 25 août 1998. Ce programme est destiné à choisir des « espaces culturels » (au sens anthropologique) et des formes traditionnelles ou folkloriques d'expressions culturelles qui seront proclamés « chefs-d'œuvre ».

<sup>35</sup> Voir Protz, *op. cit.*, note 3.

<sup>36</sup> Dès 1956, la Recommandation sur les principes internationaux applicables aux fouilles archéologiques (New Delhi, 5 décembre 1956) faisait état dans son préambule des « sentiments suscités par la contemplation et l'étude d'œuvres du passé », reconnaissance de l'élément immatériel du patrimoine culturel inhérent à sa signification pour les individus et les peuples par-delà l'objet, le monument ou le site lui-même.

<sup>37</sup> Tora, *op. cit.* (note 18) : « Pour les populations du Pacifique, la distinction entre patrimoine culturel matériel et immatériel n'est pas prise en considération. Les deux sont considérés comme un tout, leur patrimoine culturel. ».

<sup>38</sup> Ce sont les Etats d'Asie, par exemple, qui, historiquement, ont protégé les aspects immatériels aussi bien que matériels de leur patrimoine culturel, comme la République de Corée, les Philippines et le Japon.

<sup>39</sup> Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (16 novembre 1972). La Convention de 1972 sera étudiée à la section 6.

En raison des objections qui ont été émises quant à l'emploi du terme « folklore », il y a des arguments puissants qui militent contre la rétention de la terminologie « culture traditionnelle et populaire » (« traditional culture and folklore » dans le texte anglais) utilisée dans la Recommandation. Il est possible d'envisager une autre terminologie qui ferait appel à des termes tels que « traditionnel », « oral », « populaire » et/ou « vivant » pour désigner ce patrimoine culturel. Ces éléments, qui ne figurent pas dans la terminologie actuellement utilisée, pourraient bien entendu faire l'objet de définitions données dans le texte. C'est une question essentielle pour l'élaboration d'un nouvel instrument normatif et elle mérite d'autant plus d'être débattue que les experts, de disciplines et de formations différentes, auront des arguments puissants à faire valoir en faveur de la terminologie qu'ils préfèrent. Bien que les définitions données dans le texte puissent influencer sensiblement sur la terminologie utilisée, celle-ci demeure de la plus haute importance. Si la terminologie adoptée est mal choisie, elle risque d'être une source de confusion pour ceux qui interpréteront le texte et de donner une impression erronée de l'objet sur lequel porte l'instrument et même des finalités de celui-ci. L'expression « patrimoine culturel oral et traditionnel » mériterait d'être prise en considération car elle intègre deux aspects fondamentaux de ce patrimoine tout en plaçant celui-ci dans le cadre plus large du droit relatif au patrimoine culturel. Aux fins de la présente étude, cependant, c'est l'expression « patrimoine immatériel » que j'ai généralement utilisée parce que c'est celle qui est le plus couramment employée actuellement.

## 1.2 Définition du sujet

La définition de la culture populaire « folklore » dans la Recommandation de 1989 est la seule tentative qui ait été faite jusqu'à présent pour définir ce secteur du patrimoine dans un texte juridique formel relatif au patrimoine culturel<sup>40</sup>. Il y a donc là un point de départ important pour envisager la question de savoir comment définir le sujet traité par un instrument futur éventuel. La définition est la suivante:

« La culture traditionnelle et populaire [« folklore » dans le texte anglais] est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres manières. Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts. »

Cette définition contient des éléments utiles, mais souffre d'une optique trop étroite ; en effet, elle n'a pas un caractère suffisamment large pour couvrir tous les aspects de la « culture traditionnelle et populaire » qui doivent être sauvegardés. Elle comporte toutefois des aspects positifs qui méritent d'être relevés en ce qu'elle fait référence à « l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle ». Cela exprime deux caractéristiques fondamentales du folklore, à savoir qu'il émane d'une culture traditionnelle et qu'il est associé à une communauté culturelle donnée. Il est utile de relever ici que la notion de « traditionnel » utilisée dans ce sens n'exclut pas la possibilité qu'une culture et ses expressions puissent changer et évoluer avec le temps. L'accent mis sur l'importance du folklore pour l'identité sociale et culturelle de l'individu ou du groupe qui le crée est utile, bien que l'idée soit

---

<sup>40</sup> Elaborée avec le concours de l'UNESCO et de l'OMPI, la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement (1976) comporte dans son article 18 une définition détaillée du « folklore » et donne à la section 2 de son article premier une définition qui tient compte à la fois des éléments matériels et immatériels.

exprimée avec maladresse sous sa forme actuelle<sup>41</sup>. En troisième lieu, l'inclusion d'une référence sur le mode de transmission (« oralement, par imitation ou par d'autres manières ») souligne l'importance de l'élément humain dans le patrimoine immatériel. Toutefois, elle n'exprime pas comme il conviendrait le caractère central de l'individu, du groupe ou de la communauté dans la création et le maintien de la culture traditionnelle. Elle ne se réfère pas au contexte social, culturel et intellectuel de sa création, y compris les valeurs et le savoir-faire de la communauté considérée, mais seulement au folklore en tant que produit. Elle ne fait pas non plus place à l'acte spontané de création qui est aussi important que le produit lui-même. Enfin, elle ne se réfère pas spécifiquement au patrimoine autochtone, sa référence au savoir traditionnel est trop limitée et elle ne fait pas état des groupes d'intérêts voulus<sup>42</sup>.

Il convient de se demander si le procédé qui consiste à énumérer à la fin de la définition<sup>43</sup> les formes possibles que le sujet traité peut prendre est le plus approprié. On se concentre ainsi inévitablement sur les aspects qu'on peut facilement ramener à une catégorie et on laisse de côté d'autres éléments très importants du patrimoine immatériel. Une telle énumération d'éléments dans une définition qui présente aussi un caractère plus général a des précédents dans les instruments internationaux relatifs au patrimoine culturel<sup>44</sup>. Dans le cas du patrimoine immatériel, cependant, il y a lieu de se demander si une définition qui se limite au caractère général du sujet traité et évite une telle énumération n'est pas préférable. Cette façon de faire permettrait d'orienter le texte vers des mesures qui répondront aux besoins de chaque aspect du patrimoine mentionné en termes de principes généraux de protection<sup>45</sup>.

Lorsque, dans un instrument international quel qu'il soit, on élabore les définitions des termes essentiels, il faut tenir compte à la fois des implications juridiques de la définition et de la nécessité de disposer d'une définition opérationnelle qui soit facilement applicable. Certains commentateurs ont estimé que le patrimoine immatériel était un domaine trop vaste pour qu'on puisse le définir efficacement aux fins d'un instrument international<sup>46</sup> et qu'on risquait de faire intervenir toute une série d'approches et de mécanismes juridiques qui sont trop larges pour être acceptables dans un texte unique. C'est un domaine qui englobe à la fois la sphère culturelle (au sens « artistique ») et la sphère scientifique (savoirs scientifiques traditionnels)<sup>47</sup>. Comme l'atteste la gamme des sujets, mécanismes juridiques et instruments internationaux pertinents passés en revue dans la présente étude, on a sans aucun doute affaire à un domaine très vaste et très complexe qui exige une définition mûrement réfléchie. Il est clair aussi que, lorsqu'on définit la question de la protection, il faut trouver un équilibre de manière à délimiter le sujet de façon suffisamment étroite pour éviter un éventail trop large de

---

<sup>41</sup> Le passage visé est ainsi conçu : Exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci » [Section A].

<sup>42</sup> Qui peuvent comprendre des communautés culturelles locales, des ONG, des artisans du secteur privé, des cultivateurs, etc..

<sup>43</sup> « Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts. » [Section A].

<sup>44</sup> C'est ainsi que la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (1970) donne une définition générale des « biens culturels », suivie par une liste très détaillée de catégories de ces biens (article 1).

<sup>45</sup> Le comité d'experts réuni en 1985 a proposé trois types possibles de définition du « folklore » : en fonction de critères (par exemple, « basé sur la tradition »), en établissant une liste (liste non exhaustive de genres représentatifs) et en recourant à une définition « rédigée » qui « s'efforce de présenter la formulation la plus élégante possible, mais ne vise pas à l'exhaustivité », associant des facteurs tels que contenu, fonction et signification. Voir : Gruzinski, *op. cit.*, (note 85), (p. 10).

<sup>46</sup> Denhez, *op. cit.* (note 199), p. 8 : « Définir le patrimoine non matériel est aussi complexe que de vouloir parvenir à une définition universelle du caractère et de la culture de l'humanité. »

<sup>47</sup> On peut élargir la notion de folklore elle-même au-delà du concept de « culture traditionnelle » en distinguant deux types de folklore, artistique et scientifique. Voir : Doc. UNESCO/PRS/CLT/TPC/11/3 du 30 novembre 1994, par. 41.

mécanismes juridiques sans passer pour autant sous silence des aspects importants dudit patrimoine. C'est là une tâche difficile mais qui n'est pas impossible et qui mérite d'être tentée, étant donné la signification mondiale du patrimoine considéré et l'importance de celui-ci pour les communautés culturelles. Le processus de négociation long et difficile de la Recommandation de 1989<sup>48</sup> a abouti à une définition qui n'est certainement pas parfaite mais qui fournit une base à partir de laquelle un travail est possible. Les activités ultérieures relatives à la Recommandation de 1989 ainsi que l'expérience acquise dans d'autres organes intergouvernementaux ont toutes permis d'appréhender avec beaucoup plus de précision la nature du patrimoine immatériel et faciliteront considérablement la tâche à entreprendre. Pour ce qui est de l'action de l'UNESCO, le programme des « chefs-d'œuvre » sera particulièrement important pour déterminer les éléments de ce patrimoine que les Etats membres considèrent comme dignes d'être protégés.

Il est possible, à partir de la présente étude, de commencer à énumérer ci-après les caractéristiques générales du « patrimoine immatériel » qu'une définition devrait prendre en considération.

- La spontanéité de sa création.
- Les contextes social, culturel et intellectuel de cette création<sup>49</sup>.
- Le fait que l'accès et l'utilisation soient souvent régis par des règles coutumières.
- Les méthodes de transmission, en particulier orale.
- Le fait que la transmission s'opère de génération en génération.
- Le fait qu'il s'agisse d'une culture vivante en évolution.
- Le fait qu'il soit fréquemment détenu par une collectivité<sup>50</sup>.
- Le fait qu'il reflète les valeurs et les croyances d'un groupe ou d'une société.
- Son importance pour la création d'une identité.
- Sa contribution à la diversité culturelle.
- Sa signification spirituelle et culturelle.

Les formes que ce patrimoine peut prendre sont innombrables et comprennent notamment les savoirs scientifiques, médicaux et écologiques traditionnels, les techniques et les savoir-faire, les symboles et les emblèmes, les rituels et les cérémonies, la musique, la danse et les chants, les noms, les récits et la poésie, les systèmes de valeurs et de croyances, la langue et les traditions culinaires. Le sujet principal sur lequel devra porter un instrument futur sera bien entendu le patrimoine immatériel, mais les expressions matérielles de ce patrimoine et les espaces physiques qui lui sont associés devront également trouver leur place dans la définition.

---

<sup>48</sup> Il a fallu 16 ans au total pour parvenir à un texte définitif.

<sup>49</sup> McCann, A *et al.* *The 1989 Recommendation Today: a Brief Analysis* [Doc. UNESCO-SI Conf.99/INF 13, p. 6, font observer que les universitaires spécialistes du folklore ont désormais tendance à s'intéresser moins à des éléments isolés du folklore « en faveur d'une approche plus globale axée sur le phénomène de la création ou de la récréation considéré comme un acte social. La définition universitaire actuelle du folklore se fonde sur cet acte, sur les savoirs et les valeurs qui le rendent possible et sur les modes d'échange social où il trouve sa place. ».

<sup>50</sup> Cela englobe non seulement l'idée d'un patrimoine appartenant à un groupe donné, mais, par exemple, également un système où un ou plusieurs membres d'une tribu peuvent conserver un élément de ce patrimoine sans être habilités à l'aliéner ou à en disposer.

### 1.3 Le patrimoine immatériel, « patrimoine universel de l'humanité »

Dans son préambule, la Recommandation de 1989 considère la culture traditionnelle et populaire comme « faisant partie du patrimoine universel de l'humanité » d'une façon qui n'est pas sans rappeler la Convention de 1972<sup>51</sup>. Le programme des « chefs-d'œuvre », qui est un élément central des activités de l'UNESCO dans ce domaine, fait également appel à la notion voisine de « patrimoine oral et immatériel » pour justifier son inclusion dans la liste. Il apparaît que le fait de qualifier le patrimoine immatériel de « patrimoine universel » soulève une difficulté conceptuelle en raison de son rôle dans la construction de l'identité de tel peuple ou de tel groupe par opposition à d'autres identités<sup>52</sup>. Il y a effectivement dans le droit international une contradiction qui n'a pas été résolue entre l'approche « universelle » de la protection et celle qui reconnaît l'intérêt spécial d'un Etat, d'un peuple ou d'un groupe pour un élément particulier du patrimoine culturel<sup>53</sup>. Ecrivain en 1998<sup>54</sup>, Lyndel Prott a noté les difficultés associées à la notion de « patrimoine culturel mondial » et la nécessité de l'étudier plus avant pour préciser et élucider le concept<sup>55</sup>. Le problème revêt une acuité accrue dans le cas du patrimoine immatériel puisqu'on a affaire alors aux aspects mêmes du patrimoine à propos desquels se manifeste la tension entre patrimoine particulier et patrimoine universel.

L. Prott a fait également observer, cependant, que les concepts mondialistes du patrimoine culturel ont fait désormais leur entrée dans le discours juridique et que la tâche universaliste de l'UNESCO pour l'élaboration de normes va de pair avec cette évolution ainsi qu'avec la mondialisation de l'économie. Il est donc conforme à ce précédent que tout instrument pour la sauvegarde du patrimoine immatériel fasse appel à la notion d'universalité. Toutefois, il est souhaitable d'insister sur la notion d'« intérêt universel » pour la protection de ce patrimoine afin d'éviter les implications risquant d'être préjudiciables de l'expression « patrimoine commun de l'humanité » telle qu'elle est utilisée dans son sens plus large en droit international<sup>56</sup>. L'essentiel est de tenir compte des contradictions potentielles de cette attitude et il est souhaitable de se référer au patrimoine immatériel en tant que « patrimoine universel de l'humanité » dans le préambule pour justifier la protection, mais d'éviter l'usage de cette expression dans la définition proprement dite. En procédant ainsi, la valeur spécifique que ce patrimoine présente pour la communauté est sauvegardée cependant qu'est soulignée la nécessité de sa protection internationale au nom de la préservation de la diversité culturelle. Il y a aussi des arguments pratiques justifiant qu'on y regarde à deux fois avant de qualifier un patrimoine immatériel de patrimoine universel. Il existe en effet un risque que cela soit utilisé pour justifier des initiatives néfastes concernant ce patrimoine, par exemple l'exploitation d'un

---

<sup>51</sup> « Considérant que la culture traditionnelle et populaire fait partie du patrimoine universel de l'humanité, qu'elle est un puissant moyen de rapprochement des différents peuples et groupes sociaux et d'affirmation de leur identité culturelle » [Préambule].

<sup>52</sup> Voir : Crawford, J. *The Rights of Peoples* (Clarendon Press, Oxford, 1988) ; et Graves-Brown, P. *et al*, *Cultural Identity and Archaeology* (Routledge, Londres, 1996).

<sup>53</sup> Voir Lowenthal, D. *The Heritage Crusade and the Spoils of History* (Viking, Londres, 1997), p. 227 : « On demande trop au patrimoine. Dans un même souffle, nous vantons le patrimoine national, les legs régionaux et ethniques et un héritage mondial partagé et chéri en commun. Nous oublions que ces objectifs sont d'ordinaire incompatibles. » Le débat sur les « marbres d'Elgin » met en lumière ce problème où un élément du « patrimoine universel » fait également vibrer une corde sensible pour une identité culturelle bien déterminée.

<sup>54</sup> Prott, *op. cit.* (note 3), p. 253-254.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 253 : « Les répercussions juridiques exactes d'expressions telles que « patrimoine culturel commun » ou « patrimoine culturel mondial » n'apparaissent pas encore clairement mais il faut impérativement étudier la question puisqu'elles sont employées dans des instruments juridiques. ».

<sup>56</sup> Dans ce sens, il concerne l'exploitation économique d'espaces communs tels que le lit des océans et la lune. Pour plus de détails sur les implications de cet état de choses pour le patrimoine culturel, voir : Blake, J. « On defining the cultural heritage », 49 *ICLQ* (2000) 61, p. 69-71.

savoir traditionnel sans l'autorisation de ses détenteurs<sup>57</sup>. Les communautés autochtones et locales se méfient des qualifications de ce genre dans lesquelles elles voient une nouvelle appropriation ou « colonisation » de leur patrimoine<sup>58</sup> et il est extrêmement important que l'UNESCO ne prenne pas le risque de paraître épouser cette façon de considérer leur patrimoine.

Ces arguments n'excluent pas totalement le recours à la notion de patrimoine universel, mais incitent à faire preuve dans ce cas de beaucoup de prudence. Il peut d'ailleurs être utile de mettre en lumière l'incitation pour les Etats membres à protéger ce patrimoine en soulignant leur *intérêt universel* à agir de la sorte. Le local et le mondial peuvent être considérés comme les deux faces d'une même médaille, les pressions provenant de la mondialisation de la culture et de l'économie poussant les gens à chercher refuge dans une identité culturelle locale. L'adoption d'une approche universaliste peut par conséquent être nécessaire pour protéger ce patrimoine face aux forces culturelles et économiques mondiales qui le menacent ou lorsque l'Etat lui-même est incapable d'en apprécier la valeur et de le sauvegarder<sup>59</sup>. Le fait que la culture traditionnelle et populaire soit souvent universelle dans sa séduction et son accessibilité (ce qui n'est pas le cas d'une grande partie de la « haute culture » ou des sites et monuments « exceptionnels ») et dans sa capacité à se faire entendre par-delà les frontières culturelles est un argument de plus en faveur de l'appellation de « patrimoine universel ».

## **2. L'application des droits de propriété intellectuelle au patrimoine immatériel**

### **2.1 Les droits de propriété intellectuelle et la protection des « expressions du folklore »**

En matière de propriété intellectuelle, les règles sont essentiellement individualistes et expriment un système de valeurs qui privilégie les droits de l'auteur et l'innovation, considérés comme eurocentrés et étrangers aux systèmes de valeurs de beaucoup de sociétés autochtones et locales<sup>60</sup>. Elles sont basées aussi sur l'impératif économique qui est d'encourager la créativité et l'innovation par la protection des droits économiques. Cela peut être de toute évidence un aspect extrêmement avantageux des législations de ce genre quand elles

---

<sup>57</sup> Cet aspect est précisé aussi bien dans la *Déclaration de Suva*, citée à la note 77, que dans la *Déclaration de Mataatua*, citée à la note 335.

<sup>58</sup> Roht-Arriaza, N. « Of seeds and shamans: the appropriation of scientific and technical knowledge of indigenous and local communities », dans : Ziff, B et Rao, P. (dir. publ.) *Borrowed Power: Essays on Cultural Appropriation* (1997), p. 929-930 : « Les fruits du savoir autochtone et local sont qualifiés de « patrimoine commun de l'humanité » au lieu d'être considérés comme le produit en évolution de communautés vivantes bien définies », d'où le danger que ce patrimoine ne tombe ensuite dans le domaine public et risque d'être exploité librement sans consentement, dédommagement ou attribution.

<sup>59</sup> Cet effet a toujours été l'un des arguments les plus forts en faveur d'une approche universaliste de la protection.

<sup>60</sup> Voir, par exemple, le *Statement of the Bellagio Conference on Cultural Agency/Cultural Authority*, Bellagio (1993) (« Déclaration de Bellagio ») qui considère le droit contemporain de la propriété intellectuelle comme construit autour de l'idée que l'auteur est un créateur individuel, solitaire et original à qui la protection est réservée.

s'appliquent au sujet voulu et au contexte social et culturel voulu. Alikhan<sup>61</sup>, par exemple, souligne l'importance que ces lois peuvent avoir pour encourager le développement économique.

Cependant, comme on le verra plus bas, les hypothèses sur la base desquelles les droits de propriété intellectuelle ont été formulés sont en contradiction avec les exigences relatives à une grande partie du patrimoine immatériel et avec les besoins des communautés qui ont créé et perpétué ce patrimoine. Parmi les principales questions qui se posent au sujet de la protection de ce patrimoine, il convient de mentionner : la reproduction des objets d'artisanat traditionnel dans des usines étrangères, ce qui porte atteinte aux intérêts culturels et économiques des détenteurs de la tradition et des communautés auxquelles ils appartiennent, la question de la propriété collective, par opposition à la propriété individuelle du patrimoine (et les droits collectifs associés), la protection des intérêts économiques des communautés productrices et le respect du caractère sacré et secret de certains aspects de ce patrimoine, en particulier chez les peuples autochtones.

Le *droit d'auteur* est la forme de protection de la propriété intellectuelle la plus largement appliquée au folklore. Elle présente toutefois certaines caractéristiques qui en font une forme inappropriée de protection<sup>62</sup>. Il s'agit notamment des éléments ci-après :

« *Œuvres artistiques et littéraires* » – celles-ci sont l'objet de la réglementation du droit d'auteur, laquelle ne convient pas à une grande partie du patrimoine immatériel car la protection conférée par le droit d'auteur porte seulement sur les formes et non sur les idées. On voit donc que la nature de ce patrimoine le rend très difficile à protéger par les mécanismes du droit d'auteur étant donné qu'il s'agit pour une bonne part d'aspects du savoir, de manières de faire, etc.

*Originalité* – il est indispensable en matière de droit d'auteur de montrer que l'ouvrage considéré est original. C'est là une condition inappropriée dans le cas de la majorité du folklore et de la culture traditionnelle qui, par sa nature même, s'est constituée au fil des générations sur la base de connaissances et de pratiques traditionnelles. Il se pose en outre le problème des œuvres dérivées ou des transformations d'œuvres.

*Auteur individuel* – il faut aussi montrer que l'œuvre est celle d'un auteur individuel identifiable. Cela pose problème dans le cas du patrimoine immatériel, où il est souvent difficile d'identifier un auteur individuel et où l'œuvre présente souvent un caractère collectif. Bien qu'il soit parfois possible d'identifier un auteur individuel dans le cas de certaines expressions du patrimoine immatériel, cela n'en demeure pas moins contradictoire avec le caractère fondamental de ce patrimoine. Cela pose aussi la

---

<sup>61</sup> Alikhan, S. « Le rôle du droit d'auteur dans le développement culturel et économique des pays en développement : l'expérience de l'Asie », *Bulletin du droit d'auteur* (1996), vol. XXX, n° 4, « La protection de la propriété intellectuelle a principalement pour objectif d'encourager la création et de permettre au plus grand nombre possible de tirer profit de la création. Dans les pays en développement, il importe, aux fins du développement lui-même, de donner un haut rang de priorité aux incitations propres à encourager la création autochtone sur le plan national ... Or, les incitations à la création imposent non seulement de reconnaître les créateurs, mais aussi de leur donner le moyen de s'assurer la rémunération de leur travail de création. ».

<sup>62</sup> Ficsor, M. « 1967, 1982 and 1984: attempts to provide international protection for folklore by intellectual property rights », dans le rapport du *Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore* (« rapport de Phuket »), Phuket (Thaïlande), 8-10 avril 1997 : « Il semble que le droit d'auteur ne soit pas le bon moyen de protéger les expressions du folklore ».

question des procédures d'autorisation qui seront plus compliquées si les droits sont détenus collectivement. De surcroît, le droit d'auteur ne protège pas les valeurs sous-jacentes, le savoir-faire et les traditions dont le patrimoine immatériel est l'expression.

*Fixation* – c'est un principe fondamental du droit d'auteur que celui-ci ne protège pas les idées et les thèmes, mais seulement la forme elle-même. C'est donc une condition fondamentale que le patrimoine en question soit réduit à une forme matérielle ou « fixée ». Cela fait manifestement du droit d'auteur un mécanisme de protection inapproprié pour des traditions orales qui existent seulement dans les mémoires collectives et individuelles de la communauté culturelle, comme dans le cas de la musique, de la danse, des chants, de la poésie, des récits, du savoir-faire technique, des rites, etc.

*Durée de la protection* – la protection conférée par le droit d'auteur porte généralement sur une période allant de 25 à 70 ans après la mort de l'auteur, après quoi la forme protégée tombe dans le domaine public. Etant donné la haute signification religieuse, sociale et culturelle qu'une grande partie du folklore et de la culture traditionnelle revêt pour la communauté culturelle<sup>63</sup>, il est indispensable que, quel que soit le type de protection accordée à un patrimoine de ce genre, il soit concédé à perpétuité pour empêcher ce patrimoine de tomber dans le domaine public au bout d'un certain temps<sup>64</sup>. Comme le patrimoine peut avoir des origines anciennes et avoir été transmis de génération en génération, aucune période de protection fixe ne saurait suffire.

*Exclusivité des droits accordés* – les droits conférés par la législation sur le droit d'auteur sont accordés exclusivement à l'auteur identifié. Le concept d'exclusivité des droits sur un patrimoine culturel traditionnel est fréquemment incompatible avec les coutumes de la communauté où ce patrimoine a pris naissance. Cela vaut particulièrement pour les populations autochtones et tribales dont la coutume comporte une propriété du groupe ou de la communauté sur les formes artistiques et les pratiques culturelles traditionnelles. C'est là, comme Daes le fait observer<sup>65</sup>, une propriété qu'ils peuvent partager avec d'autres peuples s'ils le veulent et quand ils le veulent.

*Propriété* – Souvent le droit coutumier ne comporte aucun droit de propriété distinct qui serait l'équivalent du concept juridique « occidental » de propriété sur lequel repose la réglementation du droit d'auteur. La « propriété » du patrimoine aborigène, par exemple, est régie par un système complexe d'obligations, et les artistes opèrent dans le cadre de ce système et conformément à des règles traditionnelles strictes. La forme de contrôle que la communauté culturelle exerce sur ce patrimoine est fréquemment assimilée à une sorte de conservation, et l'expression culturelle considérée n'est pas un bien ou une propriété, mais elle est bien plutôt représentative des valeurs et des interrelations touchant la communauté<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Cela est particulièrement vrai du patrimoine autochtone.

<sup>64</sup> Ficsor, *op. cit.* (note 62) fait observer que la législation du Congo, du Ghana et de Sri Lanka pour la protection du folklore mentionne explicitement que la protection est accordée à perpétuité.

<sup>65</sup> Daes, E.-I., *Protection of the Heritage of Indigenous People* (ONU, New York et Genève, 1997), par. 24 et 25.

<sup>66</sup> Daes, *ibid.*, par. 26 : « Au vrai, les peuples autochtones ne considèrent pas du tout leur patrimoine du point de vue de la propriété – en d'autres termes comme un bien dont ils sont propriétaires et qui est utilisé pour en tirer des avantages économiques – mais du point de vue de la communauté et de la responsabilité individuelle ... Pour les peuples autochtones, leur patrimoine est un faisceau de biens plutôt qu'un ensemble de droits économiques. ».

*Exception d'usage loyal* – celle-ci autorise la parodie ou le pastiche dans les cas où une réinterprétation de ce genre est considérée comme licite par la réglementation du droit d'auteur; C'est ainsi qu'un symbole sacré pourrait être utilisé comme une « inspiration » pour une œuvre d'art nouvelle sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation. Cela est de toute évidence souhaitable pour encourager et favoriser la créativité au sens général, mais va à l'encontre des exigences de nombreuses communautés dont le patrimoine culturel traditionnel est utilisé de la sorte, et même à l'encontre du patrimoine lui-même. Il a été suggéré que la législation sur les dessins et modèles industriels (voir plus loin) pourrait être élargie pour combler cette lacune de la législation sur le droit d'auteur. Denhez<sup>67</sup> estime qu'il serait peut-être plus facile de se référer à l'usage de matériaux traditionnels (par exemple, telle argile ou tel roseau qu'on trouve uniquement en un certain lieu) allié au style comme forme de protection contre lesdits pastiches.

Il n'est pas contestable qu'il existe des aspects de la législation sur le droit d'auteur ainsi que d'autres règles relatives à la propriété intellectuelle qui n'offrent qu'une protection limitée pour divers éléments du patrimoine immatériel. Les règles établies peuvent certainement avoir leur utilité, mais la protection qu'elles offrent est inégale et ne constitue pas le système global qui serait nécessaire comme base d'un nouvel instrument international. Le système du droit d'auteur fournit toutefois une protection importante qui fait l'objet du paragraphe ci-après.

*Droits moraux* – il s'agit des droits non patrimoniaux figurant dans la législation sur le droit d'auteur et comprenant le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à des modifications de celle-ci stipulés par la Convention de Berne et par les Dispositions types de 1982 (l'une et les autres examinées plus loin). Il s'agit notamment du droit de préserver l'intégrité de l'œuvre, du droit de la retirer ou de la divulguer et du droit d'être reconnu comme l'auteur de l'œuvre. Ces dispositions semblent répondre aux préoccupations relatives au désir exprimé par la source (communauté et/ou lieu) d'une forme traditionnelle de voir celle-ci correctement attribuée quand elle est exploitée et de voir respectée et protégée cette forme (en accord avec ses origines).

Les droits connus sous le nom de *droits de propriété industrielle* peuvent aussi offrir une protection limitée à certains aspects du patrimoine immatériel et il y aurait lieu de tenir compte des éléments avantageux qu'ils comportent quand on se propose de protéger le patrimoine immatériel.

*Marques de fabrique*<sup>68</sup> - ces marques peuvent présenter une utilité pour assurer une attribution correcte, la prévention de distorsions et une rémunération, et elles ont l'avantage de n'être pas d'une durée limitée. Toutefois, elles ne sont applicables que pour l'exploitation commerciale du patrimoine immatériel et ne concernent donc pas l'important problème d'une commercialisation de ce patrimoine contre les vœux de la communauté culturelle d'origine. La législation sur les marques de fabrique ou de commerce est surtout utile dans les cas où une confusion risque de se produire chez les consommateurs quant à la source des biens et services ou lorsque les biens en question font l'objet d'une fausse attribution. Ladite législation ne saurait, par exemple, résoudre

---

<sup>67</sup> Denhez, M. « Follow-up to the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore », dans le *Rapport de Phuket* mentionné à la note 62, p. 195.

<sup>68</sup> Le principal traité international régissant les marques de fabrique et les dessins et modèles industriels est la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883) avec diverses révisions, notamment à Stockholm (1967), et modifiée en 1979 (Union de Paris).

le problème d'une distorsion importante de l'expression culturelle alors que c'est là un problème majeur lorsque le patrimoine immatériel fait l'objet d'une exploitation commerciale.

*Protection des dessins et modèles industriels* – les symboles et motifs artistiques traditionnels ainsi que les noms de clans et de tribus pourraient bénéficier de cette protection. Toutefois, la durée de celle-ci est limitée (elle n'est souvent que de 15 ans) et elle risque d'être insuffisante pour la protection de dessins présentant une signification spirituelle ou culturelle particulière, cas où il est plus important de protéger l'intégrité du dessin que sa valeur commerciale.

*Appellations d'origine*<sup>69</sup> - les indications d'origine géographique peuvent être employées pour attester l'authenticité d'un produit (comme dans le cas des vins fins) et pourraient être employées pour protéger les produits typiques de certaines communautés culturelles autochtones, locales ou autres.

*Protection des brevets* – beaucoup d'études ont été faites sur l'utilisation des brevets pour la protection de savoirs traditionnels (souvent autochtones) dans des domaines comme ceux des plantes médicinales, des méthodes agricoles et des ressources génétiques<sup>70</sup>. Cependant, la délivrance de brevets est soumise à certaines conditions qui en limitent l'utilité pour la protection des savoirs traditionnels : des brevets ne peuvent être délivrés que si l'on peut montrer qu'il y a « nouveauté » et « activité inventive », ce qui est difficile lorsqu'un savoir est transmis d'une génération à une autre<sup>71</sup>. En effet, le concept d'« inventeur » est étranger à ce genre de savoir ; des droits sont accordés à des personnes ou à des entreprises et non pas à des cultures ou à des peuples ; et les brevets sont de durée limitée, les connaissances brevetées entrant dans le domaine public à leur expiration. Une proposition importante relative à la délivrance de brevets pour des savoirs traditionnels et autochtones est que cette délivrance soit subordonnée à la preuve qu'un assentiment donné en connaissance de cause a été préalablement obtenu lorsqu'un brevet a été demandé pour l'utilisation de ces savoirs<sup>72</sup>.

*Secrets de fabrication* – dans l'industrie, comme dans les communautés autochtones et locales, il y a une difficulté à protéger le « savoir-faire » et les secrets de fabrication, difficulté à laquelle on remédie par le secret et la protection de l'information considérée. Il est possible aux peuples autochtones et locaux de garder secrète une partie de leur savoir traditionnel tant que celui-ci n'est pas divulgué sur la base d'accords de licence qui prévoient la confidentialité, un usage approprié et une rémunération pour la communauté d'origine. Les secrets de fabrication peuvent seulement être protégés de cette façon s'ils se prêtent à une commercialisation et, là encore, cela ne protégerait pas les connaissances et l'information dont une communauté ne veut pas qu'elles soient connues pour des raisons spirituelles ou culturelles.

---

<sup>69</sup> Le principal traité international régissant les appellations d'origine est l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international (1958), révisé à Stockholm (1967) et amendé en 1979 (Union de Lisbonne).

<sup>70</sup> On reviendra sur cette question à la section 4 consacrée aux savoirs traditionnels.

<sup>71</sup> Le brevet accordé aux Etats-Unis pour des dérivés produits en laboratoire de la graine de Neem, qui était utilisée depuis des siècles en Inde comme pesticide naturel (mais qui à ce titre n'était pas brevetable), en est un exemple.

<sup>72</sup> Voir, par exemple, l'analyse consacrée aux savoirs traditionnels et à la Convention sur la diversité biologique à la section 5.

Telles sont les raisons pour lesquelles les réflexions se sont orientées vers l'étude du type de propositions – basées en grande partie sur des concepts employés pour la protection de la propriété intellectuelle – qui peuvent être élaborées comme base d'une forme *sui generis* de protection pour la culture traditionnelle et populaire. Les éléments qui ont été suggérés pour une telle législation nationale et/ou protection internationale *sui generis* sont notamment les suivants :

- la reconnaissance des formes traditionnelles de propriété au moyen d'une arrangement contractuel ou législatif qui délègue à un organe officiellement reconnu le droit de déterminer qui devrait être l'« auteur » (en termes de droit d'auteur) et se voir accorder le droit d'exercer un contrôle sur une forme culturelle traditionnelle et d'en tirer un avantage économique ;
- une prohibition couvrant les utilisations non traditionnelles de matériels sacrés secrets et les utilisations dégradantes, destructrices ou mutilantes ;
- une rétribution économique versée au propriétaire traditionnel du folklore pour toute exploitation commerciale, ainsi que des dommages et intérêts punitifs pour une exploitation non autorisée ;
- l'obligation de respecter l'attribution de la source et autres droits moraux relatifs au patrimoine culturel traditionnel comme la prévention de la distorsion ;
- l'obligation qu'un assentiment préalable ait été donné en connaissance de cause pour les applications d'un brevet relatif à l'exploitation d'un savoir traditionnel.

## 2.2 Rappel historique

La forme la plus ancienne de protection accordée au patrimoine immatériel tant sur le plan international que sur le plan national l'a été par un recours aux mécanismes du droit d'auteur. Une grande partie du mouvement visant à protéger ce patrimoine au moyen de lois sur le droit d'auteur, d'autres droits de propriété intellectuelle ou de versions modifiées de ceux-ci (avec une forme ou une autre de régime *sui generis*) a eu son origine dans les retombées négatives de la commercialisation. En soi, la commercialisation ne doit pas nécessairement exercer une influence négative si elle est conforme aux vœux du groupe culturel concerné et si elle s'exerce à son bénéfice. Cependant, elle est souvent perçue comme méconnaissant les intérêts de la communauté culturelle considérée et comme défigurant l'expression culturelle en question<sup>73</sup>. Le développement spectaculaire des nouvelles technologies et les moyens nouveaux que celles-ci fournissent pour l'exploitation et la diffusion du folklore parallèlement à d'autres œuvres artistiques ont fait que ces abus sont devenus plus fréquents depuis quelques années. Le folklore est une tradition vivante et active dans beaucoup de pays en développement où il joue un rôle important dans leur économie et où il constitue parfois la forme la plus importante de leur patrimoine culturel. Dans les pays industrialisés, en revanche, le folklore est généralement considéré comme appartenant au domaine public, si bien qu'on observe dans ces Etats une résistance à l'idée d'une extension de la protection au-delà de celle que fournissent déjà les droits de propriété intellectuelle classiques.

C'est à la Conférence diplomatique tenue à Stockholm en 1967 en vue de réviser la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques qu'a été faite la

---

<sup>73</sup> Comme le remarque Ficsor, *op. cit.* (note 62), p. 215 : « Le folklore est commercialisé sans que soient dûment respectés les intérêts culturels et économiques des communautés dont il provient. Et, pour mieux l'adapter aux besoins du marché, on le défigure ou on le mutile souvent. En même temps, les communautés qui l'ont développé et maintenu ne reçoivent aucune part des bénéfices de son exploitation. ».

première tentative visant expressément à assurer une protection internationale aux expressions du folklore par le recours à la législation sur le droit d'auteur. Il avait été décidé que les difficultés de conception et de définition relatives au folklore en tant qu'objet de protection rendaient impossible l'élaboration d'une nouvelle convention à cette époque. En conséquence, il fut ajouté à la Convention de Berne un nouvel article (article 15 4(a) des Actes de Stockholm et de Paris datés respectivement de 1967 et de 1971) qui fournissait quelques directives pour la protection du folklore<sup>74</sup>. Cet article ne se réfère pas expressément au folklore bien que le groupe de travail eût été chargé de trouver dans la Convention<sup>75</sup> un emplacement approprié pour une disposition relative au folklore. A l'époque, divers Etats adoptèrent une législation nationale basée sur les mécanismes du droit d'auteur pour protéger les expressions du folklore<sup>76</sup>. En 1976, l'UNESCO adopta la Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement, dont un article était expressément consacré à la protection du folklore national (article 6)<sup>77</sup>. En 1977, la Convention concernant la propriété intellectuelle africaine (texte de Bangui) fut adoptée par l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle. Ce texte, révisé en 1991, consacre une partie de son annexe VII à la protection du folklore : (i) par le droit d'auteur, (ii) par la protection et la promotion du patrimoine culturel. Il traite les « créations du folklore » comme une catégorie distincte des œuvres artistiques et littéraires traditionnellement protégées par le droit d'auteur et, chose intéressante, se réfère à la création du folklore par des communautés plutôt que par un auteur unique.

En 1973, le gouvernement bolivien a demandé à l'UNESCO d'examiner la question de la rédaction d'un Protocole à ajouter à la Convention universelle sur le droit d'auteur (adoptée en 1952 et révisée en 1971) pour la protection des arts populaires et du patrimoine culturel de tous les pays. Cette demande a été transmise au Secteur de la culture de l'UNESCO en 1975 pour une étude plus poussée de tous les aspects relatifs à la protection du folklore, étant donné qu'il s'agissait d'une question très vaste et non pas simplement d'une question de droit d'auteur<sup>78</sup>. En 1979, l'UNESCO et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ont formellement accepté de procéder à une étude conjointe portant à la fois sur les aspects culturels de la sauvegarde du folklore et sur l'application de la législation du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle à sa protection. Un groupe de travail mixte a été réuni pour étudier un projet de législation (nationale) type pour la protection des « expressions du folklore » ainsi que des mesures internationales. Il a été estimé que la protection légale du folklore pouvait être promue au niveau national par une loi type qui devrait aussi permettre une protection par les mécanismes existants du droit d'auteur et des droits voisins et devrait frayer la voie à une protection sous-régionale, régionale et internationale des expressions du folklore.

---

<sup>74</sup> Cette question sera examinée ultérieurement à propos de la Convention de Berne en général.

<sup>75</sup> *Commentaire* des Dispositions types, p. 5 : « Seule l'histoire législative de la disposition indique que l'intention avait été (aussi) de couvrir le folklore. ».

<sup>76</sup> Il s'agissait notamment de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et de la Tunisie en 1967, de la Bolivie en 1968, du Chili et du Maroc en 1970, de l'Algérie et du Sénégal en 1973 et du Kenya en 1975.

<sup>77</sup> L'article premier (2)(ix) protège aussi « les œuvres des arts appliqués, qu'il s'agisse d'œuvres artisanales ou d'œuvres produites selon des procédés industriels » en vertu des règles du droit d'auteur ; l'inclusion de cette disposition traduit l'importance de l'artisanat pour beaucoup de pays en développement.

<sup>78</sup> En 1977, le Directeur général a constitué un comité d'experts sur la protection juridique du folklore afin de procéder à un examen complet de toutes les questions relatives à la protection du folklore. Le Comité exécutif de l'Union de Berne et le Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur ont estimé en 1977 que « ... le problème [de la protection du folklore] présente de nombreux aspects ... Tous ces aspects sont interdépendants et appellent une étude globale sur la protection du folklore que l'UNESCO réalise actuellement sur une base interdisciplinaire selon une approche d'ensemble intégrée. Il conviendrait néanmoins de faire des efforts particuliers pour trouver des solutions au problème des aspects de la protection juridique du folklore qui relèvent de la propriété intellectuelle ... » cité dans *Commentaire*.

En 1978, l'UNESCO et l'OMPI se sont mises d'accord pour aborder la question de la protection internationale du folklore selon des modalités aux termes desquelles l'UNESCO examinerait la question de la sauvegarde du folklore sur une base interdisciplinaire<sup>79</sup> cependant que l'OMPI se concentrerait sur les aspects de la protection relevant de la propriété intellectuelle<sup>80</sup>. Cette distinction entre les aspects de la protection du folklore relevant de la propriété intellectuelle et les questions plus larges relatives à la protection ont abouti ensuite à l'élaboration en 1982 des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, adoptées à la fois par l'UNESCO et l'OMPI, et à la Recommandation de 1989 de l'UNESCO. Le premier texte était destiné à assurer une protection des expressions du folklore considéré sous l'angle de la propriété intellectuelle alors que le second visait à la sauvegarde de la « culture traditionnelle et populaire » d'un point de vue interdisciplinaire<sup>81</sup>. Un projet de traité conjoint UNESCO/OMPI pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables a été rédigé en 1984 mais n'a jamais été adopté comme texte officiel par les deux organisations. Ce projet de convention aurait créé pour les Etats une obligation de protéger le folklore, mais celle-ci a été rejetée par les Etats industrialisés qui ont fait valoir : des objections philosophiques à la protection d'un patrimoine commun, le peu d'importance que le folklore présentait pour eux et le problème inhérent à une protection internationale d'un patrimoine qui peut être commun à plusieurs Etats. La stratégie suivie par l'UNESCO dans ce domaine depuis 1984 a été d'inciter les Etats à élaborer une législation nationale pour la protection du folklore. Rares sont toutefois les pays qui ont jusqu'à présent adopté une législation nationale sur la base des Dispositions types de 1982.

### 2.3 Les Dispositions types de 1982

Le titre donné aux Dispositions types<sup>82</sup> traduit le fait que celles-ci ont été conçues pour fournir une protection du type propriété intellectuelle à des *expressions du folklore* et n'ont jamais été destinées à fournir une protection plus générale de ce patrimoine. Aussi donnent-elles prise à l'objection selon laquelle elles ne portent que sur une partie du problème de la sauvegarde du folklore en se concentrant sur le recours aux droits de propriété intellectuelle comme instrument de protection. Elles prévoient un système de protection *sui generis* qui se base sur les trois principes ci-après<sup>83</sup> : les expressions du folklore doivent être le patrimoine détenu en commun d'une communauté ; il doit y avoir réciprocité entre la législation nationale et le droit international ; enfin les utilisations économiques dudit patrimoine peuvent être protégées par la loi alors que ses utilisations sociales ne peuvent pas l'être. Le folklore est

---

<sup>79</sup> Dans le document B/EC/IX/11-IGC/XR.1.15, établi par l'UNESCO en 1975 et intitulé *Possibilité d'établir un instrument international pour la protection du folklore*, il était indiqué que « le problème [de la protection du folklore] était de nature culturelle et, en tant que tel, transcendait les limites du droit d'auteur » et concernait ainsi des questions telles que l'identification, la conservation et la préservation. Un comité d'experts sur la protection juridique du folklore, qui s'est réuni à Tunis en 1977, a conclu aussi que la question exigeait un examen interdisciplinaire sous les seuls auspices de l'UNESCO.

<sup>80</sup> Deux comités d'experts gouvernementaux ont été institués par la Conférence générale à sa 21<sup>e</sup> session (1980) : l'un chargé de définir des mesures pour sauvegarder l'existence, le développement et l'authenticité du folklore (sous les seuls auspices de l'UNESCO), l'autre de formuler des propositions pour réglementer les aspects de la protection concernant la propriété intellectuelle (sous le contrôle conjoint de l'UNESCO et de l'OMPI).

<sup>81</sup> En abordant les questions de définition, d'identification, de préservation, de conservation, de promotion et de protection.

<sup>82</sup> Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables.

<sup>83</sup> Entretien avec M. Salah Abada, chef de la Division du droit d'auteur de l'UNESCO.

considéré comme une partie d'une identité sociale et sa protection a par conséquent pour but de le sauvegarder contre sa perte, des déformations dommageables, une appropriation illicite et une exploitation illégitime. Les expressions artistiques traditionnelles sont considérées comme un patrimoine commun de l'humanité et pouvant donc faire librement l'objet d'une utilisation sociale appropriée, la protection étant ainsi instituée contre des déformations nuisibles, une dénaturation ou la falsification de l'origine. Le régime de protection ainsi envisagé est par conséquent destiné à contrôler une exploitation entreprise à des fins économiques et à générer un revenu qui peut être utilisé pour la sauvegarde du folklore<sup>84</sup>. Le Préambule note que la dissémination d'expressions du folklore peut conduire à une exploitation indue du patrimoine culturel d'une nation et que tout abus (commercial ou autre) ou toute dénaturation du folklore est préjudiciable aux intérêts culturels et économiques de la nation.

L'une des difficultés que soulève l'adaptation des droits de propriété intellectuelle à la protection du folklore tient aux définitions utilisées pour l'objet de la protection. Dans le texte considéré, les « expressions du folklore » sont définies comme des « productions » se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel, ce qui implique qu'elles sont authentiques et également qu'elles sont reconnues comme telles par la communauté. Aucune tentative n'est faite dans les Dispositions types pour définir le « folklore » lui-même. Cela met aussi en lumière la différence entre les expressions du folklore et les « œuvres » (qui sont l'objet de la protection du droit d'auteur), mais les limite au patrimoine artistique, qui n'est qu'un aspect du patrimoine immatériel. Elles ne couvrent pas, par exemple, le savoir traditionnel, le savoir-faire pratique, les éléments spirituels ou rituels d'une culture, etc. Les « expressions » sont divisées en expressions verbales, expressions par des sons musicaux, expressions corporelles et expressions incorporées dans un objet tangible. Seule cette dernière catégorie doit être réduite à une forme matérielle. Le texte insiste sur l'aspect basé sur la communauté des expressions du folklore comme étant créé par une communauté ou adopté par une communauté et développé et maintenu par elle au fil des générations. Peu importe que l'expression du folklore ait été élaborée collectivement ou par un auteur déterminé, ce qui s'écarte clairement des règles relatives au droit d'auteur – tant qu'elle traduit les attentes artistiques traditionnelles de la communauté.

Les expressions du folklore doivent être protégées contre « leur exploitation illicite et autres actions dommageables ». L'exploitation illicite est caractérisée comme toute utilisation faite en violation de celles qui sont soumises à autorisation lorsqu'elle est faite dans une intention de lucre et en dehors du contexte traditionnel ou coutumier (comme la publication et la reproduction de copies ou toute récitation, représentation ou exécution publique)<sup>85</sup>. Les Dispositions types n'empêcheraient donc pas des groupes autochtones et locaux d'utiliser leur patrimoine culturel traditionnel selon des modalités traditionnelles et coutumières ni de le développer par une évolution continue. Le *Commentaire*<sup>86</sup> des Dispositions types explique qu'un système d'autorisation préalable a été jugé préférable à un système fondé sur des vérifications de l'utilisation des expressions du folklore. Certaines exceptions, comme l'utilisation au titre de l'enseignement, sont autorisées à l'article 4. L'article 5 formule l'obligation d'indiquer la source dans les publications et autres communications au public des expressions du folklore identifiables en mentionnant la communauté et/ou le lieu géographique dont elle provient. L'article 6 est consacré aux infractions : non-respect de

---

<sup>84</sup> Opinions de M. Abada rapportées dans « Consultations régionales UNESCO-OMPI sur la protection de la culture traditionnelle et populaire (folklore) », *Bulletin du droit d'auteur*, XXXIII (4) (1999), p.35 à 61.

<sup>85</sup> Article 3. Le « contexte traditionnel » est le contexte artistique approprié fondé sur un usage continu par la communauté alors que le « contexte coutumier » est conforme aux pratiques et à la vie quotidienne de la communauté.

<sup>86</sup> *Commentaire*, p. 18 du texte anglais.

l'obligation d'indiquer la source, utilisation sans autorisation, le fait d'induire en erreur et de dénaturer. La violation de la première obligation et le fait de commettre les deux derniers actes constituent les « autres actions dommageables » visées dans le titre.

Les sanctions disponibles sont énumérées à l'article 7 (« Saisie ou autres moyens ») et à l'article 8 (« Recours civils ») ; l'article 9 prévoit la désignation de « l'autorité compétente » pour autoriser l'utilisation et l'article 10 indique la procédure à suivre. Il est possible, aux termes de l'article 9, que l'autorité compétente désignée soit la communauté elle-même agissant en sa capacité de propriétaire des expressions du folklore<sup>87</sup> à autoriser, et l'article 10 permet que les demandes d'autorisation soient faites oralement. L'article 12 concerne les relations des Dispositions types avec d'autres formes de protection de sorte que tout ce qui est protégé aux termes d'autres lois ou de traités internationaux ainsi que des Dispositions types doit être protégé en vertu des deux. Cette disposition autorise par conséquent la protection en vertu de la loi sur le droit d'auteur, de la loi protégeant les artistes-interprètes ou exécutants et autres droits voisins, des lois protégeant les enregistrements d'expressions du folklore, de la loi sur la propriété industrielle, de la loi sur le patrimoine culturel et des traités internationaux pertinents<sup>88</sup>. L'article 13, sur « l'interprétation », se base sur un principe fondamental d'une protection *sui generis* du patrimoine immatériel, à savoir que la communauté qui a créé et maintenu ce patrimoine doit être libre de l'utiliser et le développer sans autorisation, et qu'aucune utilisation de ce genre ne saurait être considérée comme le dénaturant tant que la communauté l'autorise. L'article 14 est consacré à la protection des expressions du folklore étranger sur la base du principe de réciprocité ou de traités et autres accords internationaux. L'idée sous-jacente était que les Dispositions types devaient frayer la voie à un système de protection régionale et internationale<sup>89</sup>.

Un projet de traité sur la question<sup>90</sup> a été présenté à un groupe d'experts en vue de fournir une protection internationale aux expressions du folklore. Cependant, un consensus s'est manifesté pour estimer qu'il était prématuré d'élaborer un traité international sur la question parce que l'expérience acquise en ce qui concerne la protection des expressions du folklore au niveau national et, en particulier, l'application des Dispositions types, était insuffisante<sup>91</sup>. Les problèmes principaux mis en lumière par le groupe d'experts étaient les suivants : manque de sources appropriées pour l'identification des expressions du folklore à protéger, en particulier dans les pays en développement, et absence de mécanismes utilisables pour la protection de ceux qu'on rencontre dans plusieurs pays d'origine. Ce dernier aspect est particulièrement complexe et soulève bien des questions, par exemple : quels mécanismes d'Etat constitueraient l'autorité compétente pour autoriser l'utilisation d'expressions du folklore ? Que se passe-t-il lorsqu'un Etat accède au traité et qu'un autre n'y accède pas ? Comment une coopération régionale entre Etats peut-elle être organisée en ce qui concerne

---

<sup>87</sup> Il convient de noter que le terme « propriétaire » est évité puisque la question de la propriété des expressions du folklore sera traitée différemment suivant les Etats. Ces expressions peuvent être par exemple considérées comme la propriété de la nation ou comme celle de la communauté traditionnelle où elle a pris naissance.

<sup>88</sup> Comme la Convention universelle sur le droit d'auteur (1952), la Convention de Rome (1966), la Convention de Berne (1971), en particulier son article 15(4), la Convention de Paris (1975) et la Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial, culturel et naturel (1972).

<sup>89</sup> Comme il est indiqué dans le *Commentaire*, p. 29 du texte anglais : « ... un certain nombre d'experts ont souligné que des mesures internationales sont un moyen indispensable pour étendre la protection des expressions du folklore dans un pays donné au-delà des frontières de ce pays. Dans ce contexte, la possibilité d'élaborer des accords intergouvernementaux culturels ou autres, de manière à couvrir aussi une protection réciproque des expressions du folklore, devrait pareillement être envisagée. ».

<sup>90</sup> Projet de traité UNESCO/OMPI pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1984).

<sup>91</sup> Ficsor, *op. cit.* (note 62), p. 223.

des expressions communes du folklore ? Les experts ont estimé qu'il conviendrait de trouver des réponses appropriées à ces questions au niveau régional avant d'envisager un traité international pour la protection des expressions du folklore.

## **2.4 Protection internationale du folklore existante grâce aux droits de propriété intellectuelle**

Il existe plusieurs traités internationaux relatifs à différents aspects de la protection de la propriété intellectuelle qui peuvent s'appliquer au patrimoine immatériel, mais ils sont généralement limités quant à leur portée et à leur effet<sup>92</sup>. Les deux instruments les plus pertinents dans ce domaine sont la Convention universelle sur le droit d'auteur (UNESCO, 1952) et la Convention de Berne (Acte de Paris, 1971) qui fournissent une protection internationale des œuvres littéraires et artistiques au moyen de la législation sur le droit d'auteur.

Les traités concernant la protection du droit d'auteur sont notamment les suivants :

### *La Convention universelle sur le droit d'auteur (1952, révisée en 1971) (UNESCO/OMPI)*

La Convention universelle sur le droit d'auteur, administrée conjointement par l'UNESCO et l'OMPI, institue la protection des œuvres littéraires et artistiques par l'application des règles sur le droit d'auteur. Elle peut être invoquée pour la protection des expressions intellectuelles du folklore par l'application du traitement national prévue à l'article II (3)<sup>93</sup>. Toutefois, comme on l'a montré plus haut, la valeur des règles relatives au droit d'auteur pour la sauvegarde du patrimoine immatériel est limitée.

### *La Convention de Berne (Actes de 1967 et 1971) (OMPI)*

La Convention de Berne<sup>94</sup> fournit des normes internationales pour l'harmonisation des règles des Etats parties relatives au droit d'auteur, et peut assurer une protection juridique pour de nombreuses formes d'expression artistique, comme la musique, la danse, la peinture et la sculpture. La Convention concerne les « œuvres littéraires et artistiques », avec une définition relativement large<sup>95</sup> qui permet à certaines expressions de la culture traditionnelle et populaire d'être couvertes. Sa protection se fonde sur les principes des normes minimales en vertu desquelles la protection du droit d'auteur offerte à l'échelon national ne doit pas être moindre que celle que prévoient la Convention et le traitement national<sup>96</sup>. Une protection est également accordée pour les exécutants d'œuvres littéraires et artistiques par l'application des « droits

---

<sup>92</sup> Par exemple, dans la *Commentaire*, p. 5 du texte anglais : « En tout cas et du moins jusqu'à présent, la protection juridique du folklore par les lois et les traités sur le droit d'auteur ne paraît pas avoir été particulièrement efficace ou opportune. ».

<sup>93</sup> Abada, S. « UNESCO's Recommendation and the prospects for the international protection of folklore », dans : *Rapport de Phuket* (mentionné à la note 121), p. 226.

<sup>94</sup> Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886) avec plusieurs révisions faites notamment à Stockholm (1967) et Paris (1971) et modifiée en 1979 (Union de Berne). Au 15 juillet 2000, il y avait 160 Etats parties, dont la majorité sont Etats parties à l'Acte de Paris.

<sup>95</sup> La Convention couvre « toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression » et notamment « les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; les œuvres chorégraphiques ... les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure » (article 2 (1)).

<sup>96</sup> Article 5.

voisins »<sup>97</sup>. Les droits moraux des auteurs bénéficient d'une protection<sup>98</sup> qui répond dans une certaine mesure à la nécessité de protéger les expressions du folklore contre des déformations.

La Convention<sup>99</sup> offre la possibilité d'une protection internationale des expressions du folklore en vertu de son article 15(4) et s'applique aux « œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue », mais dont il y a lieu de présumer qu'il est ressortissant d'un pays de l'Union. L'Etat concerné doit désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union de Berne<sup>100</sup>. Toutefois, jusqu'à présent, une seule notification a été déposée auprès de l'OMPI par un Etat (en l'occurrence, l'Inde en 1996) pour désigner une autorité nationale chargée de protéger les œuvres non publiées d'auteurs dont l'identité est inconnue. La durée maximale de la protection est celle de la vie de l'auteur majorée de 50 ans<sup>101</sup>. L'article 2 permet aux Etats parties de décider si une œuvre doit être « fixée » sur un support matériel avant de pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur. Cela est important car l'exigence d'une « fixation » pose de toute évidence problème dans le cas d'expressions culturelles orales qui sont répétées et qui évoluent fréquemment. L'amendement de 1971 à la Convention permet aux Etats parties de désigner une « autorité compétente » pour contrôler l'octroi de licences, l'utilisation et la protection du folklore national. Si un Etat a promulgué une législation expressément destinée à la protection du « folklore » – ce que peu d'Etats ont fait jusqu'à présent<sup>102</sup> – l'autorité chargée du folklore pourrait s'acquitter de cette tâche.

#### *Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996)*

Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur<sup>103</sup> reconnaît dans son préambule « la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique ». Il affirme également que son objectif est « de développer et d'assurer la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques d'une manière aussi efficace et uniforme que possible ».

Le traité se présente comme un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne ; il ne s'applique donc qu'aux Etats parties à cette Convention et n'a aucun lien avec d'autres traités. De plus, aucune disposition du traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne<sup>104</sup>. C'est ce dont il faut tenir compte pour voir dans quelle mesure il intéresse la protection de la culture traditionnelle et populaire. La déclaration de principe

---

<sup>97</sup> L'article 11 couvre le droit accordé aux auteurs d'œuvres dramatiques et musicales de donner des autorisations, notamment pour la représentation de ces œuvres.

<sup>98</sup> L'article 6 bis (1) est ainsi conçu : « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. ».

<sup>99</sup> Voir note 88.

<sup>100</sup> L'article 15(4)(a) est ainsi conçu : « Pour les œuvres non publiées, dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union ».

<sup>101</sup> Article 7.

<sup>102</sup> La Bolivie, le Chili et la Lituanie sont au nombre des Etats qui ont instauré une telle législation.

<sup>103</sup> Adopté par la Conférence diplomatique de l'OMPI (2-20 décembre 1996). Les traités de l'OMPI adoptés en 1996 sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes ne sont ni l'un ni l'autre en vigueur. Le premier avait reçu 19 ratifications, signatures et accessions, et le second 16 à la date du 15 juillet 2000.

<sup>104</sup> Article premier, alinéas (1) et (2).

selon laquelle « la protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques »<sup>105</sup> indique explicitement les limitations de la protection du droit d'auteur, laquelle ne porte que sur les expressions artistiques et littéraires. En général, il ne paraît guère offrir de protection supplémentaire pour le patrimoine immatériel si ce n'est qu'il permet une meilleure application en vertu des dispositions relatives à la sanction des droits accordés, y compris ceux dont les expressions du folklore peuvent bénéficier en vertu de la Convention de Berne<sup>106</sup>.

Les traités concernant les droits voisins comprennent :

#### *La Convention de Rome (1961) (OMPI)*

La Convention de Rome<sup>107</sup> fixe des normes minimales pour la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes par l'application du principe du traitement national<sup>108</sup>. Ces normes peuvent fournir un moyen raisonnablement utile de protéger une gamme limitée d'expressions du folklore au moyen de ce qu'on appelle les « droits voisins ». Les « artistes » auxquels s'applique la Convention de Rome sont définis comme ceux qui interprètent des œuvres littéraires ou artistiques<sup>109</sup>, ce qui ne concerne pas clairement le patrimoine immatériel. Cependant, comme la Convention de Rome fixe des normes minimales<sup>110</sup>, il est loisible aux Etats de faire figurer les artistes interprètes ou exécutants de la culture traditionnelle et populaire dans la définition des « artistes interprètes ou exécutants » qui, en vertu du traitement national, s'étendrait également aux artistes étrangers. Ainsi, lorsque des récits, des danses, des histoires, de la musique instrumentale, des chants, etc. relevant de la tradition ou du folklore font l'objet de représentations publiques et que la protection des artistes s'étend, comme c'est le cas dans de nombreux pays, aux expressions elles-mêmes, les représentations de ces expressions seraient elles aussi protégées. La protection ainsi offerte ne saurait porter atteinte à celle dont pourraient bénéficier autrement les artistes<sup>111</sup> et permet donc une protection supplémentaire et spécifique des interprètes de la culture traditionnelle et populaire. Cette protection a cependant une portée limitée puisqu'elle ne comporte pas de protection contre une exécution ou une fixation non autorisée de ces formes culturelles traditionnelles et qu'elle constitue une forme indirecte de protection.

#### *Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996)*

Ce traité est destiné à être appliqué conjointement avec la Convention de Rome et aucune de ses dispositions n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Etats parties à cette convention ni n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur sur les œuvres

---

<sup>105</sup> Article 2.

<sup>106</sup> Article 14.

<sup>107</sup> Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rome, 26 octobre 1961. Le 15 juillet 2000, il y avait 67 Etats parties à la Convention.

<sup>108</sup> Article 2.

<sup>109</sup> Article 3(a) : « On entend par « artistes interprètes ou exécutants » les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques. ».

<sup>110</sup> L'article 7(1) dispose que la protection prévue en faveur des artistes interprètes ou exécutants « devra permettre de mettre obstacle » à certains actes énumérés aux alinéas(a) à (c).

<sup>111</sup> Article 21.

littéraires et artistiques<sup>112</sup>. Les « artistes interprètes ou exécutants » sont définis dans une rédaction analogue à celle de la Convention de Rome mais avec l'adjonction significative des « expressions du folklore » au type de représentation visé. Ses dispositions sont donc explicitement destinées à être appliquées aux interprètes d'expressions du folklore comme à ceux qui interprètent des œuvres littéraires et artistiques. Le bénéfice de la protection prévue par le traité est accordé aux ressortissants des Etats parties et à ceux d'autres Etats parties qui répondraient aux critères requis pour bénéficier de la protection prévue par la Convention de Rome<sup>113</sup>. Les droits moraux des artistes interprètes ou exécutants pour toute interprétation ou exécution fixée de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autres modifications de ces interprétations ou exécutions ou à toute atteinte à celles-ci, préjudiciables à sa réputation, sont protégés<sup>114</sup>. La durée de ces droits moraux devra s'étendre au moins jusqu'à l'extinction, après sa mort, des droits patrimoniaux accordés à l'artiste<sup>115</sup>. Les artistes bénéficient aussi de droits patrimoniaux sur les interprétations ou exécutions non fixées, ce qui leur donne le droit exclusif d'autoriser leur radiodiffusion ou communication au public et leur fixation<sup>116</sup>. Les artistes interprètes ou exécutants jouissent en outre du droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes<sup>117</sup> et d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées<sup>118</sup>.

L'accord de 1994 sur les ADPIC dont il sera question un peu plus loin concerne à la fois les règles relatives au droit d'auteur et les droits voisins alors que la Recommandation de 1989 est un texte général pour la sauvegarde du folklore qui se réfère à l'utilisation des règles de la propriété intellectuelle comme une forme de protection.

#### *La Recommandation de 1989 (UNESCO)*

La section F relative à la « protection de la culture traditionnelle et populaire » considère que celle-ci constitue des « manifestations de la créativité intellectuelle », individuelle ou collective, qui méritent de bénéficier d'une protection analogue à celle qui est accordée à d'autres productions intellectuelles<sup>119</sup>. Elle fait valoir que cette protection « se révèle indispensable en tant que moyen permettant de développer, perpétuer et diffuser davantage ce patrimoine »<sup>120</sup>. Elle invite les Etats membres à appeler l'attention des autorités sur le travail réalisé par l'UNESCO et l'OMPI dans ce domaine, en particulier sur les Dispositions types de 1982. En ce qui concerne la rémunération, la Recommandation de 1989 vise à créer un système en application duquel les créateurs et interprètes du folklore bénéficieraient d'un traitement équivalent à celui des détenteurs du droit d'auteur. Dans l'esprit

---

<sup>112</sup> Article premier, alinéas (1) et (2).

<sup>113</sup> Article 3. Le traitement national accordé à ceux qui sont considérés comme des ressortissants d'autres Etats parties est garanti en vertu de l'article 4 « en ce qui concerne les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité ».

<sup>114</sup> Articles 5(1) et (2).

<sup>115</sup> L'article 17 fixe la période minimale de protection accordée aux artistes interprètes ou exécutants en vertu du traité à une période de 50 ans à compter de la date où l'interprétation ou exécution a été fixée.

<sup>116</sup> Article 6.

<sup>117</sup> Article 7.

<sup>118</sup> Article 8.

<sup>119</sup> La section F (a) est ainsi conçue : « En ce qui concerne les aspects « propriété intellectuelle », [les Etats membres devraient] appeler l'attention des autorités compétentes sur les importants travaux réalisés par l'UNESCO et l'OMPI dans le domaine de la propriété intellectuelle, tout en reconnaissant que ces travaux ne touchent qu'à un aspect de la protection de la culture traditionnelle et populaire et que l'adoption de mesures distinctes dans divers domaines s'impose d'urgence pour sauvegarder la culture traditionnelle et populaire ».

<sup>120</sup> Section F, « Protection de la culture traditionnelle et populaire », paragraphe introductif.

de la Recommandation, tout le folklore étranger serait sauvegardé chaque fois que des expressions du folklore sont exploitées publiquement d'une façon qui concerne les droits patrimoniaux ou moraux attachés à ces expressions. Bien que la section considérée donne à entendre que divers droits de propriété intellectuelle sont susceptibles d'offrir une protection pour le patrimoine immatériel, elle précise aussi que ceux-ci ne peuvent fournir qu'une protection limitée contre une utilisation et une exploitation abusives<sup>121</sup>.

#### *L'Accord de 1994 sur les ADPIC (OMC)*

L'Accord de l'OMC sur les ADPIC<sup>122</sup> sera examiné plus loin avec plus de détails à propos des savoirs traditionnels, mais il intéresse également la culture traditionnelle et populaire dans ses dispositions relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et au traitement national. L'Accord sur les ADPIC procède des obligations de fond formulées dans les Conventions de Berne et de Paris auxquelles il ajoute dans certains domaines des normes plus élevées<sup>123</sup>. Il a été conçu pour harmoniser les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce afin d'encourager le commerce international et de le doter d'une base plus sûre<sup>124</sup>. C'est un objectif dont il faut tenir compte quand on juge de l'impact sur la culture traditionnelle et populaire de l'Accord sur les ADPIC. Le niveau de protection par le droit d'auteur et les droits voisins qu'offrent les ADPIC est ainsi réduit et déterminé essentiellement par référence aux droits patrimoniaux prévus par la Convention de Berne et, implicitement, par la Convention de Rome. De surcroît, les droits patrimoniaux ne sont accordés que dans l'optique d'une réalisation des objectifs des ADPIC et non pas pour la protection en tant que telle.

En ce qui concerne le droit d'auteur, il est obligatoire pour les Etats membres de se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (y compris l'Acte de Paris), à l'importante exception de l'article 6 bis qui traite des droits moraux de l'auteur<sup>125</sup>. Les Etats membres doivent donc déterminer les droits patrimoniaux comme le prévoit la Convention de Berne, appliquer cette législation aux catégories d'œuvres visées à l'article 2 de l'Acte de Paris, respecter le traitement national et limiter les exceptions à celles qu'autorise l'Acte de Paris. Certains droits voisins des artistes interprètes ou exécutants sont protégés dans les ADPIC<sup>126</sup>, ce qui leur permet d'empêcher les actes suivants sans leur autorisation : la fixation et la reproduction subséquente de leur exécution non fixée et la radiodiffusion et la communication au public de leur exécution directe. La durée de la protection offerte est de 50 ans à compter de la date de l'exécution ou de sa fixation.

---

<sup>121</sup> La section F (a) fait une réserve importante en soulignant que les travaux relatifs à la propriété intellectuelle « ne touchent qu'à un aspect de la protection de la culture traditionnelle et populaire et que l'adoption de mesures distinctes dans divers domaines s'impose d'urgence pour sauvegarder la culture traditionnelle et populaire ».

<sup>122</sup> *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* faisant suite au cycle de l'Uruguay du GATT.

<sup>123</sup> La Partie I définit des principes généraux, en particulier celui du traitement national. La Partie II est consacrée à différents types de droits de propriété intellectuelle, comme le droit d'auteur, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les brevets et les secrets de fabrication.

<sup>124</sup> « Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime » (Préambule).

<sup>125</sup> Article 9(1).

<sup>126</sup> Article 14 ; aucune référence n'est faite à la Convention de Rome.

L'un des principaux avantages de l'Accord est qu'il impose aux Etats membres de l'OMC une obligation de fournir aux détenteurs des droits patrimoniaux relatifs au droit d'auteur, aux droits voisins et aux droits de propriété industrielle les divers moyens juridiques spécifiés à la Partie III de faire respecter ces droits. Cependant, le fait qu'il ne protège pas les droits moraux des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques est un inconvénient important en ce qui concerne le patrimoine immatériel puisque c'est cet aspect du droit d'auteur qui présente le plus d'intérêt pour répondre aux besoins des créateurs de ce patrimoine. C'est un droit d'auteur industriel que font respecter les ADPIC et non un droit d'auteur sur la création. Un autre aspect qui mérite d'être relevé ici est que les Etats qui se préoccupent de la protection du folklore et des savoirs traditionnels ont en général concentré leurs énergies sur des initiatives au sein de l'OMPI plutôt que de l'OMC pour traiter de ces questions<sup>127</sup>.

## **2.5 Une protection nationale et régionale basée sur les droits de propriété intellectuelle**

En Europe et dans la grande majorité des pays industrialisés, la tendance est de placer les expressions du folklore dans le domaine public hors de l'atteinte des droits de propriété intellectuelle. La majorité des Etats industrialisés pratiquent ce qu'on pourrait qualifier de « vide législatif » en ce qui concerne le folklore, celui-ci tombant dans le domaine public, avec les multiples menaces de déformation, d'appropriation, etc. que cela implique. Les Etats développés se caractérisent donc par une relative absence de législation spécifique pour la protection du folklore ou de ses expressions. Toutefois, certains d'entre eux, en particulier la Finlande, la Suède, la Norvège, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les Etats-Unis, ont des lois expressément destinées à protéger le patrimoine culturel de leurs peuples autochtones. Les pays en développement, en particulier les Etats africains, ont été en général beaucoup plus actifs pour étendre la protection juridique au folklore, ce qui s'est fait surtout par l'application des règles du droit d'auteur<sup>128</sup>. L'adoption d'une législation spécifique a été influencée par plusieurs textes régionaux et internationaux, notamment : la révision de la Convention de Berne à Stockholm en 1967, la Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement (1976), la Convention concernant la propriété intellectuelle africaine (texte de Bangui) de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (1977)<sup>129</sup> et la Convention arabe sur le droit d'auteur.

Une partie de cette législation nationale est relative à la protection des « œuvres du folklore », traitant ainsi celui-ci comme relevant normalement de la loi sur le droit d'auteur, d'autres font simplement état du « folklore » et les lois de la Chine et du Chili portent sur les « expressions du folklore » sur le modèle des Dispositions types. L'Algérie et le Maroc donnent de l'objet de la protection des définitions extrêmement proches de celle que formule

---

<sup>127</sup> Sur la base d'un entretien avec M. H. Wager et Mme T.-L. Tran Wasescha, de la Division de la propriété intellectuelle de l'OMC. Les demandes de révision de l'article 27 (3) (b) concernant la brevetabilité des ressources génétiques et des savoirs traditionnels examinées au Conseil des ADPIC à Genève en juillet 2000 sont l'exception. Une proposition à cet égard consiste à étudier simultanément le cas des savoirs traditionnels et du folklore dans le cadre de la procédure d'examen visée à l'article 71 (1).

<sup>128</sup> On trouvera ci-après, dans l'ordre chronologique, une liste non exhaustive de ces pays : Tunisie (1966 et 1994) ; Bolivie (1968 et 1992) ; Chili (1970) ; Iran (1970) ; Maroc (1970) ; Algérie (1973) ; Sénégal (1973) ; Kenya (1975 et 1989) ; Mali (1977) ; Burundi (1978) ; Côte d'Ivoire (1978) ; Sri Lanka (1979) ; Guinée (1980) ; Barbade (1982) ; Cameroun (1982) ; Colombie (1982) ; Congo (1982) ; Madagascar (1982) ; Rwanda (1983) ; Bénin (1984) ; Burkina Faso (1984) ; République centrafricaine (1985) ; Ghana (1985) ; République dominicaine (1986) ; Zaïre (1986) ; Indonésie (1987) ; Nigéria (1988 et 1992) ; Lesotho (1989) ; Malawi (1989) ; Angola (1990) ; Togo (1991) ; Niger (1993) ; Panama (1994).

<sup>129</sup> Ce texte (d'un organe régional) a exercé une influence notable, en particulier son annexe VII, révisée en 1999, consacrée à la propriété littéraire et artistique. Ce texte instaure pour la protection deux démarches faisant appel respectivement au droit d'auteur et à la protection du patrimoine culturel.

l'article 15(4) de la Convention de Berne (Actes de Stockholm et de Paris). Dans d'autres cas, la législation fait une distinction entre le « folklore » et les « œuvres littéraires et artistiques » (objet classique du droit d'auteur) en faisant état de certaines caractéristiques, par exemple qu'il s'agit d'un patrimoine culturel traditionnel transmis de génération en génération ou bien du produit de la créativité impersonnelle de membres d'une communauté ou autre groupe. Il convient de noter que la législation du Rwanda et celle du Bénin incluent dans leurs définitions des aspects du savoir traditionnel, tels que le savoir-faire relatif à la production de médicaments ou de textiles et les techniques agricoles. Cette approche revêt une signification particulière, étant donné qu'on se préoccupe de plus en plus au niveau international de trouver des mécanismes pour protéger les savoirs traditionnels grâce à un système *sui generis* fondé sur la protection de la propriété intellectuelle<sup>130</sup>. Il y a aussi certains Etats qui élaborent actuellement une législation dans ce domaine. Dans la région du Pacifique, par exemple<sup>131</sup>, le Vanuatu envisage d'élaborer une protection conjointe pour le droit d'auteur et la culture traditionnelle, les Fidji se proposent de modifier leur législation dans tous les domaines intéressant les droits de propriété intellectuelle pour instaurer dans la mesure du possible des mesures visant expressément à protéger la culture traditionnelle et populaire, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, les Tonga et le Samoa entendent définir un système spécifique de protection fondé sur la législation du droit d'auteur. La Chine prépare actuellement une loi nouvelle inspirée par les Dispositions types de 1982<sup>132</sup>. Aux Philippines, la loi sur les droits des peuples autochtones (1997)<sup>133</sup> vise notamment à favoriser le respect et l'épanouissement des expressions artistiques autochtones et des savoirs traditionnels. Il y a donc un certain nombre d'initiatives au niveau national pour la protection du folklore (ou de ses « œuvres » ou « expressions ») au moyen de régimes fondés sur le droit d'auteur ou d'autres qui sont plus proches d'une forme de protection *sui generis* inspirée par les droits de propriété intellectuelle, ou même des approches plus novatrices (comme dans le cas du Rwanda ou du Bénin). Toutefois, les Dispositions types n'ont été reprises intégralement par aucune législation nationale et on peut estimer que la pratique des Etats relative à un tel système de protection *sui generis* n'est pas encore suffisante pour justifier l'élaboration d'une protection internationale du même ordre.

## 2.6 Un nouvel instrument international ? La coopération et les activités UNESCO/OMPI

La première question à se poser quand on cherche à élaborer un instrument international concerne la portée de celui-ci. Visera-t-il à protéger tous les aspects du patrimoine immatériel (y compris les savoirs traditionnels) ou se limitera-t-il aux expressions intellectuelles de ce patrimoine, analogues aux « expressions du folklore » des Dispositions types ? Dans la présente section, on se limitera à examiner la question d'un instrument qui protège les expressions intellectuelles de la culture traditionnelle et populaire en utilisant les mécanismes des droits de propriété intellectuelle ou bien un système *sui generis* dérivé de ceux-ci. C'est cette dernière approche qu'ont adoptée l'UNESCO et l'OMPI dans leur travail conjoint sur les Dispositions types de 1982 et dans les délibérations qui ont eu lieu ultérieurement à partir du

---

<sup>130</sup> Comme le fait observer Ficsor, *op. cit.* (note 62), p. 215 : « La protection de tels éléments est manifestement étrangère aux finalités et à la structure du droit d'auteur ».

<sup>131</sup> Cité dans « Consultations régionales UNESCO/OMPI sur la protection de la culture traditionnelle et populaire (folklore) », *Bulletin du droit d'auteur*, XXXIII (4) (1999).

<sup>132</sup> « Consultations régionales UNESCO/OMPI sur la protection de la culture traditionnelle et populaire (folklore) », *Bulletin du droit d'auteur*, XXXIII (4) (1999).

<sup>133</sup> RA 8371 de 1997, cité dans *ibid.*

milieu des années 1990. Un instrument de ce genre aurait essentiellement pour objet d'identifier le contenu de ces expressions intellectuelles, d'identifier les droits des « propriétaires » sur ces expressions (encore que l'identification des « propriétaires » eux-mêmes puisse se révéler problématique) et de réglementer leur exploitation aussi bien sur le plan national qu'à l'étranger. La question la plus difficile à régler serait la formulation de critères d'identification du folklore qui soient communs à plusieurs Etats d'une même région. Pour servir de base à l'élaboration d'un régime de protection *sui generis*, il faut définir une série de droits minimaux (sous une forme analogue à ce qu'ont fait les Conventions de Berne et de Rome pour la fixation de normes minimales de protection). Il pourrait s'agir notamment de reconnaître les formes traditionnelles (coutumières) de propriété collective et de paternité communautaire, d'inclure des droits moraux aussi bien que patrimoniaux (comme le font les Dispositions types), d'empêcher l'enregistrement sans autorisation, comme marques de fabrique ou de commerce, de symboles et mots sacrés et culturellement significatifs, d'exiger la preuve d'un consentement préalable donné en connaissance de cause dans les brevets utilisant un savoir traditionnel et de fournir une protection à perpétuité.

S. Abada<sup>134</sup> estime qu'un long débat sera nécessaire pour élucider tous les aspects complexes de la question avant qu'il soit possible d'élaborer un instrument international dans ce domaine. Toutefois, des travaux récents de l'OMPI sur les savoirs traditionnels et les expressions du folklore (voir plus bas) ont fait avancer la question et pourraient fournir un modèle plus efficace pour l'adaptation des droits de propriété intellectuelle à la protection du patrimoine immatériel. Ce dont le besoin se fait maintenant sentir, c'est d'un système *sui generis* beaucoup plus ambitieux que celui qu'offraient les Dispositions types de 1982 et qui couvrirait les savoirs traditionnels au même titre que les expressions du folklore. Cela impliquerait l'élaboration de nouvelles mesures spécifiques pour la protection des savoirs traditionnels qui aillent au-delà du système actuel des droits de propriété intellectuelle<sup>135</sup>.

#### *Le Forum mondial UNESCO-OMPI (Phuket)*

La préparation des deux traités de l'OMPI adoptés en 1996<sup>136</sup> a contribué à réintroduire dans le débat international la question de la protection internationale du folklore selon des approches reposant sur les droits de propriété intellectuelle. Ce regain d'intérêt a été à l'origine du Forum mondial UNESCO-OMPI qui s'est tenu à Phuket (Thaïlande) en 1997<sup>137</sup>. Dans le Plan d'action de Phuket<sup>138</sup> figure la déclaration suivante : « Les participants ont été d'avis que, à l'heure actuelle, il n'existe pas de protection internationale normalisée pour le folklore et que le régime du droit d'auteur n'est pas satisfaisant pour assurer cette protection ». Il a été jugé qu'une coopération régionale et internationale plus étroite serait essentielle pour qu'une nouvelle norme internationale pour la protection du folklore puisse être instaurée avec succès et il a été proposé que l'UNESCO et l'OMPI « poursuivent leurs efforts en vue de l'instauration d'un régime international efficace et satisfaisant pour la protection du folklore ». A la suite du Forum, l'étude de la protection juridique de la culture traditionnelle et populaire

---

<sup>134</sup> Abada, *op. cit.* (note 93), p. 232 : « Un débat approfondi, forcément de longue durée, est nécessaire pour éclairer tous les aspects de cette problématique, identifier les choix à retenir et tirer les conséquences qui s'imposent quant au domaine du folklore à protéger et à la nature et à l'étendue d'un éventuel instrument international assurant cette protection ».

<sup>135</sup> Cet aspect sera examiné plus avant à la section 4.6 consacrée aux travaux de l'OMPI sur la culture traditionnelle et les droits de propriété intellectuelle.

<sup>136</sup> Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996) et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996).

<sup>137</sup> *Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore*, Phuket (Thaïlande), 8-10 avril 1997.

<sup>138</sup> Dont les gouvernements des Etats-Unis et du Royaume-Uni se sont tous deux dissociés.

s'est considérablement développée. Un colloque sous-régional s'est tenu à Nouméa<sup>139</sup> qui, dans l'*action à mener*, prévoyait de développer et renforcer les législations existantes concernant la propriété culturelle et intellectuelle pour empêcher toute appropriation abusive du patrimoine culturel traditionnel. Il a également invité l'UNESCO et l'OMPI à élaborer des lois types *sui generis* sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions des cultures autochtones. Quatre consultations régionales (voir la section ci-après) ont été organisées aussi en 1999 conjointement par l'UNESCO et l'OMPI.

#### *Consultations régionales UNESCO/OMPI (1999)*

En 1999, quatre Consultations régionales UNESCO-OMPI sur la protection des expressions du folklore ont eu lieu respectivement à Quito (Amérique latine et Caraïbes), à Hanoi (Asie-Pacifique), Tunis (Etats arabes) et Prétoria (Afrique). Le processus des consultations régionales visait à élucider : la nature et l'étendue de la protection internationale existante du folklore, la mesure dans laquelle les Dispositions types de 1982 demeurent un document valable et la nature des autres approches qu'il conviendrait d'explorer « à la lumière de l'évolution de la perception du rôle de ce patrimoine dans la vie sociale »<sup>140</sup>, les modalités d'organisation d'une coopération régionale et sous-régionale sur la question de l'identification et de l'appartenance des expressions du folklore couvrant des étendues géographiques de plusieurs Etats et les mesures visant à élaborer un système de protection internationale juste, efficace et adapté aux expressions artistiques et aux savoirs traditionnels.

Lors de ces consultations régionales, plusieurs observations générales ont été faites sur l'importance du folklore, les dangers qui le menacent et les mesures qui sont actuellement prises pour sa sauvegarde. Les participants ont observé que la valeur socio-économique des expressions du folklore était de plus en plus reconnue sur le plan international et faisait l'objet d'une exploitation commerciale croissante<sup>141</sup>, que le folklore est indispensable au développement, à la perpétuation et à la diffusion du patrimoine culturel en général<sup>142</sup> et qu'une protection satisfaisante pour assurer cette diversité culturelle est nécessaire face à la mondialisation<sup>143</sup>. Il a été estimé que des éléments importants du savoir et du folklore traditionnels étaient en voie d'être perdus et continueront à l'être en l'absence d'un mécanisme satisfaisant de protection juridique aux niveaux national et international<sup>144</sup>. Au niveau national, cela peut exiger une forme *sui generis* de protection juridique, et les Dispositions

---

<sup>139</sup> *La protection du savoir traditionnel et des formes d'expression des cultures autochtones dans les îles du Pacifique*, colloque tenu à Nouméa, 15-19 février 1999, *Déclaration finale*.

<sup>140</sup> Consultation régionale UNESCO-OMPI sur la protection des expressions du folklore, Prétoria, 23-25 mars 1999. *Résolution*, document OMPI-UNESCO/FOLK/AFDR/99/1, 25 mars 1999.

<sup>141</sup> Consultation régionale UNESCO-OMPI sur la protection des expressions du folklore dans les pays d'Amérique latine et des Caraïbes, Quito, 14-16 juin 1999. *Recommandation* (Introduction). [doc. WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1, 16 juin 1999].

<sup>142</sup> *Résolution* mentionnée à la note 140 (Préambule) dans laquelle le potentiel important des expressions du folklore pour le développement socio-économique et culturel du continent africain a été également noté.

<sup>143</sup> *Recommandation* mentionnée à la note 141 (Introduction).

<sup>144</sup> Consultation régionale UNESCO-OMPI sur la protection des expressions du folklore pour l'Asie et le Pacifique, Hanoi, 21-23 avril 1999, *Résolutions*, point 3 [doc. WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1, 23 avril 1999]. Idée reprise à la Consultation régionale OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore dans les Etats arabes, Tunis, 25-26 mai 1999, *Recommandation*, point 6 [doc. WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1, 10 juin 1999] et à la réunion de Prétoria mentionnée à la note 140 (Préambule) : « ... l'absence de protection juridique des expressions du folklore à l'échelon régional et au-delà est préjudiciable à la préservation et au maintien de l'intégrité de ces expressions ».

types de 1982 « constituent un cadre approprié pour les travaux qui seront entrepris »<sup>145</sup>. Les régimes de propriété intellectuelle en vigueur ne permettent pas de résoudre toutes les questions que pose la protection des savoirs traditionnels et du folklore<sup>146</sup>. La nécessité de réunir les moyens et les ressources pour les tâches urgentes consistant à inventorier, identifier, conserver, préserver et diffuser le folklore et l'importance de ressources financières et autres suffisantes pour accomplir ces tâches ont été soulignées<sup>147</sup>. Ces mesures – qui reprennent l'essentiel du texte de la Recommandation de 1989 – sont indispensables à l'élaboration d'une protection juridique nationale ou internationale.

Dans les recommandations adressées ensuite aux gouvernements, les initiatives et mesures suivantes ont été préconisées<sup>148</sup> : créer des structures nationales appropriées pour assurer la protection des expressions du folklore en tant que stratégie pour le développement culturel, rendre disponibles des ressources suffisantes pour la préservation, la conservation, la documentation, le développement et la protection juridique des savoirs et du folklore traditionnels, fournir un soutien aux communautés auxquelles on doit la création, le maintien, la conservation et le développement des savoirs et du folklore traditionnels, impliquer les communautés pour les rendre plus conscientes de la valeur des expressions du folklore et de leur protection, créer des centres nationaux et régionaux de documentation sur le folklore et créer ou renforcer la législation nationale pour la protection des expressions du folklore, notamment en les adaptant pour tenir compte des Dispositions types de 1982<sup>149</sup>. Le besoin se fait sentir d'une vaste consultation au niveau international<sup>150</sup> et les gouvernements devraient élaborer des stratégies régionales pour l'exercice et la gestion de droits relatifs aux savoirs et au folklore traditionnels et pour le soutien des communautés détentrices de traditions<sup>151</sup>.

Il y aurait lieu également de prendre l'initiative d'un débat entre experts sur les savoirs traditionnels et le folklore, les communautés qui les créent et les autres groupes intéressés avec pour objectif ultime « l'élaboration d'un mécanisme juridique de protection des savoirs traditionnels et du folklore aux niveaux national et international »<sup>152</sup>. L'UNESCO et l'OMPI devraient poursuivre leurs travaux relatifs à la protection internationale des expressions du folklore et créer un comité permanent chargé d'étudier et de suivre le renforcement de cette

---

<sup>145</sup> Réunion de Prétoria mentionnée à la note 140 (Préambule) et réunion de Tunis mentionnée à la note 144 (Observations). La réunion de Hanoi mentionnée à la note 144 a déclaré (point 7) : « La protection efficace des savoirs traditionnels et du folklore aux niveaux national et international appelle une législation *sui generis*. Les Dispositions types OMPI/UNESCO de 1982 constituent un bon point de départ, mais il convient maintenant d'approfondir la question, compte tenu de l'évolution constatée sur les plans technique, juridique, social, culturel et commercial ... [depuis 1982] ... Ce travail suppose que l'on prenne en compte les éléments communs et les caractéristiques distinctives des savoirs traditionnels et du folklore afin de déterminer si un même cadre législatif permet de protéger efficacement ces deux formes de patrimoine culturel ou s'il est préférable de poursuivre séparément les travaux relatifs à chacune d'elles, en y attachant cependant le même degré de priorité et la même détermination. ».

<sup>146</sup> Réunion de Hanoi mentionnée à la note 144 (point 4).

<sup>147</sup> Réunion de Tunis mentionnée à la note 144.

<sup>148</sup> A diverses consultations régionales, beaucoup de propositions ayant été formulées à deux ou plusieurs de ces réunions.

<sup>149</sup> A la réunion de Tunis mentionnée à la note 144, les participants ont insisté aussi sur le fait qu'une telle législation nationale « aurait une incidence positive sur le développement et l'économie » (point 2 des « Recommandations aux gouvernements »).

<sup>150</sup> Réunion de Hanoi mentionnée à la note 144 (point 12) : « Pour rapprocher les points de vue des pays en développement et des pays développés qui ont encore des conceptions très différentes des savoirs traditionnels et du folklore, ainsi que de la protection qu'il convient de leur accorder ».

<sup>151</sup> *Ibid.*, (point 3).

<sup>152</sup> *Ibid.* (point 2).

protection<sup>153</sup>. Cela exigera une forme *sui generis* de protection juridique ayant force obligatoire aux niveaux national et international<sup>154</sup> qui soit adaptée à la nature et au rôle de ce patrimoine et que le système de la propriété intellectuelle ne peut pas couvrir<sup>155</sup>. L'UNESCO et l'OMPI ont été également invitées à fournir aux pays en développement une aide accrue revêtant les formes suivantes : assistance juridique et technique, formation spécialisée à l'identification, à la documentation et à la conservation des savoirs traditionnels et du folklore, fourniture du matériel et des ressources financières nécessaires pour assurer une protection efficace des expressions du folklore<sup>156</sup>.

### *Artisanat*

La Division de la créativité de l'UNESCO s'occupe de l'artisanat, expression matérielle du patrimoine culturel traditionnel, et du développement économique et social des communautés qui le créent et le maintiennent. En matière d'artisanat, il est important de prendre en considération les aspects économiques et sociaux et non pas seulement les aspects culturels de la question<sup>157</sup> en adoptant une optique d'adaptation plutôt que de conservation, c'est-à-dire une approche plus dynamique.

En ce qui concerne la protection juridique de l'artisanat, la Division de la créativité est en faveur de la présentation de diverses options juridiques (procédant principalement des conceptions du droit de propriété intellectuelle) aux artisans, aux bénéficiaires, aux gouvernements, etc. pour leur permettre de faire un choix afin de déterminer la pratique la meilleure et qui fonctionne dans les différents contextes. Ces options répondent avant tout à la nécessité de protéger l'originalité du produit (par des marques déposées et des appellations d'origine) et de reconnaître aux producteurs la qualité « d'artisans »<sup>158</sup>. Les aspects économiques traités concernent les matières premières, les systèmes fiscaux, les taxes à l'exportation et la proposition visant à créer une catégorie spéciale pour l'artisanat au sein de l'Organisation douanière internationale<sup>159</sup>. Etant entendu que des approches variées s'adapteront mieux aux différents contextes sociaux, économiques, juridiques et culturels, l'élaboration d'une loi type unique sur laquelle tous les Etats baseraient leur législation n'est pas préconisée.

---

<sup>153</sup> « Compte tenu des similitudes et des différences existantes entre les savoirs traditionnels et les autres expressions du folklore », réunion de Quito mentionnée à la note 141 (« Recommandations à l'UNESCO et à l'OMPI ») ; réunion de Hanoi mentionnée à la note 144 (point 3).

<sup>154</sup> Réunion de Hanoi mentionnée à la note 144 (point 3). La réunion de Prétoria mentionnée à la note 145 a également déclaré dans ses « Recommandations à l'UNESCO et à l'OMPI » qu'il y avait lieu « d'œuvrer parallèlement à la protection des expressions du folklore et à celle des savoirs traditionnels, en tenant compte de leurs éléments communs mais aussi de leurs caractéristiques et fonctions sociales distinctes ».

<sup>155</sup> L'élaboration d'une convention internationale pour la protection des expressions du folklore est aussi explicitement préconisée à la réunion de Tunis mentionnée à la note 144 (« Recommandations à l'intention des organisations internationales », point 5).

<sup>156</sup> Aux réunions de Hanoi et de Tunis mentionnées à la note 144 et à la réunion de Prétoria mentionnée à la note 140.

<sup>157</sup> Il convient de noter ici que, aux termes de son mandat, l'UNESCO occupe une place unique parmi les organisations intergouvernementales pour s'occuper de ces divers aspects.

<sup>158</sup> Il est intéressant de voir comment cette initiative peut être reliée au programme des Trésors humains vivants de la Section du patrimoine immatériel.

<sup>159</sup> On estime que les objets d'artisanat représentent 5 à 6 % de tout le commerce mondial et qu'ils présentent donc une importance économique, en particulier pour de nombreux Etats en développement.

### **3. La Recommandation de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire**

#### **3.1 Historique de la Recommandation de 1989**

Historiquement, les premières tentatives visant à fournir une protection internationale au folklore (comme on l'appelait) se sont d'abord traduites par une manifestation d'intérêt en faveur de l'application à cette fin des règles relatives au droit d'auteur<sup>160</sup>. Entre 1973 et 1978, trois réunions intergouvernementales sur la politique culturelle ont été organisées par l'UNESCO<sup>161</sup>, qui ont toutes trois fait appel à l'assistance de l'UNESCO pour la préservation des traditions populaires au titre de la protection du patrimoine culturel. Le programme comparatif sur le patrimoine culturel immatériel a été lancé en 1976<sup>162</sup> pour promouvoir l'appréciation et le respect de l'identité culturelle, et notamment de différentes traditions, manières de vivre, langues et valeurs culturelles. En 1979, l'UNESCO a adressé aux Etats membres un « questionnaire sur la protection du folklore » afin d'évaluer la situation actuelle du folklore dans les Etats membres en vue d'élaborer de nouvelles mesures destinées à en garantir l'authenticité et à en prévenir les déformations<sup>163</sup>. Ce questionnaire concernait les cinq domaines de protection considérés comme indissociables par une étude présentée en 1977 au comité d'experts sur la protection juridique du folklore, à savoir définition, identification, conservation, préservation et utilisation.

En 1982, l'UNESCO a constitué un comité d'experts sur la sauvegarde du folklore et une section spéciale pour le patrimoine immatériel. Une réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur la sauvegarde du folklore a été organisée en 1985 à Paris pour procéder à une étude interdisciplinaire de la nature et du champ d'application possible de règles générales pour la sauvegarde du folklore. Les experts ont décidé d'élaborer un ensemble de normes internationales dans une recommandation. Cette formule a été préférée à celle de la convention parce qu'une recommandation est un instrument plus souple qu'une convention qui contient des principes généraux que les Etats membres sont invités à adopter au moyen de dispositions législatives, administratives ou autres. Il a été décidé de baser ce travail sur une approche interdisciplinaire du folklore couvrant les questions de définition, d'identification, de conservation, de préservation et d'utilisation du folklore. Certaines questions d'infrastructure ont été également étudiées, comme la possibilité de créer un registre international du folklore et d'élaborer une typologie standard du folklore. Les experts ont estimé que les aspects de la protection internationale du folklore relevant de la propriété intellectuelle – à traiter conjointement avec l'OMPI – ne devraient être abordés que lorsque la question de la protection internationale du folklore aurait été clarifiée par le texte de la Recommandation.

En 1987, la Conférence générale a adopté la résolution proposant qu'un instrument international pour la sauvegarde du folklore soit préparé sous la forme d'une recommandation et un comité spécial d'experts gouvernementaux a été constitué cette année-là pour préparer un projet définitif. Ce projet définitif du texte de la Recommandation de l'UNESCO sur la

---

<sup>160</sup> La Convention universelle sur le droit d'auteur (1952) pouvait fournir une protection indirecte pour le folklore en vertu de l'article I permettant sa protection dans la législation nationale. La question d'une protection internationale du folklore par le droit d'auteur a été également examinée aux conférences de Stockholm (1967) et de Paris (1971) pour la révision de la Convention de Berne. Ces questions sont examinées à la section 2.1.

<sup>161</sup> A Yogyakarta (1973), Accra (1975) et Bogota (1978).

<sup>162</sup> 19e session de la Conférence générale, résolution du programme 4.111.

<sup>163</sup> Sherkin, S. *A Historical Study on the Preparation of the UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore* [Doc. UNESCO-SI Conf.99/INF.3], p. 9.

sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire a été adopté par la Conférence générale à sa 25e session en 1989. Les observations des Etats membres sur le premier projet de recommandation comportaient certains éléments qui ont conservé leur pertinence aujourd'hui, à savoir l'absence de toute référence à la culture spirituelle, la nécessité de faire revivre et de populariser le processus vivant de création du folklore, l'importance qui s'attache à la protection des communautés culturelles qui créent et maintiennent le folklore, le fait que le folklore devrait être considéré comme un phénomène évolutif et non pas statique ayant un rôle important à jouer dans la société contemporaine et la nécessité de distinguer entre la protection de ceux qui travaillent à la reproduction du folklore et celle dont bénéficie la communauté en vertu d'un droit inaliénable ou traditionnel. Toutes ces questions restent importantes et devront être prises en considération dans tout instrument que l'UNESCO pourrait élaborer à l'avenir pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

### 3.2 Analyse de la Recommandation de 1989

#### *Principes généraux (Préambule)*

La Recommandation de 1989<sup>164</sup> formule certains principes généraux qui mériteront d'être pris en considération lors de la rédaction d'un éventuel instrument futur sur le sujet. Notant à propos du folklore « son importance sociale, économique, culturelle et politique, son rôle dans l'histoire d'un peuple et sa place dans la culture contemporaine », la Recommandation reconnaît la nécessité de sauvegarder la communauté culturelle elle-même ainsi que les traditions culturelles qu'elle crée ou maintient. L'observation sur « le danger » que la culture traditionnelle et populaire « court face à de multiples facteurs » n'est pas limitative et permettrait de tenir compte à l'avenir de dangers nouveaux dus à des facteurs sociaux et économiques qui ont changé (comme les progrès technologiques)<sup>165</sup>. La référence au folklore comme « partie intégrante du patrimoine culturel et de la culture vivante » est importante parce qu'elle exprime la nature vivante et non pas statique du folklore et son implantation dans le contexte social et culturel où il a été créé. Ces principes généraux devraient aboutir à l'élaboration d'une législation et de politiques nationales qui ne traiteraient pas ce patrimoine comme un élément isolé, mais bien plutôt comme une partie intégrante de la communauté qui le produit et de la société tout entière.

#### *Définition du « folklore »*

La définition donnée pour le « folklore »<sup>166</sup> est actuellement la seule qui se trouve dans un instrument international et elle mérite en tant que telle d'être examinée de près. Elle contient des éléments qui méritent d'être notés mais souffre d'une approche trop étroite. Il faudrait lui apporter des remaniements substantiels pour donner une définition suffisamment

---

<sup>164</sup> Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, Paris, 15 novembre 1989.

<sup>165</sup> Le préambule de la Convention de 1972 adopte une attitude analogue, « constatant que le patrimoine culturel et le patrimoine naturel sont de plus en plus menacés de destruction non seulement par les causes traditionnelles de dégradation mais encore par l'évolution de la vie sociale et économique qui les aggrave par des phénomènes d'altération ou de destruction encore plus redoutables ».

<sup>166</sup> « La culture traditionnelle et populaire [« folklore » dans le texte anglais] est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres manières. Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts. »

large englobant tous les aspects du patrimoine culturel immatériel qui ont besoin d'être sauvegardés. Cette définition a fait l'objet plus haut<sup>167</sup> d'un examen détaillé. Elle comporte des éléments positifs quand elle note que le folklore se développe à partir d'une culture traditionnelle et au sein d'une communauté culturelle particulière, quand elle relève son importance pour l'identité sociale et culturelle et quand elle se réfère à son mode de transmission. Les critiques principales à adresser à cette définition sont qu'elle procède d'une approche trop étroite, qu'elle ne tient pas compte du contexte social, culturel et intellectuel de la création et du maintien du folklore et que sa référence aux savoirs traditionnels et au patrimoine autochtone est trop limitée. L'adjonction à la fin de la définition actuelle<sup>168</sup> d'une liste des formes possibles que le folklore peut prendre n'est peut-être pas la meilleure méthode. Cela est compréhensible en l'occurrence puisque c'était un sujet nouveau pour un instrument de l'UNESCO en 1989 et on avait sans aucun doute estimé que les diverses formes que le folklore pouvait revêtir avaient besoin d'être explicitées.

*Section B – « Identification »* : le texte indique que la culture traditionnelle et populaire [« folklore » dans le texte anglais] « doit être sauvegardée par et pour le groupe dont elle exprime l'identité », soulignant ainsi la nécessité de donner à la communauté les moyens de sauvegarder ses traditions folkloriques. Il souligne aussi ce fait essentiel que le folklore fait partie intégrante de l'identité du groupe qui le produit. La sauvegarde du folklore implique donc qu'on réponde aux besoins sociaux, culturels et économiques du groupe considéré. Malheureusement, les mesures spécifiques à prendre par les gouvernements énumérées à la section B ne permettent pas de penser que ce principe déterminant ait été pris en considération dans la formulation desdites mesures. A l'exception de l'alinéa (a)<sup>169</sup>, celles-ci concernent l'établissement d'inventaires, de systèmes d'identification et d'enregistrement et d'une typologie normalisée du folklore, toutes initiatives répondant aux besoins des chercheurs bien davantage qu'à ceux des praticiens du folklore. Il est certes nécessaire, pour qu'un instrument soit efficace, d'élaborer un système d'identification et d'enregistrement, mais il faut toutefois se demander qui devrait fixer les critères de cette identification. Telle que la Recommandation est conçue, ce rôle est clairement assigné à la communauté scientifique et à ses méthodologies, alors que la voix des praticiens eux-mêmes est absente.

*Section C – « Conservation de la culture traditionnelle et populaire »* : ce texte a pour but de permettre aux chercheurs et aux « porteurs de la tradition » d'accéder au folklore en cas de non-utilisation ou d'évolution de celui-ci. Les mesures à prendre à cette fin concernent essentiellement la collecte et l'archivage des données qui sont disponibles sous une forme matérielle<sup>170</sup>. Là encore, il apparaît que les chercheurs scientifiques sont le groupe qui tirera le maximum de profit de cette activité. Est-ce que les « porteurs de la tradition », par exemple, apprécient toujours ou même désirent qu'un patrimoine qui était traditionnellement transmis par voie orale fasse l'objet de ce travail de documentation ? On peut critiquer également le fait que le texte laisse entendre que la

---

<sup>167</sup> Section 1.2.

<sup>168</sup> « Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts. » [section A]

<sup>169</sup> Celui-ci concerne la nécessité d'établir un inventaire des institutions qui s'occupent du folklore et la création de répertoires régionaux et mondiaux de ces institutions.

<sup>170</sup> Il s'agit notamment de mettre en place des archives nationales du folklore et des unités nationales centrales d'archives, de créer des musées du folklore ou des sections spéciales dans les musées existants, d'harmoniser les méthodes de collecte, de former des collecteurs, des archivistes, des documentalistes et autres spécialistes et d'assurer la sécurité des matériaux collectés.

non-utilisation et/ou l'évolution des traditions orales sont inévitablement une forme de dégradation. C'est là méconnaître le fait que des traditions culturelles transmises oralement évoluent souvent pour donner naissance à des formes nouvelles mais apparentées et que cela peut être un aspect inhérent à leur nature même<sup>171</sup>. Il n'est pas question pour autant de contester la valeur de la collecte des données et de la documentation, mais plutôt de se demander si le texte n'a pas trop lourdement insisté sur cet aspect et sur d'autres mesures du même genre<sup>172</sup>. Il est important qu'un instrument comporte également des mesures destinées à favoriser la création présente et future (et l'évolution) de traditions orales tout en conservant aussi celles qui sont en voie de disparition.

*Section D – « Préservation »* : cette section accorde une importance égale au folklore et à ceux qui le transmettent<sup>173</sup>, aspect fondamental puisque le rôle des transmetteurs de la culture est déterminant pour la survie de celle-ci<sup>174</sup>. Elle invite aussi les gouvernements à « garantir le statut et le soutien économique des traditions se rapportant à la culture traditionnelle et populaire, aussi bien au sein des collectivités dont elles sont issues qu'en dehors d'elles ». La proposition tendant à promouvoir l'enseignement et l'étude du folklore en mettant l'accent sur le respect de celui-ci et à favoriser ainsi « une meilleure compréhension de la diversité des cultures et des visions du monde »<sup>175</sup> est importante pour l'avènement d'une société pluraliste qui soutienne la création, le maintien et la transmission du patrimoine immatériel. La demande adressée aux Etats membres de garantir aux communautés culturelles le droit d'accéder à leur propre folklore en soutenant leur travail de documentation et de recherche ainsi que la pratique des traditions<sup>176</sup> a un caractère positif. L'octroi d'un appui moral et économique aux particuliers et aux institutions « qui étudient, font connaître, cultivent ou détiennent des éléments de la culture traditionnelle et populaire »<sup>177</sup> est de nature à fournir des moyens d'agir aux communautés culturelles ainsi qu'aux chercheurs.

*Section E – « Diffusion de la culture traditionnelle et populaire »* : celle-ci reconnaît l'importance du folklore « en tant qu'élément d'identité culturelle »<sup>178</sup> et la nécessité d'assurer une large diffusion aux éléments qui constituent ce patrimoine afin de permettre une prise de conscience de sa valeur et de la nécessité de le préserver. L'observation selon laquelle « lors d'une telle diffusion, il importe ... d'éviter toute déformation »<sup>179</sup> est nécessaire, mais laisse de côté l'importante question des aspects de la culture traditionnelle et populaire que ces porteurs désirent maintenir secrets pour des raisons spirituelles ou autres. La section prévoit certaines mesures qui sont de nature à

---

<sup>171</sup> On trouve dans l'ouvrage de l'UNESCO cité à la note 3 sous le titre « Recentrer les politiques culturelles » (p. 381-384), à la page 382, une vue analogue sur les formes culturelles en général : « Certaines cultures se dissolvent dans le système mondial des échanges culturels, mais il en apparaît de nouvelles au niveau local. La disparition de formes culturelles anciennes est entièrement compatible avec une riche diversité de formes nouvelles de vie humaine. ».

<sup>172</sup> Six des sept mesures énumérées à la section C.

<sup>173</sup> « La préservation concerne la protection des traditions se rapportant à la culture traditionnelle et populaire et de ceux qui en sont les porteurs » [section D, paragraphe introductif].

<sup>174</sup> Voir l'examen du programme des Trésors humains vivants à la section 5 ci-après.

<sup>175</sup> Section D (a).

<sup>176</sup> La section D (b) est ainsi conçue : « [Les Etats membres devraient] garantir aux communautés culturelles le droit d'avoir accès à leur propre culture traditionnelle et populaire, en soutenant aussi leurs activités en matière de documentation, d'archivage, de recherche, etc. ainsi que la pratique des traditions ».

<sup>177</sup> Section D (d).

<sup>178</sup> Paragraphe introductif.

<sup>179</sup> *Idem.*

présenter un intérêt direct pour les communautés culturelles<sup>180</sup> ; il s'agit notamment d'accorder un soutien à des manifestations nationales, régionales et internationales (festivals, expositions, ateliers, etc.), d'encourager une meilleure couverture des matériaux du folklore dans les médias nationaux et régionaux et l'emploi de spécialistes du folklore dans ces médias, d'encourager les régions, les municipalités, les associations, etc. à créer des emplois pour les spécialistes du folklore et de faciliter les rencontres et les échanges entre les personnes, les groupes et les institutions s'occupant de folklore, tant au niveau national qu'international. Enfin, les Etats membres sont également invités à « encourager la communauté scientifique internationale à se doter d'une éthique appropriée à l'approche et au respect des cultures traditionnelles »<sup>181</sup>. Cette mesure pourrait être utile pour la protection des savoirs traditionnels, mais aucune mention n'est faite des intérêts commerciaux.

*Section F – « Protection de la culture traditionnelle et populaire »* : cette section traite du folklore en tant qu'il constitue « des manifestations de la créativité intellectuelle », individuelles ou collectives, et concerne des aspects « propriété intellectuelle » de la protection du folklore ainsi que d'autres catégories de droits déjà protégées. Elle fait valoir que cette protection « se révèle indispensable en tant que moyen permettant de développer, perpétuer et diffuser davantage ce patrimoine »<sup>182</sup>. Elle appelle l'attention sur les travaux de l'UNESCO et de l'OMPI dans le domaine de la propriété intellectuelle, faisant ainsi clairement allusion aux Dispositions types de 1982<sup>183</sup>, comme l'indique aussi l'emploi du terme « expressions » à propos du folklore. Les limitations de l'approche « propriété intellectuelle » pour la protection du patrimoine immatériel sont prises en compte puisque le texte reconnaît « que ces travaux ne touchent qu'à un aspect de la protection de la culture traditionnelle et populaire et que l'adoption de mesures distinctes dans différents domaines s'impose d'urgence »<sup>184</sup>. Il s'agit toutefois d'une approche qui a eu les faveurs de nombreux Etats désireux de garantir une rémunération aux expressions matérielles de leur patrimoine culturel traditionnel. Quant aux autres catégories de droits intéressant le folklore qui sont déjà protégés et devraient continuer à l'être, la protection de l'informateur en tant que porteur de la tradition (protection de la vie privée et de la confidentialité) constitue un principe important pour la protection d'une grande partie des savoirs traditionnels<sup>185</sup>.

*Section G – « Coopération internationale »* : cette section vise à intensifier la coopération et les échanges culturels<sup>186</sup> pour la réalisation de programmes de développement et de revitalisation du folklore. Elle vise aussi à faciliter les recherches de spécialistes ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre. C'est une disposition intéressante parce qu'elle tient compte du fait que le patrimoine immatériel est souvent commun à deux ou plusieurs pays d'une région, situation que certains Etats considèrent comme un obstacle à l'élaboration d'un instrument

---

<sup>180</sup> Section E (a), (b), (c) et (f).

<sup>181</sup> Section E (g).

<sup>182</sup> Section F, « Protection de la culture traditionnelle et populaire », paragraphe introductif.

<sup>183</sup> Mentionnées à la note 47.

<sup>184</sup> Section F (a). Les questions relatives au recours aux règles de la propriété intellectuelle pour la protection du patrimoine immatériel sont traitées en détail à la section 3.

<sup>185</sup> Section D (b) (i). Les autres droits mentionnés ici consistent : à protéger les intérêts des collecteurs en veillant à ce que les matériaux recueillis soient conservés convenablement, à protéger les matériaux recueillis contre un emploi abusif intentionnel ou non et à reconnaître que le rôle des archives est de surveiller l'utilisation de ces matériaux.

<sup>186</sup> En particulier par « la mise en commun de ressources humaines et matérielles » (paragraphe introductif).

international pour la protection de ce patrimoine. Les Etats membres sont invités à coopérer étroitement pour faire en sorte que, sur le plan international, toutes les parties intéressées bénéficient des droits pécuniaires, moraux et voisins que prévoient les règles de la propriété intellectuelle<sup>187</sup>. Cette disposition est destinée à faire en sorte que toute protection juridique existante (ou susceptible d'être élaborée ultérieurement) dans ce domaine sera accordée aussi pleinement que possible aux créateurs, interprètes et chercheurs du folklore. C'est une disposition utile dans la mesure où ces droits peuvent protéger le folklore, mais elle est limitée par la faiblesse des moyens d'action que comportent ces droits et, d'autre part, elle est neutre pour ce qui est de savoir auxquelles des parties intéressées elle devrait bénéficier. C'est ainsi que les étrangers au folklore qui exploitent commercialement celui-ci devraient être les bénéficiaires des règles sur la propriété intellectuelle tout autant que les membres des communautés qui créent et maintiennent ce folklore. Les Etats membres sont également invités à s'abstenir de tout acte qui pourrait détériorer ou déprécier les matériaux du folklore ou en empêcher la diffusion, et à prendre toutes les mesures nécessaires pour sauvegarder le folklore sur leur territoire ou sur le territoire d'autres Etats<sup>188</sup>. Il s'agit là du type d'obligations générales auxquelles on peut s'attendre à voir soumis les Etats et ces obligations sont un élément important de la protection internationale.

### 3.3 Observations générales sur la Recommandation de 1989

La Recommandation de 1989 a représenté une étape importante dans la protection internationale du patrimoine culturel puisqu'elle a été la première tentative faite pour sauvegarder le patrimoine culturel immatériel – « culture traditionnelle et folklore » – au moyen d'un instrument international. A ce titre, elle a eu l'énorme intérêt d'appeler l'attention des Etats sur l'importance de ce secteur jusqu'alors négligé de leur patrimoine et elle a fait sensiblement avancer le débat sur la protection internationale de celui-ci. Elle fournit une base à partir de laquelle il est possible d'envisager la question de l'élaboration d'une convention internationale pour la protection dudit patrimoine. Elle présente cependant certains défauts qu'il faudra prendre en considération quand on envisagera la préparation d'un autre instrument à l'avenir.

L'une des principales critiques à adresser à la Recommandation est qu'elle fait la part trop belle à une conception de la « sauvegarde » destinée à répondre avant tout aux besoins des chercheurs scientifiques et des pouvoirs publics. Le texte insiste par trop sur le rôle de ces « étrangers » dans l'identification, la diffusion et la conservation du folklore. Cela n'est pas en harmonie avec les appels que des groupes autochtones ont lancé à une date plus récente pour voir renforcé leur rôle dans ces activités grâce à un développement de leur potentiel et à d'autres mesures<sup>189</sup>. Il faudra tenir compte des initiatives de ce genre dans tout instrument futur élaboré en vue de protéger le patrimoine immatériel. Le texte de la Recommandation

---

<sup>187</sup> La section G (c) est ainsi conçue : « [Les Etats membres devraient] coopérer étroitement en vue d'assurer sur le plan international aux différents ayants droit (communauté ou personnes physiques ou morales) la jouissance des droits pécuniaires, moraux, ou dits voisins découlant de la recherche, de la création, de la composition, de l'interprétation, de l'enregistrement et/ou de la diffusion de la culture traditionnelle et populaire ».

<sup>188</sup> Section G (e) et (f).

<sup>189</sup> C'est ainsi que la *Déclaration de Suva* faite par les participants à la *Consultation du PNUD sur les savoirs et les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones du Pacifique-Sud*, Suva, avril 1995, préconise un renforcement des capacités des peuples autochtones à maintenir leurs traditions orales et encourage les initiatives des peuples autochtones pour enregistrer leurs savoirs sous une forme permanente en accord avec leurs pratiques coutumières.

rend occasionnellement hommage au « groupe » auquel et au bénéficiaire duquel incombe la sauvegarde du folklore<sup>190</sup> et aux « porteurs de traditions » de ce folklore<sup>191</sup>. Cependant, dans de nombreux cas, la promesse que comportent ces références n'est pas suivie d'effets dans le texte relatif aux mesures spécifiques que devraient prendre les Etats membres, et le texte semble laisser entendre que les communautés d'origine n'ont pas d'intérêt significatif dans le folklore qu'elles créent et maintiennent. En ce qui concerne une question voisine, il y a lieu de noter que certains groupes d'intérêt importants, comme les femmes et les peuples autochtones<sup>192</sup>, sont absents de la Recommandation, alors qu'ils ont un rôle important à jouer dans la perpétuation de la pratique de la culture traditionnelle et dans le contexte social où cette pratique s'opère. Cela souligne à quel point il sera important de faire participer des chefs de file et des détenteurs de la culture traditionnelle et populaire, notamment des représentants autochtones, aux discussions relatives à tout instrument nouveau qui pourrait être élaboré à ce sujet.

Une autre critique qu'on peut formuler sur le texte est que celui-ci ne traite pas de la question de la capacité des porteurs de la tradition à autoriser des usages particuliers de leur patrimoine. Or c'est là une question centrale pour le contrôle de ces usages et la Recommandation est muette à ce sujet. Il s'agit là toutefois d'une question extrêmement complexe puisque les modalités d'autorisation seraient différentes d'une communauté culturelle à l'autre et que certaines communautés pourraient même refuser de révéler quelle est l'autorité habilitée à donner une autorisation. En outre, le texte ne comporte pas de disposition exigeant explicitement que les porteurs de la tradition donnent en connaissance de cause un assentiment à l'utilisation et à l'exploitation de leurs savoirs ; on trouve seulement une invitation adressée à la communauté scientifique pour que celle-ci adopte un code de déontologie. La position de la Recommandation sur la question du caractère secret du folklore pose également problème puisque le texte suppose clairement que tout le folklore peut et doit être largement diffusé<sup>193</sup> pour qu'on prenne mieux conscience de sa valeur. Cela peut certainement être une façon utile d'envisager la protection, mais il faut aussi reconnaître que certains aspects du folklore sont, par leur nature, confidentiels et que leur caractère secret doit être sauvegardé. L'invitation à la protection de la vie privée et de la confidentialité des informateurs<sup>194</sup> devrait être étendue pour garantir le caractère secret du folklore qui est traditionnellement confidentiel pour des raisons spirituelles ou culturelles. La Recommandation comporte une autre lacune, à savoir qu'elle fait une place limitée aux savoirs traditionnels, aspect des cultures traditionnelles qui joue souvent un rôle très important dans leurs valeurs, leurs savoir-faire et leur créativité. Les formes culturelles contemporaines et urbaines qui se fondent sur la culture traditionnelle sont également ignorées par la Recommandation.

Une observation enfin concerne le processus de négociation de la Recommandation, processus qui n'a rien perdu de son intérêt au moment où l'on se pose la question de l'opportunité d'élaborer un nouvel instrument pour cet aspect de la protection du patrimoine culturel ; il s'agit de la division du travail qui s'est instaurée entre l'UNESCO et l'OMPI pour la protection du folklore. L'UNESCO s'est occupée de la question générale de la protection du folklore, alors que l'OMPI<sup>195</sup> s'est penchée sur les aspects de la protection des expressions du folklore relevant de la propriété intellectuelle selon deux approches théoriques. Certains ont

---

<sup>190</sup> Le « groupe (familial, professionnel, national, régional, religieux, ethnique, etc.) » [section B sur l'« Identification de la culture traditionnelle et populaire », paragraphe introductif].

<sup>191</sup> Section C sur la « Conservation de la culture traditionnelle et populaire », paragraphe introductif.

<sup>192</sup> Parmi les autres groupes d'intérêt dont il faut tenir compte figurent les producteurs locaux, des ONG et des organismes du secteur privé relevant des industries culturelles.

<sup>193</sup> Les sections B(c) (i) et C(g) en sont des exemples.

<sup>194</sup> Section F (b) (i).

<sup>195</sup> En coopération avec la Division du droit d'auteur de l'UNESCO.

soutenu que la faiblesse de la Recommandation tient aux tentatives qui ont été faites pour concilier ces deux approches apparemment incompatibles et il est important que l'UNESCO adopte une attitude claire à propos de ce débat avant d'entamer des travaux pour l'élaboration d'un nouvel instrument. Il faudra trouver un moyen de rendre ces approches mutuellement compatibles et de déterminer la ligne qui devrait les séparer. Les travaux menés, conjointement et séparément, par l'UNESCO et l'OMPI sur les aspects « propriété intellectuelle » de la protection internationale des savoirs traditionnels et du folklore (voir plus loin) ont fait avancer considérablement le débat et font qu'il est beaucoup plus facile à présent de se prononcer à ce sujet. La question sera reprise dans la suite du présent rapport.

### 3.4 L'application de la Recommandation de 1989 par les Etats membres

La Recommandation souffre de deux autres défauts fondamentaux qui ont fait obstacle à son application et à sa mise en œuvre par les Etats membres et, par conséquent, à son efficacité. Elle ne donne aucun mandat spécifique à l'UNESCO si bien que le rôle de l'UNESCO en ce qui concerne la Recommandation se limite à divers programmes au service des objectifs principaux du texte<sup>196</sup> et à un encouragement et un soutien aux Etats membres pour l'application de ses principes. Dans son rapport préparé pour l'UNESCO, Gruzinski<sup>197</sup> attire l'attention sur le fait qu'il est difficile de définir un type de programme qui puisse répondre à la fois aux besoins des Etats membres et à ceux de l'UNESCO, tout en garantissant une cohérence dans l'approche. C'est ainsi que le texte ne prévoit aucune autorité ou organe spécialisé pour contrôler la mise en œuvre des mesures que comporte la Recommandation et qu'il y a dans ce domaine un manque général de mécanismes internationaux contrairement à ce qui se passe pour d'autres aspects du patrimoine culturel. De plus, les obligations faites aux Etats membres ne sont pas accompagnées de directives sur la manière dont elles doivent être mises en œuvre si ce n'est une référence à des mesures législatives et administratives. Cela soulève la question de savoir s'il n'aurait pas été utile aux Etats de disposer, sous une forme ou une autre, d'une législation type ou d'une énumération plus détaillée de mesures à prendre sur le modèle de la Recommandation de 1972<sup>198</sup>.

En 1989, la Recommandation avait été adoptée sans vote contre ni abstention, mais, au cours du processus de consultation qui avait précédé l'adoption, les opinions suivantes avaient été émises. L'Allemagne s'était opposée à des mesures qui auraient créé un droit d'auteur perpétuel, à toute assimilation de la protection du folklore à un droit d'auteur et à la définition donnée du « folklore ». La Suède avait suggéré la suppression complète de la section F relative à la « Protection » en faisant valoir que tout Etat désireux d'accorder au folklore une protection basée sur la propriété intellectuelle pouvait le faire en application de l'article 15(4) de la Convention de Berne (Acte de Paris, 1971)<sup>199</sup>. En 1991, les Etats membres ont été invités à rendre compte des activités entreprises pour donner suite à la Recommandation et, lorsque la Conférence générale s'est réunie en 1991, deux Etats seulement, le Japon et la Tchad, avaient répondu, après quoi quatre autres Etats ont fait parvenir tardivement leurs

---

<sup>196</sup> Comme le programme du Livre rouge des langues en péril et le soutien accordé à des festivals et des ateliers intéressants divers aspects de la culture traditionnelle.

<sup>197</sup> Gruzinski, S., dans *Protection of the Intangible Cultural Heritage and New Prospects* [Doc. CLT/ACL/IH, 2 avril 1993, p. 19], observe : « Il semble qu'il n'y ait aucune possibilité d'identifier un secteur spécifique qui pourrait répondre tout à la fois aux intérêts particuliers des Etats membres, aux objectifs généraux de l'Organisation, au désir d'établir des comparaisons et à la nécessité de garantir la cohérence de l'action pertinente. ».

<sup>198</sup> Cette question sera discutée plus loin à la section 6.

<sup>199</sup> Doc. CC/MD/8, cité dans Denhez, M. *Pre-evaluation on the Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, p. 24.

rapports<sup>200</sup>. Le nombre limité et la teneur peu satisfaisante de ces rapports soulèvent des questions importantes quant à l'efficacité de la Recommandation en tant qu'instrument.

Une réunion d'experts tenue en 1993<sup>201</sup> a fait le point des résultats obtenus depuis 1972 pour la sauvegarde du patrimoine immatériel et a défini de nouvelles stratégies pour le programme de l'UNESCO relatif à ce patrimoine. A cette réunion ont été faites diverses observations présentant de l'intérêt pour la Recommandation. Il conviendrait de se pencher sur une nouvelle culture (fréquemment urbaine) d'« hybridation » qui fait son apparition dans les pays en voie d'industrialisation rapide et qui plonge ses racines dans la culture traditionnelle. La revitalisation du patrimoine immatériel que ses détenteurs choisissent pour le transmettre aux générations futures a été considérée comme hautement prioritaire, et la nécessité a été reconnue de tenir le plus grand compte des vues des défenseurs de ce patrimoine dans l'élaboration des politiques. Il conviendrait de prendre dûment en considération le caractère continuellement évolutif de ce patrimoine dont les mesures de préservation devraient éviter la « fossilisation ». Les experts ont également noté combien il était important de sensibiliser l'opinion à ce patrimoine et d'en assurer l'enregistrement pour en faciliter la préservation. Gruzinski<sup>202</sup> a estimé d'autre part qu'il était nécessaire de concentrer le soutien matériel au profit des représentants et des producteurs des traditions culturelles locales et de préserver la vitalité et la créativité du patrimoine immatériel. Il convient de se préoccuper des moyens de transmission de ce patrimoine (par voie orale, par des collectivités ou des individus, par les femmes ou par les anciens, etc.) et d'accroître le rôle des porteurs de la tradition.

En 1994, un questionnaire sur l'application de la Recommandation de 1989 a été adressé aux Etats membres ; 103 de ceux-ci ont fait parvenir des réponses<sup>203</sup>. Ces réponses ont fourni des renseignements utiles sur l'application de la Recommandation et la mise en œuvre de ses mesures dans les Etats membres. Dans 43 % seulement des Etats ayant répondu le texte de la Recommandation avait été traduit dans la langue officielle et 13 % seulement des Etats ont soumis des rapports à l'UNESCO. Les priorités indiquées par les Etats ayant répondu pour la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire portaient sur la sauvegarde (49 %), la diffusion (49 %), la revitalisation (34 %) et la protection (32 %). Trente pour cent seulement des Etats ont estimé que leur infrastructure répondait aux besoins du pays pour la conservation de ce patrimoine ; moins encore (22 %) avaient harmonisé leurs méthodes de collecte et 18 % seulement jugeaient satisfaisante la formation dispensée (aux collecteurs professionnels, archivistes, documentalistes, etc.)<sup>204</sup>. En ce qui concerne la législation, 50 % des Etats avaient des lois relatives aux aspects « propriété intellectuelle » de la protection du folklore, 35 % ressentaient le besoin d'avoir une législation nationale pour renforcer la protection juridique et 3 % seulement jugeaient nécessaire une convention internationale à cet effet.

En raison des changements socio-économiques et géopolitiques survenus depuis l'adoption de la Recommandation en 1989, la préservation du patrimoine immatériel a pris une importance nouvelle pour les Etats<sup>205</sup>. C'est dans ce contexte que huit séminaires régionaux ont été organisés entre 1995 et 1999 pour procéder à une évaluation systématique

---

<sup>200</sup> Allemagne, Liban, Italie et Suisse.

<sup>201</sup> *Consultation internationale sur de nouvelles perspectives pour le programme de l'UNESCO relatif au patrimoine culturel immatériel* (1993), Rapport final.

<sup>202</sup> *Op. cit.* (note 197), p. 23.

<sup>203</sup> Les résultats de ce questionnaire sont présentés dans Kurin, R. *The UNESCO Questionnaire on the application of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore: Preliminary Results* [Doc. UNESCO-SI Conf.99/INF.14].

<sup>204</sup> Vingt pour cent avaient un système de formation de collecteurs et archivistes bénévoles.

<sup>205</sup> Le séminaire de Tokyo a reconnu « la nécessité de renforcer la mise en œuvre de la Recommandation dans les Etats membres de l'UNESCO dans le contexte de la mondialisation culturelle ».

de l'application de la Recommandation de 1989<sup>206</sup>. En raison de leur histoire récente, les Etats d'Europe centrale et du Caucase ont souligné l'importance du patrimoine culturel traditionnel pour la création de l'identité culturelle et de l'édification de la nation. En ce qui concerne l'application de la Recommandation, les Etats d'Europe occidentale semblent avoir en général adopté la définition que la Recommandation de 1989 donne de la « culture traditionnelle et populaire » et le folklore est largement et activement diffusé<sup>207</sup> avec une participation très importante du secteur privé. Cependant, rares étaient en 1998 les pays de la région qui avaient soumis un rapport à l'UNESCO. Sur la base des réponses de 27 Etats africains, moins de 50 % d'entre eux avaient connaissance de la Recommandation et 39 % seulement l'avaient publiée, cependant que 10 Etats seulement tenaient compte dans leur politique nationale des questions relatives à la culture traditionnelle et au folklore. Le groupe des Etats d'Asie a exprimé l'opinion que les Etats membres devraient utiliser la Recommandation comme un document de référence pour définir une politique de préservation, de protection et de promotion de leur patrimoine.

Beaucoup d'Etats se sont déclarés très préoccupés de l'érosion du patrimoine culturel traditionnel et oral et de la perte des valeurs sociales qui lui sont associées, estimant qu'il était nécessaire de concilier la modernisation avec la perpétuation de ce patrimoine. Ils ont souligné aussi l'importance du patrimoine culturel traditionnel pour la création d'une identité et pour la sauvegarde de la diversité culturelle face à l'influence de la mondialisation. Les difficultés de financement et d'infrastructure ont été mentionnées par plusieurs séminaires comme des obstacles à l'application pleine et entière de la Recommandation. Parmi les problèmes dont ils ont fait état, il convient de mentionner : un manque de documents sur la politique à suivre, un manque de personnel dûment formé et de directives pour l'indexation, l'insuffisance du soutien moral et social accordé aux communautés intéressées, l'insuffisance de la participation du secteur privé, le manque d'une typologie et d'un système de classification supranationale coordonné, l'absence d'archives nationales centralisées pour les matériaux recueillis, le manque de financement<sup>208</sup>, d'équipement et de personnel formé et la séparation entre les industries traditionnelles et le tourisme<sup>209</sup>.

Les informations suivantes relatives aux législations nationales pour la sauvegarde du patrimoine immatériel ont été fournies à différents séminaires régionaux. Dans tous les Etats d'Europe centrale et orientale, la protection de ce patrimoine est assurée par un recours au droit d'auteur et aux droits voisins ainsi qu'aux droits des chercheurs et des interprètes exécutants garantis par les traités sur la propriété intellectuelle. Il n'y a pas de législation spécifique pour le folklore et ses artistes bien qu'il existe une protection légale pour les documents et matériaux relatifs au folklore. Dans certains Etats de la région africaine, on trouve parallèlement deux systèmes juridiques, l'un basé sur les règles coutumières traditionnelles et l'autre sur un système contemporain d'institutions politiques, juridiques et sociales. Le séminaire pour la région africaine a d'autre part préconisé une incorporation des éléments ci-après dans les législations nationales : protection de l'informateur en tant que praticien de la tradition (respect de la vie privée, confidentialité, etc.), protection des intérêts des collecteurs et dispositions destinées à assurer une bonne conservation des matériaux

---

<sup>206</sup> En Europe centrale et orientale (1995), en Amérique latine et dans les Caraïbes (1999), en Asie (1998), en Europe occidentale (1998), en Asie centrale et dans le Caucase (1998), en Afrique (1999), dans le Pacifique (1999) et dans les Etats arabes (1999).

<sup>207</sup> « La préservation, la diffusion et l'utilisation active de la culture traditionnelle sont fort bien garanties en Europe occidentale » (Rapport du séminaire pour l'Europe occidentale).

<sup>208</sup> Dans la République kirghize, par exemple, la culture ne représente que 1,3 % du budget annuel de l'Etat et il n'existe pas de système de soutien au secteur caritatif ou privé.

<sup>209</sup> Question soulevée par les Etats arabes.

collectés et protection des technologies traditionnelles et de leurs créateurs<sup>210</sup>. La législation adoptée dans les Etats arabes se base avant tout sur les approches basées sur la propriété intellectuelle<sup>211</sup> et tend à négliger la situation des collecteurs comme des informateurs, encore qu'on observe un désir croissant de voir protéger le folklore et adopter une législation nouvelle à cet effet<sup>212</sup>. Les participants ont estimé qu'il était important de parvenir à un équilibre entre l'exploitation économique du folklore et sa sauvegarde, étant donné que les artisanats peuvent être une source de développement local et rural. Les Etats de la région du Pacifique ont préconisé l'instauration à l'échelon national de lois sur le droit d'auteur qui prévoient des procédures pour la protection du patrimoine culturel traditionnel contre une appropriation abusive là où ces procédures n'existent pas, l'élaboration de systèmes *sui generis* juridiques et non juridiques pour la protection des aspects que les règles de la propriété intellectuelle ne peuvent couvrir et pour qu'on fasse dans les politiques culturelles une juste place aux propriétaires coutumiers de ce patrimoine<sup>213</sup>. Au séminaire pour les Etats d'Asie centrale et du Caucase, les participants ont estimé qu'ils avaient besoin de conseils techniques et juridiques pour élaborer une législation, et les Etats ont invité l'UNESCO et l'OMPI à organiser des ateliers sur des sujets tels que les Dispositions types de 1982.

A ces séminaires régionaux, plusieurs propositions générales ont été émises au sujet des attitudes qu'il conviendrait d'adopter pour la sauvegarde de la culture et du folklore traditionnels. Il s'agissait notamment de :

- rendre compatibles les bases de données, coordonner les systèmes de classification et créer une terminologie pour décrire la culture et le folklore traditionnels ;
- encourager les activités visant à transmettre aux jeunes la culture et le folklore traditionnels vivants et à introduire des programmes éducatifs, comme l'enseignement bilingue et biculturel, dans les communautés autochtones et ethniques ;
- faire prendre conscience des savoirs et compétences traditionnels et de leur valeur pour la société ;
- reconnaître le rôle essentiel des porteurs de la tradition dans leur communauté et le caractère constamment évolutif de ce patrimoine ;
- fournir un soutien moral et économique et des incitations sociales aux individus et aux institutions qui cultivent ou détiennent des éléments de la culture et du folklore traditionnels ;
- garantir aux communautés culturelles un accès à leur culture et à leur folklore traditionnels et traiter les membres de ces communautés comme les propriétaires des savoirs acquis et non pas simplement comme des informateurs ;

---

<sup>210</sup> Le séminaire africain a également recommandé dans son rapport que les Etats « inscrivent dans leurs législations respectives [sic] des mesures pour la prévention ou la limitation des effets de la mondialisation sur la culture et le folklore traditionnels afin de permettre aux communautés qui sont les gardiennes du patrimoine immatériel de bénéficier des mesures ainsi instaurées ».

<sup>211</sup> Six Etats protègent les aspects « propriété intellectuelle » du folklore ; les artistes du folklore bénéficient d'un soutien de l'Etat dans huit pays (du secteur privé au Koweït seulement) et, dans sept Etats, la législation ne protège pas le collecteur ou l'informateur.

<sup>212</sup> Il existe dans ce groupe un intérêt particulier pour la protection des artisanats et métiers traditionnels.

<sup>213</sup> Selon le rapport du séminaire pour la région du Pacifique, les Etats membres devraient faire en sorte « dans une législation et des politiques pertinentes, que les propriétaires coutumiers soient les participants principaux dans le processus de documentation et de diffusion de leurs savoirs, qu'ils puissent exercer un contrôle et avoir une part des profits, qu'ils soient dûment reconnus et qu'ils puissent hériter des savoirs traditionnels et les utiliser ».

- rétablir les institutions traditionnelles dans leur rôle de dépositaires des savoirs pour assurer la transmission de ceux-ci aux générations futures ;
- reconnaître que les savoirs traditionnels jouent un rôle important dans la gestion des ressources naturelles et que leur exploitation commerciale reste une forme de pillage ;
- prendre note de l'importance qui s'attache à l'intégration de facteurs culturels dans les stratégies de développement en tenant compte du plan d'action adopté à Stockholm en 1998 ;
- faire en sorte que l'UNESCO favorise une prise de conscience accrue des systèmes coutumiers de propriété, de gestion et de transmission du patrimoine autochtone au moyen de séminaires, de recherches, etc.

Des opinions et des suggestions variées ont été avancées en ce qui concerne l'avenir de la protection internationale du folklore. Deux séminaires<sup>214</sup> ont proposé qu'un code de déontologie soit élaboré sous la forme d'une protocole additionnel à la Recommandation de 1989 afin de définir les principes à suivre pour le respect de la culture et du folklore traditionnels de toutes les nations et de tous les groupes ethniques. Le vœu a également été émis que la Recommandation soit plus largement diffusée et que l'UNESCO fournisse une assistance aux Etats à cet effet. Il a été pris note de l'importance que présente l'application des mesures de protection formulées dans la Recommandation, par exemple inventaires, enquêtes et autres études de la culture et du folklore traditionnels, avant l'élaboration d'une loi nouvelle<sup>215</sup>. Le séminaire régional pour l'Asie a recommandé à l'UNESCO d'organiser une réunion d'« experts sur les aspects juridiques du patrimoine culturel immatériel »<sup>216</sup> en vue de donner une base juridique à la protection de ce patrimoine. Le séminaire pour la région d'Amérique latine et des Caraïbes a recommandé aussi que l'UNESCO organise une réunion d'experts ayant le même objectif ainsi que l'objectif supplémentaire consistant à « examiner la possibilité d'enregistrer la propriété collective ». Le séminaire régional pour le Pacifique a préconisé une enquête sur l'opportunité d'un instrument juridique international qui « intensifierait la sauvegarde de la culture et du folklore traditionnels et les possibilités de les documenter et de les étudier »<sup>217</sup>. Plus généralement, les Etats de la région du Pacifique ont précisé aussi leur position quant au type de protection qui convient le mieux à ce patrimoine, à savoir un mélange de mécanismes juridiques, de mécanismes non juridiques et d'une « combinaison de divers droits et processus », étant donné la complexité des lois coutumières relatives à ce patrimoine<sup>218</sup>.

Aboutissement de ces séminaires régionaux, une conférence a été organisée à Washington conjointement par l'UNESCO et la Smithsonian Institution sous le titre *Evaluation mondiale de la Recommandation de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire : pleine participation et coopération internationale*. Elle a examiné des propositions sur les mesures à prendre pour l'avenir. L'étude des changements sociaux, culturels et géopolitiques susmentionnés ainsi qu'une meilleure compréhension des questions

<sup>214</sup> Asie centrale et Caucase ainsi qu'Europe centrale et orientale.

<sup>215</sup> Séminaire régional pour l'Afrique. Le *Forum de Phuket* (op. cit., note 137) a confirmé lui aussi qu'il était nécessaire que les Etats membres organisent leur propre système d'identification, de préservation et de protection juridique de la culture et du folklore traditionnels comme base pour l'élaboration d'une protection juridique internationale future.

<sup>216</sup> Rapport du séminaire pour la région d'Asie.

<sup>217</sup> Rapport du séminaire pour la région du Pacifique.

<sup>218</sup> Rapport du séminaire pour la région du Pacifique, article 29 : « En raison du caractère complexe des lois coutumières régissant la propriété, l'accès et la transmission du patrimoine culturel, les mécanismes de protection les plus appropriés et complets devraient être une combinaison de divers types de droits et processus ... ».

grâce à l'expérience de dix années acquise dans l'application de la Recommandation de 1989 ont permis de voir plus clairement certaines limitations inhérentes à ce texte. Sur la base de ces délibérations, la conférence a formulé un *Plan d'action* dont le point 12 comporte des recommandations invitant les gouvernements des Etats à envisager la soumission éventuelle à la Conférence générale de l'UNESCO d'un projet de résolution demandant à l'UNESCO d'entreprendre une étude sur la possibilité d'adopter un nouvel instrument normatif sur la sauvegarde de la culture et du folklore traditionnels ». Le projet de résolution (30 C/DR.84) présenté par la République tchèque, la Lituanie et la Bolivie (et appuyé par la Bulgarie, la Côte d'Ivoire, la Slovaquie et l'Ukraine) à la 30<sup>e</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO et adopté en novembre 1999 demanda qu'une étude préliminaire soit faite sur la question de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

En mars 2000, un questionnaire a été adressé aux commissions nationales pour l'UNESCO leur demandant des informations relatives à l'application de la Recommandation dans leurs pays. Les réponses à ce questionnaire ont été analysées sous la forme d'un tableau (figurant en annexe à la présente étude). Les renseignements qui suivent concernant l'attitude adoptée dans différents Etats membres en matière de législation et de politique générale pour la sauvegarde du patrimoine immatériel proviennent des réponses reçues jusqu'à présent. Plusieurs Etats emploient pour le patrimoine culturel immatériel<sup>219</sup> la définition du « folklore » [« culture populaire » dans le texte français] donnée dans la Recommandation de 1989 alors que d'autres ont établi leur propre définition<sup>220</sup>. La diversité des approches sur ce qui constitue le patrimoine culturel immatériel est mise en lumière par les définitions qu'ont données le Koweït<sup>221</sup> et la Croatie<sup>222</sup>. La majorité des Etats dont la législation protège des aspects du patrimoine immatériel réalisent cette protection dans le cadre du droit d'auteur et d'autres lois relatives à la propriété intellectuelle alors que d'autres recourent à un mélange de protection du type propriété intellectuelle et de lois sur le patrimoine culturel et d'autres

---

<sup>219</sup> Notamment la Finlande, la Guinée, Israël, le Laos et le Zimbabwe. Dans son projet de loi sur le folklore et les études folkloriques, la Bulgarie adopte la définition figurant à l'article 1 de la Recommandation de 1989. La Finlande ajoute qu'il est important de faire une distinction entre le folklore sous sa forme orale et traditionnelle qui fournit les « créations partagées d'une communauté culturelle basées sur la tradition » et le folklore appliqué (par exemple fêtes, chants populaires et spectacles de danse, etc.) qui ne peut pas être considéré comme du folklore proprement dit.

<sup>220</sup> Par exemple, la loi n° 318 de la République dominicaine (14 juin 1968) sur le patrimoine culturel national définit dans son article 5 le « patrimonio folclórico » en termes purement matériels alors que la loi n° 41-00 de juin 2000 couvre « todos los bienes, valores y simbolos culturales tangibles e intangibles » ; la loi sur la protection des biens culturels de la République de Corée (amendée le 1er juillet 1999) fait état dans son article 2 d'expressions culturelles immatérielles (danse, théâtre, artisanat, etc.) ; la loi croate sur la protection et la conservation des biens culturels (*Bulletin officiel* n° 69/1999) couvre les biens culturels immatériels ainsi que meubles et immeubles et les définit dans son article 9 (voir note 107).

<sup>221</sup> « Le patrimoine culturel immatériel est le patrimoine oral, le folklore et la culture spirituelle de la nation comprenant les proverbes, les habitudes, les traditions, les croyances, les actes et les qualités individuelles et collectives qui distinguent une société d'une autre. Ce patrimoine culturel comprend également la famille, les coutumes matrimoniales, les arts, les lettres, les chants, l'habitat et les voyages, le mariage et la parturition, la mort, la nourriture, les boissons, les médicaments et la médecine, l'art narratif typique du Koweït, l'artisanat et les activités des Koweïtiens dans le passé ».

<sup>222</sup> L'article 9 de la loi mentionnée à la note 220 est ainsi conçu : « Les biens culturels immatériels peuvent englober différents phénomènes et formes de créativité intellectuelle transmis par la tradition ou selon d'autres modalités, et en particulier :

- langue, dialectes, langages et toponymes et littérature traditionnelle de tous les genres,
- œuvres de création populaire dans les domaines de la musique, de la danse, de la tradition, des jeux, des rites, des coutumes ainsi que d'autres valeurs traditionnelles populaires,
- compétences et artisanat traditionnels. » .

sujets<sup>223</sup>. Le Laos et le Zimbabwe ont relevé tous deux la forte influence du droit coutumier sur leurs systèmes législatifs respectifs. En Finlande, les droits des informateurs et des donateurs sont protégés par la législation sur les données personnelles en vertu de laquelle l'information donnée ne peut être utilisée sans l'autorisation de l'informateur. L'Espagne souligne que sa législation n'autorise aucune confusion conceptuelle entre les termes de « communautés traditionnelles » et de « minorités culturelles »<sup>224</sup>. Etant donné que l'octroi de protections spéciales à des minorités culturelles est une question extrêmement délicate dans certains Etats, c'est là un aspect qu'il convient de garder toujours présent à l'esprit.

Des informations détaillées ont également été reçues sur de nouvelles lois déjà adoptées ou en voie d'élaboration pour la protection du patrimoine culturel immatériel ou de certains de ses aspects. En 1999, la Lituanie a adopté une nouvelle loi pour la protection de la « culture ethnique » définie comme l'ensemble des « biens culturels créés par la nation tout entière (ethnos), transmis de génération en génération et constamment renouvelés »<sup>225</sup>. Cette loi protège également la transmission, la création et le renouveau de la culture léguée, les valeurs culturelles ethniques et les personnes qui créent ces valeurs, et elle charge l'Etat d'une obligation de les protéger<sup>226</sup>. En l'an 2000, le Brésil a promulgué un décret<sup>227</sup> concernant l'enregistrement des biens culturels immatériels ; ce texte prévoit la création de divers types de registres pour le patrimoine immatériel, dans des domaines tels que les savoirs et savoir-faire, les fêtes et rituels et les formes d'expression (littéraire, musicale, plastique, etc.). Le décret institue également un programme national du patrimoine immatériel destiné à mettre en œuvre une politique spécifique d'inventaire et de mise en valeur de ce patrimoine. En 1999, la Croatie a adopté une nouvelle loi sur la protection et la conservation des biens culturels<sup>228</sup> qui couvre trois aspects du patrimoine culturel, à savoir les biens culturels immeubles, les biens culturels meubles et les biens culturels immatériels, lesquels comprennent « les formes et phénomènes immatériels de la créativité intellectuelle humaine du passé ainsi que le patrimoine documentaire et bibliographique ». Quant à la Bulgarie, elle a préparé un projet de

---

<sup>223</sup> L'Espagne protège la « culture traditionnelle et populaire en application de la loi de 1985 sur le patrimoine historique et de la loi sur le droit d'auteur ; la République tchèque protège le patrimoine culturel immatériel en application de lois relatives au patrimoine culturel, aux archives, aux exportations et à la propriété intellectuelle ; la Finlande protège le patrimoine culturel immatériel en application de lois relatives au droit d'auteur, aux archives et aux droits voisins ; la Lituanie fournit une protection à la fois en application de sa loi sur le droit d'auteur et de la loi sur les principes de la protection de la culture ethnique par l'Etat (21 septembre 1999, n° VIII-1328) ; la Macédoine protège actuellement les adaptations d'œuvres procédant de la créativité populaire en application de sa loi sur le droit d'auteur et élabore à présent une loi nouvelle sur le patrimoine culturel qui doit couvrir à la fois le patrimoine spirituel et le patrimoine matériel ».

<sup>224</sup> Les minorités culturelles en tant que telles ne bénéficient pas d'une protection spéciale dans la législation espagnole, exception faite de la protection découlant de la législation contre la discrimination, alors que les communautés culturelles traditionnelles sont protégées en ce qui concerne les moyens de favoriser et promouvoir leurs activités.

<sup>225</sup> Article 2 de la loi sur les principes de protection de la culture ethnique, n° VIII-1328 (21 septembre 1999).

<sup>226</sup> L'Etat est notamment tenu de garantir la préservation de ce patrimoine et la continuité de la tradition vivante, de créer des institutions pour coordonner sa protection, de favoriser les langages ethniques, de créer des conditions favorables à l'amélioration des compétences des porteurs de la tradition, d'assurer la protection de leurs droits et de réduire l'influence nocive de la culture de masse.

<sup>227</sup> Decreto n° 3.551, 4 août 2000.

<sup>228</sup> Mentionnée à la note 220 ; définition des « biens culturels immatériels », article 9 mentionné à la note 109.

loi sur le folklore et les études folkloriques<sup>229</sup> qui utilisera la définition du « folklore » [culture populaire] dans le texte français] donnée dans la Recommandation de 1989 et s'inspirera de ce texte dans ses dispositions<sup>230</sup>.

### **3.5 Le programme des « Trésors humains vivants » (1993) et la Proclamation des « chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité » (1998)**

Ces deux programmes élaborés à l'UNESCO dans le domaine du patrimoine culturel immatériel représentent, concurremment avec la Recommandation de 1989, l'expérience explicite acquise jusqu'à présent en matière de sauvegarde et de valorisation du patrimoine immatériel. Le programme des « Trésors humains vivants » fournit un modèle du type de mesures que les Etats peuvent prendre à l'échelon national pour assurer la continuité de la transmission du patrimoine immatériel. Le programme des « chefs-d'œuvre » en particulier fera vraisemblablement les preuves de sa grande importance en fournissant la base qui permettra de déterminer le champ du patrimoine immatériel en tant qu'objet de protection internationale et les priorités pour la sauvegarde de ce patrimoine.

*Le programme des « Trésors humains vivants »*<sup>231</sup> :

Ce programme propose la création par les Etats membres de systèmes de « biens culturels vivants » représentatifs de la culture et du folklore traditionnels. Les Etats sont invités à soumettre à l'UNESCO une liste de « trésors humains vivants dans leur pays en vue de leur inscription sur une future Liste mondiale de l'UNESCO »<sup>232</sup>. L'objet de ce programme est formulé en ces termes : « un des moyens les plus efficaces pour sauvegarder le patrimoine immatériel est d'assurer sa conservation grâce à la collecte, l'enregistrement et l'archivage. Il serait encore préférable de s'assurer que les détenteurs de ce patrimoine continuent à acquérir davantage de connaissances et de savoir-faire et les transmettent aux générations suivantes »<sup>233</sup>. En identifiant les détenteurs de ce patrimoine et en considérant comme le moteur de la protection leur capacité de transmettre les compétences, techniques et savoirs à des « apprentis », le programme reconnaît que son existence dépend du bien-être social et économique de ses détenteurs et de leur mode de vie<sup>234</sup>. Il place également les compétences et les techniques de ceux qui pratiquent la culture et le folklore traditionnels au centre de la

---

<sup>229</sup> Mentionnée à la note 219.

<sup>230</sup> L'article 1, par exemple, exigera que les conditions nécessaires soient réunies pour assurer la collecte complète des matériaux du folklore et leur conservation, l'étude globale du folklore, la diffusion et le développement du folklore et pour que les valeurs du folklore soient protégées contre une exportation illicite ou incontrôlée.

<sup>231</sup> Proposé par le Conseil exécutif de l'UNESCO en 1993 comme un moyen de donner effet à la Recommandation de 1989. Voir : *Décisions adoptées par le Conseil exécutif à sa 142<sup>e</sup> session* (UNESCO, Doc. 142 EX/Décisions, 10 décembre 1993) et les *directives* relatives au *Trésors humains vivants* adressées aux Etats membres par l'UNESCO le 16 septembre 1998.

<sup>232</sup> Idée voisine de celle de la Liste du patrimoine mondial créée en vertu de la Convention de 1972, mais sans les mécanismes juridiques formels établis par une convention.

<sup>233</sup> *Directives* (Introduction).

<sup>234</sup> Ce dernier point est le plus contestable étant donné qu'il risque d'être difficile pour les artisans et les savoirs traditionnels de trouver leur place dans le contexte moderne. On se trouvera donc peut-être dans l'obligation de choisir entre un certain dépérissement des compétences traditionnelles et le développement social et économique. Comme exemple de dépérissement rapide des compétences traditionnelles, on peut mentionner le *Pambe-zan* en Iran, qui utilise des compétences et instruments traditionnels pour renouveler le rembourrage de coton dans les matelas traditionnels, travail qui maintenant est fait de plus en plus à la machine dans des ateliers.

préservation<sup>235</sup>, élément jusqu'à présent absent de la protection internationale du patrimoine culturel.

La transposition de ces principes dans un cadre juridique ou administratif soulève la question de savoir comment choisir ceux qui incarnent les savoirs et techniques traditionnels et qui figureront sur la liste des « trésors humains vivants ». Comme dans le cas de la Liste du patrimoine mondial, la composition de la commission d'experts et les critères définissant le patrimoine transmis seront déterminants. C'est ainsi qu'un critère de sélection est le danger de disparition en raison du grave déclin du nombre des praticiens et/ou de leurs successeurs, ce qui met en évidence le rôle central des praticiens eux-mêmes et de leur apprentis.

« *Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité* » :

Le programme pour la proclamation des « Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité » a été créé en 1998. Les « chefs-d'œuvre » à choisir sont définis comme suit :

« Espaces ou formes culturels de valeur exceptionnelle au sens qu'ils devront témoigner soit d'une forte concentration du patrimoine culturel immatériel de valeur exceptionnelle, soit d'une expression culturelle populaire et traditionnelle ayant une valeur exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'ethnologie, de la sociologie, de l'anthropologie, de la linguistique ou de la littérature »<sup>236</sup>.

Contrairement à la Liste du patrimoine mondial qui procède de la Convention de 1972, ce programme se fonde sur la Recommandation de 1989 et comporte un jury international au lieu d'un comité intergouvernemental pour faire un choix entre les propositions, et son financement fait appel uniquement à des contributions bénévoles. L'un des objectifs principaux du programme est de sensibiliser les gouvernements, les ONG et, plus particulièrement, les communautés locales à la valeur du patrimoine oral et immatériel de ces dernières<sup>237</sup> et de les inciter à identifier, préserver et promouvoir ce patrimoine. Le patrimoine oral et immatériel est considéré comme ayant une « valeur universelle ... en vertu de sa diversité et de son caractère interculturel » ainsi que de sa grande importance pour les peuples dans les régions où prédominent les formes orales du patrimoine culturel<sup>238</sup>. Cette affirmation d'universalité comporte des éléments qui pourraient avoir leur place dans un nouvel instrument normatif, mais ils devraient alors être contrebalancés par une référence à la priorité des intérêts culturels et autres des détenteurs.

L'identification du patrimoine immatériel demeure un problème majeur et l'absence d'une série de critères acceptés pour cette identification a soulevé les plus grandes difficultés quand on a voulu formuler des critères pour la sélection des espaces culturels et des formes d'expression culturelle à considérer comme des « chefs-d'œuvre » du patrimoine oral et immatériel. Le choix du mots « chefs-d'œuvre » dans la terminologie utilisée a été lui-même

---

<sup>235</sup> « La représentation et l'acte de création sont immatériels ; ils sont incarnés dans le savoir-faire et les techniques de ceux qui les mettent en œuvre. Il en va de même des éléments traditionnels immatériels utilisés par ceux qui protègent et sauvegardent le patrimoine culturel matériel » (Définition).

<sup>236</sup> Annexe à une lettre adressée par le Directeur général aux Etats membres le 26 avril 2000 [UNESCO, Doc. CL/3553, annexe ; 155 EX/SR.14].

<sup>237</sup> « Considérant que celui-ci est le dépositaire et la mémoire collective des peuples, qui seule peut assurer la pérennité des spécificités culturelles ». *Ibid.*, point 1(b).

<sup>238</sup> On peut lire dans le rapport du Directeur général [UNESCO, Doc. 155 EX/15, Paris, 25 août 1998, point 1] : « il a été souligné que le patrimoine oral, par sa diversité et par son caractère interculturel, a une valeur universelle ».

un sujet de controverse<sup>239</sup>. Certains ont exprimé la crainte que cela ne tende à créer une hiérarchie des cultures incompatible avec la nature du patrimoine oral et ont estimé qu'il y aurait lieu plutôt de mettre l'accent sur les idées d'excellence et de caractère unique et typique. La définition du « patrimoine oral et immatériel » utilisée pour ce programme se base sur celle de la « culture traditionnelle et populaire » dans la Recommandation de 1989 avec l'adjonction des mots « formes traditionnelles de communication et d'information ». C'est ainsi qu'a été manquée l'occasion de formuler une définition nouvelle et meilleure et que les problèmes signalés à propos de la définition de 1989 ont été perpétués. Toutefois, le concept d'« espaces culturels » considérés comme des espaces physiques ou temporels qui doivent leur existence aux manifestations culturelles qui s'y déroulent traditionnellement et où les espaces temporels se caractérisent généralement par une certaine périodicité<sup>240</sup> ajoute une dimension nouvelle importante à l'idée de patrimoine immatériel. Il s'accorde en outre avec l'élaboration de nouveaux critères pour les « paysages culturels associatifs » dans les *Directives d'application* de la Convention de 1972.

La composition du jury créé par l'UNESCO pour le choix des « chefs-d'œuvre » vise à représenter les intérêts des détenteurs du patrimoine considéré ainsi que les experts, et il convient de noter qu'il est expressément demandé que les femmes et les jeunes y soient suffisamment représentés<sup>241</sup>. Le fait que des candidatures peuvent être présentées par d'autres organisations intergouvernementales et par des ONG ainsi que par les gouvernements<sup>242</sup> permet aussi qu'une gamme plus large d'intérêts soit prise en considération et contribue à donner davantage la parole aux groupements locaux et aux communautés. Les critères culturels retenus pour la proclamation de « chefs-d'œuvre » insistent sur la « valeur exceptionnelle » du patrimoine<sup>243</sup>, ce qui n'a rien d'inattendu dans un exercice de ce genre et fait écho aux critères utilisés pour la Liste du patrimoine mondial. Certains critères fournis pour le choix d'éléments du patrimoine oral et immatériel en vue de leur proclamation conviendraient à un nouvel instrument normatif prenant la Convention de 1972 pour modèle. Il s'agit notamment du rôle du patrimoine dans l'affirmation de l'identité culturelle des peuples ou des communautés culturelles concernés, de la qualité du savoir-faire et des techniques déployés, de la valeur du patrimoine en tant que témoignage d'une culture traditionnelle vivante et du risque de voir disparaître ce patrimoine à cause du manque de moyens de sauvegarde et de protection ou d'un processus accéléré de transformation, d'urbanisation ou d'acculturation<sup>244</sup>. Tout instrument destiné à sauvegarder ce patrimoine doit trouver un équilibre entre le droit des communautés concernées à tirer profit du développement économique et social – lequel risque d'avoir un effet profond sur leur culture traditionnelle –

---

<sup>239</sup>. Par exemple, à la première réunion du jury pour la proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel, UNESCO, Paris, 15 juin 2000.

<sup>240</sup>. Cyclique, saisonnière, basée sur le calendrier, etc.

<sup>241</sup>. UNESCO, Doc. 155 EX/15 (25 août 1998, annexe IV, point 4(a) sur la « Procédure d'évaluation ».

<sup>242</sup>. Dans le cas de la Liste du patrimoine mondial, au contraire, les propositions d'inscription ne peuvent être présentées que par les États parties à la Convention.

<sup>243</sup> *Ibid.*, point 6 : « Les critères culturels : les espaces ou les formes culturels proclamés chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité devront avoir une valeur exceptionnelle, au sens qu'ils devront témoigner :

(a) soit d'une forte concentration du patrimoine culturel immatériel de valeur exceptionnelle ;

(b) soit d'une expression culturelle populaire et traditionnelle ayant une valeur exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'ethnologie, de la sociologie, de l'anthropologie, de la linguistique ou de la littérature. » Comme on l'a noté à propos du programme des « trésors humains vivants », ces règles peuvent sembler ne pas convenir au folklore, mais elles sont inévitables dès lors qu'on met en place un système de sélection de ce genre.

<sup>244</sup> Ce dernier élément est fait pour rappeler que le désir de sauvegarder et de protéger ce patrimoine s'explique en grande partie par le souci de réagir aux effets de la mondialisation culturelle et économique et des changements sociaux qui menacent sa survie même.

et celui de préserver leur patrimoine immatériel sous une forme vivante<sup>245</sup>. Les candidatures doivent être accompagnées d'un plan d'action approprié à l'espace ou à la forme d'expression culturelle indiquant les mesures juridiques et pratiques prévues pour la préservation, la protection, le soutien et la mise en valeur du patrimoine au cours des dix années à venir<sup>246</sup>. Cette condition devrait se révéler utile pour déterminer les mesures juridiques et administratives applicables à la sauvegarde du patrimoine immatériel. Les critères d'organisation<sup>247</sup> vont pour la plupart de soi et la manière dont ils insistent sur la nécessité d'un système de gestion local satisfaisant est l'expression d'une approche allant de la base vers le sommet pour la sauvegarde dudit patrimoine qui fournirait aux communautés locales des moyens indispensables à la création et au maintien du patrimoine.

## 4. Les connaissances traditionnelles, objets de protection

### 4.1 Les connaissances traditionnelles – contenu et statut

Cet éventail de connaissances<sup>248</sup> - perçues parfois comme autochtones ou locales - constitue un élément important du patrimoine culturel immatériel à prendre en considération à l'occasion de la réflexion sur l'élaboration du futur instrument de protection internationale de ce patrimoine. La Recommandation de 1989, par exemple, ne parvient pas à gérer correctement cet aspect essentiel du patrimoine immatériel<sup>249</sup> tandis que les Dispositions types de 1982 se limitent aux expressions artistiques du folklore, ne portant ainsi en aucune façon sur les connaissances traditionnelles. Un domaine du droit international où ont été appréciés le rôle et l'importance des connaissances traditionnelles concerne la biodiversité et le développement durable, l'accent étant mis sur les connaissances traditionnelles et les pratiques écologiquement viables des populations autochtones<sup>250</sup>. Action 21 de la Déclaration de Rio de 1992<sup>251</sup> préconise la reconnaissance des valeurs, des connaissances traditionnelles et des pratiques de gestion des ressources propres aux populations autochtones tandis que le Rapport sur le développement dans le monde de 1998 de la Banque mondiale recommande une plus grande prise de conscience du lien qui existe entre les connaissances traditionnelles et le développement.

---

<sup>245</sup> Le tourisme est probablement le plus problématique des facteurs qui interviennent dans cette situation puisqu'il a le potentiel voulu pour fournir une base économique à la poursuite d'activités culturelles traditionnelles qui, sans lui, disparaîtraient. Cependant, il risque aussi de transformer irrévocablement un mode de vie traditionnel qui avait favorisé la création initiale du folklore.

<sup>246</sup> Annexe, point 6 (b) (i).

<sup>247</sup> Formulés à la section 6 (ii).

<sup>248</sup> Ces systèmes de connaissances et de compétences, de compréhensions et d'interprétations, se sont développés par la création d'une interaction subtile avec l'environnement naturel. Ils constituent une partie essentielle du patrimoine culturel immatériel. Dans : *Traditional Knowledge: cultural diversity, biodiversity and global/local interactions*. Contribution intersectorielle au Groupe d'étude sur le programme et les priorités des secteurs de la culture, des sciences sociales et humaines, des sciences naturelles, et de la communication (projet, 28 juin 2000), p.1.

<sup>249</sup> Pour de plus amples informations sur la définition, voir Section 1.

<sup>250</sup> Voir analyse à la Section 4 sur les connaissances traditionnelles (autochtones) et à la Section 5 sur la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique de 1992.

<sup>251</sup> Chapitre 26.

Les dimensions sociales et culturelles de ce processus ont été à ce jour très largement négligées de sorte que la nécessité d'adapter le développement durable aux concepts socioculturels spécifiques n'a été perçue que récemment<sup>252</sup>. Le fait que 70 à 80 % de la population en Afrique recourt aux médecines traditionnelles pour ses soins de santé primaires témoigne de la grande valeur sociale et économique des connaissances traditionnelles dans de nombreuses sociétés<sup>253</sup>. Une grande préoccupation liée à la préservation des connaissances traditionnelles est l'érosion de la diversité culturelle avec comme corollaire la diminution de la diversité biologique résultant de la perte continue et croissante de ce type de connaissances face aux pressions économiques, sociales et culturelles de la mondialisation. L'UNESCO a un rôle majeur à jouer dans la prise en considération du concept de connaissances traditionnelles dans leur contexte social et culturel et dans l'examen des différents modes de compréhension de ces dernières dans l'ensemble des sociétés concernées. L'essentiel de ce travail sera sans doute mené de la manière la plus appropriée au moyen d'activités opérationnelles, plutôt que normatives, en complément de tout nouvel instrument à venir<sup>254</sup>.

Dans le cas des connaissances traditionnelles, la « culture » n'apparaît pas comme une construction principalement artistique ou esthétique mais comme le mode de vie, pris dans son ensemble, d'une société donnée, intégrant des aspects tels que les techniques et le savoir-faire, la langue, les valeurs, les cérémonies et les rites, les croyances religieuses et spirituelles, les symboles et les relations entre les sexes. En outre, loin d'être statiques, les « traditions » (telles que les croyances et les connaissances) en constante évolution sont des phénomènes dynamiques. Le caractère « traditionnel » des connaissances traditionnelles ne tient donc pas à leur ancienneté mais plutôt à leur mode d'acquisition et d'utilisation<sup>255</sup>. Il importe également de comprendre que, même s'ils constituent un groupe d'une importance cruciale, les détenteurs de ces connaissances n'existent pas seulement au sein des populations autochtones mais s'étendent également aux communautés locales, telles que les pêcheurs et les agriculteurs.

De manière générale, les caractéristiques ci-dessous des connaissances autochtones traditionnelles<sup>256</sup> s'appliquent également aux connaissances traditionnelles des sociétés non-autochtones. Ces connaissances sont produites par la communauté et sont conservées collectivement. Elles sont transmises oralement d'une génération à l'autre et ne sont ainsi pas attestées par des documents écrits. En outre, elles sont propres au contexte culturel et à l'emplacement géographique dont elles émanent et sont à l'origine des processus de prise de décision et des stratégies de survie. Dynamiques, elles s'appuient sur l'innovation, l'adaptation et l'expérimentation. Les droits coutumiers réglementent en général leur accès et leur utilisation à l'extérieur et à l'intérieur des communautés de leurs détenteurs. La définition des connaissances traditionnelles et des expressions propres aux cultures autochtones des îles

---

<sup>252</sup> Voir Nakashima, D. 1998. « La représentation de la nature : le contexte culturel de la gestion des ressources ». *Nature et Ressources*, vol. 34, n° 2, p. 8.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> Le projet du programme intersectoriel LINKS (Systèmes de connaissances locales et autochtones) en constituerait un exemple s'il était adopté.

<sup>255</sup> Le processus social de l'apprentissage et du partage des connaissances propres à chaque culture autochtone réside au cœur de sa « traditionalité ». L'essentiel de cette connaissance est en réalité très récente mais elle a une signification sociale et un statut juridique, à l'inverse des connaissances que les peuples autochtones reçoivent des colons et des sociétés industrialisées. Duffield, G. Mars 2000. « The public and private domain ». *Science Communication*, Thousand Oaks, p. 1.

<sup>256</sup> Extrait du programme MOST du Secteur des sciences sociales de l'UNESCO.

du Pacifique, esquissée lors du symposium de Noumea<sup>257</sup>, fournit une liste non-exhaustive mais détaillée des éléments qui constituent ces connaissances et expressions traditionnelles, dont : la spiritualité, les connaissances spirituelles, les valeurs éthiques et morales ; les danses, les cérémonies, et les représentations et pratiques rituelles ; la musique ; la langue ; les noms, les histoires, les traditions, les chants narratifs ; les sites d'importance culturelle et les biens culturels immobiliers et les connaissances qui s'y rapportent ; les connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques, et les compétences requises pour les appliquer ; et les formes, parties et détails qui délimitent les compositions visuelles (créations).

Les connaissances traditionnelles constituent un élément essentiel du capital social propre à un groupe d'individus souvent marginalisé et sont l'expression de leurs relations sociales et de leurs valeurs socioculturelles ainsi que de leur conception du monde. Plusieurs définitions des connaissances traditionnelles insistent sur ce qui les distingue du « système des connaissances international » et des systèmes de connaissances « scientifiques »<sup>258</sup>, en particulier de la tendance propre aux cultures « occidentales » à considérer la connaissance comme une abstraction isolée de la pratique à l'inverse des sociétés traditionnelles. La Conférence mondiale sur la science (1999) a débattu de la nature et du rôle des « systèmes de connaissances traditionnelles et locales »<sup>259</sup> et des précieuses contributions apportées par les systèmes de connaissances traditionnelles et locales à la science et à la technologie<sup>260</sup>. De vives inquiétudes y ont été exprimées devant l'« exploitation » de ces systèmes de connaissances avant tout axés sur la recherche d'avantages intellectuels et économiques de court terme répartis inégalement. Aussi a-t-il été recommandé que ce patrimoine culturel et ces connaissances empiriques soient préservés, protégés, étudiés et promus.

Il est aussi important de venir en aide aux sociétés autochtones et locales et de promouvoir leur mode de vie pour qu'elles puissent créer et développer leurs connaissances, que de faire connaître et de répertorier ces dernières<sup>261</sup>. Ces actions sont nécessaires pour maintenir la diversité culturelle ainsi que la diversité biologique. Une approche interdisciplinaire de ces connaissances importe<sup>262</sup> également, l'accent étant mis sur leur contexte social, culturel et politique. Le potentiel des activités intersectorielles de l'UNESCO

---

<sup>257</sup> Les connaissances traditionnelles et les expressions des cultures autochtones sont définies comme les modalités d'expression des cultures autochtones, lesquelles sont les manifestations de la vision du monde des populations autochtones du Pacifique. Les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles constituent toutes les connaissances ou expressions qui ont été créées, acquises et inspirées (appliquées, intrinsèques et résumées) pour le bien-être physique et spirituel des populations autochtones du Pacifique. La nature et l'usage de ces connaissances et expressions sont transmis d'une génération à l'autre afin de mettre en valeur, de sauvegarder et de perpétuer l'identité, le bien-être et les droits des populations autochtones du Pacifique.

<sup>258</sup> Les connaissances autochtones contrastent avec le système de connaissances internationales créé par les universités, les instituts de recherche et les entreprises privées. Elles sont à l'origine des processus de prise de décision au niveau local dans les domaines de l'agriculture, des soins de santé, de la préparation de la nourriture, de l'éducation, de la gestion de ressources naturelles, etc. Warren, D. 1991. « Using Indigenous knowledge in Agricultural Développement », *World Bank Discussion Paper* [Document de synthèse de la Banque mondiale], n° 127.

<sup>259</sup> Plusieurs délégués (notamment des Etats-Unis et du Royaume-Uni) ont exprimé leurs inquiétudes devant le risque de voir ces systèmes ouvrir la voie à des approches pseudo-scientifiques, telles que le créationnisme et l'astrologie. Cette opinion n'était toutefois pas partagée par la majorité.

<sup>260</sup> Rapports de réunions de la Conférence mondiale sur la science organisée à Budapest en juin-juillet 1999, notamment « L'Agenda pour la science – Cadre d'action » aux paragraphes 32 et 33 et à la Section 3.4, et « Modern science and other systems of knowledge » aux paragraphes 83 à 87.

<sup>261</sup> UNESCO. 8 novembre 1999. « Les systèmes de connaissances autochtones et locales dans le cadre du développement durable ».

<sup>262</sup> L'expression « Connaissances traditionnelles » ne recouvre pas le même sens aux yeux des experts des différentes disciplines. Par exemple, elle peut renvoyer à l'« ethnobiologie » pour certains scientifiques de la nature alors que les anthropologues l'entendent dans un sens sociétal et culturel plus large.

dans ce domaine est très précieux. Par exemple, les activités suivantes qui concernent les connaissances traditionnelles et locales sont actuellement menées par les différents secteurs de l'UNESCO : l'enseignement dispensé aux populations autochtones dans leur langue maternelle (Education) ; la reconnaissance des systèmes de connaissances autochtones dans les domaines de l'agriculture, de la médecine et de la diversité biologique (Science) ; la conservation de la langue et des connaissances orales au moyen des nouvelles technologies (Communications) ; la protection du patrimoine culturel autochtone tant matériel qu'immatériel et la revitalisation de l'identité culturelle (Patrimoine culturel) ; la base de données de MOST des meilleures pratiques sur les connaissances autochtones et le travail sur les droits humains et culturels des populations autochtones (Sciences sociales et humaines)<sup>263</sup>. Le Symposium international sur les sites sacrés<sup>264</sup> organisé dans le cadre du Programme (MAB) « l'Homme et la biosphère » a constitué un exemple de coopération intersectorielle. Les relations entre les cultures, les sociétés et la nature y ont été abordées dans le cadre de la gestion et de la conservation de la diversité biologique<sup>265</sup>. L'action accomplie par l'UNESCO dans le renforcement de la préservation *in situ* des connaissances traditionnelles comme partie intégrante du patrimoine culturel immatériel à l'appui des détenteurs de traditions eux-mêmes et de leurs sociétés – par la conservation de leurs langues et de leurs traditions orales, par exemple – serait d'une grande valeur et suppose une participation intersectorielle<sup>266</sup>.

Tout travail de suivi mené par l'UNESCO de cette étude doit étudier le statut, le rôle et la préservation des connaissances traditionnelles, notamment leur protection juridique, sur la base d'une approche intersectorielle et interdisciplinaire. L'ambitieuse mission de l'UNESCO dans les domaines de l'éducation, de la science, des sciences humaines et sociales, de la culture et de la communication confère à l'Organisation un rôle unique parmi les OIG pour aborder la dimension holistique de la question. Par voie de conséquence, l'UNESCO ne devrait pas se contenter d'élaborer un instrument normatif axé sur la protection juridique des connaissances traditionnelles et du patrimoine immatériel correspondant, mais devrait également appuyer son action sur les programmes déjà existants au sein de ses différents secteurs afin de mieux tenir compte du caractère interdisciplinaire de cette approche dans ce domaine<sup>267</sup>. Cette action, en retour, serait riche d'enseignements pour toute activité axée sur l'élaboration d'un nouvel instrument normatif<sup>268</sup>.

## 4.2 Les connaissances traditionnelles et les OIG

Les formes de connaissances traditionnelles liées à la question de la protection et de la sauvegarde du patrimoine immatériel s'étendent aux connaissances traditionnelles, médicales,

---

<sup>263</sup> Ce travail est conduit dans le cadre plus large de la Décennie internationale des Nations Unies des populations autochtones.

<sup>264</sup> UNESCO. 1998. « Sites sacrés naturels : diversité culturelle et diversité biologique ».

<sup>265</sup> Également dans le cadre du programme MAB, le concept de « réserve de la biosphère » est un concept pour lequel la prise en considération de l'investissement culturel et des connaissances traditionnelles des groupes autochtones dans le développement durable est essentielle.

<sup>266</sup> Les Secteurs de la culture, de l'éducation, des sciences et des sciences humaines et sociales.

<sup>267</sup> Une étude interdisciplinaire pourrait constituer un exemple d'une telle activité. Cette étude pourrait être menée dans le cadre du programme MAB sur la protection de l'ensemble de l'écosystème marin, qui s'étendrait aux communautés humaines qui en dépendent et qui l'appuient grâce aux connaissances et aux pratiques traditionnelles.

<sup>268</sup> Entre autres actions spécifiques que l'UNESCO pourrait prendre figure l'appui aux communautés autochtones et locales qui suppose : la définition des connaissances sacrées et secrètes et des connaissances susceptibles d'être partagées avec les gens extérieurs aux communautés, l'examen des moyens traditionnels de partage de cette information, la sensibilisation des gouvernements à la nécessité d'une protection juridique qui garantit la propriété des connaissances traditionnelles au niveau local.

écologiques<sup>269</sup> et agricoles. Différentes OIG mènent une action dans ce domaine. La FAO, par exemple, met en place un Système à l'échelle mondiale prévu pour coordonner la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques<sup>270</sup>. Cette entreprise internationale porte également sur les droits des cultivateurs en raison de leur contribution à la préservation et à l'utilisation durable des ressources phytogénétiques. Pour ce qui est des connaissances agricoles traditionnelles, les activités de la FAO englobent une étude sur le rôle des pratiques culturelles dans la réduction des dommages causés par les insectes nuisibles et un programme de recherche sur les systèmes d'agroforesterie traditionnels. La Banque mondiale appuie des programmes de conservation *in situ* et d'utilisation durable, notamment les utilisations traditionnelles mises en œuvre sous la direction des communautés locales, et lance l'Initiative sur les connaissances autochtones qui vise à faire mieux connaître aux partenaires de développement les pratiques traditionnelles locales.

L'OMPI a entamé depuis peu un important travail sur les aspects des connaissances traditionnelles découlant de la propriété intellectuelle, notamment leur rôle dans la préservation, la conservation et la diffusion de la diversité biologique<sup>271</sup>, ainsi qu'une étude des besoins et attentes des détenteurs des connaissances et des innovations autochtones traditionnelles en matière de propriété intellectuelle<sup>272</sup>. Cette étude se propose de promouvoir la contribution du système de propriété intellectuelle au développement social, économique et culturel de ces détenteurs. Le PNUE et l'OMPI collaborent dans le cadre d'une étude sur les incidences des systèmes de protection des droits de propriété intellectuelle et des connaissances traditionnelles sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et sur le partage équitable des avantages tirés de leur utilisation<sup>273</sup>. Le PNUD a mis en place son Programme sur les connaissances autochtones en 1993 axé sur la préservation et la promotion des connaissances autochtones traditionnelles et sur l'intégration des formes culturelles dans les stratégies économiques au profit des communautés elles-mêmes.

La CNUCED est un autre organisme des Nations Unies qui a activement contribué à l'étude de la protection des connaissances traditionnelles et de leurs incidences sur les communautés de producteurs<sup>274</sup>. Consciente de l'importance de leur protection en vue de leur préservation et de leur développement futur, la CNUCED se soucie également de la mise en valeur des connaissances traditionnelles dans le développement et le commerce. De nombreux produits et activités découlant des connaissances traditionnelles constituent d'importantes sources de revenus et permettent la fourniture de denrées alimentaires et de soins de santé pour de nombreux individus dans les pays en développement de sorte que le développement

---

<sup>269</sup> Protection de la diversité biologique et des ressources génétiques.

<sup>270</sup> Il s'agit du Système mondial pour la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques. Il englobe l'Engagement international sur les ressources phytogénétiques, un accord non contraignant visant la collecte, l'évaluation, l'utilisation et la disponibilité des ressources phytogénétiques ayant une valeur économique actuelle ou future. Il fait actuellement l'objet d'une révision en harmonie avec la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique et devrait être doté de la force exécutoire.

<sup>271</sup> Le Sous-programme 11.2 « *Diversité biologique et biotechnologie* » charge un Groupe de travail d'étudier les aspects de la biotechnologie et de la mise en œuvre de la Convention sur la diversité biologique touchant à la propriété intellectuelle, y compris le rôle que pourrait jouer le système de la propriété industrielle pour faciliter l'accès aux techniques connexes et leur transfert.

<sup>272</sup> Le Sous-programme 11.1 *Nouvelles démarches en vue de la création, de la protection, de l'exploitation et de la gestion de droits de propriété intellectuelle pour de nouveaux bénéficiaires*. Les Missions d'enquête sur les connaissances traditionnelles entreprises par la Division des questions mondiales de propriété intellectuelle sont abordées ci-après.

<sup>273</sup> Selon l'Article 8(j) de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique.

<sup>274</sup> Réunion d'experts sur les systèmes et expériences nationales en matière de protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles. Commission sur le commerce des biens et services, et des produits de base de la CNUCED, Genève, du 30 octobre au 1 novembre 2000. Document de référence. [Doc. TD/B/COM.1/EM.13/2].

économique durable de nombreuses communautés autochtones et locales pourrait dépendre de leur capacité à tirer des avantages commerciaux de l'exploitation de ces connaissances. Aussi la CNUCED est-elle soucieuse de renforcer la capacité des pays à saisir toutes les occasions leur permettant de commercialiser les produits créés et les services mis en place à partir des connaissances traditionnelles et de promouvoir les innovations qui en découlent.

Du point de vue de la CNUCED, la protection des connaissances traditionnelles devrait tendre à leur préservation afin de s'assurer que les avantages découlant de leurs innovations profitent à leurs détenteurs tout en permettant aux pays en développement de les exploiter à leur tour en vue d'y promouvoir le commerce et le développement. Dans le Plan d'action adopté par la dixième Conférence de la CNUCED, il a été décidé que la protection des connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales devrait faire l'objet d'une étude en tenant compte des objectifs de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique et de l'Accord sur les ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce). Au nombre des différentes approches possibles de la protection des connaissances traditionnelles définies par la CNUCED<sup>275</sup> figurent : l'examen des limites jusqu'auxquelles les systèmes de droits de propriété intellectuelle modernes (ainsi que l'indique expressément l'ADPIC) peuvent être utilisés ou complétés dans ce dessein ; l'étude des modalités de conception de systèmes *sui generis* tenant compte des caractéristiques des connaissances traditionnelles lorsque les droits de propriété intellectuelle les ignorent ; et le renforcement/développement des systèmes de protection existants grâce à la documentation, la mise en place de nouvelles institutions, le développement des réseaux et le renforcement de l'utilisation du droit coutumier. Les États ont ainsi la possibilité de concevoir un système de protection adapté à leurs connaissances traditionnelles en choisissant leurs approches parmi celles qui leur sont proposées au nombre desquelles figurent : le renforcement du droit coutumier, l'emploi des règles de propriété intellectuelle, les systèmes *sui generis*, le consentement préalable donné en connaissance de cause, les mécanismes d'accès aux ressources et de partage des avantages, et la documentation.

L'OMS met sur pied un Programme de médecine traditionnelle conçu pour assister les États membres dans la formulation d'une politique nationale en matière de médecine traditionnelle. Les plantes médicinales et les connaissances traditionnelles correspondantes sont d'une grande importance pour la recherche pharmacologique moderne et pour la mise au point de nouveaux produits pharmaceutiques. Les éléments constitutifs des plantes sont employés directement comme agents thérapeutiques, et comme matières premières pour la préparation des médicaments, ou bien comme modèles pour les composés pharmacologiquement actifs. Aucune norme commune n'a été décidée à ce jour pour ce qui est du contrôle législatif de la fabrication de médicaments, de l'obtention des licences et de l'utilisation des plantes médicinales. Elles ne sont pas définies de la même manière selon les pays et, en 1996, un groupe de scientifiques de l'OMS composé de 100 experts originaires du monde entier a adopté une liste de plantes médicinales utilisées à grande échelle pour les soins de santé primaires. Le marché des plantes médicinales est insuffisamment contrôlé dans la plupart des pays de sorte que la mise en place de procédures de réglementation et d'enregistrement régissant l'usage des plantes médicinales est devenue un problème majeur tant pour les pays en développement que pour les pays développés. En 2000, l'OMS a organisé un atelier interrégional pour aborder les questions de propriété intellectuelle découlant des connaissances médicinales traditionnelles<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> *Ibid.*, voir la note 10.

<sup>276</sup> Rapport encore non publié. Informations communiquées par le docteur Zhang, Responsable du Programme sur les remèdes traditionnels de l'OMS.

### 4.3 Domaines publics et privés

Les règles de propriété intellectuelle considèrent que toutes les connaissances relèvent du domaine public à moins d'être protégées par des brevets ou autres droits de propriété intellectuelle. Cette situation est très insuffisante pour les détenteurs de connaissances traditionnelles, essentiellement les peuples autochtones, les droits de propriété intellectuelle tendant à favoriser ceux qui exploitent les connaissances traditionnelles à des fins commerciales. G. Dutfield<sup>277</sup> fait valoir qu'il existe des domaines privés, autres que ceux prévus par le système de propriété intellectuelle, définis dans le cadre des règles coutumières et que l'incapacité de les prendre en considération constitue la principale lacune de ce système pour ce qui est des connaissances traditionnelles. L'Accord sur les ADPIC (analysé ci-après) élargit effectivement ce domaine privé, prévu par les droits de propriété intellectuelle, ses dispositions liant tous les Membres de l'OMC. En outre, il n'existe aucune obligation réciproque entre les Etats membres de reconnaître les domaines publics des autres Etats<sup>278</sup>.

Aussi est-il souhaitable de faire repasser l'essentiel des connaissances traditionnelles dans le domaine privé des communautés autochtones et des autres communautés traditionnelles. De même, il est nécessaire de se pencher sur leur droit coutumier en vue d'améliorer le système de propriété intellectuelle existant<sup>279</sup>. Les Etats qui mènent une politique visant l'accès public aux connaissances traditionnelles, doivent être en mesure de les protéger de toute privatisation et de s'assurer que les avantages économiques découlant de leur exploitation commerciale sont partagés avec les détenteurs de traditions<sup>280</sup>. Il ne pourra toutefois en être ainsi dans un Etat qui mène une telle politique séparément. L'application de cette dernière exigerait en effet un type d'accord international.

### 4.4 Brevets d'invention et connaissances traditionnelles

Les brevets accordent à leur détenteur le monopole garanti par la loi de l'exploitation commerciale de la propriété intellectuelle à laquelle ils s'appliquent pendant la durée qui est la leur. De même, le détenteur du brevet peut accorder sa permission pour l'exploitation de cette propriété intellectuelle au moyen d'un contrat de licence. L'usage international des

---

<sup>277</sup> Dutfield, mentionné à la note 255, p. 7.

<sup>278</sup> Il en résulte que les connaissances qui relevaient du domaine public pendant des générations dans un pays pourraient être privatisées et bénéficier des droits de la propriété intellectuelle dans un autre pays. Ainsi, le pays d'origine est non seulement privé de ses avantages mais il est, comble d'ironie, tenu par l'Accord sur les ADPIC d'honorer ce droit intellectuel. Ces réglementations font que ce qui relevait à l'origine du domaine public dans le pays d'origine y revient en tant que propriété privée. Carniero da Cunha. *The role of UNESCO in the defence of traditional knowledge*. Document présenté à la Conférence de Washington, p. 4 (cité à la note 1).

<sup>279</sup> Après tout, si les populations autochtones dans les Etats membres de l'OMC sont tenues de reconnaître l'existence des brevets, dont elles n'ont pas le droit de se prévaloir pour profiter des avantages économiques correspondants, pourquoi leurs propres systèmes de connaissances ne devraient-ils pas être respectés par les autres ? Peut-être est-ce le fait qu'un type de système de propriété intellectuelle est industrialisé et privilégié à l'exclusion de tous les autres qui est l'origine de l'essentiel des inquiétudes exprimées notamment par ces peuples et ces communautés qui ne peuvent profiter de ce qui, à leurs yeux, apparaît comme un système imposé. *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>280</sup> La Déclaration de la Conférence de Bellagio sur l'agence culturelle/l'autorité culturelle : politique et poétique de la propriété intellectuelle à l'ère postcoloniale (Déclaration de Bellagio, 1993) signale que chaque droit de la propriété intellectuelle isole les différentes sphères du domaine public. Elle préconise une reconnaissance et une protection accrues de ce dernier et demande à la communauté internationale de l'élargir à travers l'application étendue des concepts d'« utilisation équitable », d'obtention obligatoire de licences et de limitation de l'application initiale des droits de propriété.

brevets est réglementé par la Convention de Paris<sup>281</sup> qui, plutôt que de créer un droit international des brevets, définit les critères à appliquer dans la législation de chaque pays. Les droits de propriété sur des éléments de la diversité biologique allégués par des brevets apparaissent comme une menace majeure pour les connaissances traditionnelles, tels qu'ils sont reconnus et soutenus par les accords commerciaux internationaux<sup>282</sup>. Les inconvénients spécifiques de l'application des brevets dans le domaine du patrimoine immatériel sont énoncés ci-dessus<sup>283</sup>. Les brevets ne sont en général d'aucune utilité dans la protection des connaissances traditionnelles que les peuples souhaitent maintenir dans la confidentialité<sup>284</sup> et ne constituent pas un mécanisme adapté à la protection de la plupart des connaissances traditionnelles, même lorsque leurs détenteurs eux-mêmes souhaitent les exploiter à des fins commerciales. Par exemple, dans la grande majorité des cas, les connaissances traditionnelles ne peuvent être attribuées à tel groupe ou telle communauté et, même lorsque ces connaissances remplissent les critères de brevetabilité, les détenteurs de traditions sont peu susceptibles de pouvoir assumer les coûts gigantesques exigés pour l'obtention d'un brevet. Il pourrait être proposé, afin d'améliorer cette situation, d'élaborer une base de données des connaissances traditionnelles (dotée des protections appropriées pour les connaissances secrètes) utilisable à partir des offices nationaux de brevets en vue de déterminer l'existence ou non d'antécédents<sup>285</sup>.

Il convient cependant de garder à l'esprit que les détenteurs de brevets découlant des connaissances traditionnelles ne sauraient empêcher les communautés elles-mêmes de poursuivre l'exploitation des connaissances en question<sup>286</sup>. Même si les détenteurs de traditions s'inquiètent de savoir s'ils partageront les avantages économiques découlant de l'exploitation commerciale de leurs connaissances, ce n'est pas là une des questions centrales que l'UNESCO devrait aborder. Ces questions centrales portent sur l'utilisation inappropriée de ces connaissances et la diffusion, par quelque moyen que ce soit, de connaissances tenues secrètes (et considérées comme sacrées) par la communauté dont elles émanent. Pour donner un exemple, de nombreux Etats (dont les Etats-Unis et le Japon) qui ne reconnaissent pas comme « antécédents » les connaissances traditionnelles qu'aucun document écrit n'atteste, les exposent au brevetage. L'UNESCO pourrait jouer un rôle en apportant son aide à l'élaboration de principes en vertu desquels les connaissances traditionnelles seraient attestées par des documents écrits lorsque les communautés de détenteurs le souhaitent, y compris pour

---

<sup>281</sup> Mentionné dans la note 88.

<sup>282</sup> 75 % des plantes d'où sont extraits les ingrédients actifs des médicaments délivrés sur ordonnance sont « découvertes » par des chercheurs qui s'inspirent de la médecine traditionnelle et 40 % de l'économie mondiale repose sur les produits et techniques biologiques. Nijar, G. S. Janvier 2000. *Intellectual property rights and the WTO : undermining biodiversity and indigenous knowledge systems*. Document présenté lors du *Second Regional Worlds Colloquium for 1999-2000*, Université de Chicago, p.2.

<sup>283</sup> Voir les notes 70 à 72.

<sup>284</sup> Une exception à cela serait la possibilité de breveter les applications des connaissances traditionnelles qui répondent à des problèmes pratiques (en rapport, par exemple, avec la récolte ou la pêche) dans la catégorie « technologie », cette catégorie pouvant s'étendre à toute connaissance utile, systématique et conçue pour répondre à un problème précis.

<sup>285</sup> L'Inde, par exemple, lance un programme visant à mettre en place des bases de données numériques de ses connaissances traditionnelles auxquelles pourront avoir accès les offices de brevets des autres pays afin d'empêcher la concession, à des sociétés étrangères, de brevets portant sur des remèdes propres à la médecine traditionnelle indienne. Ces bases de données coûteront 1 million de dollars, beaucoup moins que le coût des litiges juridiques portés à l'attention des tribunaux étrangers portant sur des brevets préalablement concédés. Voir : K. S. Jayaraman qui signale que l'Inde protège son passé en ligne (*Nature* du 30 septembre 1999). Par exemple, un brevet sur l'utilisation médicinale du curcuma, concédé aux Etats-Unis et contesté par l'Inde, a été annulé par les tribunaux américains. Voir : « Turmeric patent: India's winning case ». *Businessline*, 16 octobre 1998.

<sup>286</sup> Les fermiers indiens, par exemple, peuvent continuer à utiliser les graines de margousier à feuilles de frêne comme pesticide.

les connaissances secrètes et sacrées. L'Organisation pourrait également fournir une aide technique et financière dans ce domaine. La protection du secret commercial<sup>287</sup> devrait également être envisagée pour ce type de connaissances car elle s'étend habituellement à la propriété intellectuelle non brevetable et peut s'appliquer à un vaste éventail d'informations susceptibles d'englober les connaissances traditionnelles.

#### 4.5 L'Accord sur les ADPIC (OMC)

L'Accord sur les ADPIC a été conçu pour harmoniser les normes en matière de droits de propriété intellectuelle qui s'appliquent au commerce, afin de stimuler le commerce international et de le doter d'un cadre plus solide<sup>288</sup>. Le Préambule insiste sur le fait que les droits garantis par l'Accord sont de nature privée, et que, partant, les connaissances, idées et innovations des sociétés traditionnelles, tenues par ces dernières comme des connaissances communément admises, ne sont pas concernées par ce régime de protection. En outre, la protection des droits de propriété intellectuelle n'est accordée qu'aux produits qui ont une application industrielle et aux innovations qui touchent au commerce alors que l'essentiel des innovations relevant du domaine public sont destinées à un usage local et tombent en dehors du cadre de l'ADPIC<sup>289</sup>. La philosophie qui sous-tend l'Accord sur les ADPIC ne reconnaît pas les innovations transmises d'une génération à l'autre et détenues collectivement. Or, ce sont là les deux premières caractéristiques des connaissances traditionnelles et locales. Cet aspect du problème doit être pris en considération pour apprécier l'incidence de l'ADPIC sur les connaissances traditionnelles et autres aspects du patrimoine immatériel. L'ADPIC ne cite pas explicitement les connaissances traditionnelles et ne fait aucune distinction entre les connaissances des populations autochtones et locales, d'une part, et celles du secteur de l'industrie, d'autre part. Les droits qu'il garantit sont clairement destinés à profiter aux entreprises commerciales plutôt qu'aux communautés locales. En outre, les communautés autochtones et locales ne considèrent pas cette connaissance comme un actif commercial (dans la plupart des cas) ainsi que le font les entreprises<sup>290</sup>.

Les conditions, le domaine et l'application effective des brevets ont été débattus lors des négociations sur l'Accord sur les ADPIC<sup>291</sup> et les dispositions qui y ont été formulées stipulent que la protection des brevets dans les Etats membres ne devrait pas s'étendre au-delà de 20 ans après le dépôt de la demande. Les brevets sont également soumis aux réglementations d'application générales de l'Accord sur les ADPIC.<sup>292</sup> Ce dernier autorise le brevetage des formes biologiques et demande aux Etats membres du GATT de protéger les variétés de plantes par le brevetage, une protection *sui generis* ou une combinaison des

---

<sup>287</sup> Considéré comme une mesure contre la concurrence déloyale par la Convention de Paris (Art.10bis) et l'Accord sur les ADPIC.

<sup>288</sup> « Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime » (Préambule).

<sup>289</sup> Nijar fait valoir que l'Accord sur les ADPIC vise ainsi à renforcer les droits des sociétés transnationales aux dépens des peuples et des producteurs du Tiers Monde. *Op. cit.* (mentionné dans la note 282).

<sup>290</sup> Toutefois, plusieurs Etats membres de l'OMC font valoir que rien dans l'Accord ne les empêche d'appliquer la législation et les mesures nationales à l'appui des objectifs de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, notamment la protection des connaissances traditionnelles par les systèmes *sui generis*.

<sup>291</sup> Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay (1994).

<sup>292</sup> Ce sont les obligations d'application générales (Art.41), les procédures et mesures correctives civiles et administratives (Art.42-49), les mesures provisoires (Art.50), les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière (Art. 51-60) et les procédures pénales (Art. 61).

deux<sup>293</sup>. L'Accord sur les ADPIC demande également aux Etats membres de permettre le brevetage de micro-organismes en les mettant ainsi dans l'obligation de promulguer une réglementation en matière de propriété intellectuelle qui reproduise les systèmes de droits de propriété intellectuelle des Etats industrialisés et qui étende les brevets aux variétés de plantes et formes de vie « modifiées »<sup>294</sup>. Plusieurs Etats en développement créent actuellement une législation nationale pour réglementer l'accès aux ressources biologiques et pour protéger les systèmes de connaissances autochtones en réponse à ces pressions, notamment des règles *sui generis* visant à protéger les variétés de plantes et les coutumes et pratiques de sélection des plantes autochtones correspondantes<sup>295</sup>. Il est important que ces lois *sui generis* axées sur la protection des systèmes de connaissances traditionnelles n'enfreignent pas l'Accord sur les ADPIC car ce dernier ne stipule qu'un minimum d'obligations<sup>296</sup>, permettant ainsi aux Etats d'établir une protection accordant un ensemble plus grand de droits<sup>297</sup>.

Certains aspects de l'Accord sur les ADPIC peuvent apparaître favorables à la protection des connaissances traditionnelles. Il permet en effet l'application de mesures visant à protéger la nutrition et la santé publique et à promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour le développement socio-économique et technique<sup>298</sup>. Les ADPIC pourraient être mis à profit pour protéger les connaissances médicales traditionnelles ainsi qu'un éventail d'autres formes traditionnelles de connaissances et innovations. L'énoncé des objectifs des ADPIC abonde dans ce sens. Il précise notamment que la protection des droits de propriété intellectuelle devrait favoriser le bien-être économique et social<sup>299</sup>. La nécessité de développer et d'utiliser les technologies autochtones pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique y est reconnue<sup>300</sup>, et les Etats y ont la possibilité de refuser des demandes de brevets lorsque l'exploitation commerciale de ces derniers semble nuire à *l'ordre et à la moralité publics*<sup>301</sup>. Les Etats qui disposent d'importantes connaissances traditionnelles sur les formes de vie pourraient en profiter pour protéger ces connaissances. Le droit d'empêcher la divulgation et l'acquisition d'une information non révélée sans consentement est garanti aussi longtemps que l'information est tenue secrète. Cette information tire sa valeur commerciale de son caractère secret et du fait que des mesures équitables ont été prises pour en garantir la confidentialité<sup>302</sup>. Cette disposition peut être mise à profit pour protéger les connaissances traditionnelles tenues secrètes, bien que cette

---

<sup>293</sup> L'Article 27(3)(b) exclut de la brevetabilité : « les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. ».

<sup>294</sup> Nijar, *op. cit.* . p. 5 (mentionné dans la note 282). Ceci signifie que le paradigme prédominant en matière de droits de la propriété intellectuelle, mis en place par les pays occidentaux industrialisés, s'est étendu à l'ensemble de la planète.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 10. Nijar cite un certain nombre d'exemples, dont une initiative régionale mentionnée dans la Loi-type africaine en matière de protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs, et de réglementation sur l'accès aux ressources biologiques (OUA).

<sup>296</sup> Article 1 (1).

<sup>297</sup> Le réseau du Tiers Monde (Penang) propose l'élaboration d'une loi-type portant sur les droits communautaires de la propriété intellectuelle en réponse à la demande de l'OMC de faire appel à de nouvelles formes *sui generis* de protection de la propriété intellectuelle. Voir : Posey, D. ; Dutfield, G. 1997. *Beyond Intellectual Property : Towards Traditional Resource Rights for indigenous Peoples and Local Communities*. Ottawa, p.110.

<sup>298</sup> Article 8(a) et (b).

<sup>299</sup> Article 7(b).

<sup>300</sup> Article 18(4).

<sup>301</sup> Article 27(2).

<sup>302</sup> Article 39(2).

obligation de confidentialité pour en reconnaître la valeur commerciale limite l'éventail des informations susceptibles d'être protégées de la sorte et ne concernerait par exemple pas l'essentiel des connaissances sacrées.

#### 4.6 L'OMPI et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore

Etant donné la récente coopération entre l'UNESCO et l'OMPI en matière de protection du folklore depuis la fin des années 1970, il est important d'étudier les récentes initiatives mises en place par l'OMPI dans le domaine des connaissances traditionnelles et du folklore, ainsi que leurs possibles interactions avec le propre travail de l'UNESCO sur ces questions. Avec l'émergence de la biotechnologie moderne, la valeur économique, scientifique et commerciale croissante que revêtent les ressources génétiques aux yeux d'un large éventail de parties intéressées a donné un élan majeur au récent travail de l'OMPI dans le domaine des connaissances traditionnelles. En outre, la mondialisation économique et culturelle a suscité un intérêt plus grand pour d'autres créations découlant des connaissances traditionnelles, telles que les expressions du folklore<sup>303</sup>. Un rapport synoptique sur les missions d'enquête en matière de connaissances traditionnelles<sup>304</sup> a chargé la communauté de la propriété intellectuelle de soumettre des approches et des données d'expérience techniques aux débats sur les nombreux aspects de la vie publique - culture, commerce, alimentation et agriculture, droits des peuples autochtones, droits de l'homme, diversité biologique etc. - qui s'étendent aux droits de propriété intellectuelle.

Pour l'OMPI, les « connaissances traditionnelles » renvoient :

« aux œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques ; représentations ; inventions ; découvertes scientifiques ; créations ; marques, noms et symboles ; informations non divulguées découlant de la tradition ; et à toute autre innovation et création s'inspirant de la tradition et découlant d'une activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique<sup>305</sup>.

Par connaissances « découlant de la tradition », l'OMPI entend :

« des systèmes de connaissances, créations, innovations et expressions culturelles qui en général ont été transmis d'une génération à l'autre ; sont associés à un peuple ou à un territoire particulier ; n'ont pas connu un mode de développement systématique ; et subissent une évolution permanente en réponse aux changements de l'environnement. ».

Ces catégories de connaissances traditionnelles engloberaient : les connaissances agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicinales et liées à la biodiversité ; « les expressions du folklore » comme la musique, la danse, les chants, les produits artisanaux, les créations, les récits et les maquettes ; les « éléments linguistiques » tels que les noms, les indications et les symboles géographiques ; et les biens culturels mobiliers<sup>306</sup>. Cependant,

---

<sup>303</sup> « Questions relatives à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux connaissances traditionnelles et au folklore », 26<sup>e</sup> Session (12<sup>e</sup> Session extraordinaire) de l'Assemblée générale de l'OMPI, Genève, 25 septembre-3 octobre 2000.

<sup>304</sup> Rapport synoptique « Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle des détenteurs de savoirs traditionnels (OMPI) - Projet de rapport sur les missions d'enquête » Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels (1998-1999) disponible sur INTERNET à <http://www.wipo.int/traditionalknowledge/report/index.html>.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>306</sup> *Idem.*

cette liste de catégories n'englobe pas, par exemple, les restes humains, les langues en général ou le « patrimoine » au sens large du terme et correspond ainsi à une conception moins holistique de la culture et du savoir traditionnel que celle utilisée par l'UNESCO. La relation entre les « connaissances traditionnelles » et le « folklore » à proprement parler s'en trouve obscurcie, les « expressions du folklore » étant assimilées à une sous-catégorie des connaissances traditionnelles. Il serait plus souhaitable de considérer le folklore et les connaissances traditionnelles comme les éléments d'une catégorie plus large du patrimoine immatériel. L'ambiguïté terminologique dans ce domaine, combinée avec l'emploi d'une multiplicité de termes<sup>307</sup>, ajoute à la complexité du sujet.

Conformément au *Programme et Budget* de l'OMPI pour l'exercice biennal 1998-1999, la Division des questions mondiales de propriété intellectuelle a été mise en place<sup>308</sup> pour aborder les questions concernant, entre autres, les droits de propriété intellectuelle pour de nouveaux bénéficiaires, la diversité biologique et la biotechnologie, ainsi que la protection des expressions du folklore. Cette Division avait également pour mission d'étudier la nécessité de définir des formes de protection (ainsi que leur nature et portée éventuelles), nouvelles ou adaptées, destinées aux expressions du folklore, et notamment l'élaboration d'un éventuel nouveau traité international. Au nombre des domaines couverts par le Programme général 11 figuraient la diversité biologique et la biotechnologie, la protection des expressions du folklore et les droits de propriété intellectuelle pour de nouveaux bénéficiaires. Pour ce qui est de cette dernière question, l'ECOSOC<sup>309</sup> et la Conférence des Etats parties à la Convention sur la diversité biologique<sup>310</sup> ont été parmi les institutions internationales qui ont demandé à l'OMPI de fournir des informations et des conseils techniques relatifs aux groupes qui n'ont qu'un accès limité ou nul au système de propriété intellectuelle. Le travail de l'OMPI dans les domaines des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions du folklore est né des activités mises en route dans le cadre de ce programme. Les principaux domaines d'activité ont été les suivants.

### *La diversité biologique et la biotechnologie*

Un Groupe de travail a été convoqué pour étudier les aspects de la biotechnologie et de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique touchant à la propriété intellectuelle, ainsi que les projets de documentation *in situ* des connaissances traditionnelles liées à la préservation, la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique en vue du partage équitable des avantages découlant de ces connaissances. La coopération avec le PNUE a été menée dans le cadre d'une étude sur le rôle des droits de propriété intellectuelle dans le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles connexes. Il est difficile de définir dans quelle mesure il est possible de présenter un plan de travail spécifique dans ce domaine étant

---

<sup>307</sup> L'OMPI, par exemple, emploie les expressions « connaissances, innovations et culture traditionnelles », « connaissances, innovations et pratiques traditionnelles », et « expressions du folklore » en rapport avec la catégorie générale des « connaissances traditionnelles ».

<sup>308</sup> Son objectif, ainsi que le décrit un document d'orientation de l'OMPI, est de relever les défis du système de propriété intellectuelle dans un monde en évolution rapide, ce qui exige un examen proactif des nouvelles modalités qui permettront au système de propriété intellectuelle de continuer à servir de moteur au progrès social, culturel et économique pour les différentes populations du monde.

<sup>309</sup> Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme (Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités).

<sup>310</sup> Atelier sur les *connaissances traditionnelles et la diversité biologique*.

donné la grande diversité des contextes dans lequel il sera appliqué<sup>311</sup>. A la suite des consultations avec les Etats membres<sup>312</sup>, il a été proposé qu'un organe soit créé au sein de l'OMPI pour faciliter ces travaux et que la réflexion englobe aussi, en plus de la question des ressources génétiques, les résultats des travaux déjà menés par l'OMPI dans les domaines connexes que sont les connaissances traditionnelles et les expressions du folklore<sup>313</sup>.

### *Protection des expressions du folklore*

Le travail de l'OMPI sur les expressions du folklore, considéré comme un sous-ensemble des connaissances traditionnelles, a débuté en coopération avec l'UNESCO en 1978 et a conduit, entre autres, à l'adoption des Dispositions types de 1982. Les activités qui figurent dans le programme de 1998/99<sup>314</sup> dans ce domaine ont englobé les Consultations régionales menées avec l'UNESCO et une mission d'enquête sur la gestion collective des expressions du folklore par les sociétés nationales de collecte. Au nombre des activités indiquées dans ce programme figurent : une formation spécialisée dans la définition et une étude documentaire du folklore ; la mise en place d'une aide juridique et technique pour la protection du folklore ; et le développement d'un régime juridique international efficace pour la protection des expressions du folklore. Trois des quatre Consultations régionales UNESCO-OMPI (1999) ont recommandé qu'un comité sur le folklore et les connaissances traditionnelles soit mis en place au sein de l'OMPI afin de faciliter le futur travail dans ce domaine.

### *Les connaissances traditionnelles*

« Les connaissances, innovations et créativité traditionnelles » sont apparues en 1997 comme un domaine essentiel pour l'OMPI en dépit d'une opposition latente de la part de plusieurs Etats préoccupés par la mise en péril du système traditionnel de la propriété intellectuelle, en particulier dans les domaines de la biotechnologie et de l'usage médicinal des plantes<sup>315</sup>. Toutefois, l'OMPI a également reconnu qu'elle ne peut répondre aux multiples attentes et besoins dans ce domaine et qu'elle doit ainsi collaborer avec d'autres organisations compétentes<sup>316</sup>. Il convient de noter, cependant, que l'OMPI elle-même conteste l'efficacité des mécanismes de propriété intellectuelle prévus pour protéger les éléments des

---

<sup>311</sup> Il ne sera toutefois peut être pas possible de donner des conseils spécifiques d'application générale sur l'approche à adopter vis-à-vis des droits de la propriété intellectuelle dans le cadre des dispositions sur l'accès et le partage des avantages prévues pour que ce dernier soit juste et équitable au sens où l'entend la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique. La diversité des situations juridiques, économiques, sociales, culturelles et politiques entre et au sein des Etats ne permet pas l'élaboration de plans d'exécution prescriptifs dans ce domaine. (Le rapport synoptique, mentionné dans la note 304, p. 20)

<sup>312</sup> A la suite de la Conférence diplomatique pour l'adoption du Traité sur le droit des brevets, (11 mai-2 juin 2000), où une déclaration a été adoptée aux termes de laquelle « la réflexion menée par les Etats membres en ce qui concerne les ressources génétiques va se poursuivre à l'OMPI. La forme que prendront ces travaux sera laissée à la discrétion du Directeur général, qui consultera les Etats membres de l'OMPI. » (*op. cit.*, mentionné dans la note 303, p. 3).

<sup>313</sup> *Idem.*

<sup>314</sup> En 1998, il était en général convenu que le plan de travail de l'OMPI pour la protection du folklore devait s'élargir sensiblement pour s'étendre aux activités menées au niveau national, régional et international. (Selon le Rapport synoptique, mentionné dans la note 304, p.21).

<sup>315</sup> Entrevue avec M. R. Wilder, ex-Directeur du Bureau des affaires juridiques et structurelles, OMPI.

<sup>316</sup> Rapport synoptique, mentionné à la note 304, p.21.

connaissances traditionnelles, tels que les croyances spirituelles, les procédures de règlements des différends, les langues, les restes humains et les formes d'organisations sociales et politiques<sup>317</sup>.

Le travail de l'OMPI dans ce domaine a débuté en 1998-1999 avec l'organisation de deux Tables rondes sur la propriété intellectuelle et les connaissances traditionnelles<sup>318</sup>, et une série de neuf missions d'enquêtes sur les connaissances, innovations et cultures traditionnelles<sup>319</sup>. Ces dernières avaient pour objectif de repérer et d'explorer les besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle des nouveaux bénéficiaires, notamment les détenteurs des connaissances et innovations autochtones. La stratégie juridique déterminée consistait à développer et à expérimenter les instruments de la propriété intellectuelle existants axés sur la protection des connaissances traditionnelles<sup>320</sup> sur la base d'une approche fondée sur la demande. On a souligné la nécessité de créer un cadre international pour la protection des connaissances traditionnelles aux termes duquel ces dernières seraient protégées par tous les Etats signataires à l'instar de tout autre traité sur la propriété intellectuelle. Cependant, la mise en place d'un consensus multilatéral sur la base de normes internationales est apparue improbable dans le court terme et l'introduction d'un cadre international ne pourrait être décidée, a-t-il été ressenti, sans le développement de solutions réalistes au niveau national<sup>321</sup>. De nombreux Etats résistent à l'adaptation des réglementations de la propriété intellectuelle qui, leur semble-t-il, sape le système traditionnel de la propriété intellectuelle. De même, les Etats en développement risquent de rencontrer des problèmes avec les communautés autochtones et craignent de leur accorder davantage de droits culturels et économiques. Une plus grande connaissance du système de propriété intellectuelle est également nécessaire de la part des détenteurs des connaissances traditionnelles et l'OMPI peut fournir une aide technique à cet effet. Une autre question majeure que l'OMPI doit considérer dans le contexte des connaissances traditionnelles est le rôle du droit coutumier et sa relation avec le système moderne de protection de la propriété intellectuelle. Les activités prévues pour le programme de l'exercice biennal 2000-2001 englobent des études de faisabilité sur les conditions d'application des droits coutumiers dans le domaine de la protection des connaissances traditionnelles, ainsi que sur le mode de reconnaissance et d'utilisation du droit coutumier par le système de propriété intellectuelle en vue de gérer la relation avec les détenteurs de ces connaissances.

Lors de la session de l'Assemblée générale de l'OMPI en automne 2000<sup>322</sup>, il a été décidé la mise en place d'un Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore. Plusieurs Etats

---

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>318</sup> *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones* organisée du 23 au 24 juillet 1998 à Genève ; *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels* organisée à Genève, 1-2 novembre 1999.

<sup>319</sup> Au Pacifique Sud (juin 1998) ; en Afrique australe et orientale (septembre 1998) ; en Asie du Sud (septembre/octobre 1998) ; en Amérique du Nord (novembre 1998) ; en Amérique centrale (janvier 1999) ; en Afrique de l'Ouest (janvier/février 1999) ; dans les Etats arabes (février/mars 1999) ; dans les Caraïbes (mai/juin 1999) ; en Amérique du Sud (mai 1999).

<sup>320</sup> Ceci englobe : l'inscription au registre du commerce de marques commerciales collectives et homologuées ; la prévention d'inscription illicite au registre du commerce de noms traditionnels culturellement offensante ; l'inscription au registre du commerce d'indications géographiques ; l'indication sur les demandes de brevet que les connaissances traditionnelles ont été acquises avec le consentement préalable donné en connaissance de cause du pays d'origine ; la protection, par le droit d'auteur, d'œuvres orales ; la protection de la documentation sur les connaissances traditionnelles par la protection de bases de données originales ou non-originales ; la protection des « droits moraux » des détenteurs de connaissances traditionnelles ; et la protection des connaissances traditionnelles à travers la protection des droits des interprètes.

<sup>321</sup> Rapport synoptique, mentionné dans la note 304, p.18.

<sup>322</sup> 26<sup>e</sup> session (12<sup>e</sup> session extraordinaire), du 25 septembre au 3 octobre 2000.

désireraient que ce Comité limite son action à celle d'un forum où seraient débattues les questions pertinentes et qu'il ne soit pas habilité à proposer l'élaboration de tout instrument international. D'autres Etats, en revanche, désirent que l'action de ce Comité se tourne vers la création de propositions axées sur la protection juridique du patrimoine immatériel<sup>323</sup>. Les trois premiers thèmes débattus par le Comité portent sur les questions de propriété intellectuelle qui se posent dans le contexte de : l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages ; la protection des connaissances traditionnelles, qu'elles soient ou non associées avec ces ressources ; et la protection des expressions du folklore. Il a été signalé que chacun de ces thèmes s'étend à l'ensemble des branches traditionnelles du droit de la propriété intellectuelle et ne cadre ainsi pas aisément avec les attributions de chaque organe existant de l'OMPI<sup>324</sup>, ce qui exige la mise en place d'un nouveau Comité intergouvernemental. A l'évidence, cette action a des incidences sur l'ensemble du travail prévu par l'UNESCO dans le domaine du « folklore » et des connaissances traditionnelles. Si l'UNESCO doit mettre au point un nouvel instrument normatif qui s'étende aux connaissances traditionnelles dans le champ précis de la protection, l'Organisation ne saurait chercher à employer des mécanismes juridiques de protection des droits de propriété intellectuelle dans ce domaine<sup>325</sup>.

## 5. Patrimoine culturel autochtone

### 5.1 Introduction et définitions

Le patrimoine culturel des populations autochtones et sa protection constituent un aspect de la question plus large de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel que la Recommandation de 1989 n'a pas abordé de manière explicite. La mission de l'UNESCO qui vise à protéger et à sauvegarder chaque culture et à garantir le droit de chaque peuple, notamment les populations autochtones, de développer sa culture est clairement définie dans la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale (1966)<sup>326</sup>. La Décennie internationale des populations autochtones s'achève en 2004 et l'UNESCO s'applique

---

<sup>323</sup> Rapport de mission de M. S. Abada (Responsable de la Division du droit d'auteur) soumis à la 25<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale de l'OMPI, à Genève, 25 septembre-3 octobre 2000, où il déclare qu'il a approuvé la création de ce Comité intergouvernemental qui, selon lui, constitue un moyen utile pour permettre aux pays en développement d'élaborer des approches législatives adaptées à la protection du patrimoine culturel traditionnel. Il a également signalé que cette initiative pourrait être une manière positive de relancer le débat sur une protection internationale efficace de ce patrimoine. Il a ajouté que l'UNESCO est disposée à collaborer étroitement avec l'OMPI dans ce domaine où les mandats respectifs des deux Organisations sont complémentaires, en rappelant que le Directeur général de l'UNESCO est personnellement attaché à la question de la promotion de la protection juridique et de la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire comme patrimoine commun de l'humanité.

<sup>324</sup> Comité permanent du droit des brevets ; Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques ; Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes ; Comité permanent des techniques de l'information.

<sup>325</sup> Il importe d'étudier, comme un possible modèle à suivre par l'UNESCO, la relation que l'OMPI entretient avec la Conférence des Etats parties à la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique de 1992 où les aspects de la propriété intellectuelle mentionnés dans l'Article 8(j) et les dispositions correspondantes (traitant de l'accès et du partage des avantages dans le domaine des ressources génétiques) ont été effectivement confiés à l'OMPI en tant qu'organisation spécialisée dans ce domaine.

<sup>326</sup> L'Article 1 se lit comme suit : « 1. Toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées. 2. Tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture. 3. Dans leur variété féconde, leur diversité et l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres, toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité ».

actuellement dans ce domaine à mettre en œuvre des programmes sur les questions relatives aux populations autochtones s'étendant à tous les secteurs des activités de l'Organisation, ainsi qu'une politique spécifique axée sur une approche intersectorielle des droits des populations autochtones. Cette action devra être prise en considération lors de la planification du travail à venir dans le domaine de la protection internationale du patrimoine culturel immatériel au sein de l'Organisation, et pourrait bien servir de modèle à suivre en matière d'approche intersectorielle.

En abordant la question des populations autochtones et de leur patrimoine, nous devrions dans un premier temps saisir ce que recouvre ce terme. La définition donnée par J.R. Martinez Cobo dans son rapport pour l'ECOSOC<sup>327</sup> est la définition pratique utilisée par l'UNESCO et les autres institutions des Nations Unies :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. »

La « continuité historique » mentionnée peut désigner l'influence continue de plusieurs facteurs sur une longue période jusqu'à nos jours, l'un d'entre eux étant la culture en général, ou ses manifestations spécifiques (telles que la religion, le mode de vie d'un système tribal, l'appartenance à une communauté autochtone, la tenue vestimentaire, les moyens de subsistance, le style de vie, etc.). La langue est également signalée comme l'un des facteurs de cette continuité historique. Au reste, le Rapport définit les actions que les Etats devraient mener pour sauvegarder et promouvoir les langues autochtones, telles que la garantie de l'accès aux moyens de communication, l'éducation dans la langue maternelle et l'enregistrement des langues, et ce, afin de les préserver en même temps que les traditions orales connexes<sup>328</sup>. Ainsi définies, les langues autochtones sont parlées par quelque 350 millions d'individus issus de peuples autochtones dans plus de 70 pays. Ils sont fréquemment

---

<sup>327</sup> Martinez Cobo, J. R. *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, (Nations Unies, New York, 1987) [Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4]. La Sous-Commission de lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, UCHCR, Genève aux paragraphes 379 et 380. La Convention de l'OIT n° 169, mentionnée dans la note 316 ci-dessus, entend par peuples indigènes les peuples « qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » ; en outre « Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental » dans la définition des peuples indigènes en tant que tels. (Art.1(1)(b) et (2)). Il conviendrait de signaler cependant que la définition des NU ne se réfère qu'aux groupes qui se sont définis comme « indigènes » en vue d'entrer dans le cadre des activités des Nations Unies et non pas de manière générale aux habitants originaires d'un endroit donné.

<sup>328</sup> *Ibid.*, paragraphe 464 : « Suivant les circonstances, les enregistrements sonores sont particulièrement indiqués pour perpétuer les histoires, les contes, les traditions, l'histoire, les activités culturelles, les représentations théâtrales et toute autre forme d'expression en langues autochtones. ».

marginalisés socialement, culturellement et économiquement et leurs droits humains et culturels sont niés. Ils sont également les dépositaires de l'essentiel de la diversité culturelle du monde<sup>329</sup>.

Daes<sup>330</sup> propose une définition du « patrimoine » dans le contexte du patrimoine culturel autochtone qui donne un aperçu clair du large champ couvert par ce concept et des instruments internationaux qui présentent un intérêt pour sa protection, de la Convention mondiale de l'UNESCO de 1972 à la Convention des NU sur la diversité biologique de 1992.

« On entend par patrimoine tout ce qui est propre à l'identité d'un peuple et tout ce qu'il lui appartient, s'il le souhaite, de partager avec d'autres peuples. Ce terme s'entend aussi de tout ce que le droit international considère comme le fruit de la pensée et de l'ouvrage des hommes - chansons, histoires, savoir scientifique et objets d'art - et ce qu'ont légué le passé et la nature : restes humains, caractéristiques naturelles d'un paysage, espèces végétales et animales naturelles auxquelles un peuple est lié de longue date. »

Cette définition souligne également le rôle crucial du patrimoine dans la création et l'affirmation de l'identité des peuples. Daes poursuit en signalant que la distinction traditionnellement établie entre la propriété culturelle et la propriété intellectuelle est artificielle du point de vue des populations autochtones<sup>331</sup>. Ces dernières ne considèrent pas leur patrimoine en termes de propriété - une idée sur laquelle repose traditionnellement la protection du patrimoine culturel - mais plutôt en termes de responsabilité individuelle et communautaire. Pour les populations autochtones, ce patrimoine est « un faisceau de liens plutôt qu'un ensemble de droits économiques »<sup>332</sup>. Un autre point indiquant d'éventuels pièges à éviter lorsqu'il s'agit d'apporter une protection juridique internationale de leur patrimoine, est qu'il est très difficile de séparer le problème du patrimoine culturel de la question des droits sur la terre et de l'autodétermination des populations autochtones<sup>333</sup>. A l'évidence, cet aspect sera problématique pour nombre de pays qui comptent d'importantes populations autochtones, et dont la majorité sont des pays en développement intéressés en général par le développement de la protection du patrimoine immatériel.

---

<sup>329</sup> Selon D.A. Posey, neuf pays représentent 60 % de l'ensemble des langues et, entre 4000 et 5000 des 6000 langues parlées dans le monde sont autochtones, ce qui souligne le fait que les populations autochtones constituent l'essentiel de la diversité culturelle du monde. « Les droits culturels peuvent-ils protéger le savoir culturel traditionnel et la diversité biologique ? » dans : Niec H. 1998. *Pour ou contre les droits culturels*. Editions de l'UNESCO, p.44.

<sup>330</sup> Daes, E-I. *op. cit.*, mentionné dans la note 65, au paragraphe 25.

<sup>331</sup> E-I Daes donne l'exemple des peuples de la côte pacifique du nord-ouest du continent américain pour qui les chansons, histoires et créations qui se rapportent au saumon forment tous des domaines étroitement liés à leur patrimoine.

<sup>332</sup> *Ibid.*, paragraphe 26.

<sup>333</sup> *Ibid.*, paragraphe 4 : « La protection de la propriété culturelle et intellectuelle dépend pour l'essentiel de l'exercice des droits territoriaux et du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes. La connaissance des valeurs traditionnelles, l'autonomie interne ou locale, l'organisation sociale, la gestion des écosystèmes, la préservation de l'harmonie entre les peuples et le respect de la terre sont consacrés dans les arts, chansons, poésie et littérature qui doivent être appris et renouvelés de génération en génération par les enfants autochtones. ».

## 5.2 Activités des organisations internationales et autres

### *Conseil économique et social (HCDH)*

En 1971, la Sous-Commission des Nations Unies de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités s'est vu confier la mission de conduire une « Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones » sous la direction du Rapporteur spécial Martinez Cobo. Cette étude a marqué un tournant dans les activités des NU en introduisant les droits des populations autochtones dans le débat international et en définissant la mission dont il fallait s'acquitter et les questions à aborder. Il en est résulté la création d'un Groupe de travail des NU sur les populations autochtones, au sein de la Sous-commission, composé de cinq membres désignés par roulement parmi 26 personnes. Ce groupe s'est vu confier la double mission d'examiner l'évolution de la question des populations autochtones et de décider s'il était nécessaire de formuler des normes de protection de leurs droits<sup>334</sup>. Cette initiative s'est avérée être un grand succès qui a conduit à la création d'un forum de discussions avec les populations autochtones elles-mêmes dont quelque 1000 représentants étaient venus assister aux réunions, la majorité desquels n'appartenait pas au système des ONG. Ces discussions ont été à l'origine des travaux les plus récents en matière de patrimoine des populations autochtones et de la prise de conscience de la nécessité d'élaborer de nouvelles normes, les droits de l'homme existants étant essentiellement des droits individuels qui ne répondent pas aux besoins des populations autochtones.

Ces délibérations de grande envergure ont conduit à la rédaction d'un projet de Déclaration des droits des peuples autochtones des Nations Unies (1994/5)<sup>335</sup>, et à une plus grande légitimité de l'action entreprise grâce à la participation directe des populations autochtones. Le Préambule se fait l'écho de la Déclaration de l'UNESCO de 1966 en déclarant que « ... tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures qui constituent le patrimoine commun de l'humanité ». Y sont affirmés les droits des populations autochtones de maintenir et de renforcer leurs spécificités d'ordre politique, économique, social et culturel, ainsi que leurs systèmes juridiques, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'Etat<sup>336</sup>. D'autres droits cités relatifs à la protection du patrimoine autochtone englobent : le droit d'exercer et de revitaliser leurs traditions et leurs habitudes culturelles<sup>337</sup> ; de manifester, pratiquer, promouvoir et enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé<sup>338</sup> ; de revivifier, d'utiliser, de développer et de

---

<sup>334</sup> *Ibid.*, E-I Daes affirme qu'un objectif primordial de l'étude était d'offrir un cadre à l'élaboration appropriée de mesures normatives et internationales, par les organes des NU, en coopération avec les populations autochtones par la rédaction, la promulgation et la publication d'une législation internationale modèle, ainsi que d'autres mesures visant à apporter une aide immédiate aux populations autochtones face aux menaces croissantes et généralisées qui pèsent sur l'intégrité de leurs traditions et valeurs culturelles, spirituelles, religieuses, artistiques et scientifiques.

<sup>335</sup> UN Docs.E/CN.4/1995/2 et E/CN.4/Sub.2/1994/56, p. 105.

<sup>336</sup> Article 4.

<sup>337</sup> L'Article 12 continue : « ... le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leurs cultures, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et les arts du spectacle et la littérature. Ils ont aussi droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes. ».

<sup>338</sup> Article 13.

transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales<sup>339</sup> ; et d'exercer leurs médecines traditionnelles et d'observer leurs règles d'hygiène<sup>340</sup>. Y est également affirmé leur droit de prendre des mesures spéciales destinées à leur permettre de contrôler, de développer et de protéger leurs sciences, leurs techniques et les manifestations de leur culture. Des droits énoncés dans ce projet de Déclaration<sup>341</sup>, deux seulement, qui concernent les individus par opposition aux droits collectifs, ont été à ce jour promulgués, ce qui montre combien il est difficile de persuader les Etats d'accepter l'idée de reconnaître les droits de l'homme collectifs.

En 1995, les Principes et Directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones<sup>342</sup> ont été adoptés par l'ECOSOC. Ils posent en principe général qu'une protection efficace du patrimoine autochtone profite à l'ensemble de l'humanité et que la diversité culturelle est essentielle à la capacité d'adaptation et à la créativité de cette dernière<sup>343</sup>. Au nombre des principes spécifiques qu'il convient de signaler figurent : la reconnaissance du rôle des populations autochtones en tant que principaux interprètes et gardiens de leur patrimoine culturel ; la reconnaissance et le respect de leurs coutumes, règles et traditions en vue de la transmission de leur patrimoine culturel ; le caractère collectif, permanent et inaliénable de la propriété et de la garde de ce patrimoine ; le principe du consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, des détenteurs traditionnels de ce patrimoine comme condition préalable à l'enregistrement, l'étude, l'utilisation ou l'exposition de ce dernier ; le caractère révocable de tout accord portant sur ce patrimoine et la reconnaissance du droit de ces peuples d'être les principaux bénéficiaires de toute application commerciale découlant de ce patrimoine<sup>344</sup>. Les Directives demandent que les propriétaires de ce patrimoine soient désignés conformément aux coutumes, lois et pratiques<sup>345</sup> propres aux populations autochtones qui détermineront l'approche à adopter pour toute protection juridique de ce patrimoine. Cette approche remet en question la notion traditionnelle du patrimoine culturel défini comme un bien dont le propriétaire est identifiable, qu'il s'agisse d'un Etat ou d'un individu, et non comme un patrimoine détenu collectivement. Elle accorde également une valeur au droit coutumier qui est digne d'intérêt. Les Directives portent également sur la transmission du patrimoine autochtone et sur les politiques à adopter au niveau national à cet effet<sup>346</sup>, la récupération et la restitution du patrimoine (notamment les restes humains), le type de législation nationale à élaborer en vue de sa protection<sup>347</sup>, l'action des chercheurs et des institutions<sup>348</sup>, les activités du monde des

---

<sup>339</sup> Article 14 : « Le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leurs systèmes d'écriture et leur littérature ... ».

<sup>340</sup> Article 14.

<sup>341</sup> Articles 5 et 43.

<sup>342</sup> UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1995/26 Annexe 1, juin 1995.

<sup>343</sup> Principe 1.

<sup>344</sup> Principes 3, 4, 5, 9 et 10.

<sup>345</sup> Directive 13.

<sup>346</sup> L'accent est encore mis sur l'appui aux moyens de transmission traditionnellement employés par les propriétaires traditionnels et l'incorporation de ces règles dans le système juridique national (Directive 14).

<sup>347</sup> Notamment, le refus de reconnaître des droits d'auteur ou l'obtention des brevets sans preuve documentaire du consentement libre et en toute connaissance de cause des propriétaires ; la garantie de la dénomination et l'attribution correcte des œuvres du patrimoine chaque fois qu'elles sont publiquement exposées ; la garantie de l'utilisation des langues traditionnelles dans l'enseignement, les arts et les moyens de communication de masse, etc. ; l'application de mesures immédiates pour recenser les sites sacrés et cérémoniels et la protection de ces derniers contre les incursions ou les utilisations non autorisées. (Directives 26 - 31).

<sup>348</sup> Telles que : des inventaires exhaustifs du patrimoine culturel des peuples autochtones et toute la documentation dont elles disposent ; le retour du patrimoine autochtone aux propriétaires traditionnels qui en font la demande ; et la promotion de règles éthiques conformes aux présentes directives (Directives 32, 33 et 39).

affaires et de l'industrie<sup>349</sup>, les artistes, les écrivains et les interprètes, l'information et l'éducation du public et le rôle des organisations internationales.<sup>350</sup>

### *Organisation internationale du travail (OIT)*

La Convention de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989)<sup>351</sup> est un texte d'une grande importance relativement aux droits des populations autochtones. Cette Convention répond à la demande des populations autochtones en matière de droits collectifs dont les bénéficiaires ne sont pas des individus mais des communautés traditionnelles. Même si le champ de cette Convention dépasse largement le cadre de la protection du patrimoine des populations autochtones, elle contient des dispositions d'une grande importance pour cette dernière dans la mesure où elle signale un élément essentiel de l'identité des peuples et de l'affirmation de leurs droits. L'action du gouvernement visant à protéger les droits des peuples indigènes et tribaux devrait s'étendre à la promotion du plein exercice de leurs droits sociaux, économiques et culturels « dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions »<sup>352</sup>. Cette promotion aurait une incidence sur la sauvegarde du patrimoine immatériel grâce à l'appui aux communautés qui le créent et l'entretiennent. L'importance économique des produits artisanaux, des connaissances et des procédés traditionnels y est reconnue de manière explicite pour des raisons culturelles et économiques :

« L'artisanat, les industries rurales et communautaires, les activités relevant de l'économie de subsistance et les activités traditionnelles des peuples intéressés, telles que la chasse, la pêche, la chasse à la trappe et la cueillette, doivent être reconnus en tant que facteurs importants du maintien de leur culture ainsi que de leur autosuffisance et de leur développement économiques. »

Obligation est faite aux gouvernements de renforcer et de promouvoir ces activités<sup>353</sup>. Les gouvernements sont également tenus de reconnaître et de protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples en application de cette Convention, ainsi que de respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples<sup>354</sup>. En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier dès lors qu'ils ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux<sup>355</sup>. Il est essentiel que les coutumes et droits coutumiers du pays n'aillent pas à l'encontre des droits fondamentaux (tels que définis par le système juridique national ou par les droits de l'homme reconnus au niveau international) si

---

<sup>349</sup> Outre l'obligation faite aux chercheurs de respecter les directives, ces dernières déclarent qu'il faudrait convenir d'un moratoire pour ce qui est des contrats avec les peuples autochtones destinés à obtenir des droits de découverte et d'enregistrement d'espèces non encore répertoriées « aussi longtemps que les peuples et communautés autochtones ne seront pas eux-mêmes capables de maîtriser le processus de recherche et d'y collaborer » (Directive 49).

<sup>350</sup> Ceci englobe : l'accès direct des peuples autochtones à toutes les négociations portant sur les droits de propriété intellectuelle ; l'établissement d'une liste confidentielle des sites sacrés et cérémoniels qui exigent des mesures spéciales de protection et de conservation et l'assurance d'une assistance financière et technique aux peuples autochtones à cette fin ; et l'établissement d'un fonds d'affectation spéciale ayant pour mandat de recueillir, à l'échelle mondiale, les indemnités versées pour l'utilisation, sans leur consentement ou de manière inappropriée, du patrimoine des peuples autochtones, et de les aider à développer leur capacité institutionnelle pour défendre leur propre patrimoine (Directives 56, 57 et 58).

<sup>351</sup> Convention 169 de l'OIT, 27 Juin 1989.

<sup>352</sup> Article 2.

<sup>353</sup> Article 23.

<sup>354</sup> Article 5.

<sup>355</sup> Article 8.

l'on veut épargner à ce texte le reproche de défendre des pratiques culturelles contraires aux droits de l'homme. C'est un point que tout nouvel instrument de l'UNESCO doit également prendre en considération. L'importance de préserver et de promouvoir le développement et la pratique des langues autochtones y est également signalée<sup>356</sup> ainsi que l'opportunité de prendre des mesures spéciales de caractère éducatif et de mettre en œuvre des programmes de formation en vue d'éliminer les préjugés en tenant compte du contexte économique, social et culturel des populations autochtones<sup>357</sup>.

#### *Autres organes des Nations Unies*

En 1992, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et Action 21<sup>358</sup> se sont efforcés d'incorporer les droits des populations autochtones dans le programme plus large d'une stratégie environnementale et d'un développement durable au niveau mondial. Cette prise en compte de l'importance des connaissances, innovations et pratiques autochtones dans le développement économiquement viable est soulignée dans l'Article 8(j) et dans les dispositions correspondantes de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique de 1992 (voir ci-dessous). Une recommandation de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993) a conduit à la proclamation, par l'Assemblée générale des NU, de la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004)<sup>359</sup>. Lors de la Conférence mondiale, plusieurs Etats comme la Colombie, la Finlande, la Norvège, la Fédération de Russie et la Suède ont signalé la contribution des populations autochtones et de leurs cultures à leurs sociétés et à la construction de leur identité nationale. Le Sommet mondial pour le développement social en 1995<sup>360</sup> a également signalé la nécessité pour les gouvernements de reconnaître l'identité culturelle des peuples autochtones et leur droit de la maintenir et de la développer tout en respectant leurs traditions et leurs valeurs culturelles.

Les droits des sélectionneurs de végétaux et des fermiers ont été reconnus au niveau international en 1989 à l'issue des négociations organisées par la Commission des ressources phytogénétiques de la FAO. C'est à cette occasion que les fermiers (souvent autochtones) se sont vu reconnaître le rôle novateur qu'ils jouent dans la conservation et le développement des ressources génétiques, ainsi que le droit d'en tirer avantage<sup>361</sup>, lequel a été néanmoins conféré aux gouvernements et non aux fermiers eux-mêmes. En outre, la révision de l'UPOV de

---

<sup>356</sup> Article 28.

<sup>357</sup> Articles 22 et 31.

<sup>358</sup> Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro (1992). Le Chapitre 26 d'Action 21 déclare que : « la reconnaissance et le renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés » souligne la nécessité de reconnaître les valeurs traditionnelles, la connaissance des peuples autochtones et la relation qu'ils entretiennent avec la Terre. Le Principe 22 de la Déclaration de Rio demande aux Etats de « reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, et de leur accorder tout l'appui nécessaire. ».

<sup>359</sup> L'Article 31 de la Résolution 163 adoptée à la 48<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations Unies (21 décembre 1993) signale que « la Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux Etats de garantir la libre participation de ces populations à tous les aspects de la vie sociale, en particulier dans les domaines qui les intéressent ».

<sup>360</sup> La Conférence a déclaré que les gouvernements s'engageront à « reconnaître et à respecter le droit des populations autochtones à maintenir et à développer leur identité, culture et intérêts » et à témoigner du respect à « leur identité, leurs traditions, les formes d'organisation sociale qu'elles se sont données ainsi que leurs valeurs culturelles. » 6-12 mars 1995, Copenhague, Danemark.

<sup>361</sup> La Résolution de la Conférence de la FAO se réfère aux « droits que confèrent aux agriculteurs et particulièrement à ceux des centres d'origine et de diversité des ressources phytogénétiques, leurs contributions passées, présentes et futures à la conservation, l'amélioration et la disponibilité des ces ressources. » [FAO Doc.Conf.Res.5/89, 1989].

1991<sup>362</sup> autorise l'octroi de brevets et reconnaît les droits des sélectionneurs de végétaux sur les variétés de plantes, renforçant les droits de ces derniers par rapport à ceux des fermiers. Dans les faits, ceci met un terme à leur droit traditionnel et à leurs pratiques habituelles de stockage, d'échange et d'utilisation des graines et des produits de vente sur le marché traditionnel et sacrifie un mode de vie traditionnel. La protection accordée conformément aux droits des sélectionneurs de végétaux exige qu'un échantillon de la variété de plante en question soit déposé et que son caractère stable et homogène soit démontré par des essais répétés de reproduction, ce qui dans les faits exclut l'essentiel des communautés autochtones du bénéfice de ce droit. Ainsi, semble-t-il, le meilleur moyen actuellement accessible aux populations autochtones pour sauvegarder leurs connaissances environnementales, médicinales, agricoles et spirituelles traditionnelles consiste tout simplement à les dissimuler à moins que ne soient conclus des accords de licence garantissant la confidentialité et le partage des avantages économiques découlant de ces connaissances.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966<sup>363</sup> affirme le droit des groupes autochtones de maintenir et de développer librement leurs identités culturelles. Son affirmation du droit des minorités de profiter de leur propre culture, de pratiquer leur religion et d'employer leur propre langue a également une incidence directe sur le patrimoine autochtone<sup>364</sup>. C'est sur la base de cette norme de l'intégrité culturelle<sup>365</sup> qu'ont été prises les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (OEA) en faveur des populations autochtones. Par exemple, dans le cas des Yanomami du Brésil, la Commission de l'OEA a invoqué l'Article 27 du PIDCP pour justifier le fait que le droit international reconnaît le droit des groupes ethniques de bénéficier d'une protection spéciale dans l'emploi de leur langue, l'exercice de leur religion et autres caractéristiques essentielles à la préservation de leur identité culturelle<sup>366</sup>. Le projet de Déclaration interaméricaine sur les droits des populations autochtones (OEA, 1995) affirme également leur droit à l'intégrité culturelle<sup>367</sup>.

Les questions qui revêtent une grande importance pour le patrimoine des populations autochtones et qui sont liées à l'intégrité culturelle portent, par exemple, sur leurs objets d'art, chants, histoires, restes humains, traditions orales, connaissances scientifiques et techniques,

---

<sup>362</sup> L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales adoptée en 1961 par un petit nombre d'Etats industrialisés et révisée en 1972, 1978 et 1991. Voir : Nijar. *op. cit.*, mentionné dans la note 282, p. 5.

<sup>363</sup> La Résolution 2200A de la XXIIe session de Assemblée générale des Nations Unies, *GAOR Supp.* No.16 (1966) 52.

<sup>364</sup> L'Article 27 porte que : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. ».

<sup>365</sup> Alors que la communauté internationale en est arrivée à accorder aux cultures autochtones une valeur égale aux autres, la législation sur l'intégrité culturelle a fini par reconnaître la nécessité d'appliquer des mesures concrètes visant à venir en aide aux groupes autochtones afin de remédier aux préjudices subis par leur survie culturelle par le passé et d'éliminer toute menace dans ce domaine. Anaya S. J. 1996. *Indigenous Peoples in International Law*. [Les peuples autochtones dans le Droit international] Oxford University Press, p. 102.

<sup>366</sup> *Ibid.*, voir p. 103 pour d'autres détails et exemples. La Commission de réforme du droit australien a déclaré en 1986 que reconnaître le droit coutumier d'un groupe comme un aspect de la culture de ce groupe était compatible avec l'esprit de l'Article 27 du PIDCP. Aussi le droit australien intègre-t-il le droit coutumier des aborigènes dans sa législation relative à la protection du patrimoine culturel.

<sup>367</sup> Les Etats respecteront l'intégrité culturelle des populations autochtones, leur développement dans leurs habitats respectifs et leur patrimoine historique et archéologique, essentiels pour l'identité des membres de leurs groupes ainsi que pour la survie de leur ethnie... Les Etats reconnaîtront et respecteront les coutumes qui se rapportent aux styles de vie des peuples autochtones, à leurs traditions, à leurs formes d'organisation sociale, à l'utilisation de leurs vêtements, à leurs langues et dialectes. OEA. Doc.OEA/ser/L/V/II.90 rev.1 (1990) à l'Article VII.

et cérémonies. L'interrelation entre la norme de l'intégrité culturelle et les questions d'auto-détermination et des droits sur la terre peut s'avérer très problématique<sup>368</sup>. La mauvaise volonté des gouvernements à reconnaître ces droits connexes milite puissamment contre toute tentative visant à affirmer la norme de l'intégrité culturelle dans la seule perspective du patrimoine culturel.

### *La Déclaration de Mataatua*<sup>369</sup>

La Déclaration de Mataatua porte sur les connaissances traditionnelles et la propriété culturelle des populations autochtones et sur leurs droits dans ce domaine. Le Préambule déclare que les populations autochtones sont capables de gérer leurs connaissances traditionnelles tout en étant disposées à l'offrir à l'ensemble de l'humanité dès lors que leurs droits fondamentaux de les définir et de les contrôler sont garantis au niveau international. Il insiste également sur le fait que les premiers bénéficiaires des « droits de propriété culturelle et intellectuelle » en matière de connaissances autochtones doivent être les descendants autochtones directs des créateurs et des détenteurs de ces connaissances.

Les populations autochtones recommandent, entre autres, l'élaboration d'un code d'éthique pour l'enregistrement des connaissances traditionnelles et coutumières, et le développement et la pérennité des pratiques traditionnelles, ainsi que des sanctions visant à garantir la protection, la préservation et la revitalisation de la propriété culturelle et intellectuelle traditionnelle<sup>370</sup>. Elles demandent aux gouvernements de reconnaître leur statut de gardiens des connaissances traditionnelles, leur droit de contrôler la diffusion de ces dernières et de créer de nouvelles connaissances à partir de leurs traditions culturelles<sup>371</sup>. Elles demandent également aux gouvernements et aux institutions internationales de prendre conscience des insuffisances des mécanismes de protection existants et d'accepter que les droits de propriété intellectuelle et culturelle en matière de connaissances autochtones soient accordés à ceux qui les ont créées<sup>372</sup>. Les gouvernements et les institutions internationales sont engagés à élaborer un nouveau régime juridique qui reconnaisse aux populations autochtones leurs droits en matière de propriété culturelle et intellectuelle<sup>373</sup>.

---

<sup>368</sup> Comme dans l'Article 13(1) de la Convention 169 de l'OIT.

<sup>369</sup> *Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones* mentionnée dans : O'Keefe. 1995. « Cultural agency/cultural authority: politics and poetics of intellectual property in the post-colonial era » 4(2) *Int.J.Cult.Property* 383. D'autres déclarations similaires peuvent être mentionnées dans ce contexte : la Déclaration de Santa Cruz (1994) adoptée lors d'une réunion régionale sur la propriété intellectuelle des populations autochtones ; la Déclaration de Temuco-Wallmapuche (1994) ; la Déclaration de Julayinbul sur les droits de propriété intellectuelle des indigènes adoptée le 27 novembre 1993, Jingarra, Australie ; et la Déclaration de Suva (*op. cit.* dans la note 76).

<sup>370</sup> Points 1.3 et 1.6.

<sup>371</sup> Points 2.1 et 2.2.

<sup>372</sup> Points 2.3 et 2.4.

<sup>373</sup> Point 2.5. Ce nouveau régime s'appliquera aux biens relevant de la propriété tant collective que privée ; il couvrira rétroactivement les œuvres historiques ; il assurera la protection des objets ayant une valeur culturelle contre toute forme de dégradation ; il couvrira plusieurs générations.

### 5.3 Convention des NU sur la diversité biologique (1992)

Les connaissances traditionnelles des communautés autochtones sont étroitement liées à la diversité biologique (« biodiversité »)<sup>374</sup>. Cette convention est le seul instrument international juridiquement contraignant qui fait explicitement mention de la protection des connaissances traditionnelles. Les connaissances traditionnelles des populations autochtones, et d'autres peuples locaux, relatives aux pratiques et innovations forestières, agricoles et halieutiques, par exemple, assurent la persistance des ressources environnementales en question, leur durabilité ainsi que la survie des peuples eux-mêmes et la pérennité de leur mode de vie. En 1992, la Déclaration de Rio<sup>375</sup> a placé les êtres humains au centre des questions sur le développement durable en signalant que les communautés autochtones et locales jouent un rôle essentiel dans la gestion et le développement de l'environnement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles<sup>376</sup>.

En s'adressant à la Conférence générale en 1999<sup>377</sup>, M. Mayor, alors Directeur général de l'UNESCO, a signalé que la sauvegarde de la diversité culturelle - sur le plan linguistique, idéologique et artistique - est indispensable à la santé spirituelle de l'humanité et que la protection de la diversité biologique l'était tout autant à sa santé physique. Non seulement la survie de la biodiversité dépend de la survivance des cultures (autochtones) qui la soutiennent par des pratiques et innovations mises au point à partir des connaissances traditionnelles, mais la diversité culturelle de ces dernières est aussi importante pour l'humanité que la diversité biologique. Pour cette raison, il conviendrait que les Etats appuient l'identité, la culture et les intérêts des communautés autochtones, notamment la préservation de leur patrimoine culturel.

La Convention des NU sur la diversité biologique de 1992 insiste sur le rôle important des connaissances et innovations traditionnelles des communautés autochtones et locales dans l'utilisation durable des ressources naturelles et la préservation de la biodiversité<sup>378</sup>. La Convention des Nations Unies sur la diversité biologique donne un rôle primordial à la conservation *in situ* des ressources biologiques qui suppose alors la préservation du mode de vie et du savoir-faire des détenteurs de traditions. Ceci est énoncé dans l'Article 8(j) qui demande que chaque partie contractante, dans la mesure du possible :

« sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintienne les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances. »

---

<sup>374</sup> Cette relation est particulièrement bien expliquée dans : Glowka L. *et al.* 1994. *Guide to the Convention on biological diversity*. Centre du droit de l'environnement de l'UICN, p. 48 : la perte de la diversité biologique déchire le tissu même de la diversité culturelle des hommes qui s'est développé en même temps que les communautés autochtones en dépendant de l'existence continue de ces dernières. Lorsque les communautés, les langues et les pratiques disparaissent en même temps que les peuples autochtones et locaux, c'est la vaste bibliothèque des connaissances accumulées parfois pendant des milliers d'années, qui est perdue à jamais.

<sup>375</sup> Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992.

<sup>376</sup> Principes 1 et 22.

<sup>377</sup> 29<sup>e</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO, Paris 12 novembre 1999.

<sup>378</sup> En se référant à « la valeur de la diversité biologique et de ses éléments constitutifs sur les plans [...] culturel, récréatif et esthétique », le Préambule déclare que la conservation est « une préoccupation commune à l'humanité ».

Une partie désireuse de satisfaire cette obligation doit repérer et éliminer les politiques qui ont une incidence négative sur la biodiversité et qui entraînent une dégradation de la diversité culturelle en encourageant par exemple des mesures d'incitation perverses favorisant la surexploitation et la suppression des pratiques traditionnelles<sup>379</sup>. Cette partie doit également promouvoir une application plus large des connaissances, pratiques et innovations traditionnelles<sup>380</sup> non sans le consentement et la participation des détenteurs de traditions en tant que communauté ou individus. Cet Article affirme, semble-t-il, que les détenteurs ont des droits sur leurs connaissances, innovations et pratiques même si ces dernières ne constituent pas forcément des droits de propriété intellectuelle en tant que tels. Le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique a décidé d'évaluer les insuffisances des régimes des droits de propriété intellectuelle et de formuler des directives et principes visant à donner des conseils sur la législation en matière de transfert des connaissances et d'accès dans le souci de protéger les communautés de détenteurs de traditions<sup>381</sup>. En accordant une grande importance au partage équitable des avantages provenant de l'utilisation de ces connaissances traditionnelles, la Convention reconnaît l'intérêt économique de ces connaissances et souligne combien il est difficile d'accorder des brevets qui s'y rapportent<sup>382</sup>. Il est nécessaire que les Etats parties formulent des politiques qui assurent la promotion d'une application plus large de ces connaissances tout en veillant au consentement de leurs détenteurs et au partage équitable des avantages découlant de leur utilisation<sup>383</sup>. La protection de l'utilisation traditionnelle des éléments de la diversité biologique conformément aux pratiques culturelles traditionnelles y est encouragée<sup>384</sup>. La législation et les gouvernements centralisés des Etats modernes vont à l'encontre de la poursuite de cette utilisation traditionnelle, les pratiques de chasse étant par exemple tenues pour du braconnage et les droits de propriété des communautés sur certaines ressources n'étant pas pris en considération. La Convention signale un mécanisme, à l'intention des pays développés, conçu pour apporter des ressources financières aux pays en développement afin d'y faciliter la mise en œuvre des engagements de la Convention<sup>385</sup>, une disposition importante qui fait écho au mécanisme financier de la Convention sur le patrimoine mondial de 1972.

---

<sup>379</sup> Article 11.

<sup>380</sup> Voir Article 17(2) et Article 18(4).

<sup>381</sup> Doc.UNEP/CBD/COP/3/22 (1997).

<sup>382</sup> L'article 16(5) oblige les gouvernements à veiller à ce que les brevets et autres droits accordés de la propriété intellectuelle s'exercent à l'appui et non pas à l'encontre des objectifs de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique. Il convient de mentionner la position du Conseil de l'Europe à ce sujet qui signale que le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques ne passe pas forcément par le brevetage de ces dernières mais exige de mettre en place un système équilibré de protection tant de la propriété intellectuelle que du patrimoine commun de l'humanité. Recommandation 1425 (1999) de l'Assemblée parlementaire sur la biotechnologie et la propriété intellectuelle (adoptée le 23 septembre 1999 à sa 30<sup>e</sup> séance) au Point 10.

<sup>383</sup> Les éventuelles actions axées sur cet objectif peuvent s'étendre à la législation, laquelle exigerait le consentement en connaissance de cause des détenteurs ainsi que le partage des avantages avec ces derniers, pour venir en aide aux communautés traditionnelles dans les domaines de la protection et du contrôle de leurs connaissances, dans la sensibilisation à l'intérêt de ces connaissances et dans l'élaboration des directives éthiques régissant leur collecte et leur diffusion.

<sup>384</sup> Article 10(c) se lit comme suit : « [Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible] protège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable ».

<sup>385</sup> Articles 20 et 21.

L'Article 8(j) et les dispositions s'y rapportant ont été réexaminés lors de la Conférence des Etats parties à la Convention (COP) réunie à Nairobi en mai 2000<sup>386</sup>. On y a signalé l'importance potentielle des systèmes *sui generis* et autres systèmes appropriés destinés à la protection des connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales. De même, la coopération avec l'OMPI dans l'étude des aspects de la Convention touchant aux droits de propriété intellectuelle y a été encouragée<sup>387</sup>. Cette action peut conduire à l'élaboration d'un nouveau traité sur les aspects des droits de propriété intellectuelle découlant de la protection des connaissances, innovations et pratiques en rapport avec la biodiversité ou à un nouveau Protocole à la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique. Les Etats ont été invités à promouvoir la préservation des identités culturelles (Point 16) et les mesures qui peuvent être prises à cet effet ont été énumérées<sup>388</sup>. L'OMC a également été invitée à prendre en compte et à examiner plus avant l'interrelation existant entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique<sup>389</sup>. Le Groupe de travail sur l'application de l'Article 8(j) et les dispositions correspondantes<sup>390</sup> s'est vu confier la tâche de formuler des directives dans le souci d'aider les Etats parties à élaborer une législation (qui pourrait faire intervenir des systèmes *sui generis*) ou d'autres mécanismes visant à faire appliquer l'Article 8(j) et les dispositions correspondantes. Il a également été demandé de dégager les concepts clés de cet Article et de ses dispositions connexes qui reconnaissent et protègent les droits des communautés autochtones et locales sur leurs connaissances traditionnelles.

Le Groupe de travail a adopté une approche holistique compatible avec les valeurs spirituelles et culturelles et les pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales. Même si l'Article 8(j) ne crée pas de droits pouvant être exercés par les populations autochtones, ces dernières n'en ont pas moins eu pour la première fois la possibilité d'ouvrir officiellement le débat sur ces questions au niveau international. En dépit de nombreux désaccords initiaux, la réunion de Nairobi est parvenue à une forme de consensus dans un domaine extrêmement compliqué<sup>391</sup>. Ce qui importe alors aux yeux de l'UNESCO est de donner suite à ce consensus, difficilement atteint, en veillant à ne pas engager son action dans des domaines déjà abordés par la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, laquelle arrive à mieux aborder, par exemple, la question des ressources génétiques. Il serait alors plus approprié pour l'UNESCO de se pencher sur la définition, la gestion et le suivi des connaissances traditionnelles comme s'il s'agissait d'un élément au sein d'une catégorie plus large du patrimoine immatériel.

---

<sup>386</sup> Voir, par exemple : « le projet de décision soumis par le Président du groupe de contact sur l'Article 8(j) et les dispositions correspondantes », Cinquième réunion des Etats parties à la Convention sur la diversité biologique, Nairobi, du 15 au 26 mai 2000 [Doc. PNUE/CBD /COP/5/L.31, 25 mai 2000].

<sup>387</sup> Point 14 (V/26 « Accès aux ressources génétiques »). Le PNUE et l'OMPI ont soumis des études de cas conjointes à la COP V sur l'utilisation des droits de la propriété intellectuelle et le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles associées.

<sup>388</sup> Point 17 : « ... les enregistrements des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales incarnant les modes de vies traditionnels et offrant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique au moyen de programmes participatifs et de consultations menées en accord avec les communautés autochtones et locales, sans oublier le renforcement de la législation, des pratiques coutumières et des systèmes traditionnels de gestion de ressources, tels que la protection des connaissances traditionnelles contre tout usage illicite. ».

<sup>389</sup> Annexe III [Doc.UNEP/CBD/COP/5/23] Point B(2), p. 200.

<sup>390</sup> Doc. UNEP/CBD/COP/5/5, 12 avril 2000.

<sup>391</sup> Entrevue avec le professeur Bridgewater, Secteur des sciences naturelles de l'UNESCO.

## 5.4 Questions spécifiques relatives au patrimoine autochtone

Un point crucial à prendre en compte pour ce qui est des communautés autochtones et leurs formes d'organisation est l'existence de règles et de droits coutumiers qui, même s'ils sont aussi variés que les innombrables différents groupes autochtones, partagent certains éléments communs qui déterminent le mode d'élaboration d'une protection internationale. Le patrimoine autochtone est en premier lieu oral de nature et constitue souvent un droit communautaire qui s'exerce au niveau de la famille, du clan, de la tribu ou de tout autre groupe d'individus apparentés. Aussi seul l'ensemble du groupe - ou certains de ses membres particuliers - peut consentir au partage du patrimoine. En général, un individu issu du groupe est le gardien de chaque chanson, histoire, cérémonie, lieu sacré, etc., et le consentement accordé aux utilisateurs pour y avoir accès et/ou pour les utiliser est toujours provisoire et révoquant et ne peut être aliéné ou vendu sauf à certaines conditions. Les détenteurs de traditions conservent le droit de s'assurer que leur patrimoine (éventuellement sous la forme de connaissances traditionnelles) est utilisé de manière appropriée et qu'ils sont reconnus et rémunérés correctement. Les communautés autochtones cherchent à garder le contrôle permanent de tous les aspects de leur patrimoine. Elles peuvent toutefois décider de partager le droit d'en utiliser certains éléments et d'en bénéficier. Un des problèmes que posent ces normes coutumières est qu'il est difficile de diviser le patrimoine autochtone en catégories distinctes - artistique, culturelle, spirituelle ou intellectuelle - ce qui n'est pas sans avoir d'importantes incidences sur la protection juridique de ce patrimoine.

Les questions spécifiques liées à la sauvegarde du patrimoine autochtone englobent : la protection et l'utilisation des sites sacrés<sup>392</sup> ; la restitution d'objets cérémoniels ou sacrés toujours en usage dans les communautés autochtones ; le retour et la réinhumation des restes humains ; la mauvaise utilisation des objets d'art produits en grande quantité à l'extérieur de la communauté culturelle dont ils émanent<sup>393</sup> ; le contrôle des matériaux traditionnels employés dans la réalisation des objets d'art autochtones ; les droits communautaires sur les créations et symboles traditionnels ; la protection de certains éléments propres à la musique et à la danse traditionnelles contre les reproductions réalisées par des interprètes non-autochtones ; la protection des connaissances secrètes par une limitation de leur accès ; et l'exploitation commerciale des sciences médicinales autochtones et autres connaissances. Ces questions ont certaines incidences sur les politiques adoptées par les gouvernements et les organes régionaux et internationaux au moment d'aborder les questions du patrimoine culturel autochtone. Dans le domaine de l'éducation, par exemple, le rôle que joue la tradition orale (rituels, cérémonies et chansons, etc.) dans la construction de l'identité sociale des communautés autochtones doit être pris en considération. La relation spéciale et spirituelle que les populations autochtones entretiennent avec la terre, fondamentale pour leurs croyances, traditions, coutumes et culture, constitue également une question importante susceptible de poser des problèmes extrêmement difficiles à de nombreux gouvernements.

Le système des Nations Unies peut jouer un rôle central dans le renforcement des capacités des populations autochtones dans les domaines de la recherche et de la documentation de leur folklore, des variétés végétales et autres éléments de leur patrimoine, ainsi que dans le développement des infrastructures nécessaires pour sa surveillance et sa protection. Par exemple, Daes<sup>394</sup> suggère l'établissement d'un fonds de dépôt spécial pour le patrimoine des peuples autochtones, qui aurait pour mandat en tant qu'agent opérant à

---

<sup>392</sup> Les formes existantes de protection du patrimoine culturel ne sont pas toujours mises en œuvre sur les sites qui revêtent une importance aux yeux des communautés autochtones, même si les Etats tels que l'Australie, le Canada, les Etats-Unis et la Nouvelle-Zélande disposent d'une législation spécifique dans ce domaine.

<sup>393</sup> Comme les textiles « ikat » originaires de l'île de Sulawesi qui peuvent être faits à la machine à bon marché.

<sup>394</sup> Daes, mentionné dans la note 65, paragraphe 176 (c).

l'échelle mondiale, de protéger le patrimoine des peuples autochtones et d'en concéder sous licence les droits d'exploitation lorsque les peuples concernés le demandent ou lorsqu'ils ne peuvent être immédiatement identifiés. Cependant, la participation directe et l'accord des populations autochtones devraient être recherchés à l'occasion de tout débat international sur les questions qui les touchent. La désignation de représentants autochtones à l'occasion des réunions internationales suit le modèle mis en place par l'ECOSOC.<sup>395</sup> En faisant participer d'emblée les populations autochtones aux débats, tout le travail de réflexion et de délibération pourra jouer un rôle aussi crucial que les conclusions auxquelles il aboutira. De même, les populations autochtones peuvent apporter leur lumière sur les approches coutumières de la protection, etc.<sup>396</sup>

En ce qui concerne le système de propriété intellectuelle, les remarques déjà exprimées dans cette étude (section 2.1) s'appliquent également au patrimoine autochtone. Cependant, il convient de signaler certains points qui ont un impact spécifique sur ce dernier. Dans la législation sur le droit d'auteur, la nécessité d'identifier un auteur individuel va totalement à l'encontre de la nature collective des expressions culturelles autochtones qui nécessiteraient au contraire la reconnaissance d'un certain type de droit communautaire et des droits des gardiens de la tradition. Le fait que le droit d'auteur ne peut s'appliquer qu'à des œuvres originales pose un problème lorsque l'on considère la nature peu originale de l'essentiel de la culture autochtone transmise sur des générations. Il en va de même de la tendance du droit d'auteur à ne porter que sur l'œuvre elle-même et non sur l'idée (ou la conception ou le thème traditionnels) qui la sous-tend. Par ailleurs, la protection de l'expression culturelle, étant subordonnée à sa fixation sur un support matériel, exclut l'essentiel du patrimoine autochtone, oral par nature. En outre, les délais couverts par les droits de propriété intellectuelle (entre 15 et 70 années selon la nature du droit accordé) ne peuvent permettre de reconnaître la nature du patrimoine autochtone transmissible sur des millénaires. Un droit de protection de plusieurs années au-delà desquelles l'expression culturelle tombe dans le domaine public est complètement inapproprié pour ce patrimoine. Par ailleurs, la protection des créations régie par les règles<sup>397</sup> de propriété industrielle ne garantit pas l'intégrité de ces créations, ne parvenant ainsi à répondre aux besoins des créations d'importance culturelle ou spirituelle.

Toutefois, certains droits existants de la propriété intellectuelle peuvent s'avérer très avantageux pour certains aspects des expressions culturelles autochtones. En effet, les marques collectives<sup>398</sup> peuvent être mises à profit pour protéger les motifs caractéristiques qui servent à identifier tel peuple autochtone. De même, des séquences de mots peuvent être protégées comme des marques de sorte que les noms d'un clan ou d'une tribu pourraient aussi être protégés (pendant une durée limitée à la seule condition d'avoir été enregistrés et d'être utilisés sans interruption). Enfin, ces droits prévoient l'enregistrement de l'origine géographique en vue de vérifier l'authenticité d'un produit autochtone. Cependant, les droits de propriété intellectuelle ne répondent en général pas aux besoins des peuples autochtones et de leur patrimoine car ils encouragent une commercialisation qui n'est pas nécessairement souhaitée, ne reconnaissent que les valeurs commerciales et ouvrent la voie à toutes les manipulations économiques. Par ailleurs, ils sont difficiles à surveiller et à appliquer<sup>399</sup>. En

---

<sup>395</sup> Aux termes duquel l'OIG ne choisit pas elle-même les représentants autochtones, un financement étant prévu pour permettre aux populations autochtones d'envoyer leurs propres représentants.

<sup>396</sup> Entrevue avec M. J Burger, le Conseil économique et social, HCDH.

<sup>397</sup> Les motifs artistiques traditionnels pourraient être pris en compte par la définition des « dessins ou modèles industriels » donnée par la Convention de Paris comme « l'aspect ornemental ou esthétique d'un article utile ».

<sup>398</sup> Régies par l'Article 7 bis de la Convention de Paris. Le Canada et les Etats-Unis utilisent déjà des marques d'homologation spéciales pour identifier des œuvres authentiques.

<sup>399</sup> D'autres problèmes spécifiques de l'application des droits de propriété intellectuelle au domaine des connaissances et cultures traditionnelles sont analysés ci-dessus.

outre, les communautés autochtones peuvent éprouver des difficultés pour accéder à la protection de la propriété intellectuelle et en bénéficier même lorsque cette dernière peut s'appliquer à leurs connaissances traditionnelles<sup>400</sup>.

## 6. La Convention de l'UNESCO de 1972

### 6.1 Révision de la Convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel

L'intégration du patrimoine culturel immatériel dans la cadre de la Convention de 1972 de l'UNESCO<sup>401</sup> a été d'abord envisagée lors de l'élaboration de cette dernière mais a finalement été abandonnée avant la rédaction de la version finale du texte<sup>402</sup>. Cette intégration offre toujours un certain intérêt en considération du mécanisme officiel de protection déjà mis en place conformément à la Convention. Elle aurait également l'avantage de responsabiliser les Etats parties dans l'appréciation et la protection du patrimoine immatériel situé sur leur territoire. Par ailleurs, la Convention de 1972 s'est avérée être la plus efficace des Conventions de l'UNESCO dans le domaine du patrimoine culturel. Elle compte en effet 158 Etats parties et recense 630 biens du patrimoine culturel répartis dans 118 Etats à travers le monde, offrant ainsi une grande diversité de types de sites, monuments ou ensemble de bâtiments. En outre, le devoir des Etats parties d'identifier, de protéger, de conserver, de présenter et de transmettre aux générations futures le patrimoine protégé suppose nombre d'obligations requises dans le domaine du patrimoine culturel immatériel. Cependant, même si elle demeure la convention internationale sur le patrimoine culturel la plus ratifiée dans le monde, la Convention de 1972 semble à ce jour avoir suscité davantage la ratification des pays les plus riches que celles des pays les moins développés. Aussi est-il nécessaire de trouver les moyens permettant de reconnaître la diversité du patrimoine culturel disséminé à travers le monde<sup>403</sup>.

Un obstacle majeur à la sauvegarde du patrimoine immatériel dans le cadre de la Convention de 1972 réside dans sa définition du « patrimoine culturel » qui, sans se référer au patrimoine immatériel, porte essentiellement sur les monuments, bâtiments et sites<sup>404</sup>. Elle apparaît comme une définition eurocentrée qui ne prend aucun compte des aspects immatériels du patrimoine culturel, lesquels constituent peut-être les éléments les plus caractéristiques du patrimoine des Etats d'Afrique, d'Asie, de la région du Pacifique et d'Amérique latine. Ce n'est que lorsqu'ils sont rattachés à des sites<sup>405</sup> que les aspects du patrimoine immatériel peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention qui s'inscrit dans la tendance générale visant à reconnaître les sites d'importance spirituelle ou

---

<sup>400</sup> Posey *op. cit.*, (mentionné dans la note 329), p. 47 : Même si les droits des communautés autochtones en matière de propriété intellectuelle étaient garantis, un accès inégal aux brevets, aux droits d'auteur, aux savoir-faire, aux lois sur les secrets commerciaux et à l'aide juridique les écarterait en général de tout enregistrement, contrôle, ou action en justice s'appuyant sur ces instruments.

<sup>401</sup> Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 16 novembre 1972 [11 *ILM* 1358].

<sup>402</sup> Le patrimoine culturel immatériel était à l'origine inclus dans les travaux préparatoires en vue de la Convention même si la définition donnée par le texte final n'en fait pas état de manière explicite.

<sup>403</sup> Perez de Cuellar ; *et al.* (mentionné dans la note 8), p. 178.

<sup>404</sup> L'Article 1 considère comme « patrimoine culturel » : les monuments, les ensembles et les sites.

<sup>405</sup> Les « œuvres combinées de l'homme et de la nature ».

dont l'intérêt s'appuie sur l'utilisation de la terre<sup>406</sup>, même si aucune mention explicite n'y est faite du patrimoine culturel immatériel. Une autre difficulté provient de l'absence de toute notion claire de la « valeur universelle exceptionnelle » que les éléments recensés et protégés par la Convention de 1972 sont tenus d'avoir. Cette Convention nécessiterait une élaboration plus poussée si cette qualification devait s'appliquer au patrimoine immatériel de manière cohérente. Le mécanisme déjà existant prévu pour la nomination et l'évaluation des éléments à inscrire dans la Liste du patrimoine mondial est incommode (même s'il fait actuellement l'objet d'une révision afin d'en rendre l'utilisation plus aisée) et en étendre la portée au patrimoine immatériel ne ferait qu'en accroître la difficulté d'utilisation. Un nouvel ensemble de critères d'évaluation des éléments à inscrire devrait être défini pour répondre au caractère et aux besoins spécifiques du patrimoine immatériel.

Aussi serait-il difficile de rédiger un Protocole additionnel à la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine immatériel dans la mesure où cela nécessiterait de redéfinir des parties essentielles de la Convention déjà existante, en particulier la définition qu'elle donne du patrimoine culturel. Il en va de même de toute révision visant à étendre la portée de la Convention au patrimoine immatériel. Un autre point pratique se rapporte aux dispositions de la Convention qui prévoient sa révision<sup>407</sup> et aux termes desquelles une Convention révisée n'engagera que les Etats qui la ratifieront. Une telle situation où des Etats seraient parties à la Convention de 1972 et d'autres à la Convention révisée serait fort inconfortable. Elle risquerait de durer pendant de nombreuses années durant lesquelles les conflits internes, les catastrophes naturelles ou l'instabilité politique empêcheraient certains Etats de prendre les mesures nécessaires pour adopter les amendements qui s'imposeraient. Cette stratégie risquerait de compromettre l'incontestable succès de la Convention existante. En outre, lorsque la révision a été évoquée au début des années 1990, il a été décidé qu'elle nécessiterait rien moins que d'élaborer un instrument entièrement nouveau, n'offrant ainsi aucun avantage particulier. Aussi est-il préférable d'étendre la protection au patrimoine immatériel non par la Convention elle-même mais par une nouvelle version et/ou la réinterprétation des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial* qui y ont été ajoutées<sup>408</sup>. A l'évidence, une telle initiative n'aurait qu'un effet limité quant à la protection du patrimoine immatériel et devrait ainsi être considérée comme un complément des autres actions axées sur l'amélioration de la protection internationale du patrimoine immatériel.

## **6.2 Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial**

En 1992, le Comité du patrimoine mondial a conduit une étude sur un éventuel amendement à la Convention portant sur les bénéficiaires actuels de la protection - monuments, sites et ensembles. Une des propositions était d'inscrire le patrimoine culturel immatériel parmi les thèmes de la Convention. Toutefois, le Comité a décidé que la révision des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial*<sup>409</sup> serait une manière plus efficace de parvenir à cette fin. Les *orientations* ont été révisées en 1992 afin d'y intégrer le concept de paysages culturels et de sites sacrés et parce qu'il

---

<sup>406</sup> Ainsi que l'ont montré de récents changements apportés aux *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine* exposées ci-dessous.

<sup>407</sup> Article 37(1).

<sup>408</sup> Pour de plus amples informations sur ce point, voir l'analyse ci-dessous sur les *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial*.

<sup>409</sup> La version révisée de 1998 a été utilisée lors de cette étude [UNESCO Doc.WHC.99/2, mars 1999].

apparaissait que la liste favorisait les cultures dotées d'une histoire architecturale très développée aux dépens de celles dont l'expression culturelle revêtait d'autres formes<sup>410</sup>. Les sites d'Uluru en Australie et de Tongariro en Nouvelle-Zélande, par exemple, ont été intégrés dans la liste sous la nouvelle rubrique des « paysages culturels associatifs ». Ces paysages doivent être inscrits dans la liste en raison de la force d'association des phénomènes religieux, artistiques ou culturels de leurs éléments naturels plutôt que pour des traces culturelles tangibles, qui peuvent être insignifiantes ou même inexistantes. Ces deux sites avaient été à l'origine inclus dans la liste comme sites du patrimoine naturel au grand mécontentement des communautés autochtones qui leur étaient associées car aucune attention n'avait été accordée à leur importance culturelle comme sites sacrés<sup>411</sup>.

La possibilité d'amender les *orientations* dans ce sens témoigne de l'efficacité d'un modèle de Convention cadre qui peut être adapté dans le souci de répondre aux nouveaux défis par amendement des orientations détaillées en vue de sa mise en œuvre. C'est là un modèle qui pourrait s'avérer d'une grande utilité pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel en mutation constante et sans cesse exposé à de nouvelles menaces. En 1998, les *Orientations* ont été encore amendées pour prendre en compte les droits coutumiers relatifs aux sites. Ce changement avait fait apparaître un autre aspect important du patrimoine immatériel. Cette version des *Orientations*<sup>412</sup> stipulait qu'un bien culturel doit constituer un exemple exceptionnel de formes traditionnelles d'utilisation des terres, représentatif d'une (ou de plusieurs) culture(s), ou bien, être directement ou matériellement associé à des événements ou des traditions vivantes, des idées, des croyances ou des œuvres artistiques ou littéraires ayant une signification universelle exceptionnelle. À l'évidence, ces critères se rapportent à des aspects du patrimoine culturel immatériel et indiquent que la Convention peut s'appliquer à ce dernier, bien que de manière limitée.

Une révision plus en profondeur des *Orientations*, actuellement en cours, en modifiera l'ensemble de la structure et introduira de nouvelles rubriques, notamment sur les questions d'authenticité et d'intégrité. Une question cruciale de ce travail porte sur la sélection des aspects des cultures vivantes qu'il conviendrait de protéger et sur la manière d'éviter la fossilisation d'une culture vivante et dynamique par l'inscription de ses éléments dans une liste. L'aspect le plus complexe de la réflexion sur la révision des *Orientations* porte sur les critères d'authenticité et d'intégrité des biens culturels et naturels dont l'inscription dans la Liste est proposée<sup>413</sup>. Au nombre des questions en rapport direct avec le patrimoine immatériel qui se posent dans ce contexte figure la nécessité de souligner les aspects liés au langage et aux autres formes du patrimoine culturel immatériel, en élargissant la définition de l'intégrité et en éclaircissant le rôle des communautés locales à tous les stades des processus de proposition d'inscription et de gestion.

Les critères existants déterminant l'authenticité d'un bien culturel n'en soulignent que les éléments physiques et matériels, de sorte que plusieurs types de sites et de biens communs à différentes régions du monde sont actuellement absents de la Liste<sup>414</sup>. C'est pourquoi les critères d'authenticité devraient également s'étendre aux éléments immatériels, tels que le

---

<sup>410</sup> L'adoption d'une Stratégie mondiale conçue pour améliorer la représentativité de la Liste du patrimoine mondial a conduit à l'extension du concept de Patrimoine culturel dans la Convention en vue d'une approche « anthropologique » plus générale qui considère les vestiges matériels dans le contexte social et culturel plus large des éléments immatériels.

<sup>411</sup> Voir Simmonds, *op. cit.* (mentionné dans la note 427), p. 263 pour de plus amples détails.

<sup>412</sup> Au Point 24.

<sup>413</sup> Ce fut le thème d'une Réunion d'experts sur l'authenticité et l'intégrité dans un contexte africain organisé au Zimbabwe du 26 au 29 mai 2000 [UNESCO Doc.WHC-2000/CONF.202/INF.13].

<sup>414</sup> Tels que les formes d'utilisation des terres, les sites sacrés et cérémoniels et le savoir-faire technique traditionnel.

savoir-faire, la fabrication, ainsi que le système de valeur et le contexte de la création<sup>415</sup>. En effet, ces éléments immatériels liés à un bien culturel sont souvent plus importants que l'objet lui-même<sup>416</sup>. Enfin, il ressort que la distinction entre le patrimoine matériel et immatériel est fictive.

L'« intégrité » des biens naturels fait également l'objet de discussions. Cette notion, qui englobe les systèmes culturels, religieux ou coutumiers en rapport avec le paysage, est d'un intérêt particulier pour les sites fortement associés au patrimoine immatériel<sup>417</sup>. Cette conception de l'intégrité des sites met en avant les tabous, idées, mythes, valeurs, normes culturelles et connaissances traditionnelles des peuples locaux (qui souvent soutiennent la durabilité du site). L'ajout de nouvelles rubriques est proposé, dans les *Orientations*, qui portent explicitement sur les éléments immatériels associés aux sites proposés. Elles signaleront la nécessité de se référer à des formes traditionnelles de protection dans les plans de gestion des sites afin de donner une plus grande importance au rôle des autochtones et des détenteurs de traditions dans l'évaluation et la gestion des sites. Elles préconiseront également un rôle plus important des langues dans les politiques de conservation, en axant davantage les recherches sur les traditions orales et la manière dont elles s'articulent avec les éléments du patrimoine matériel. Il conviendrait en outre de comparer la portée nationale et régionale des biens et des sites avec leur « valeur universelle exceptionnelle ». Cette comparaison souligne l'importance de la valeur locale de ces éléments et signale la nécessité de la mettre en valeur parallèlement à leur portée universelle comme partie intégrante du patrimoine universel de l'humanité. L'absence de toute définition de la « valeur universelle exceptionnelle » a été l'une des principales lacunes de la Convention car cette notion renvoie à des critères de définition qui déterminent l'inscription des biens et des sites dans la Liste<sup>418</sup>.

### 6.3 La Convention de 1972, modèle pour un nouvel instrument

Aussi convient-il de savoir si la Convention de 1972 offre un modèle utile à l'élaboration d'un nouvel instrument de sauvegarde du patrimoine immatériel. Le Préambule constate que le Patrimoine culturel est de plus en plus menacé par « l'évolution de la vie sociale et économique », directement liée à la perte potentielle du patrimoine culturel traditionnel face aux progrès technologiques et à la mondialisation. Un principe essentiel sur lequel se fonde la protection, aux termes de la Convention de 1972, est le caractère universel du patrimoine culturel et naturel<sup>419</sup>. Ce concept peut s'avérer être une stratégie très efficace pour la protection en sensibilisant l'ensemble des peuples et sociétés aux questions du patrimoine culturel et à son intérêt, et non pas seulement ceux qui sont le plus directement

---

<sup>415</sup> Par exemple, la révision du critère (iii) pour y inclure les notions de tradition culturelle et de civilisation vivante et les amendements au critère (iv) pour y inclure le patrimoine technique, les paysages culturels et les formes d'utilisation des terres.

<sup>416</sup> Comme l'indique l'Article 7 du Document Nara, la conservation du patrimoine culturel, rendant compte de toutes ses formes et de toutes les périodes de son histoire, s'enracine dans les valeurs attribuées au patrimoine.

<sup>417</sup> Mentionné dans la note 413. Une définition de « l'intégrité », proposée à la page 30, est intéressante : prise en compte des systèmes culturels, religieux ou coutumiers, ainsi que des tabous qui aident à conserver la structure complète, la diversité et le caractère distinctif des biens naturels et des paysages culturels.

<sup>418</sup> Cette difficulté a failli empêcher l'adoption de la Convention de 1972. Aucun consensus lors de la rédaction de cette dernière n'ayant pu être dégagé dans la définition des critères déterminant la « valeur universelle exceptionnelle », il a été décidé que les critères d'inscription dans la liste, décrits dans les *Orientations*, seraient repris pour définir cette notion.

<sup>419</sup> L'Article 6 signale le principe fondamental de la nature universelle de ce patrimoine en demandant aux Etats parties de reconnaître « qu'il constitue un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale tout entière a le devoir de coopérer ».

concernés. Ce caractère universel est également à l'origine de l'obligation faite à tous les Etats de prendre des mesures visant à sauvegarder le patrimoine situé tant sur leur territoire que sur celui des autres Etats parties. C'est là un argument particulièrement solide dans le domaine du patrimoine culturel immatériel de par l'importance qu'il revêt dans la préservation de la diversité culturelle et du pluralisme du monde moderne.

Cet argument pourrait toutefois soulever quelques difficultés s'il amenait des expressions du patrimoine immatériel (notamment les connaissances traditionnelles) à être traitées comme si elles relevaient du domaine public, privant alors leurs détenteurs de tout moyen de contrôle sur leur utilisation et exploitation. La notion de patrimoine universel doit alors être soigneusement utilisée de telle sorte qu'elle souligne le caractère avant tout local de ce patrimoine. L'utilisation de la notion de patrimoine immatériel comme « patrimoine universel de l'humanité » devrait se limiter aux responsabilités qu'elle confère à la communauté internationale et à chaque état dans la sauvegarde du patrimoine immatériel et de la diversité culturelle. En outre, il est préférable de parler de l'« intérêt universel » de la sauvegarde du patrimoine immatériel afin d'éviter toute confusion avec la notion d'un « patrimoine commun de l'humanité », ainsi qu'elle s'applique dans le droit international pour l'exploitation des ressources naturelles de zones communes. Il conviendrait également de bien préciser que cette notion ne fait pas passer ce type de patrimoine dans le domaine public et ne conteste pas aux détenteurs le droit de contrôle de ses éléments. Le concept d'universalité, insuffisamment détaillé dans la Convention de 1972, nécessite un développement plus approfondi si l'on veut l'appliquer aux aspects immatériels du patrimoine culturel.

L'Etat du territoire concerné est tenu par la Convention d'agir tant par son propre effort, dans la mesure de ses ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationale, pour veiller à l'identification et à la préservation de ce patrimoine<sup>420</sup>. C'est là une tâche importante que tout nouvel instrument de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel devra prévoir, même si les mesures spécifiques à prendre<sup>421</sup> nécessiteraient un amendement de fonds pour tenir compte des besoins de ce patrimoine et de ses détenteurs. La nécessité pour les Etats d'adopter une politique générale visant à assigner au patrimoine « une fonction dans la vie collective »<sup>422</sup> est particulièrement importante pour le patrimoine immatériel. De même, l'aide entre les Etats parties dans l'identification et la protection du patrimoine pourrait faire l'objet d'une clause utile.<sup>423</sup> Cette initiative pourrait s'avérer d'un grand intérêt pour les traditions culturelles transfrontalières, ou bien lorsque le patrimoine en question correspond à une culture minoritaire dans un Etat partie tout en relevant d'une culture majoritaire dans un autre Etat partie<sup>424</sup>. Elle peut également être utile si plusieurs Etats parties<sup>425</sup> dotés de systèmes législatifs et administratifs évolués en matière de préservation du patrimoine traditionnel décident de mettre en commun leur expérience avec d'autres Etats parties.

Cette Convention adopte le principe essentiel selon lequel « il faut entendre par protection internationale du patrimoine mondial culturel et naturel la mise en place d'un système de coopération et d'assistance internationales visant à seconder les Etats parties à la Convention dans les efforts qu'ils déploient pour préserver et identifier ce patrimoine »<sup>426</sup>. Le

---

<sup>420</sup> Article 4.

<sup>421</sup> Mesures énoncées à l'Article 5.

<sup>422</sup> Article 5(a).

<sup>423</sup> Article 6(2).

<sup>424</sup> La question de la protection du patrimoine culturel transfrontalier est à la fois cruciale et complexe lorsque l'on envisage un instrument international de sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire. Cette question a constitué un obstacle potentiel à l'élaboration d'un tel instrument.

<sup>425</sup> Tels que la Corée, le Japon, et les Philippines, tous des pays dotés de systèmes de propositions de « Trésors humains vivants » capables d'offrir un modèle utile à d'autres Etats.

<sup>426</sup> Article 7.

mécanisme à mettre en place à cet effet est décrit en détail dans les Articles 8 à 26. Un tel système de coopération internationale axé sur la sauvegarde du patrimoine immatériel se justifie par le rôle précieux qu'il joue comme outil de préservation de l'identité culturelle dans le monde au profit de l'ensemble de l'humanité. Il est important de signaler que la Convention ne porte aucune atteinte à la souveraineté des Etats sur les biens, inscrits dans la liste, situés sur leur territoire même si elle tend en quelque sorte à internationaliser ces biens<sup>427</sup>. Les Articles 8 à 14 abordent la mise en place du Comité du patrimoine mondial chargé de sélectionner les biens à inscrire dans la Liste du patrimoine mondial et la Liste du patrimoine mondial en péril<sup>428</sup>. Si un tel système devait s'appliquer aux cultures et folklores traditionnels, la composition du Comité devrait exprimer la diversité des peuples et communautés concernés<sup>429</sup>.

A l'évidence, la qualité des critères de sélection du patrimoine immatériel serait essentielle pour veiller au caractère représentatif de la liste et exigerait une description extrêmement soignée. Les critères existants de sélection des « chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité »<sup>430</sup> fournissent un point de départ utile à cet effet. Il en est de même des révisions récentes des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial*. Le caractère souple des *Orientations* régissant les critères de sélection du Comité du patrimoine mondial est d'un intérêt particulier dans la mesure où il permet une réévaluation à la lumière des évolutions mondiales et des nouvelles conceptions du patrimoine<sup>431</sup>. Cette souplesse pourrait revêtir une certaine importance pour le patrimoine immatériel en raison de la diversité de ce patrimoine qui peut évoluer avec le temps et faire intervenir de multiples groupes d'intérêt distincts. Il importerait également de mentionner les éléments de ce patrimoine qui sont par essence secrets et qui ne doivent pas être divulgués, ainsi que les intérêts des communautés culturelles concernées.

Les mesures financières visant à aider les Etats parties à identifier et conserver ce patrimoine sont prévues par les Articles 15 à 18 qui traitent de la mise en place du Fonds du patrimoine mondial<sup>432</sup>. Ce mécanisme peut apparaître comme la clé du succès de la Convention de 1972 et constitue un modèle qu'il conviendrait d'étudier sérieusement en vue d'élaborer un instrument de sauvegarde du patrimoine immatériel. Le manque de ressources financières (et autres) permettant de mener les tâches nécessaires d'identification, de conservation et de préservation du patrimoine immatériel est souvent mentionné par les Etats membres comme un obstacle majeur à la mise en œuvre de la Recommandation de 1989<sup>433</sup>. Conformément aux conditions et dispositions prévues dans le cadre de l'aide internationale dans le domaine de l'identification et de la protection du patrimoine protégé (Articles 19 à 26)<sup>434</sup>, l'assistance internationale fournie aux centres nationaux ou régionaux de formation de

---

<sup>427</sup> La Convention n'internationalise aucunement les biens exceptionnels mais insiste plutôt sur le fait qu'ils relèvent en premier lieu de la responsabilité de la coopération et de l'aide internationales qui jouent un rôle complémentaire. Une approche plus radicale aurait défini un patrimoine international, distinct et nouveau, administré par une organisation internationale. Simmonds, J. 1997. « UNESCO World Heritage Convention ». *Art, Antiquity and Law*. p. 251-281, p. 253.

<sup>428</sup> A partir des biens proposés par les Etats parties et sur la base des critères définis dans les *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine*.

<sup>429</sup> Il en va de même des membres du jury du programme « Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel » abordé ci-dessous.

<sup>430</sup> Analysés ci-dessous.

<sup>431</sup> La révision des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial* est exposée ci-dessous.

<sup>432</sup> Il sera alimenté par des subventions provenant des Etats parties équivalant à 1 % au moins de leur participation annuelle aux activités de l'UNESCO, ainsi que par d'autres dons privés, collectes de fonds, etc.

<sup>433</sup> Voir, par exemple, les débats des Séminaires régionaux sur l'application de la Recommandation de 1989 à la Section 3.4.

<sup>434</sup> Article 23.

spécialistes de tous niveaux, pourrait être mise à profit pour renforcer les capacités des communautés autochtones dans la sauvegarde de leur patrimoine traditionnel. D'autres dispositions sur les programmes éducatifs visant à mettre en valeur et à mieux faire respecter le patrimoine culturel et naturel mondial<sup>435</sup> pourraient également trouver une application utile dans le domaine du patrimoine immatériel.

Certains aspects de la Convention de 1972 et de sa gestion revêtent un intérêt particulier lorsqu'on envisage d'en faire le modèle d'un nouvel instrument normatif de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Le premier de ces aspects concerne la mise en place du Fonds du patrimoine mondial et les mesures de financement d'accompagnement. Le manque de ressources financières prévues pour l'application des mesures, telles que celles qui sont énoncées dans la Recommandation de 1989, constitue un problème commun à tous les Etats non-industrialisés dotés d'un riche patrimoine immatériel à sauvegarder. Même si les organes experts, tels que l'ICOM et l'ICOMOS, ont un rôle consultatif pour ce qui est des autres Conventions du Patrimoine culturel de l'UNESCO, le rôle de l'ICOMOS et de l'UICN est défini formellement dans les *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial*<sup>436</sup>. La mise en place d'un Secrétariat permanent chargé d'administrer cette Convention, même si le texte en question ne l'exige pas<sup>437</sup>, constitue une autre étape qui offre un aperçu plus grand du fonctionnement de la Convention. Il convient de savoir si l'élaboration d'un nouvel instrument normatif à partir de la Convention de 1972 pourrait également se faire sous la surveillance du Centre du patrimoine mondial. Il serait ainsi possible d'associer la Convention de 1972 à la sauvegarde du patrimoine immatériel. Une innovation majeure de la Convention de 1972 a été la mise en place d'un Comité intergouvernemental pour la Convention<sup>438</sup>. Au vu du caractère varié et complexe du patrimoine immatériel, il serait plus opportun d'envisager la mise en place d'une série de Comités scientifiques d'experts désignés par l'UNESCO avec l'accord des Etats membres afin d'aborder les différents aspects de ce patrimoine. Avec son principe général de protection et les mécanismes et structures administratives qu'elle prévoit, la Convention de 1972 peut fournir un modèle utile. L'élaboration de ces mécanismes et structures touchant au patrimoine immatériel comblerait également l'absence actuelle de structures internationales spécialisées dans ce patrimoine. Par exemple, un organe d'experts équivalent à l'ICOMOS ou à l'UICN (éventuellement constitué autour du Jury du programme « chefs-d'œuvre ») pourrait être constitué dans le cadre de cette Convention. Ce serait une étape importante dans la mise en place d'un organe officiel chargé d'administrer la sauvegarde internationale du patrimoine immatériel en le plaçant sur un pied d'égalité avec les éléments matériels du patrimoine culturel.

Il est alors nécessaire de savoir si le principe directeur d'identification de quelques exemples exceptionnels à inscrire dans la liste du patrimoine mondial constitue le système le plus approprié de protection des éléments du patrimoine immatériel. Le programme visant à proclamer les éléments du patrimoine immatériel « Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité », dans le cadre duquel sont actuellement étudiées les propositions, s'inspire des principes généraux de la Convention de 1972 mais ne s'appuie pas sur un instrument international, à caractère exécutoire ou non. Il peut offrir de précieux éléments

---

<sup>435</sup> Articles 27 et 28.

<sup>436</sup> Les Points 57 et 61 définissent le rôle des deux organisations dans l'évaluation des sites individuels proposés par les Etats parties en vue de savoir s'ils satisfont aux critères et aux conditions d'authenticité et d'intégrité. L'évaluation est effectuée par l'ICOMOS pour les biens culturels, et l'UICN pour les biens naturels. En ce qui concerne les propositions d'inscription de biens culturels appartenant à la catégorie des « paysages culturels », l'évaluation est effectuée par les deux organismes.

<sup>437</sup> Le Centre du patrimoine mondial a été mis en place 20 ans après l'adoption de la Convention.

<sup>438</sup> Des Comités intergouvernementaux similaires existent désormais également pour la Convention de 1970 ainsi que pour le second Protocole de 1999 à la Convention de La Haye de 1954.

d'appréciation pour l'élaboration d'un nouvel instrument (a) en servant de base à l'élaboration des critères de sélection, (b) en clarifiant le concept de patrimoine immatériel grâce aux propositions soumises par les Etats au Jury international, et (c) en recensant les domaines prioritaires à aborder. On peut cependant douter que la liste du patrimoine mondial soit un modèle approprié pour un patrimoine si varié et dont la valeur se fonde souvent sur des caractéristiques secondaires. Il n'est en effet pas certain que la sélection de rares exemples « exceptionnels » puisse rendre justice à ce patrimoine ou en assurer efficacement la sauvegarde.

En conclusion, la Convention de 1972 contient certains éléments qui offrent un modèle utile du point de vue des principes généraux de protection sur lesquels elle s'appuie et des mécanismes spécifiques mis en place en vue de les faire appliquer. La Convention a été le point de départ d'un bond conceptuel en établissant un lien entre le patrimoine culturel et le patrimoine naturel dans le cadre d'un instrument<sup>439</sup> et a accompli une percée similaire en reconnaissant la nécessité de fournir une protection internationale au patrimoine immatériel. A l'inverse des sites et des monuments bénéficiant de la protection de la Convention de 1972, le patrimoine immatériel ne dispose pas encore d'un système entièrement développé de protection internationale. Aussi la mise en place d'un instrument axé sur une liste nécessite-t-il un examen attentif. Il importe que les principes de protection de ce patrimoine et les obligations qui s'imposent aux Etats parties dans le but de les faire appliquer soient clairement définis. Certains aspects de cette Convention nécessitent d'être adaptés si l'on veut les appliquer au patrimoine immatériel. Par exemple, le concept de « valeur universelle exceptionnelle » exige de plus amples précisions et une éventuelle adaptation afin d'y inclure des notions telles que le caractère unique de ce patrimoine ou sa valeur d'archétype. La caractérisation de ce patrimoine immatériel comme patrimoine universel de l'humanité est importante si l'on veut justifier la mise sur pied d'une action internationale en faveur de sa sauvegarde à condition toutefois d'être abordée avec précaution. L'utilisation d'une liste du patrimoine mondial, avec ses processus de nomination et de surveillance, doit être soigneusement planifiée de manière adaptée au patrimoine immatériel. Enfin, les critères de sélection des propositions d'inscription sur une liste et la composition du Comité sont des domaines qui exigent une attention particulière si l'on veut qu'ils répondent aux besoins de ce patrimoine et de ses détenteurs. Les récents développements se rapportant aux *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial* ainsi que l'expérience acquise dans l'élaboration d'un système de propositions d'inscription dans le cadre du programme « Chefs-d'œuvre » aideront à aborder ces deux derniers points.

#### **6.4 La Recommandation de 1972**

La Recommandation de 1972<sup>440</sup> a été conçue parallèlement à la Convention de 1972, s'inscrivant ainsi dans un système de double protection aux termes duquel certains exemples exceptionnels de ce patrimoine seraient protégés par l'établissement d'une liste du patrimoine mondial<sup>441</sup> et les Etats membres, tenus de veiller à la protection de toutes les composantes de ce patrimoine au niveau national<sup>442</sup>. La Recommandation de 1972 n'a pas été beaucoup appliquée par les Etats membres, mais elle contient bel et bien des dispositions intéressantes

---

<sup>439</sup> A l'origine, deux instruments distincts étaient en cours de développement sous les auspices de l'ICOMOS pour le Patrimoine culturel et de l'UICN pour le patrimoine naturel.

<sup>440</sup> Recommandation concernant la protection, sur le plan national, du patrimoine culturel et naturel, Paris, 16 novembre 1972.

<sup>441</sup> En application de la Convention de 1972.

<sup>442</sup> En application des dispositions énoncées dans la Recommandation de 1972.

pour le patrimoine immatériel. Si la décision est prise d'élaborer un nouvel instrument normatif sur le modèle de la Convention de 1972, il conviendrait d'envisager sérieusement de l'assortir d'une Recommandation similaire, laquelle inciterait les Etats à protéger le patrimoine immatériel au niveau national et fournirait des indications sur les mesures à prendre à cet effet. Cette assistance répond à un besoin évident, les Etats exprimant fréquemment le souhait d'en bénéficier. Avec ses soixante-six points, la Recommandation de 1972 constitue une étude complète des mesures législatives et administratives et des principes généraux en matière de protection nationale du patrimoine culturel et naturel. La Partie III contient des principes généraux à appliquer pour la protection de ce patrimoine, la Partie IV définit l'organisation des services axés sur la réalisation de cette protection (Points 12-17), la Partie V énonce les mesures de protection (Points 18-59)<sup>443</sup>, la Partie VI aborde l'action éducative à adopter (Points 60-65) et la Partie VII décrit différentes formes de coopération internationale (Point 66).

Dans la Partie III (principes généraux), la Recommandation demande aux Etats d'apprécier et de sauvegarder l'ensemble du patrimoine culturel et naturel et non pas seulement les « éléments extraordinaires »<sup>444</sup>. La Recommandation souligne ainsi qu'elle porte sur une vaste gamme d'éléments du patrimoine culturel et naturel qui ne satisferaient pas aux critères de proposition d'inscription sur la liste, à l'instar de l'essentiel du patrimoine immatériel. Des ressources financières de plus en plus importantes devraient être consacrées par les pouvoirs publics à la « sauvegarde et à la présentation » de ce patrimoine et il conviendrait d'envisager également le financement du secteur privé<sup>445</sup> susceptible de favoriser l'indépendance économique des communautés culturelles. Une action concrète devrait être prise qui « donne à chaque bien de ce patrimoine une fonction qui l'insère dans la vie sociale, économique, scientifique et culturelle présente et future de la nation, fonction compatible avec le caractère culturel et naturel du bien considéré »<sup>446</sup>. Cette action est intéressante dans la mesure où elle souligne l'importance du contexte plus large où s'inscrit le patrimoine immatériel tout en respectant son caractère spécifique et en répondant aux besoins de ses détenteurs. Le fait que « les programmes de développement touristique impliquant le patrimoine culturel et naturel ne devraient pas porter atteinte au caractère et à l'importance de ces biens »<sup>447</sup> constitue une question d'une grande importance pour la gestion du patrimoine immatériel. Il importe de reconnaître que la responsabilité de la protection devrait incomber tant aux organes régionaux et locaux qu'aux autorités nationales<sup>448</sup> en raison du caractère local de l'essentiel du patrimoine culturel immatériel.

La Partie V (Mesures de protection) signale la nécessité pour les Etats membres de prescrire une surveillance régulière des biens de ce patrimoine<sup>449</sup>, une mesure qui accroîtrait les ressources de nombreux Etats en développement, dotés d'un riche patrimoine immatériel. Elle souligne également la nécessité de dresser un inventaire de protection de leur patrimoine culturel et naturel et de publier régulièrement les résultats des travaux de recensement<sup>450</sup>. Cependant, il existe des mesures qui jouent un rôle fondamental pour la sauvegarde du patrimoine immatériel et il conviendrait de penser sérieusement à la possibilité de fournir un

---

<sup>443</sup> Réparties en quatre groupes : « les mesures scientifiques et techniques », « les mesures administratives », « les mesures juridiques » et « les mesures financières ».

<sup>444</sup> Partie III, Point 5: « Le patrimoine culturel et naturel devrait être considéré dans sa globalité comme un tout homogène qui comprend, non seulement les œuvres représentant une valeur de grande importance, mais encore les éléments les plus modestes ayant acquis avec le temps une valeur de culture ou de nature. ».

<sup>445</sup> Partie IV, Points 10 et 11.

<sup>446</sup> Partie III, Point 9.

<sup>447</sup> Partie IV (Organisation des services), Point 15.

<sup>448</sup> Partie IV, Point 17.

<sup>449</sup> Partie V Point 19.

<sup>450</sup> Partie V Points 29 et 30.

appui financier et technique aux Etats en développement pour les faire appliquer. Une disposition intéressante stipule que les Etats devraient conduire une enquête sur les besoins socioculturels ressentis par le milieu dans lequel se trouve un groupe de constructions<sup>451</sup>. Cette mesure, très salubre si elle s'appliquait au patrimoine immatériel, pourrait aider à appuyer les communautés qui le créent et l'entretiennent. De manière générale, la Recommandation reconnaît l'importance d'une responsabilisation des populations autochtones et de l'emploi de mesures fondées sur la demande dans la protection et le développement du patrimoine. C'est là une approche importante lorsque l'on étudie le patrimoine immatériel car les besoins des communautés culturelles occupent une place centrale dans les questions liées à sa protection.

## 7. Conclusions et Recommandations

La sauvegarde du patrimoine culturel immatériel constitue une question importante à laquelle la communauté internationale doit faire face - en particulier l'UNESCO, et à laquelle il faut répondre de façon urgente et efficace en raison des puissantes forces économiques et culturelles qui le menacent. Pour de nombreux groupes de populations, le patrimoine immatériel représente une source fondamentale de leur identité transmise depuis de nombreuses générations. Pour certains, notamment les populations autochtones, le patrimoine immatériel est indispensable à leur existence et à leur mode de vie même. Il revêt également une grande importance par sa fonction dans la préservation de l'identité culturelle, un point souligné lors de la Conférence générale de l'UNESCO de 1997, et ainsi comme patrimoine universel de l'humanité. Il est également essentiel pour les Etats tant du point de vue social que culturel, et peut puissamment contribuer à l'économie des pays en développement. Pour certains Etats<sup>452</sup>, les traditions orales et culturelles constituent l'élément le plus important du patrimoine culturel. Etant donné le caractère vulnérable du patrimoine immatériel dans le monde moderne, il est de plus en plus urgent de le préserver par l'étude documentaire et la conservation du contexte humain dans lequel il est créé et entretenu.

L'intérêt croissant pour le patrimoine immatériel (en particulier les connaissances traditionnelles et le patrimoine autochtone) dans de nombreux organes intergouvernementaux, tels que l'OMPI, l'ECOSOC, le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique et la CNUCED, rend la contribution de l'UNESCO dans ce domaine d'autant plus nécessaire. Traditionnellement très impliquée dans la sauvegarde du patrimoine immatériel (culture traditionnelle et populaire), l'UNESCO est l'organisation dont le mandat est le plus approprié pour aborder les questions du patrimoine immatériel d'une manière holistique répondant aux besoins de ses détenteurs. Les instruments internationaux existants, tant dans le domaine du patrimoine culturel que dans celui de la propriété intellectuelle, sont inappropriés pour la sauvegarde de ce patrimoine, de sorte que l'élaboration d'un nouvel instrument normatif par l'UNESCO constituerait une avancée importante dans le domaine de la protection. Les programmes de l'UNESCO existants en rapport avec le patrimoine oral et immatériel (analysé ci-dessus) peuvent venir compléter un nouvel instrument et influencer sur son élaboration.

---

<sup>451</sup> Partie V Point 26.

<sup>452</sup> Particulièrement en Afrique et dans la région du Pacifique.

## 7.1 Objectifs d'un nouvel instrument

Les objectifs que l'on s'assigne en élaborant un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine immatériel sont nombreux et correspondent à de multiples intérêts, parfois incompatibles entre eux. Ainsi, la question de savoir qui devrait participer au processus de définition de ces objectifs est une question clé. Apparaissent ci-après un certain nombre de ces objectifs recensés lors de cette étude, lesquels peuvent être regroupés dans les trois catégories suivantes :

### a) Les objectifs existants qui doivent être énoncés de nouveau

- L'inclusion formelle des éléments immatériels dans le concept de patrimoine culturel.
- L'enregistrement et l'inventaire du patrimoine oral, et des coutumes qui s'y rapportent, en danger de disparition (notamment les langues)<sup>453</sup>.
- La revitalisation du processus de création vivante de la culture traditionnelle<sup>454</sup>.

### b) Les objectifs qu'un instrument serait de nature à renforcer

- La possibilité donnée aux communautés culturelles de continuer à créer, entretenir et transmettre ce patrimoine dans le contexte traditionnel<sup>455</sup>.
- La prise en compte de l'importance religieuse et de la fonction sociale/culturelle d'un site ou d'un monument, et des traditions linguistiques et orales qui lui sont associées<sup>456</sup>.
- La prévention de l'utilisation illicite et de l'altération des expressions du patrimoine immatériel<sup>457</sup>.
- La restitution d'éléments de biens culturels associés au patrimoine immatériel<sup>458</sup>.

### c) Les objectifs qui requièrent la réalisation d'un instrument

- La mise en place d'un système d'aide internationale en vue de permettre aux Etats de prendre des mesures de sauvegarde<sup>459</sup>.
- La sensibilisation (de certaines sociétés et du monde) à la valeur du patrimoine immatériel<sup>460</sup>.
- La sauvegarde de la diversité culturelle<sup>461</sup>.
- La garantie de la transmission du patrimoine immatériel aux générations futures<sup>462</sup>.

---

<sup>453</sup> Signalé lors des Séminaires régionaux qui ont eu lieu de 1995 à 1999 comme une priorité absolue pour de nombreux Etats.

<sup>454</sup> Point soulevé lors de la Réunion d'experts de 1993, mentionné à la note 201.

<sup>455</sup> Gruzinski, mentionné à la note 197.

<sup>456</sup> Ce point concerne les révisions de 1998 et 2000 des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine de 1972*.

<sup>457</sup> Un objectif central des Etats signalé lors des Consultations régionales conjointes de l'UNESCO et de l'OMPI en 1999.

<sup>458</sup> Ce point est particulièrement important pour les communautés autochtones.

<sup>459</sup> Lors des Séminaires régionaux organisés entre 1995 et 1999, de nombreux Etats ont fait état d'un manque d'infrastructures, de formation et de ressources financières, lequel constitue un obstacle à l'application des mesures définies dans la Recommandation de 1989.

<sup>460</sup> Point soulevé lors de la Réunion d'experts de 1993, mentionnée à la note 201.

<sup>461</sup> Signalé lors des Séminaires régionaux organisés entre 1995 et 1999.

<sup>462</sup> Signalé lors des Séminaires régionaux organisés entre 1995 et 1999.

- La protection de l'informateur en tant que transmetteur du patrimoine immatériel<sup>463</sup>.
- Le recensement des règles et approches coutumières possibles en matière de sauvegarde<sup>464</sup>.
- La participation des détenteurs de traditions à la préservation, planification et gestion du patrimoine immatériel<sup>465</sup>.
- Le respect des règles et pratiques coutumières touchant au caractère secret de certaines connaissances traditionnelles<sup>466</sup>.

Une autre proposition consiste à étendre la protection à la culture spirituelle<sup>467</sup>. Compte tenu de la nature controversée de cette proposition dans le cadre de l'élaboration d'un nouvel instrument, il conviendrait d'envisager la réalisation d'un tel objectif à condition d'attirer l'attention des gouvernements sur l'obligation qui est la leur de respecter le droit des minorités religieuses et linguistiques de profiter de leur culture<sup>468</sup>.

## 7.2 Elaboration d'un nouvel instrument normatif

Il existe certaines questions dont il faut être conscient lors de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif, en particulier une Convention internationale, dans le domaine du patrimoine immatériel. Il y a d'abord la difficulté de définir la mission d'un tel instrument et les mécanismes juridiques prévus pour la protection. Cependant, un gros travail a été fourni dans ce domaine depuis l'élaboration de la Recommandation de 1989 par les différents organes intergouvernementaux<sup>469</sup> en mesure d'apporter leur précieux concours au processus d'élaboration du nouvel instrument. L'expérience acquise par la mise en œuvre de la Recommandation et des programmes UNESCO correspondants est également riche en enseignements à ce sujet<sup>470</sup>. Le choix de la terminologie, la définition du champ d'application et la rédaction d'une définition pratique d'un tel instrument en sont tous des aspects fondamentaux et doivent être réalisés lors du stade initial de ce processus. Cette tâche exigera d'abord la mise en place d'un groupe interdisciplinaire d'experts afin de regrouper les différents aspects de ce travail, de définir les domaines prioritaires à sauvegarder et d'éliminer

<sup>463</sup> Point soulevé par les Etats arabes à l'occasion de leur Séminaire régional organisé en 1999.

<sup>464</sup> Lors de leur Séminaire régional organisé en 1999, les Etats africains ont signalé l'importance du droit coutumier relativement à la sauvegarde du patrimoine immatériel.

<sup>465</sup> *La Déclaration sur la protection des connaissances et expressions traditionnelles des cultures autochtones dans la région du Pacifique*, adoptée à l'occasion d'un Symposium organisé sur le même sujet à Noumea, Nouvelle-Calédonie, (15-19 février 1999, p. 197) demande aux Etats de la région d'encourager les systèmes de protection, de gestion et de surveillance des connaissances et expressions traditionnelles des cultures autochtones au niveau local.

<sup>466</sup> Un point fréquemment soulevé dans la littérature relative au patrimoine des aborigènes en Australie.

<sup>467</sup> Cette proposition, par exemple, a été faite par le Séminaire régional des pays de l'Europe centrale et orientale.

<sup>468</sup> Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) (1966). L'Article 27 se lit comme suit : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. ».

<sup>469</sup> Tels que l'UNESCO, l'OMPI, la CNUCED, le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, l'ECOSOC et l'OMS.

<sup>470</sup> Notamment les programmes « Trésors humains vivants » et « Proclamation des Chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel », ainsi que l'action menée par d'autres secteurs de l'UNESCO en rapport avec les connaissances, le savoir-faire traditionnel et les sites sacrés/secrets des populations locales et autochtones.

tout conflit d'intérêts éventuel<sup>471</sup> En ce qui concerne la possible portée de cet instrument, il importe de choisir entre la sauvegarde du patrimoine immatériel au sens le plus large (dont les connaissances traditionnelles) et la limitation de la protection aux expressions intellectuelles de ce patrimoine par l'application de mesures propres à la propriété intellectuelle. A l'évidence, il est souhaitable que la protection ait une portée maximale. Cependant, au vu de l'étendue du domaine susceptible de bénéficier de la protection, il s'avérera probablement nécessaire de réduire la portée d'un nouvel instrument, d'une manière ou d'une autre, afin de limiter l'éventail des mécanismes juridiques à appliquer. L'un des moyens de réaliser un tel instrument est d'éviter d'aborder les droits économiques liés à l'exploitation et l'utilisation de ce patrimoine, indépendamment de ceux qui sont garantis par le droit d'auteur. Il serait ainsi possible d'adopter une approche avant tout « culturelle » de la sauvegarde du patrimoine immatériel.

Pour ce qui est des instruments internationaux existants, les limites du champ d'application de la protection de la propriété intellectuelle dont bénéficierait ce patrimoine et, par extension, celles des traités internationaux sur les différents droits de propriété intellectuelle, ont été analysées en détail à la Section 2<sup>472</sup> Toutes les protections internationales offertes par la Convention de Berne, la Convention de Rome ou les Traités de l'OMPI de 1996 sont soumises à ces limites. Au nombre des principaux avantages qu'elles offrent figure la définition de normes minimales de protection et, partant, la garantie d'une protection internationale du patrimoine immatériel par le système de propriété intellectuelle. Dans certains cas, elles offrent également une meilleure application des droits accordés. Le principal avantage de l'Accord sur les ADPIC, par exemple, est de doter les titulaires des droits économiques découlant du droit d'auteur, des droits voisins et des droits de propriété industrielle, de moyens juridiques d'exécution renforcés. Cependant, les droits moraux découlant du droit d'auteur ne sont pas mentionnés dans cet Accord, ce qui écarte l'un des aspects les plus utiles de la protection de la propriété intellectuelle dans le domaine du patrimoine immatériel. En outre, les règles de la propriété industrielle largement affirmées par l'Accord sur les ADPIC apparaissent souvent comme allant à l'encontre des intérêts des détenteurs des connaissances traditionnelles.

A l'exception de la Convention et de la Recommandation de 1972, et de la Recommandation de 1989 analysées en détail respectivement aux Sections 6 et 2, les instruments du Patrimoine culturel adoptés par l'UNESCO influent également sur la sauvegarde du patrimoine immatériel. La Convention de La Haye<sup>473</sup> de 1954, qui oblige les Etats parties à respecter la propriété culturelle sur leur territoire et sur celui des autres Etats parties lors des conflits armés, et à prendre des mesures en temps de paix visant à la sauvegarder, peut s'appliquer aux éléments matériels de la culture associés au patrimoine

---

<sup>471</sup> Une Table ronde internationale sur la définition du patrimoine culturel immatériel organisée par l'UNESCO en Italie du 14 au 16 mars 2001 travaillera à l'identification du champ définitionnel de l'action future de l'UNESCO dans ce domaine. Les participants sont originaires des six groupements régionaux des Etats membres de l'UNESCO et représentent les disciplines de l'anthropologie, de l'ethnomusicologie, des sciences économiques, du droit, de la philosophie, de la linguistique, de la sociologie, de l'histoire et de la biochimie.

<sup>472</sup> La protection de la propriété intellectuelle ne s'applique pas dans les cas suivants : la protection est de nature individuelle ; les concepts des biens et de la propriété à protéger risquent d'être inappropriés ; la protection ne porte pas directement sur des biens collectifs et les droits correspondants ; nécessité d'établir une paternité, une originalité et une exclusivité individuelles des droits accordés dans le cadre du droit d'auteur ; obligation de nouveauté et activité inventive dans la protection du brevet ; durée limitée de la protection de la propriété intellectuelle.

<sup>473</sup> Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (14 mai 1954) à laquelle a été ajouté un Protocole en 1999.

immatériel<sup>474</sup> La Convention de 1970<sup>475</sup> concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels peut également être appliquée en vue de contrôler le trafic illicite des biens culturels en rapport avec le patrimoine immatériel<sup>476</sup> De façon intéressante, les catégories que les Etats parties à cette Convention sont tenues de reconnaître comme relevant du patrimoine culturel de l'Etat englobent « les biens culturels nés du génie individuel ou collectif » de ses ressortissants<sup>477</sup> Cependant, la Convention ne s'applique qu'aux éléments que les Etats jugent dignes d'intérêt et ne peut ainsi couvrir toute une gamme de biens auxquels différentes communautés à l'intérieur d'un Etat accordent une importance culturelle. La Recommandation de 1968<sup>478</sup> reconnaît l'importance des « traditions culturelles des peuples de l'humanité » (Préambule) pour la civilisation contemporaine. Cette Recommandation est conçue pour inciter les gouvernements à prendre des mesures en faveur du patrimoine culturel mis de plus en plus en péril par les travaux publics et privés. Les « ensembles historiques » qui sont l'objet de la Recommandation<sup>479</sup> de 1976 « constituent à travers les âges les témoignages les plus tangibles de la richesse et de la diversité des créations culturelles, religieuses et sociales de l'humanité » (Préambule) et la notion de « sauvegarde » y est employée pour la première fois<sup>480</sup>. La Recommandation de 1978<sup>481</sup> engage les gouvernements à prendre des mesures de prévention et de gestion des risques associés à l'exposition, au stockage, au transport, etc. de biens culturels mobiliers<sup>482</sup>. La Recommandation<sup>483</sup> de 1980 demandant aux Etats membres d'apporter une protection physique appropriée aux images animées et d'en prévenir la disparition influe de la sorte sur les enregistrements du patrimoine immatériel et reconnaît que ces enregistrements constituent souvent les témoignages importants et exceptionnels du mode de vie et des cultures des peuples<sup>484</sup>.

Il conviendrait de prendre également en considération le travail des autres organisations

---

<sup>474</sup> L'article 1(a) considère comme « biens culturels... les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples ». Les biens culturels s'étendent aux œuvres d'arts, aux collections scientifiques, aux musées et aux dépôts d'archives.

<sup>475</sup> Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'exportation, l'importation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (14 novembre 1970). Cette convention a été conçue pour élaborer des principes et des critères définis dans la Recommandation de 1964 sur la question et pour qu'ils aient force exécutoire sur les Etats parties.

<sup>476</sup> La définition de « biens culturels » donnée par l'Article 1 s'étend aux « biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque Etat comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science » et qui appartiennent à des catégories spécifiques énumérées telles que les objets d'intérêt ethnologique, les biens d'intérêt artistique et les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques.

<sup>477</sup> Article 4(a).

<sup>478</sup> Recommandation concernant la préservation des biens culturels mis en péril par les travaux publics ou privés, (19 novembre 1968).

<sup>479</sup> Recommandation concernant la sauvegarde des ensembles historiques ou traditionnels et leur rôle dans la vie contemporaine (26 novembre 1976).

<sup>480</sup> Définie dans l'Article I(c) comme « l'identification, la protection, la conservation, la restauration, la réhabilitation, l'entretien et la revitalisation... ».

<sup>481</sup> Recommandation pour la protection des biens culturels mobiliers, 28 novembre 1978.

<sup>482</sup> L'Article I entend par biens culturels mobiliers « tous les biens meubles qui sont l'expression ou le témoignage de la création humaine...et qui ont une valeur ou un intérêt archéologique, historique, artistique, scientifique ou technique. » L'ajout du mot « technique » est intéressant ici et permet d'englober les biens associés aux connaissances technologiques traditionnelles.

<sup>483</sup> Recommandation pour la sauvegarde et la conservation des images en mouvement (27 octobre 1980).

<sup>484</sup> L'Article II (6) se réfère aux droits de la propriété intellectuelle accordés à ceux qui participent à l'utilisation et à l'exploitation de ces images en mouvement. Aucune attention n'est accordée toutefois aux intérêts de ceux dont le mode de vie ou l'expression culturelle sont enregistrés.

intergouvernementales en rapport avec les aspects du patrimoine immatériel<sup>485</sup> et d'éviter ainsi les doubles emplois. Les aspects des connaissances traditionnelles et du patrimoine autochtone sur lesquels se sont déjà penchés d'autres organes intergouvernementaux englobent : les connaissances autochtones contribuant à la biodiversité et les questions d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages (le PNUE et le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique) ; les aspects de l'utilisation des ressources génétiques, connaissances traditionnelles et expressions du folklore (OMPI) touchant à la propriété intellectuelle ; les droits des fermiers et des éleveurs (FAO) ; les savoirs traditionnels ayant trait à la médecine et à la botanique (OMS) ; les droits et le patrimoine autochtones (ECOSOC). Il a été fait valoir, les peuples autochtones et locaux ayant une vision holistique de leur patrimoine, qu'il n'était pas approprié d'apporter une protection dans des catégories juridiques distinctes<sup>486</sup>. Assurément, l'UNESCO doit prendre en considération cette caractéristique du patrimoine autochtone dans son action, mais l'Organisation doit également faire preuve de pragmatisme en assurant la complémentarité entre ses propres instruments internationaux et ceux des autres organes intergouvernementaux afin d'éviter les doubles emplois qui sont à déconseiller. Aussi est-il sage pour l'UNESCO de répondre à la question de la sauvegarde du patrimoine immatériel avant tout d'un point de vue culturel, en tenant compte des questions telles que le caractère sacré de certains sites associés au patrimoine immatériel et en garantissant le respect des règles coutumières en matière d'accès. Cependant, exception faite des droits économiques définis dans la loi sur le droit d'auteur, il n'entre pas dans la mission de l'UNESCO d'élaborer des mécanismes juridiques (*sui generis*) conçus pour assurer la protection des droits économiques des détenteurs des connaissances traditionnelles<sup>487</sup>.

La protection du patrimoine immatériel pourrait bien entraîner la remise en question des principes juridiques habituels, notamment ceux qui portent sur les biens, le régime de propriété et les droits collectifs par opposition aux droits individuels. De possibles questions touchant à l'autodétermination, aux droits fonciers (des populations autochtones) et aux droits des minorités sont très problématiques pour certains Etats et ne sauraient être abordées directement. En outre, il est nécessaire de s'assurer que le libre exercice des cultures traditionnelles ne se fasse pas en violation des normes internationales des droits de l'homme<sup>488</sup>. Aussi l'instrument à élaborer devra-t-il faire l'objet d'une rédaction soignée afin d'éviter ce genre de difficultés. L'élaboration de tout instrument international risque toujours d'aboutir à des résultats imprévus et pervers. Même la Convention de 1972 - dont tout le monde s'accorde à dire qu'elle a conduit à d'excellents résultats - aboutit à la dégradation de certains sites inscrits dans la liste en raison de l'afflux croissant des touristes. Pour ce qui est du patrimoine immatériel, le fait de le sortir artificiellement de son contexte, la divulgation de connaissances secrètes, la création d'une hiérarchie inappropriée au sein du patrimoine immatériel ou la fossilisation des cultures vivantes sont autant de conséquences à éviter.

Toutefois, les positions en faveur de l'élaboration d'un nouvel instrument de sauvegarde

---

<sup>485</sup> Telles que : l'OMPI pour ce qui est des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions du folklore ; et du Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique pour ce qui est des ressources génétiques et des connaissances autochtones.

<sup>486</sup> Telles que l'environnement, la biologie, la culture, etc. Pour de plus amples informations à ce sujet, voir : Barsh, R.L. 1999. « How do you patent a landscape? The perils of dichotomizing cultural and intellectual property », 8 *Int.J.Cult. Property*, n° 14, p. 15.

<sup>487</sup> Telles que la médecine, la botanique, l'agriculture, etc. et les ressources génétiques associées.

<sup>488</sup> Par exemple, l'Article 8(2) de la Convention de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989) déclare que : « Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ... ».

du patrimoine immatériel prévalent sur les craintes soulevées par d'éventuels problèmes<sup>489</sup>. Même si les données de base, sur lesquelles s'appuiera ce travail, sont vastes et variées (ainsi que le montre cette étude), elles n'en sont pas moins accessibles et représentent quelque 20 années d'expérience tant pour l'UNESCO que pour l'OMPI, notamment depuis l'élaboration de la Recommandation de 1989. L'expérience acquise par la suite dans les domaines de l'identification, de la préservation, de la conservation et de la protection du patrimoine immatériel grâce à l'application de la Recommandation constitue une assise solide pour démarrer une telle action dans la mesure où ces domaines demeurent des aspects essentiels de tout régime de protection. L'élaboration d'un instrument international constituerait une étape importante dans la mise en place de la dynamique nécessaire pour la coopération internationale en matière de sauvegarde et de protection du patrimoine immatériel. Cet instrument serait également un moyen efficace de proposer des normes de protection décidées au niveau international<sup>490</sup>. En outre, l'intérêt croissant pour la protection du patrimoine immatériel - en particulier les connaissances traditionnelles - de la part de divers organes internationaux souligne la nécessité pour l'UNESCO de définir les conditions sous lesquelles l'ensemble de ce patrimoine devrait être sauvegardé. En travaillant à l'élaboration d'un nouvel instrument normatif, l'UNESCO se donnerait un rôle de leader dans la définition d'une approche appropriée des problèmes spécifiques de ce patrimoine. Au vu du vaste mandat qui est le sien, l'UNESCO est la mieux placée des organisations intergouvernementales pour embrasser la dimension holistique de ce patrimoine par une combinaison de ces activités normatives et opérationnelles<sup>491</sup>. Il convient de noter ici qu'une décision en faveur de la création d'un nouvel instrument est en aucune manière en contradiction avec la poursuite des activités opérationnelles dans les domaines connexes. Les deux activités devraient plutôt être considérées comme complémentaires.

L'un des problèmes qui par le passé a suscité des débats animés sur la question de la protection internationale du patrimoine immatériel - « culture traditionnelle et populaire » - a été le dilemme manifeste entre l'application de mesures de protection générales inhérentes au patrimoine culturel ou le recours au système des droits de propriété intellectuelle et mécanismes connexes. Il est important que l'UNESCO adopte une position claire sur la question lorsqu'elle envisage l'élaboration d'un nouvel instrument normatif en évitant que son approche plus générale fasse double emploi avec une approche axée sur la propriété intellectuelle (OMPI) des mêmes éléments du patrimoine. L'expérience acquise lors de l'élaboration des Dispositions types de 1982 et de la Recommandation de 1989 ainsi que l'action récente menée par l'OMPI sur les aspects relatifs à la propriété intellectuelle qui découlent de la protection des connaissances traditionnelles et des expressions du folklore ont contribué à notre compréhension de la question. Il devient de plus en plus clair que les droits de propriété intellectuelle n'offrent qu'une protection réduite de ce patrimoine et que même un type de régime *sui generis* inspiré des règles de la propriété intellectuelle s'assignera des

---

<sup>489</sup> Bien que seulement 3 % des Etats répondant à un questionnaire de l'UNESCO de 1994 sur l'application de la Recommandation de 1989 aient déclaré qu'il était nécessaire d'élaborer une nouvelle Convention internationale, cette mesure n'était qu'une mesure parmi d'autres qui ont été évoquées sur la question. En 1999, trois des Consultations régionales menées par l'UNESCO ont signalé, comme un problème sérieux, le manque de protection juridique, au niveau national et international, de la culture traditionnelle et populaire. En octobre 2000, 10 Etats ont préconisé la mise en place d'un instrument normatif pour la protection du patrimoine oral et immatériel de l'humanité à l'occasion de la 160<sup>e</sup> session plénière du Conseil exécutif tandis que deux autres ont exprimé le même souhait lors de la réunion de la Commission PX.

<sup>490</sup> D'autres moyens possibles, tels que les Codes de conduites et les Directives, ont moins de poids s'ils ne sont pas assortis de textes ayant force exécutoire.

<sup>491</sup> L'effet combiné d'une action législative et opérationnelle devrait être mise en avant car les approches non-normatives sont mieux à même de traiter certains aspects de ce patrimoine. C'est le cas de l'essentiel des connaissances locales et autochtones qui sont l'objet d'un projet de programme intersectoriel appelé LINKS (Systèmes des connaissances locales et autochtones).

objectifs plus limités que ne le fera un instrument mis au point par l'UNESCO. Il existe indéniablement de sérieux problèmes concernant les droits de propriété intellectuelle des détenteurs de patrimoine immatériel. Toutefois, leur accorder trop d'importance risque d'altérer la perception du patrimoine immatériel en le réduisant d'abord à une marchandise.

Aussi est-il préférable que ce soient avant tout d'autres institutions spécialisées qui gèrent les droits économiques des détenteurs de traditions<sup>492</sup>. L'UNESCO devrait plutôt centrer son action sur les moyens permettant de renforcer les droits économiques et en particulier *moraux* des détenteurs<sup>493</sup> découlant du droit d'auteur. Cette approche répondrait davantage aux principaux objectifs de protection du patrimoine immatériel, tels que la protection de son intégrité, la promotion de son rôle dans l'expression identitaire de la communauté des producteurs, la pérennité de ses formes traditionnelles et sa prise en considération par la société. En outre, les droits de propriété intellectuelle et les mesures correspondantes ne fournissent une protection juridique que lorsque le patrimoine immatériel est exploité par un tiers, souvent dans un contexte étranger à celui d'origine. Ils n'offrent pas une protection *in situ* non plus qu'ils ne favorisent le contexte socioculturel qui a permis le développement et la conservation du patrimoine immatériel, lesquels sont les deux objectifs majeurs que doit s'assigner toute protection juridique internationale de ce patrimoine. L'UNESCO devrait également coopérer, s'il y a lieu, avec l'OMPI en matière de connaissances traditionnelles et d'expressions du folklore. Toutefois, l'élaboration d'un nouveau traité international axé sur les questions de propriété intellectuelle découlant de la protection des connaissances traditionnelles peut nuire à la réalisation des objectifs de l'UNESCO dans le domaine du patrimoine immatériel<sup>494</sup>.

### 7.3 Obligations et Recommandations qui pourraient être faites aux Etats

Lorsque l'on s'interroge sur le type d'instrument à élaborer, il importe de définir la nature des obligations à imposer aux Etats parties dans le cadre d'une Convention à force exécutoire réciproque, d'une part, et des recommandations à faire aux Etats membres pour qu'ils prennent des mesures à mettre en œuvre au niveau national, d'autre part. Certaines des obligations susceptibles d'être citées dans un texte de Convention, de même que les mesures à faire figurer dans une Recommandation, sont énumérées ci-après.

Entre autres obligations pouvant lier les Etats parties à une Convention internationale sur la sauvegarde du patrimoine immatériel international figurent :

- la reconnaissance de l'intérêt du patrimoine immatériel pour la société (et l'humanité) et le rôle important des détenteurs de traditions dans la création, l'entretien et la transmission de ce patrimoine ;
- la sensibilisation à l'intérêt et à l'importance de ce patrimoine ;
- la garantie de l'identification, de la conservation, de la préservation, de la protection et de la transmission aux générations futures du patrimoine immatériel situé sur leur territoire ;
- la prévention de toute action qui détériore, déprécie, altère ou utilise à mauvaise escient par tout autre moyen le patrimoine immatériel sur les territoires des Etats ;
- l'interdiction faite à leurs ressortissants de se livrer à ces actions nuisibles par

---

<sup>492</sup> La CNUCED et l'OMPI sont les organisations les mieux placées pour s'acquitter de cette mission.

<sup>493</sup> Il s'agit des droits de préserver l'intégrité de l'œuvre, le droit de la tenir confidentielle ou de la divulguer, et le droit d'être reconnu comme l'auteur de l'œuvre.

<sup>494</sup> Une possible conséquence de l'action récente de l'OMPI dans ce domaine.

- l'application de la législation nationale ;
- la coopération dans la restitution des biens culturels associés au patrimoine immatériel ;
- la protection, la préservation des sites et autres biens culturels immobiliers associés au patrimoine immatériel et la garantie offerte aux détenteurs de traditions d'y avoir accès ;
- la garantie offerte à tous les citoyens d'exercer leur religion, et de pratiquer leur langue et leur culture en toute liberté ;
- la reconnaissance réciproque de la protection étendue par les autres Etats parties à leur patrimoine immatériel ;
- la mise en place d'une autorité nationale compétente chargée de surveiller la sauvegarde et la protection du patrimoine immatériel ;
- la coopération avec d'autres parties lorsque le patrimoine immatériel « appartient » à des communautés qui vivent sur plusieurs Etats ;
- l'adoption d'un Code d'éthique pour la collecte, la documentation, la publication et l'utilisation commerciale des éléments du patrimoine immatériel ;
- la mise en place d'un organe d'experts international chargé de surveiller la sauvegarde du patrimoine immatériel et de formuler des politiques dans ce domaine ;
- la reconnaissance de la législation des autres parties portant sur l'autorisation et le consentement préalable donné en connaissance de cause ;
- la mise en place d'un mécanisme permettant à la coopération internationale de réaliser les objectifs de la Convention, notamment la prestation d'une aide financière et technique s'il y a lieu ;
- l'acquiescement de leurs obligations en vue de sauvegarder les éléments du patrimoine immatériel conformément à l'Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), à l'Article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à l'Article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique et aux traités internationaux sur la propriété intellectuelle.

Ci-après les mesures juridiques et administratives susceptibles de figurer dans une Recommandation élaborée à l'intention des Etats membres :

- l'élaboration et l'application d'un Code d'éthique à l'attention des chercheurs et des entreprises commerciales pour l'enregistrement, la collecte et l'utilisation, etc. du patrimoine immatériel ;
- la préservation de la transmission du patrimoine immatériel par le décernement de prix, la possibilité de prévoir des espaces pour les représentations et les pratiques traditionnelles et autres formes d'aide aux détenteurs ;
- la protection de la vie privée et du caractère confidentiel des sources humaines, ainsi que l'extension de cette protection à certains éléments du patrimoine immatériel en vue d'en garantir le caractère secret ;
- la garantie de la conservation et de la préservation des éléments enregistrés ;
- la sensibilisation aux connaissances et aux compétences traditionnelles, ainsi qu'à leur valeur sociale ;
- la garantie de l'accès des communautés de détenteurs à leur propre patrimoine immatériel et du respect des règles coutumières qui en interdisent l'accès et l'utilisation aux étrangers ;
- la garantie d'une formation appropriée (à l'intention notamment des détenteurs) et de ressources dans tous les domaines de la documentation, de l'enregistrement, de la

- préservation, de la gestion, etc. du patrimoine immatériel ;
- la mise en place de centres nationaux de documentation du patrimoine immatériel avec la participation des communautés ;
  - l'aide à l'éducation en langue maternelle et la sensibilisation à l'importance des éléments traditionnels et oraux ;
  - la promotion de la transmission à la jeunesse des éléments du patrimoine culturel immatériel ;
  - l'aide aux détenteurs de traditions dans le développement de leur culture et pratiques traditionnelles ;
  - la participation des détenteurs de traditions à la sauvegarde et gestion du patrimoine immatériel ;
  - l'aide aux communautés dans la préservation du rôle actif des langues locales ;
  - la protection des éléments matériels de la culture et des espaces essentiels à la transmission du patrimoine immatériel ;
  - l'aide aux détenteurs de traditions dans l'exploitation du potentiel commercial de leur culture traditionnelle ;
  - l'élaboration des mécanismes et d'une législation qui portent sur la question de l'autorisation et du consentement préalable donné en connaissance de cause par les détenteurs de traditions en matière de connaissances traditionnelles ;
  - l'assurance d'une protection maximale offerte au patrimoine immatériel par le système de propriété intellectuelle (droits économiques, moraux et droits voisins) tant dans la législation nationale que dans les traités internationaux ;
  - la promulgation d'une législation conforme à l'Article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique, s'il y a lieu.

Il est également possible de définir plusieurs principes généraux sur lesquels pourrait s'appuyer l'élaboration d'un nouvel instrument normatif. Au nombre de ces principes figurent :

- la diversité des traditions culturelles véhiculées par le patrimoine immatériel est essentiel à l'ensemble du patrimoine culturel ;
- le patrimoine immatériel est une partie intégrante du patrimoine universel de l'humanité tout en restant spécifique à la communauté locale qui le crée, l'entretient et le transmet ;
- le patrimoine immatériel joue un rôle important dans la construction de l'identité culturelle et sociale de ses détenteurs et de leur communauté ;
- le patrimoine immatériel a une fonction spirituelle, culturelle, économique, sociale et écologique essentielle ;
- les détenteurs de traditions peuvent apporter leur contribution à l'élaboration des politiques dans de nombreux domaines, tels que la santé, l'agriculture, la protection environnementale, le développement humain durable et la résolution des conflits ;
- le patrimoine immatériel a une importance historique et participe à la construction du monde contemporain comme tradition culturelle vivante ;
- la volonté d'éviter la « fossilisation » du patrimoine immatériel grâce aux moyens de sauvegarde.

## 7.4 Le choix du type d'instrument

Lorsque l'on s'est interrogé sur l'opportunité de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif dans ce domaine, les possibilités envisagées dans un premier temps ont été les suivantes :

- 1) un protocole additionnel à la Convention de 1972 ou une révision de cette dernière ;
- 2) l'élaboration d'une nouvelle recommandation qui « comble les lacunes » du texte de 1989, éventuellement sur la base du même texte ;
- 3) l'élaboration d'une convention en utilisant un système *sui generis* à partir des Règles de la propriété intellectuelle ;
- 4) une convention qui s'inspire de la Convention de 1972 ;
- 5) une convention générale sur le patrimoine culturel qui fasse appel à une approche traditionnelle de la protection combinée avec une approche *sui generis*.

1. La première de ces possibilités a déjà été envisagée et écartée lors de cette étude pour des raisons mentionnées ailleurs dans ce texte. A l'évidence, les droits de propriété intellectuelle ont une utilité limitée dans ce domaine de la protection et ne semblent pas constituer une base fiable pour l'élaboration d'un instrument même si les Etats devraient être encouragés à fournir la protection dont ils sont capables à travers le système de protection des droits de propriété intellectuelle.

2. Il est peu probable qu'une nouvelle recommandation soit élaborée, étant donné qu'une recommandation dans ce domaine existe déjà. Cependant, cette option peut être envisagée dans le cas où il ne semblerait pas approprié d'élaborer une nouvelle convention à ce stade. Une nouvelle recommandation étendant le champ d'application de la recommandation de 1989 à des approches de sauvegarde du patrimoine immatériel jugées désormais essentielles pourrait apparaître comme la base de l'élaboration d'une future convention. L'expérience, toutefois, suggérerait qu'une Recommandation ne constitue pas un moyen efficace de mise en œuvre des nouvelles pratiques d'un Etat dans ce domaine en dépit des bonnes intentions alors qu'une nouvelle Convention le serait à la condition d'être adoptée.

3. En ce qui concerne le texte d'une convention, il est d'abord proposé d'élaborer une convention exclusivement fondée sur des approches de protection *sui generis* qui répondent aux besoins spécifiques du patrimoine immatériel. Il convient d'étudier le possible contenu de ces règles *sui generis*. Ces dernières tendent à s'inspirer des approches de la protection de la propriété intellectuelle non sans toutefois être adaptées au caractère et aux besoins spécifiques de ce patrimoine. Elles englobent :

- la reconnaissance des formes collectives traditionnelles de la propriété (à travers des dispositions contractuelles ou législatives) ;
- le respect des procédures d'autorisation traditionnelles, et du droit des détenteurs et autres droits moraux ;
- l'obligation d'établir la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par les détenteurs lors des demandes de brevet touchant aux connaissances traditionnelles ;
- la prestation de compensations économiques aux détenteurs en échange de l'exploitation commerciale des connaissances traditionnelles ;
- la protection des connaissances traditionnelles accordée à perpétuité sans que lesdites connaissances ne tombent jamais dans le domaine public après une période de temps

- déterminée ;
- l'interdiction de tout enregistrement illicite des symboles et des noms de marques ayant un caractère sacré et/ou une importance culturelle ;
- l'interdiction d'enregistrement illicite et culturellement offensant de noms traditionnels ;
- l'interdiction de toute utilisation dégradante, destructrice ou mutilante du patrimoine immatériel ;
- l'enregistrement de marques commerciales collectives et homologuées ;
- l'enregistrement d'indications géographiques ;
- la protection du droit d'auteur pour les œuvres orales ;
- la protection de la documentation des connaissances traditionnelles par la protection des bases de données originales et non-originales ;
- la protection des « droits moraux » des détenteurs de traditions ;
- la protection des cultures traditionnelles par l'application des droits voisins.

Ainsi que l'expose cette étude, l'OMPI, le Secrétariat de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique et la CNUCED travaillent actuellement à l'élaboration de formes *sui generis* de protection des différents éléments du patrimoine immatériel. Aussi l'UNESCO doit-elle d'autant plus veiller à éviter les doubles emplois. En outre, même si ces propositions de protection sont en mesure de remédier aux sérieux problèmes, auxquels se heurtent les communautés de détenteurs, soulevés par l'exploitation commerciale et l'utilisation mal avisée de leur patrimoine immatériel, elles n'abordent en général pas ce patrimoine non plus que son contexte social et culturel plus large selon l'approche qu'adopterait l'UNESCO. Elles ne couvrent pas non plus les questions telles que l'établissement d'inventaires, l'enregistrement, la conservation, la préservation et la revitalisation du patrimoine immatériel non plus que l'aide à apporter pour garantir la pérennité et la transmission du patrimoine immatériel par ses détenteurs. Une Convention de l'UNESCO à ce sujet ne pourrait se satisfaire d'une approche aussi ciblée. Cette dernière se heurterait également à une forte opposition de la part de nombreux Etats membres qui feraient valoir que le régime traditionnel de la propriété intellectuelle ne devrait pas être altéré de la sorte, et moins encore par l'UNESCO dont la mission (contrairement à celle de l'OMPI) ne s'étend pas à ces domaines. Aussi l'UNESCO devrait-elle considérer la sauvegarde du patrimoine immatériel dans une perspective plus large, ainsi que le prévoit expressément sa mission.

4. Le second type de Convention proposé s'inspire largement des principes et des mécanismes de la Convention de 1972 non sans quelques adaptations pour tenir compte des besoins du patrimoine immatériel et des communautés de détenteurs. Ainsi qu'il a été analysé ci-dessus (à la Section 6.3), il existe plusieurs éléments de la Convention de 1972 qui pourraient offrir un modèle utile pour l'élaboration d'une nouvelle Convention. C'est le cas par exemple de la mise en place du Fonds du patrimoine mondial, assortie des mesures financières correspondantes. Ce dernier est un secrétariat chargé de surveiller le fonctionnement de la Convention<sup>495</sup> et le rôle officiel des organes consultatifs dans le

---

<sup>495</sup> Contrairement à d'autres Conventions du patrimoine culturel supervisées par un Secrétariat, le Centre de l'UNESCO pour le patrimoine mondial est chargé de gérer les activités qui entrent dans le cadre de la Convention de 1972. Cette mission lui confère une autre dimension propice à la réalisation des buts et objectifs fixés par la Convention. Toutefois, il conviendrait de noter que la mise en place du Centre de l'UNESCO pour le patrimoine mondial n'est pas prévue dans l'instrument lui-même mais a été entreprise 20 ans après son adoption.

fonctionnement de la Convention.<sup>496</sup> La création d'un organe d'experts comme l'ICOMOS ou l'UICN (éventuellement constitué à partir du Jury du programme « Chefs-d'œuvre ») constituerait un pas important dans l'élaboration de mécanismes internationaux axés sur la sauvegarde du patrimoine immatériel qui serait ainsi placé sur un pied d'égalité avec les éléments matériels du patrimoine culturel. Le principe général de protection sous-jacent à cette Convention mérite également d'être étudié. Patrimoine important aux yeux de l'humanité pour son rôle dans la préservation de la diversité culturelle, le patrimoine immatériel devrait être sauvegardé sur la base d'une coopération internationale. De même, les Etats parties ont une obligation générale de protection.

Ainsi qu'il a été également signalé, la nature et les besoins spécifiques du patrimoine immatériel nécessiteraient une adaptation notable des principaux éléments de la Convention de 1972 comme suit : la notion de « valeur universelle exceptionnelle » demande à être précisée et éventuellement adaptée ; les mécanismes de propositions d'inscription<sup>497</sup> et de surveillance (et les structures administratives prévues à cet effet) doivent être adaptés en conséquence ; et les critères de sélection très soigneusement définis. Comparée avec un instrument de portée plus générale, la définition du champ d'application de cette convention serait plus simple car il se limiterait à des éléments « exceptionnels » du patrimoine<sup>498</sup> au lieu de porter sur l'ensemble de l'éventail du patrimoine immatériel. Cet instrument limiterait également la gamme des mesures juridiques à appliquer pour la sauvegarde du patrimoine immatériel. Ce modèle aurait également l'avantage d'offrir un mécanisme prévu pour les nominations relatives au patrimoine immatériel partagé par plusieurs Etats, abordant ainsi l'un des problèmes les plus épineux en matière de protection et d'élaboration des stratégies de sauvegarde de ce patrimoine.

Une critique majeure de ce modèle est qu'il n'offre pas une protection de grande envergure à l'ensemble des éléments du patrimoine immatériel mais seulement aux éléments spécifiques proposés et inscrits dans la liste. Voilà qui milite puissamment en faveur de l'élaboration d'un instrument plus général qui engloberait un éventail beaucoup plus large du patrimoine immatériel, y compris des éléments plus secondaires.

5. Le troisième type de Convention proposé est un instrument qui adopte des approches plus générales en matière de protection combinées avec l'application de certaines mesures *sui generis*. La définition du champ d'application de cet instrument, ainsi que le type d'obligations à imposer aux Etats parties sera plus problématique. Ce type d'instrument aurait l'avantage de s'assigner l'objectif de sauvegarder l'ensemble du patrimoine immatériel plutôt qu'un nombre limité d'exemples inscrits dans une liste, étant ainsi en mesure d'aborder un tel domaine en tenant compte de son caractère holistique. Il s'agit là, à maints égards, d'une approche de beaucoup préférable à celles mentionnées précédemment, dans la mesure où elle tient compte du véritable caractère de ce patrimoine, dont la majorité des éléments n'entre pas dans la catégorie du « patrimoine exceptionnel ». Une manière de combiner les avantages du système de la liste avec ceux d'une Convention de protection plus générale serait de prévoir le système de la liste dans une convention de plus grande envergure.

Même si la première approche juridique de cet instrument porte sur les mesures

---

<sup>496</sup> Les Points 57 et 61 des *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial* définissent leur rôle dans l'évaluation des propositions faites par les Etats parties en vue de savoir si elles satisfont aux critères et conditions d'authenticité et d'intégrité. L'ICOMOS évalue les biens culturels, et, l'UICN, les biens naturels ; les deux organisations évalueront conjointement les propositions relatives au paysage culturel.

<sup>497</sup> Il est essentiel que le système de proposition permette à des instances autres que les Etats de proposer des biens immatériels (ainsi que le permet le programme « Chefs-d'œuvre ») et que le processus de propositions tienne compte du caractère oral des cultures des nombreuses communautés de détenteurs.

<sup>498</sup> Retenus au terme du processus de proposition sous réserve de satisfaire aux critères définis.

« traditionnelles » de protection du patrimoine culturel, le patrimoine immatériel a des besoins spécifiques qui ne sont pas pris en compte par ces mesures conçues pour le patrimoine matériel. Aussi certaines approches *sui generis* seront-elles également appliquées en plus des mesures de protection générale afin de répondre à d'importants problèmes de protection qui n'entrent pas dans le champ d'application de ces dernières. Ces mesures *sui generis* pourraient s'inspirer notamment des règles de la propriété intellectuelle, telles que la prohibition des utilisations non-traditionnelles des éléments secrets, sacrés ou à caractère culturel, l'utilisation des droits voisins en vue de protéger la culture traditionnelle, la reconnaissance de formes de propriété collectives traditionnelles et la protection des droits moraux des détenteurs de traditions. Une autre source très importante de mesures *sui generis* pour cet instrument serait les règles et le droit coutumier qui touchent à la propriété, l'utilisation, la gestion, la protection du patrimoine immatériel et l'accès à ce dernier. Dans le cas d'un instrument plus général adoptant des mesures convenues de protection du patrimoine culturel, il serait plus facile de choisir ces mesures *sui generis*, moins susceptibles de susciter une forte opposition.

La sauvegarde du patrimoine immatériel implique la pérennité des traditions culturelles et l'assurance de la transmission du savoir-faire et des compétences aux générations futures. Cela suppose que le mode de vie même des détenteurs de traditions soit soutenu et préservé, ainsi que leur patrimoine : une obligation qui pourrait s'avérer problématique pour les pays où ces modes de vie s'opposent à la politique de l'Etat ou à sa souveraineté. Pour cette raison, des choix difficiles devront être faits pour décider jusqu'à quel point un instrument peut soutenir les modes de vie coutumiers de ces communautés et les éléments qui les composent. C'est particulièrement vrai dans le cas des peuples autochtones et tribaux dont la création continue et la pérennité des cultures traditionnelles dépendent essentiellement d'un lien spécifique avec les terres ancestrales et l'exploitation des ressources naturelles de ces terres. Afin d'être acceptées par les Etats membres, les mesures de sauvegarde devront être intégrées à un instrument général qui viserait à protéger des modes de vie traditionnels comme l'application du droit coutumier.

## 7.5 Un calendrier pour l'action future

La première mesure fondamentale à prendre dans ce travail consiste à définir le concept de « patrimoine immatériel »<sup>499</sup> que l'UNESCO doit aborder dans le cadre de l'élaboration d'un nouvel instrument normatif<sup>500</sup>. Même si cette notion recouvre un vaste champ potentiel, elle est désormais très débattue dans différents forums internationaux. Le travail de préparation nécessaire a ainsi été effectué en vue de la constitution par l'UNESCO d'un groupe interdisciplinaire d'experts capables de combiner ces différentes approches du patrimoine immatériel afin de repérer les aspects à intégrer dans le champ d'application du futur instrument. Il est important qu'un large éventail d'intérêts soit pris en considération dans cet effort. La définition du champ d'application de l'instrument (et le choix de la terminologie) sera menée parallèlement au recensement des mesures juridiques à prendre. Ces deux questions sont étroitement liées car le contenu de la définition déterminera, dans une certaine mesure, le type de protection juridique appropriée tandis que le type de protection juridique (et de l'instrument) influera à son tour sur le choix du contenu.

Les désignations au titre de la première procédure de proclamation des « Chefs-d'œuvre

---

<sup>499</sup> Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus dans la Section 1.1, « patrimoine immatériel » n'est pas la meilleure expression à employer mais c'est celle qui a été retenue pour répondre aux besoins du présent rapport.

<sup>500</sup> Des questions spécifiques en rapport avec la définition du concept de patrimoine immatériel et l'élaboration d'une définition pratique sont abordées en détail dans la section 1.2.

du patrimoine oral et immatériel » ont été reçues avant le printemps 2001 et fournissent d'utiles indications sur le type de patrimoine immatériel que différents Etats membres souhaitent sauvegarder. Une table ronde internationale sur la *définition du patrimoine culturel immatériel* s'est tenue en mars 2001<sup>501</sup> visant à définir la portée et le contenu de la notion de patrimoine immatériel à employer par l'UNESCO. Il sera nécessaire de tenir compte du travail actuellement conduit et de l'expérience acquise par d'autres OIG, ONG et toute partie intéressée, ainsi que de l'éventail des expériences menées par les différents secteurs de l'UNESCO elle-même. Il sera utile de consulter également les différents groupes régionaux de l'UNESCO sur leurs conceptions des aspects les plus importants du patrimoine immatériel à intégrer dans le champ d'application d'un instrument qui devra rendre compte des différences régionales existant à l'échelle de la planète.

L'action de l'OMPI dans le domaine des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et du folklore s'accélère avec la mise en place d'un Comité intergouvernemental d'experts en septembre 2000. Cette action repose essentiellement sur les concepts de propriété intellectuelle, tels que définis dans le mandat qui lui a été confié à l'origine de sorte que, si l'UNESCO ne prend pas d'initiative en matière de sauvegarde du patrimoine immatériel, il est à craindre que l'approche de la propriété intellectuelle au sens étroit du terme<sup>502</sup> dominera l'ensemble de la question de la protection internationale de ce patrimoine. L'UNESCO reste l'unique organisation des Nations Unies capable de régler au niveau international la préservation, la conservation et la protection juridique du patrimoine immatériel dans une optique suffisamment large. Aussi est-il important que l'UNESCO prenne sans tarder des mesures en bonne et due forme axées sur l'élaboration de normes internationales en matière de sauvegarde de ce type de patrimoine, une telle action pouvant s'avérer très difficile à mener si on la reportait.

Même s'il reste à préciser l'étendue du patrimoine à sauvegarder et l'approche à adopter, le *Règlement intérieur de l'UNESCO* permet d'aborder de telles questions dans le cadre du processus officiel d'étude de la question de la réglementation internationale. Aucune proposition nouvelle tendant à la réglementation internationale d'une question par voie d'adoption par la Conférence générale d'une convention internationale ne sera inscrite à l'ordre de jour provisoire de la Conférence générale si elle n'est pas accompagnée d'une étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques de la question à traiter<sup>503</sup>. Il appartiendra alors à la Conférence générale de décider si la question visée par la proposition doit faire l'objet d'une réglementation internationale et de déterminer dans ce cas la mesure dans laquelle la question pourra être réglée et si elle devra l'être par la voie d'une convention internationale, ou bien d'une recommandation, ou bien des deux<sup>504</sup>. La Conférence générale pourra toutefois décider de reporter à une autre session le traitement de cette question. Elle pourra, dans ce cas, charger le Directeur général de lui présenter un rapport lors de cette session sur l'opportunité de régler internationalement la question faisant l'objet de la proposition, sur la voie qu'il conviendrait d'adopter à cet effet et sur l'étendue et la portée que pourrait comporter la réglementation envisagée<sup>505</sup>. Ce rapport sera communiqué aux Etats membres pour faire l'objet d'un examen au moins 100 jours avant l'ouverture de la prochaine session de la Conférence générale<sup>506</sup>. Dès lors que la Conférence générale prend une décision conformément à l'Article 6, elle charge le Directeur général de préparer un rapport

---

<sup>501</sup> Du 14 au 16 mars dans la région du Piémont en Italie.

<sup>502</sup> La Section 3 ci-dessus a montré qu'une telle approche est inappropriée pour la sauvegarde des nombreux aspects essentiels du patrimoine immatériel.

<sup>503</sup> Article 3.

<sup>504</sup> Article 6.

<sup>505</sup> Article 7 (1) et (2).

<sup>506</sup> Article 7 (3).

préliminaire exprimant un avis sur la question à régler et sur la portée éventuelle d'une telle réglementation. Cette étude peut être accompagnée d'un projet de texte de Convention ou de Recommandation et doit être portée à la connaissance des Etats membres au moins 14 mois avant l'ouverture de la session de la Conférence générale<sup>507</sup>. Sur la base des commentaires formulés par les Etats membres, le Directeur général rédigera un rapport final accompagné d'un ou plusieurs projets de textes à communiquer aux Etats membres au moins sept mois avant la prochaine Conférence générale.

Le *Règlement intérieur* permet ainsi un examen circonstancié et complet de la question à régler dans le cadre de la procédure officielle prévue pour décider de l'opportunité d'élaborer une nouvelle Convention et/ou Recommandation internationale. Si l'UNESCO se propose d'élaborer un nouvel instrument, il conviendrait que l'Organisation entame une procédure officielle sans retard injustifié afin d'exprimer son intérêt pour ce domaine. L'UNESCO pourrait ainsi s'assurer que la sauvegarde internationale du patrimoine immatériel est perçue comme relevant avant tout de sa compétence. Dès lors que la Conférence générale se verra proposer d'étudier l'opportunité de régler la sauvegarde du patrimoine immatériel au niveau international, et que sera ainsi entamé le processus officiel de décision en la matière, l'action des autres organes intergouvernementaux dans ce domaine devra tenir compte des activités de l'UNESCO.

---

<sup>507</sup> Article 10 (1) et (2).