

Droits Culturels : une proposition normative

- Aurélie Arnaud-

INTRODUCTION :

Alors que les droits culturels ont été intégrés dans les traités internationaux des droits de la personne dès la Déclaration universelle des droits de l'Homme des Nations Unies, ils sont longtemps passés inaperçus ou ont seulement été évoqués à l'occasion des journées du patrimoine ou des pillages de monuments considérés comme « patrimoine de l'humanité ». En effet, tels que définis par l'article 15 du Pacte international sur les droits économiques et sociaux et l'article 27 de la DUDH, les droits culturels font surtout référence aux productions artistiques et intellectuelles, ainsi qu'à leur diffusion et à leur protection. Les outils mis en œuvre pour leur protection découlent alors directement de cette conception de la culture : droits d'auteur et droits de propriété intellectuelle pour les principaux.

Cependant, à l'heure de la mondialisation et du développement du droit international, des critiques se font entendre et rejettent une conception trop occidentale des mécanismes de protection des droits culturels. De plus, la progression du droit commercial international et le renforcement de ses institutions aux niveaux mondial (OMC) et régional (ALENA, UE, etc...) ont favorisé une conception commerciale de ces droits, les détournant ainsi de leur signification en tant que droits de la personne.

Les réflexions de l'École de Fribourg¹ ont amené à élargir le concept de culture, et de droits culturels (puisque'il semble falloir utiliser le terme au pluriel) qui lui sont associés, à l'identité culturelle et à la communauté culturelle. Aussi, la reconnaissance d'un droit culturel ne peut se restreindre à la simple protection des droits des artistes ou des inventeurs. Dans cette acception,

¹ Voir Patrice MEYER-BISCH, *La pierre angulaire : Logique des droits culturels*, Université de Fribourg, Juin 1995, en ligne : <http://www.unifr.ch/spc/UF/95juin/meyer-bisch.html> (dernière visite: 15 Mars 2002), ainsi que sous la direction de P. MEYER-BISCH, *Les droits culturels : Projets de déclaration*. Collection « Interdisciplinaire », vol. 25, Paris, Éditions Unesco.

les droits de propriété intellectuelle en tant que tel deviennent contraire au sens intrinsèque des droits culturels pour une partie de l'humanité pour qui le savoir et l'art ne se créent pas mais se transmettent et sont le simple fruit d'une tradition immémoriale.

Des exemples de pillages de savoirs ancestraux et d'exploitation commerciale de l'artisanat des nombreuses populations traditionnelles nous amènent à remettre en question la pertinence des instruments internationaux de protection des droits culturels. La valeur des connaissances culturelles de nombreux peuples autochtones est reconnue dans un certain nombre de traités internationaux, parmi lesquels la Convention pour la biodiversité biologique issue du sommet de Rio de 1992² est la plus effective, mais elle ne trouve pas sa place dans le système commercial international.

Il reste alors à définir l'envergure des droits culturels au sein des Pactes et à réfléchir sur des instruments de protection et de promotion de ces droits qui respectent leur signification dans le régime des droits de la personne en particulier et du droit international en général.

Faut-il adapter les accords régissant la propriété intellectuelle pour protéger les savoirs ancestraux ou soumettre les acteurs privés au respect des droits de la personne tels que définis depuis cinquante ans dans différents traités internationaux des droits de la personne ?

Nous verrons donc en première partie que la communauté internationale a, pendant de nombreuses décennies, seulement considéré la partie « visible » des droits culturels en protégeant ses différentes expressions. En deuxième partie, nous présenterons l'évolution dans la conception même des droits culturels alors même que les avancées de la mondialisation les rendent plus précaires, pour finalement analyser les faiblesses des instruments de protection internationale des droits de la personne et chercher de nouvelles solutions pour protéger les droits culturels.

² Convention sur la Diversité Biologique, Rio de Janeiro 5/06/1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, ratifiée par 180 États. Doc. Nations Unies. C'est donc une entente internationale légalement contraignante.

Première Partie : la culture comme expression culturelle

I. Un droit à la Culture

1. Sa reconnaissance dans les instruments internationaux

Définition

La Culture est un terme général, difficile à définir tant les domaines inclus dans son acception sont divers. L'Article 1 du projet de déclaration des droits culturels proposés par le groupe de réflexion mené par le groupe de l'université de Fribourg, propose une définition sans pour autant prétendre à son exhaustivité :

Le terme « culture » recouvre les valeurs, les croyances, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime les significations qu'il donne à son existence et à son développement (...)³

Le document estime nécessaire d'ajouter que la culture n'est pas une réalité statique. « C'est la nature dynamique de la culture qui lui donne sa valeur la plus fondamentale⁴. » La définition ne peut donc être qu'incomplète et avoir une dimension évolutive puisque le principe du concept de culture est de représenter l'âme d'une société à un moment donné. Cette difficulté à préciser le concept n'élimine pourtant pas l'existence du fait culturel dans toutes les cultures du monde et son imminente participation à la dignité de la personne. Un droit culturel devait donc être incorporé dans les droits fondamentaux de la personne. L'article 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) pose un droit à la culture, détaillé ensuite dans les deux Pactes de 1966. Pour le Pacte des droits civils et politiques (PIDCP), le droit à son identité culturelle est affirmé dans l'article premier donnant un droit collectif aux peuples de « disposer d'eux-mêmes » ainsi que dans l'article 27 où les minorités culturelles se voient reconnaître le droit individuel d'appartenir à une minorité, droit qui impose à l'État dans lequel vivent des minorités « d'assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités

³ Patrice MEYER-BISCH (dir.), *Les droits culturels : Projet de déclaration*. Collection « Interdisciplinaire », vol. 25, Paris, Éditions Unesco, p.12

⁴ Nigérian et Prix Nobel de littérature en 1986. Sa définition est issue d'un exposé présenté à l'Office des Nations Unies à Genève, le 6 Juillet 1998, à l'ouverture de la XVI^e Session internationale de formation à l'enseignement des droits de l'homme et de la paix organisée par le Centre International de formation à l'enseignement des droits de l'homme et de la paix (CIFEDHOP). voir C.I.F.E.D.H.O.P., *Culture, éducation et sociétés, la place des droits de l'homme*, (1999) n°7 Juin, Collection thématique, p.19

concernées⁵ ». Le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), pour sa part, reprend les termes de la DUDH en consacrant à l'article 15 un droit individuel à la culture :

1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit:
 - a) De participer à la vie culturelle;
 - b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
 - c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur

Les droits culturels sont protégés par les deux Pactes de 1966. Ainsi, d'une part, ils font partie du PIDCP en tant qu'obligation de « tolérance » et de non-discrimination de « l'autre culture » et cette reconnaissance entraîne des obligations immédiates pour les États. D'autre part, leur inscription dans le PIDESC en fait aussi des droits programmatiques : leur mise en œuvre implique une certaine planification dans le temps et ne semble pas en apparence aussi pressante que celle prévue par le PIDCP qui consacre un « droit négatif » par l'interdiction de la discrimination culturelle. Le PIDESC présente le droit à la culture comme un « droit positif » exigeant une action de promotion de la culture de la part de l'État et de la communauté internationale.

Un droit à la culture

Ce qui ressort avant tout des différentes normes internationales destinées à protéger les droits culturels est une triple acception de la culture.⁶ Tout d'abord, la culture est conçue comme un « capital », un patrimoine matériel accumulé par l'humanité. Le droit qui en découle est un droit d'accès égal à cette ressource. La deuxième conception de la culture est celle d'une production artistique et scientifique. Le corollaire en termes de droits culturels est de garantir aux individus la liberté de créer des œuvres culturelles et d'accéder à celles-ci. Ce droit protège les artistes et les scientifiques et les « consommateurs » de leurs œuvres. Il est intéressant de noter que la science est incluse dans la manifestation de la culture d'un peuple en tant qu'elle participe à son développement intellectuel et technique. La dignité et la valeur du fait culturel sont reconnues dans la production artistique « finale ». Bien que les articles de la DUDH et du PIDESC puissent être interprétés largement, ils font expressément référence à l'aspect matériel de la culture, à

⁵ CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Questions de fond au regard de la mise en œuvre du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, OBSERVATION GENERALE 23, Les droits des minorités (art. 27), 08/04/94.

⁶ Stavenhagen, R. « Cultural rights: a social science perspective », dans: Janet BLAKE, *Élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Éléments de réflexion*, UNESCO, 2001, p.3.

travers le droit « à la vie culturelle de la communauté » et celui de « jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ». Le terme « droits culturels » est donc à l'origine compris seulement comme un « droit à la culture ».

Cependant, il est possible d'entrevoir une conception plus « anthropologique » de la culture. La troisième acception du concept de « droits culturels » consiste à considérer la culture comme un mode de vie « totale ». Pour Stavenhagen, la portée d'une telle définition nous amène à englober les aspects immatériels d'un système culturel : valeurs, symboles et pratiques. Le droit culturel qui en découle est un droit à une identité culturelle et à développer sa propre culture. Vu la difficulté de mise en œuvre d'un tel droit, les efforts internationaux et nationaux se sont principalement concentrés jusqu'à récemment sur les mesures qui découlent des deux premières acceptations du concept de culture. C'est la direction que va prendre, dès sa création, l'organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO)⁷, chargée des questions éducatives et culturelles. Cette position est confirmée en 1968 lors de la conférence d'experts de l'UNESCO qui porte sur « Cultural rights as human rights »⁸.

Cependant, l'organisation va faire évoluer le concept des droits culturels vers sa troisième acception en reconnaissant le patrimoine culturel immatériel à la fin des années 80⁹.

L'UNESCO joue un rôle important dans la promotion des droits culturels au niveau international. Avec les deux Pactes de 1966, l'organe des Nations Unies est un autre mécanisme de contrôle de l'application des engagements des États en faveur des droits culturels. L'organisation participe aussi à l'évolution du concept vers une définition plus large.

2. L'UNESCO : promotion de la culture au niveau international

L'article VIII de la Constitution de l'UNESCO stipule que les États membres sont liés par l'obligation de présenter périodiquement un rapport sur leurs lois, réglementations et statistiques en lien avec leurs institutions culturelles et leurs activités. Ils doivent aussi reporter leurs actions

⁷ Voir la Déclaration de l'UNESCO sur les principes de coopération culturelle internationale de 1966, adoptée le 4 novembre 1966 par la Conférence Générale de l'UNESCO, 14^{ème} session, Paris.
http://firewall.unesco.org/culture/laws/cooperation/html_eng/page1.htm

⁸ UNESCO, *Cultural Rights as Human Rights*. 125 p. Series "Studies and Documents on Cultural Policies", 1970.

⁹ UNESCO, « Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire » adoptée le 15 novembre 1989 lors de la 25^{ème} assemblée générale. Elle a pour objectif la sauvegarde de la diversité culturelle de l'humanité.

donnant suite aux recommandations et conventions de l'UNESCO. Compte tenu du manque de personnel dédié à ces tâches, au niveau des États comme des institutions internationales, et de la faible surveillance des rapports de la part de la société civile, ces instruments de surveillance de l'application des traités ont longtemps prouvé leur inefficacité en matière de protection des droits de la personne. Alors que dans le domaine de la surveillance et de la réprobation, les processus internationaux manquent de force, sur le terrain de la promotion et de la coopération culturelle, l'UNESCO semble avoir œuvré plus efficacement.

En novembre 1945, la conférence de Londres fonde l'UNESCO à la suite de la création des Nations Unies. Son but est aussi de contribuer à la paix et à la sécurité du monde, mais ses moyens seront la coopération entre les nations à travers l'éducation, la science et la culture, comme le stipule l'article 1 de sa constitution :

1. L'Organisation se propose de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité en resserrant, par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre nations, afin d'assurer le respect universel de la justice, de la loi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, que la Charte des Nations Unies reconnaît à tous les peuples.

Pour remplir son mandat l'UNESCO agit sur cinq terrains principaux : i) elle finance des études prospectives sur l'éducation, la science, la culture et la communication de demain, ii) elle promeut le transfert et partage de connaissance en supportant des activités de recherches, de formation et d'enseignement, iii) elle prépare et fait adopter des instruments internationaux et des recommandations statutaires, iv) elle fournit une assistance technique aux États et v) permet l'échange d'information spécialisée. L'UNESCO a ainsi permis de développer la protection des pièces de patrimoine de l'humanité et de l'héritage culturel d'une nation par l'institution de divers instruments légaux¹⁰, le dialogue et la coopération interculturels, la publication de documents et de recherches sur les différentes formes de manifestations culturelles¹¹.

¹⁰ L'UNESCO a mis en place plusieurs protection légale des biens culturels dont des mécanismes de protection de la propriété culturelle en cas de conflit armé, 1954, de prévention d'importation, d'exportation ou de transferts illicites de propriété culturelle, 1970, ou encore un comité intergouvernemental pour la promotion du retour ou de la restitution de propriété intellectuelle dans son pays d'origine en cas d'appropriation illicites. L'organisation des Nations Unies joue un rôle important dans la protection du patrimoine de l'humanité, de biens culturels dont l'ensemble des peuples a le droit de jouir. La dernière née de ces classifications est l'héritage culturel sous-marin. Voir <http://www.unesco.org/culture/legalprotection/> (dernière visite, le 12 Juillet 2002) L'utilisation du terme « propriété culturelle » reflète la vision matérialiste avec laquelle sont considérés les droits culturels.

¹¹ Dans diverses revues telles que le Courrier de l'UNESCO, Copyrights Bulletin, etc.

En 1978, l'UNESCO entre de plein pied dans le mécanisme de *protection* des droits de la personne lorsque son Conseil exécutif met au point une procédure confidentielle d'examen des plaintes reçues par l'organisation alléguant des violations des droits de la personne dans les domaines de sa compétence, soit l'éducation, la science, la culture et l'information¹². Les victimes de violations peuvent être des professeurs, des étudiants, des chercheurs, des artistes, des écrivains, des journalistes ou tout intellectuel dont la profession entre dans le champ de compétence de l'UNESCO et toute autre personne ayant exercé les droits des articles 18,19, 20, 26, 27 de la DUDH. Le Comité sur les Conventions et Recommandations du Conseil exécutif de l'UNESCO, chargé du suivi et de l'application des procédures de plaintes, déclare recevable les communications reçues, puis les examine à fond. Comme le Comité n'est pas un tribunal, la solution du conflit doit être trouvée par la coopération internationale, le dialogue et la compréhension mutuelle sur les bases de résolution de conflit de l'organisation des Nations Unies. Cette procédure montre une fois de plus la vision unique d'une culture qui touche avant tout ceux qui la produisent formellement, les artistes et les intellectuels.

Mais malgré l'abondance de normes dans le domaine des droits de la personne, les moyens les plus puissants mis en œuvre jusqu'à maintenant pour protéger le droit à la culture ont été principalement développés par les sociétés occidentales dès la fin du XIX^{ème} siècle au travers des mécanismes de droits commerciaux.

II. Le droit de propriété intellectuelle

1. une protection eurocentrée : le droit d'auteur

Les droits des auteurs sont protégés en occident depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Ils apparaissent alors que la révolution industrielle bat son plein et les progrès en imprimerie permettent de diffuser les productions artistiques à large échelle. Le point commun des différents instruments juridiques est la protection individuelle qu'ils offrent à l'auteur sur son œuvre. En 1883, est

¹² Voir document référence <104 EX/Decision 3.3> du Comité Exécutif.

signée la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle¹³. Ce volet scientifique de la propriété intellectuelle permet à l'auteur de dessins industriels décorant des objets utilitaires de les enregistrer comme marque de commerce. L'objectif d'une telle protection est de lui assurer l'unique utilisation de sa création, toute copie étant interdite. L'auteur est donc le seul à pouvoir utiliser la marque de commerce pour une période de temps limitée, en général de 15 ans. Il est intéressant de noter que les aspects scientifiques de la culture, directement liés au commerce, sont les premiers à trouver protection au niveau international. Cette tendance va continuer de s'affirmer avec l'accroissement des échanges internationaux. Quelques années plus tard, le volet artistique de cette convention est négocié. En 1886, la Convention de Berne¹⁴ pour la protection des œuvres artistiques et littéraires est signée. Elle protège les droits de l'auteur sur son oeuvre. Les oeuvres protégées doivent être fixées sur un support matériel. Les droits des auteurs sont protégés pour la durée de la vie de l'auteur et 50 ans après sa mort.

En 1952, l'UNESCO reprend les termes de la convention sur le droit d'auteur de 1883 en l'intégrant dans la Convention universelle sur le droit d'auteur, révisée en 1971¹⁵. Elle ajoute à cela la Convention de Rome pour la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961 et un ensemble de conventions assurant la protection des droits d'auteur dans un contexte de large diffusion des œuvres grâce aux nouvelles technologies¹⁶. La protection du droit d'auteur au niveau international est placée sous la surveillance de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) en liaison avec l'UNESCO.

Ces instruments protègent les droits individuels d'auteurs identifiables, pour des œuvres originales et fixées sur un support matériel. Cette restriction de la protection juridique a laissé pendant longtemps tout un pan des créations culturelles de ce monde hors de toute protection internationale, s'agissant ici de la culture traditionnelle et le folklore.

¹³ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, Paris 02/03/1883, entrée en vigueur le 06/07/1884, Doc. OMPI. Disponible sur <http://www.wipo.org/index.html.fr>.

¹⁴ Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Berne 09/09/1886, entrée en vigueur le 5 /12/1887, Doc. OMPI. Disponible sur <http://www.wipo.org/index.html.fr>

¹⁵ Convention universelle sur le droit d'auteur, révisée par la convention de Paris du 24 juillet 1971, entrée en vigueur le 10 juillet 1974, Doc. UNESCO.

¹⁶ Voir le site de l'UNESCO répertoriant tous les instruments internationaux : http://www.unesco.org/culture/copyright/html_fr/convention.shtml

2. Une protection qui échappe aux sociétés traditionnelles

Pour une grande partie des sociétés du monde exprime, l'expression culturelle n'est pas laissée à l'interprétation des seuls artistes, mais provient de toute la communauté. Elle est issue d'un système de valeurs traditionnelles qui valorise le bien-être de la communauté avant l'individu. En outre, une majorité des expressions culturelles traditionnelles ne sont fixées sur aucun support et sont le fruit de la tradition « orale » inscrite dans les arts chantés, dansés, les représentations, symboliques et pratiques quotidiennes. Cela se traduit dans le domaine de l'artisanat (tissages, broderie, cuisine, poterie, etc.) par des motifs codifiés dont la signification prend sa source dans l'histoire du peuple. A cela il faut ajouter que parmi les peuples autochtones la notion même de propriété individuelle ou encore de propriété intellectuelle ne fait aucun sens et va à l'encontre du système de valeurs.

L'incapacité du droit international de protéger efficacement les droits de la personne en général et les droits culturels en particulier se fait sentir de plus en plus cruellement à l'heure où la mondialisation permet d'atteindre toutes les régions du monde et où le développement économique de certaines régions accroît les inégalités et exclue une partie de la population mondiale du développement. L'art traditionnel plaît et est exploité par des sociétés étrangères. Cette exploitation de leur patrimoine culturelle a fait réagir les peuples du « tiers-monde ». En 1973, le gouvernement bolivien demande à l'UNESCO d'étudier la possibilité d'inclure la protection du folklore dans le cadre de la convention universelle sur le droit d'auteur¹⁷. L'UNESCO et l'OMPI amorcent alors un large débat sur le besoin de protéger le folklore dans son contenu comme de lui assurer une protection juridique à l'occasion de son exploitation sociale. Ces réflexions se sont traduits par deux documents d'importance.

La Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire adoptée lors de la 25e session de la Conférence générale de l'UNESCO en 1989 a donné un cadre théorique à l'identification, la préservation, la conservation et la promotion du patrimoine culturel immatériel, par opposition au patrimoine culturel matériel, « tangible » qui bénéficie jusque-là de la seule protection au niveau international. Les travaux pour la protection juridique ont abouti en 1982 à

¹⁷ *op. cit.*, *supra* note 15.

l'adoption, par un comité d'experts UNESCO/OMPI en 1982, de Dispositions Types¹⁸ de législations nationales sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, qui ont donné lieu à une large campagne d'information et d'explications.

L'enjeu de l'instauration de tels instruments internationaux est de permettre aux sociétés traditionnelles de bénéficier des retombées économiques de la diffusion de leur art. Le droit d'auteur n'a pas d'autre objectif. Certains intellectuels ont travaillé sur les possibilités d'accorder des droits d'auteurs collectifs aux populations autochtones. Cependant, n'est-il pas contradictoire d'accorder des droits de propriété, même collectifs, à des peuples qui ne reconnaissent pas la propriété comme une valeur fondamentale, encore moins la propriété d'une œuvre d'art réalisée dans l'accomplissement de la tradition ? Un droit de propriété culturelle ne va-t-il pas à l'encontre même des valeurs qui sous-tendent ces expressions culturelles ? Le droit d'auteurs ne protégera encore que l'œuvre finale du ou des artistes, sans assurer la pérennité d'un mode de vie et d'une culture fragiles sous-jacents à la création de la pièce d'art.

L'apparition du concept de patrimoine culturel immatériel pourrait être une solution à une prise en charge plus large de la protection de la production culturelle des peuples traditionnels.

III. La protection du patrimoine culturel immatériel.

Selon l'UNESCO, « la culture traditionnelle et populaire est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondée 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 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 arts¹⁹. » Cette définition élargit le concept de droits culturels en le rapprochant de la

¹⁸ Dispositions types de législations nationales sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, UNESCO/WIPO, 1985. <http://www.wipo.org/globalissues/tk/pdf/1982-folklore-model-provisions.pdf> (dernière visite : 20 Juillet 2002) Le but de ces Dispositions était de déborder le cadre du droit d'auteur classique en protégeant les expressions intangibles aussi bien que les œuvres fixées. Cet instrument n'est cependant pas légalement contraignant et ne couvre pas le savoir traditionnel.

¹⁹ 31^{ème} Conférence Générale de l'UNESCO, document 155 EX/15, Annexe 1- p.2 : « Élaboration d'un nouvel instrument normatif international pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. », Paris, 28 avril 2001.

troisième acception déjà exposée dans ce texte. L'intérêt de l'évolution d'une telle définition a été compris, outre la protection qu'elle apporte aux cultures minoritaires, comme un moyen de favoriser le développement économique de ces peuples.

1. au bénéfice du développement économique...

Le droit à l'identité culturelle et les autres droits culturels sont étroitement liés aux questions de droit au développement. En matière de développement économique local, l'essor de métiers artisanaux dont la production est destinée aux touristes est souvent considéré comme un atout. De même, en matière d'exploitation agricole ou sylvicole, par exemple, l'utilisation des connaissances traditionnelles locales 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 tiennent une place importante en matière de développement économique et social autant que culturel pour une société donnée. Le Plan d'action de la Conférence de Stockholm (1998)²⁰ 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.

Ainsi, aux Etats-Unis, en Australie comme au Canada, tous trois pays devant faire face à la montée des revendications identitaires de leurs peuples autochtones nationaux, plusieurs associations se sont élevées pour défendre les droits de propriété intellectuelle des peuples traditionnels. La protection de l'art traditionnel sous la forme de droits de propriété collective de leur patrimoine culturel permet de protéger les peuples autochtones d'une longue exploitation et utilisation de leur art sans rétribution et sans respect pour leurs valeurs traditionnelles. Un droit exclusif leur donnerait le contrôle de l'utilisation commerciale de leur patrimoine culturel en accord avec leurs coutumes, lois et pratiques. Cependant, pour atteindre ces objectifs, les instruments internationaux doivent être adaptés aux conditions particulières des peuples autochtones.

²⁰ *Plan d'action* de la Conférence internationale sur les politiques culturelles pour le développement, Stockholm, 1998.

Tout d'abord, la propriété doit être reconnue collective à l'ensemble de la communauté. Ensuite, la protection ne peut être limitée dans le temps. « La propriété est collective, permanente et inaliénable, comme le prescrivent les coutumes, les lois et les pratiques de chaque peuple. »²¹ Il s'agit de contraintes majeures puisque remettant en question le cœur des instruments de protection des droits d'auteurs. Le droit d'auteur est en effet un instrument trop contraignant et exclusif. Dans le cas d'un droit d'auteurs collectifs, comment définir la collectivité ? Si l'on prend l'exemple de l'artisanat autochtone en Amérique du Sud où de nombreuses communautés tissent ou brodent sur les mêmes motifs, la reconnaissance de droits d'auteurs collectifs pour une certaine communauté désavantagerait une autre communauté dont la tradition culturelle est similaire. Certains préfèrent se tourner vers les marques de commerce pour protéger les motifs traditionnels²². Elles donnent le droit d'utilisation exclusive de la marque de commerce qui sert aussi à identifier l'auteur (qui peut être collectif) ce qui peut être très utiles aux peuples autochtones. La marque de commerce permet aussi de garantir que les objets sont faits dans une communauté donnée et de les distinguer des faux. Cette mesure a aussi l'avantage d'être peu dispendieuse, contrairement à la reconnaissance de droits d'auteur. Les peuples autochtones bénéficieraient alors des outils commerciaux internationaux pour poursuivre les plagiaires. Néanmoins, une telle mesure implique des ressources conséquentes et un esprit commercial d'appropriation de ce qui, jusqu'à présent, est avant tout l'expression de la tradition. De plus, si l'on compte à chaque fois sur l'intervention auprès des tribunaux pour obtenir réparation en cas de violation du droit d'auteur, les peuples autochtones ne se trouvent pas réellement protégés par l'octroi d'un droit, compte tenu des aléas, des coûts et de la lenteurs des procédures judiciaires.

2. ... si ces droits étaient cohérents

Elizabeth Evatt²³ expose ces contradictions et problèmes à l'application d'un droit d'auteur pour protéger les expressions culturelles autochtones en Australie. En effet, même si la législation australienne reconnaît le droit à un aborigène de déposer une œuvre afin de la protéger d'utilisations non autorisées, le droit ne s'est que peu adapté aux conditions particulières

²¹ Voir les « Principes directeurs à l'usage des peuples autochtones et/ou de leurs organisations », Droit et Démocratie, , <http://www.ichrdd.ca/frame00f.html>

²² Voir Droit et Démocratie sur la protection des motifs des femmes autochtones. <http://www.ichrdd.ca/frame00f.html> (dernière visite: 10 avril 2002)

²³ Elizabeth EVATH, «Le respect des droits culturels des autochtones: le cas de l'Australie » dans H. Niec (sous la dir.), *Pour ou contre les droits culturels*, Paris, UNESCO, 2001.

d'expressions de cet art. Il ne répond pas aux problèmes causés par la reproduction ou l'exposition non autorisées d'œuvres en violation de la coutume, par l'imitation de motifs aborigènes et par la propriété individuelle ou communautaire de biens culturels. En effet, outre les problèmes d'exclusivité et de temporalité du droit d'auteur, s'ajoute la définition même de l'œuvre d'art. Le droit ne va protéger que l'expression artistique. Les techniques et procédés ne sont pas englobés dans un droit d'auteur. De même, les valeurs et symboles dont sont issues les œuvres du patrimoine culturel des peuples autochtones ne sont pas tenus d'être respectés. Ainsi, alors que l'art aborigène va servir à représenter un Rêve, à l'issue d'une cérémonie particulière lui donnant une signification spirituelle spécifique, seule l'œuvre est protégée de toute copie et utilisation frauduleuse. Le motif ou le thème sous-jacent ne sont pas protégés et peuvent donc être utilisés en utilisant la gamme variée des motifs et détails. Puisque la technique de pointillisme n'est pas non plus comprise dans le droit d'auteur, rien n'empêche le copieur d'utiliser la même technique. A cela il faut ajouter que la protection est limitée dans le temps et que les dessins et motifs des ancêtres, tombés dans le domaine public, ne peuvent être réclamés comme propriété de la communauté selon la loi australienne.

Plusieurs procès et actions juridiques ont été intentés pour modifier les termes de la loi, cependant ils n'ont pas réellement abouti. Les réponses des cours australiennes se sont surtout révélées ponctuelles, ne touchant pas à la structure générale de la loi²⁴.

Les lois qui traitent séparément et de façon distincte les diverses manifestations de la culture et qui sont conçues en vue de l'exploitation commerciale des formes d'expression culturelle plutôt que de la protection de la culture en tant que telle sont par principe inacceptables pour les communautés autochtones²⁵.

Ces faiblesses se retrouvent dans la majorité des législations nationales (lorsqu'il y en a une) sur la propriété intellectuelle, aux Etats-Unis, au Canada, comme ailleurs. La propriété intellectuelle, alors qu'elle se renforce au niveau international par des instruments de droit commercial, continue de ne pas répondre aux besoins de protection des cultures minoritaires, voire encourage leur exploitation.

²⁴ E, Evatt, *op. Cit.*, p. 122 et 126.

²⁵ E, Evatt, *op. Cit.*, p. 128

Deuxième Partie : Soumettre le droit commercial aux droits de la personne.

I. Complexité des droits culturels

1. identité et communauté culturelle

i. plus qu'un droit à la culture, des droits culturels

La troisième acception du terme « culture » selon Stavenhagen trouve pleinement sa place ici. Les impasses auxquelles se sont affrontés les instruments internationaux jusqu'à présent sont issues de la complexité même du fait culturel et des droits culturels. Il n'est pas possible de protéger et de préserver simplement les aspects matériels ou encore immatériels d'un patrimoine culturel si n'est pas protéger en même temps le contexte social et économique qui est à son origine. Il faudrait y ajouter un ensemble de facteurs physiques, liés à la position géographique de l'habitat de telle société, et sociologiques, dont la manière dont un peuple s'est développé. Pour reprendre la phrase de Wole Soyinka²⁶, il est surtout nécessaire d'affirmer que « la culture n'est pas une abstraction, elle est enracinée dans l'existence matérielle et dans les moyens de la reproduire et de l'entretenir, de régénérer ses ressources quand elles s'épuisent²⁷. » Ainsi l'article I du projet de l'école de Fribourg relatif à une déclaration des droits culturels²⁸ répond aux exigences multiples des droits culturels. La définition du terme « culture » englobe en effet les « valeurs, les croyances, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie. » Ce dernier élément rassemble les facteurs physiques et sociaux cités plus haut. À cet ensemble d'éléments, l'article I (b) fait référence à « l'identité culturelle » en lui donnant sa dimension vivante et évolutive puisqu'il englobe dans un « processus permanent la diversité culturelle, le particulier et l'universel, la mémoire et le projet.²⁹ » Il ne s'agit pas seulement de protéger un patrimoine culturel mais d'en assurer la pérennité.

Bien qu'il apparaisse difficile, l'effort de définition est pourtant nécessaire en ce qui concerne la culture du fait même de la fragilité de sa conception. Un des écueils qu'une déclaration des droits culturels doit savoir contourner est la tentation « préservationniste ». Aussi la « liberté inhérente à la dignité de la personne » et le « processus permanent » font de la culture un processus vivant et évolutif. La protection

²⁶ voir *supra* note 3

²⁷ CIFEDHOP, *Culture, éducation et sociétés*, p.14.

²⁸ P. Meyer-Bisch (dir.), *les droits culturels, projet de déclaration*, Collection « interdisciplinaire », UNESCO, 1997.

²⁹ *Supra* note 28.

des droits culturels ne doit pas mener au cloisonnement des cultures entre elles, mais aux bénéfices mutuels et à l'enrichissement commun que leur rencontre peut apporter dans le respect de la dignité de tous. Ainsi le projet de Déclaration prétend « favoriser les conditions de leurs interactions³⁰. » De même, « le particulier et l'universel » inclut le droit individuel et collectif dans la définition. Les droits collectifs des communautés traditionnelles sont aussi des droits individuels et vice versa. Finalement, le groupe de Fribourg fait mention de la « diversité culturelle » et permet ainsi de reconnaître la multiplicité des cultures et leur égale dignité.

Le projet de Déclaration identifie enfin huit droits culturels issus de cette définition élargie, rangés selon six articles : i) identité et patrimoine culturels, ii) référence à une communauté culturelle (qui comprend un « droit de ne pas se voir imposer une référence), iii) participation à la vie culturelle, iv) éducation et formation qui contribuent à l'identité culturelle, v) information qui contribue à l'identité culturelle et vi) participation aux politiques culturelles (dont participation et autonomie culturelle). Ces droits contiennent non seulement des droits de préservation du patrimoine culturelle (article 3), mais aussi de promotion d'une culture particulière (articles 6, 7, 8) et de participation à l'évolution culturelle (articles 5 et 8). Ce projet a été élaboré dans la perspective d'un examen par la conférence générale de l'UNESCO. Bien que la Déclaration n'ait pas abouti, elle est citée par des travaux académiques³¹ et la déclaration sur la Diversité culturelle de l'UNESCO n'est peut-être pas étrangère à ce travail préparatoire.

ii. La déclaration sur la diversité culturelle

Le besoin se faisait en effet de plus en plus pressant sur la scène internationale de revoir les instruments des droits de la personne et d'approfondir leur compréhension à la lumière de l'évolution des mentalités, de la nouvelle conjoncture économique mondiale et de la montée des revendications identitaires et humanitaires par la société civile internationale. Alors que l'ONU et la Commission interaméricaine des droits de l'homme travaillent sur des Projets de Déclaration des droits des peuples autochtones³² et après la Recommandation de 1989 sur le patrimoine culturel immatériel³³, il devenait nécessaire pour l'UNESCO d'appréhender la complexité du tissu culturel mondial et les moyens de sa protection dans un instrument international. La Déclaration sur la diversité culturelle [plus loin citée comme la Déclaration³⁴] est clairement issue des débats sur la mondialisation et les dangers que fait peser la globalisation économique sur la

³⁰ P. Meyer-Bisch, *op. cit.*, p.22

³¹ voir Janet Blake, *supra* note 5, p.7

³² Projet de Déclaration Américaine sur les droits des populations autochtones, OEA, [GT/DADIN/doc.53/02](#) (dernière version 2002).

³³ *supra* note 8.

³⁴ *Déclaration Universelle sur la diversité culturelle*, adoptée par la 31^e Session de la Conférence Générale de l'UNESCO, Paris, 2 Novembre 2001.

fragilité des patrimoines culturels des peuples³⁵. La Déclaration fait suite à plusieurs réunions ministérielles et du comité d'experts sur « la culture et la créativité à l'heure de la mondialisation », « la culture : une marchandise pas comme les autres? La culture, le marché et la globalisation. » ou encore « 2000-2010 : Diversité culturelle : les enjeux du marché »³⁶. Il s'inscrit aussi dans le cadre d'une série de résolutions de la Sous-commission pour les droits de la personne³⁷ qui se préoccupent des effets pervers des accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Ces résolutions rappellent les droits culturels et les droits des peuples et demandent aux États de s'assurer que leurs engagements commerciaux seront cohérents avec la mise en œuvre des droits de la personne. Les organisations internationales de commerce sont aussi soumises au devoir de respecter les engagements internationaux des États.

L'UNESCO, par la Déclaration, réaffirme la nécessité de veiller à la préservation et à la promotion de la diversité culturelle puisque les forces du marché ne le garantissent pas. La nouveauté de l'article est que les efforts à entreprendre ne reposent pas seulement sur les États mais conjointement avec la société civile et le secteur privé. (article 11 de la Déclaration). L'article 8 aborde les droits de propriété intellectuelle et droits d'auteur en précisant cependant que « la culture n'est pas une marchandise comme les autres ». La déclaration tente d'englober la culture dans une définition la plus large possible (article 7 : « le patrimoine culturel, aux sources de la créativité ») dans un sens qui rappelle les récentes recommandations sur le patrimoine immatériel. La Déclaration a aussi la qualité d'inclure le respect de la diversité culturelle comme facteur favorisant le développement (article 3) en insistant sur le fait que le développement n'est pas seulement dû à une augmentation de la croissance économique.

Cet instrument était nécessaire sur la scène internationale car non seulement il rassemble en un texte les obligations des États et des acteurs privés de travailler à la préservation et promotion de la diversité culturelle. D'autre part, cette Déclaration va plus loin dans la définition du domaine des droits culturels en intégrant la culture sous toutes ses formes. Néanmoins, le texte reste flou

³⁵ voir les rapports de la sous-commission pour la promotion et protection des droits de l'homme : E/CN.4/Sub.2/2001/10; « Statement on globalization and economic, social and cultural rights », 18^{ème} session, 27 avril- 15 mai 1998.

³⁶ UNESCO, *Projet de déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 20 octobre 2001, 31C/44 Rev.

³⁷ Résolutions E/CN.4/Sub.2/Res/2000/7 et E/CN.4/Sub.2/Res/2001/21

quant à la valeur des savoirs traditionnels. Les savoirs technologiques et scientifiques (article 6) apparaissent en vertu du droit de tous les peuples d'en bénéficier, mais que dire du savoir chamanique ou biologique transmis de génération en génération dans les communautés autochtones? Plus qu'un mode de vie ou des valeurs, c'est un sens de la vie que la mondialisation économique et technologique met en danger. C'est un non-sens de propriété ou une approche magico-pratique des phénomènes naturels qui ont leur valeur en soi et qui se trouvent menacés malgré tous les arrangements faits aux droits de propriété intellectuelle.

2. Droit de propriété culturelle et patrimoine immatériel, le droit avance

i. Pour un droit de la propriété culturelle

L'article 5 du projet de la déclaration des droits culturels de l'École de Fribourg intègre la *participation à la vie culturelle* comme concept inhérent à la mise en œuvre des droits culturels.

- a. Toute personne, aussi bien seule qu'en commun, a le droit d'accéder et de participer librement, sans considération de frontières, à la vie culturelle à travers les activités de son choix.
- b. Ce droit comprend notamment :
 - la liberté de s'exprimer, en public ou en privé, dans la ou les langues de son choix;
 - la liberté de développer des connaissances, de conduire des recherches et de participer à la création
- c. Il comprend également le droit à la protection des intérêts moraux et matériels liés aux œuvres qui sont le fruit de son activité culturelle.

L'explication du projet présente le troisième paragraphe comme un « droit à la propriété culturelle ». Ce droit n'est pas entendu seulement comme individuel, mais comme tous les autres aspects des droits culturels, adresse l'individu comme la communauté. Ce droit doit ainsi permettre le juste bénéfice de la création culturelle tel que déjà défini dans de nombreux instruments internationaux. Cet article apporte deux nouveautés à la compréhension du droit de propriété culturelle (à différencier de l'expression propriété intellectuelle). Tout d'abord il intègre toute activité culturelle et tout auteur. Les arts traditionnels autochtones incluant la broderie, le tissage, les motifs et dessins traditionnels, les poteries et procédés de fabrication ancestraux peuvent être inclus dans cette acception. Deuxièmement, il ne s'adresse pas seulement aux autorités publiques mais à l'ensemble des acteurs sociaux. Non seulement les institutions inter- ou supranationales sont visées par le présent article mais encore les firmes multinationales sont attendues de respecter les productions culturelles de chaque peuple et individu.

Malheureusement cette déclaration est restée un projet. De plus, la notion de « production culturelle de chaque peuple » est trop vague aux regards des actions des firmes multinationales sur le terrain des savoirs traditionnels. Même si la généralité des termes fait la force des droits culturels en ne les restreignant pas à des acceptions exhaustives, elle est aussi sa faiblesse. La nouvelle convention de l'UNESCO sur le patrimoine immatériel ne répond pas à cette faille puisqu'elle n'inclut pas le savoir traditionnel dans le patrimoine culturel immatériel.

ii. Conservation du patrimoine immatériel

L'UNESCO a dû reconnaître l'inefficacité des instruments de protection des droits de propriété intellectuelle à protéger de nombreux aspects des droits culturels et notamment le patrimoine culturel immatériel, intangible, ce qui n'est pas « visible ». Ce patrimoine comprend "les processus acquis par les peuples ainsi que les savoirs, les compétences et la créativité dont ils sont les héritiers et qu'ils développent, les produits qu'ils créent et les ressources, espaces et autres dimensions du cadre social et naturel nécessaires à leur durabilité ; ces processus inspirent aux communautés vivantes un sentiment de continuité par rapport aux générations qui les ont précédées et revêtent une importance cruciale pour l'identité culturelle ainsi que la sauvegarde de la diversité culturelle et de la créativité de l'humanité³⁸".

Cet instrument entend pallier les incohérences et inefficacités des instruments précédents en prenant la culture dans son acception la plus large possible. Dans sa projet, l'UNESCO fait clairement référence aux dangers que fait courir la mondialisation sur les droits culturels des peuples minoritaires. C'est un instrument aux objectifs ambitieux qui s'est déjà donné la mesure de son objectif en instituant une catégorie de « chefs d'œuvre du patrimoine immatériel » qui a récompensé en 2001 des cinq chefs d'œuvre dont une cérémonie andalouse et une langue minoritaire d'Amérique Centrale. Ce prix est assorti d'une bourse pour promouvoir et encourager ces manifestations culturelles.

Cependant, ce projet normatif est encore inachevé. Il lui manque la définition des obligations des États quant à la protection et promotion du patrimoine immatériel qui comprend patrimoine culturel oral, les langues, les arts du spectacle et les événements festifs, les rites et les pratiques sociales, les cosmologies et les systèmes de connaissance, les croyances et les pratiques relatives

³⁸ *élaboration d'un nouvel instrument normatif international pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 31^e conférence générale de l'UNESCO, 28 août 2001.

à la nature. Actuellement, elle a juste permis un acte de préservation et conservation de manifestations culturelles, ponctuellement et laisse une grande partie des cultures minoritaires sans d'autres espoirs que le comité d'experts prenne connaissance de sa cérémonie ou de sa langue pour espérer être protégés de l'imposition d'une culture économique étrangère.

Même si la communauté internationale avance lentement sur le terrain de la reconnaissance des composantes traditionnelles et non tangibles du patrimoine culturel, elle échoue encore à regarder le savoir autochtone comme candidat à une protection internationale au même titre que la découverte d'un scientifique américain ou européen. Le problème des instruments de protection de la propriété intellectuelle et droits d'auteur devient encore plus criant lorsqu'il est associé au commerce et inclus dans un traité de l'organisme mondial du commerce (OMC). Le savoir autochtone butte avec la conception occidentale de la science qui demande preuves et vérifications, faille dans laquelle peuvent s'immiscer les compagnies pharmaceutiques par exemple.

II. Une nécessaire réforme des droits de propriété intellectuelle

1. le vol des savoirs traditionnels

i. Le cas de l'Ayahuasca

En 1986, un scientifique et entrepreneur américain, Loren Miller, obtient un brevet américain sur une pousse issue d'un plant de l'Ayahuasca. L'Ayahuasca, une plante grimpante originaire de la forêt amazonienne, est utilisée depuis des millénaires par des guérisseurs et leaders religieux depuis des générations à travers tout le bassin amazonien. Depuis des centaines d'années, les shamans utilisent cette plante pour traiter des maladies, contacter les esprits et prévoir le futur. Aussi, de nombreuses tribus d'Amazonie voient cette plante comme un symbole sacré. Plusieurs années après son attribution, des leaders de tribus apprennent l'existence du brevet de Miller, scientifique à qu'ils ont montré l'existence de l'Ayahuasca. Ils se révoltent contre le fait qu'un étranger vienne acquérir des droits de propriété sur une plante qu'ils utilisent et vénèrent depuis des centaines d'années. Rassemblés en un conseil amazonien représentant 400 tribus et groupes d'Amérique du Sud, le COICA³⁹, les peuples du bassin amazonien confient au leader Antonio Jacanamijoy le devoir de défendre leur cas. Il déclare « nos ancêtres ont appris la connaissance de

³⁹ Consejo de organizaciones indígenas de la cumbre de Amazonia.

cette médecine et nous sommes les possesseurs de cette connaissance. »⁴⁰ Les autochtones d'Équateur apprennent plus tard que Miller a l'intention d'établir un laboratoire pharmaceutique en Équateur pour traiter directement l'Ayahuasca. Ils craignent alors qu'un accord bilatéral sur les droits de propriété intellectuelle entre les Etats-Unis et l'Équateur, les obligent à devoir des droits à Miller. En 1999, le COICA dépose donc une plainte devant le bureau américain des brevets et marques de commerce et obtient le rejet du brevet. Néanmoins, le rejet ne provient pas de la reconnaissance de la propriété intellectuelle des peuples autochtones sur leur savoir en vertu de leur tradition, mais sur l'existence d'une description de la même plante dans un journal d'herboristerie de Chicago l'année précédant le dépôt de la demande de brevet de Miller. Le Bureau des brevets et marques de commerce américain a statué seulement sur les critères utilisés par cette même administration pour délivrer un brevet, à savoir l'obligation d'« innovation », de « non évidence » et d'« utilité ». Le bureau américain ne reconnaît pas l'utilisation antérieure ou la connaissance d'une invention dans un pays étranger tant que cette connaissance était inaccessible au public américain. Or la connaissance des peuples autochtones est rarement publiée et encore plus rarement diffusée à l'étranger. Par conséquent cette disposition discrimine fortement les peuples autochtones ou traditionnels pour lesquels la tradition écrite est nouvelle. Ceci montre l'inadéquation des critères du bureau américain de reconnaissance des brevets et des marques de commerce à l'heure de la mondialisation.

ii. définition du « vol »

Il est important ici de montrer qu'il y a bien eu vol des savoirs traditionnels. Tout d'abord Miller s'est rendu en Amazonie en 1974 où une tribu autochtone lui remet un échantillon de la plante locale de l'Ayahuasca. En échange, Miller dit avoir construit une école pour les peuples tribaux. À son retour, Miller cultive cette plante à Hawaï et développe une variété stable qui peut être breveter puisque cultivée⁴¹.

Ainsi, la tribu autochtone était à l'origine de la découverte par Miller de la plante et faisait partie d'un échange contre lequel Miller avait promis la construction d'une école. Dans une société où les contrats sont oraux et basés sur la confiance, ils devraient avoir autant de valeurs qu'un

⁴⁰ Voir dossier sur l'Ayahuasca sur le site de Ciel : <http://www.ciel.org/ptorejection.html> (dernière visite: le 25 mars 2002)

⁴¹ La loi sur les brevets aux Etats-Unis interdit le brevetage d'un organisme vivant issu d'un milieu non cultivé. Miller ne pouvait déposer un brevet d'une plante qu'il avait « trouvée » à l'état sauvage en Amazonie. L'objet du brevet doit être reproductible.

contrat écrit et signé à la façon occidentale. Ce type d'échange est aussi de plus courant en Amazonie où les scientifiques, pour les besoins de compléments méthodologiques, ont de plus en plus recours aux connaissances des peuples autochtones pour découvrir et répertorier de nouvelles plantes⁴². Le savoir traditionnel est valorisé par les scientifiques jusqu'au point où ils approfondissent leur recherche. Il n'existe alors aucun instrument juridique permettant de protéger cette participation des « scientifiques » traditionnels à la recherche scientifique souvent occidentale. Ils se trouvent sans armes face aux bons vouloirs de reconnaissance des scientifiques. Ceci aurait une moindre conséquence si les accords sur la propriété intellectuelle ne prenaient pas autant d'importance dans les accords de commerce⁴³. La contribution des peuples autochtones pourrait paradoxalement les amener à être dépossédés du droit à une possible utilisation commerciale de leurs connaissances ancestrales en vertu des traités internationaux de commerce protégeant la propriété intellectuelle⁴⁴. Rosemary Coombe voit dans les droits de propriété intellectuelle un droit fondamental de la personne, particulièrement dans le cas des peuples autochtones et de la Convention sur la Diversité Biologique qui, sans se référer aux droits culturels des peuples, valorise les savoirs traditionnels des populations autochtones et recommande leur utilisation dans le cadre de la protection de la biodiversité⁴⁵.

2. La Convention sur la Diversité Biologique

i. Valorisation de la culture autochtone dans la protection de la biodiversité

La Convention des Nations Unies sur la Diversité Biologique⁴⁶ (CDB) conclue en 1992 à Rio de Janeiro s'efforce de conserver les ressources biologiques du monde et favoriser un développement durable. Contrairement aux ADPIC, la CDB reconnaît pour la première fois dans

⁴² Catherine Potvin, Jean-Pierre Revéret, Geneviève Patenaude, and Jane Hutton, "The Role of Indigenous Peoples in Conservation Actions: A Case Study of Cultural Differences and Conservation Priorities", chapitre 8, *ouvrage à paraître*, P. Le Prestre (sous la dir.), 2002

⁴³ voir la position américaine et de l'OMC à pousser les États sans législation nationale sur les DPI à en adopter une. www.omc.org

⁴⁴ Sur la position selon laquelle les DPI constituerait un moyen nécessaire pour les peuples autochtones de protéger et bénéficier de leurs savoirs ethnobiologiques, voir Gelvina RODRIGUEZ STEVENSON, « Trade Secrets : The Secret to Protecting Indigenous Ethnobiological (Medicinal) Knowledge », (2000) 32 *New York University Journal of International Law and Politics* 1119.

⁴⁵ Voir Rosemary J. COOMBE, "Intellectual Property, human Rights and Sovereignty: New Dilemmas in International Law Posed by the Recognition of Indigenous Knowledge and the Convention on Biodiversity" (1986) 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 59.

⁴⁶ CDB, *supra* note 2.

un traité international la valeur des connaissances autochtones sur les ressources biologiques régionales.

Art. 8) j : " Chaque partie contractante, (...) respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones ... 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, innovations et pratiques. "

La formulation assez large pour permettre d'étendre la protection à toutes les formes d'expressions artistiques, de folklore, de connaissances etc. Elle reconnaît surtout le rôle de populations autochtones dans la conservation et la collecte des connaissances concernant la protection de la nature. Même si elle ne touche pas directement la question des droits de propriété intellectuelle, cette convention amène le savoir traditionnel dans le champ de protection des instruments internationaux. Sa promotion et la protection de ce savoir buttent encore une fois sur la mise en œuvre de la convention et à l'absence de sanctions internationales.

C'est un instrument international, qui fait peser la responsabilité de sa mise en œuvre sur les États. L'Agenda 21 adopté lors de la Conférence des Nations Unies sur le développement fait de la protection des droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones un devoir des États. Le savoir autochtone entre dans les facteurs favorisant le développement.

Cap. 26 4) b : " Les États doivent (...) adopter ou renforcer les politiques et les instruments juridiques appropriés qui protégeront les droits de propriété intellectuelle et culturelle ainsi que le droit de préserver les systèmes et pratiques coutumiers et administratifs des populations autochtones "

Le texte est très clair en ce qui a trait à l'implication des peuples autochtones aux processus d'élaboration de lois et de politiques nationales qui les touchent. La participation des peuples autochtones à l'élaboration des politiques au niveau national permettrait aussi d'éviter le recours aux droits de propriété intellectuelle. La prise en compte de ces peuples est encore renforcée dans les deux projets de déclarations internationales sur les peuples autochtones, celle des Nations Unies et celle de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

Cependant, le problème majeur de ces instruments internationaux est qu'ils reposent non seulement essentiellement sur l'action de l'État, mais aussi qu'ils restent pour l'instant de simples

projets qui avancent très lentement⁴⁷. Or dans de nombreux pays en développement, les problèmes de protection des droits culturels se posent avec d'autant plus de vigueur qu'ils sont le berceau de peuples multiples au sein d'un même État, que leur territoire est souvent la source d'une biodiversité importante et surtout que l'autorité de l'État fait défaut ou encore ne répond pas aux besoins de sa population⁴⁸. Il est donc important de considérer une autre approche juridique, à l'heure où la mondialisation abolit les frontières et où les acteurs civils et privés entrent dans les négociations internationales.

III. Droits de la personne et droit commercial, résoudre le conflit du droit international

1. Construction parallèle du droit commercial et des droits de l'homme.

Le système international des droits de l'homme s'est développé en parallèle de la libéralisation des échanges commerciaux et de la création d'organes et de traités internationaux du commerce. « l'histoire a progressivement enchevêtré les deux fils : d'abord à l'échelle régionale, en particulier en Europe, mais aussi à l'échelle mondiale »⁴⁹. Au niveau mondial, les manifestations « antimondialisation » ont fait se poser la question de la tendance internationale à faire prévaloir les objectifs de libéralisation des échanges sur tous les autres. Nous pouvons citer en exemple la fameuse clause sociale débattue entre l'OMC et l'OIT lors du sommet de Singapour. Malgré le développement des instruments internationaux, il semble que les droits de la personne occupent toujours une place secondaire, leur mise en œuvre devant implicitement passer par le développement économique. Or, c'est au nom de ce même développement économique que la plupart des violations des droits de la personne sont effectuées, par les États, membres de la communauté internationale, mais aussi par les acteurs privés, membres invisibles de cette même communauté. Il s'agit donc de se doter d'instruments d'opposabilité à ces deux acteurs garantissant la protection des droits. Soit l'opposabilité se traduit par le maintien du parallélisme des deux systèmes. Les États continuent alors d'être soumis aux déjà nombreux accords internationaux sur les droits de la personne, et les acteurs privés développent un arsenal de codes de bonne conduite dont ils sont finalement

⁴⁷ Les États ne se sont mis d'accord que sur un seul article du projet des Nations Unis pour l'instant.

⁴⁸ Les populations autochtones représentent 5% de la population mondiale, mais 80% de sa diversité culturelle. Ils occupent 20% du territoire de la planète où est concentrée 80% de la biodiversité. Voir Dialogue Paper du Groupe de travail Autochtones de la PREPCOM II pour le sommet de Johannesburg, E/CN.17/2002/PC.2/6/Add.3, par. 3

⁴⁹ Mireille Delmas-Marty dans *Commerce mondial et protection des droits de l'homme, les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, INSTITUT RENÉ CASSIN de Strasbourg, Bruylant – Bruxelles, 2001, p.11.

les seuls juges de leur application. En outre, les accords de commerce se concentrent sur les enjeux commerciaux et continuent de reléguer les droits de la personne au second plan. Cette situation est d'autant plus délicate pour les droits culturels que la mondialisation économique produit aussi une globalisation culturelle (notamment à travers la culture économique et d'entreprise) aux dépens des cultures minoritaires.

2. Vers une hiérarchisation ?

Il nous semble donc que la voie la plus sûre pour promouvoir les droits de la personne au niveau international est d'instaurer une hiérarchie des normes de droits en plaçant les droits de la personne au-dessus de tout système international de droit, avec par conséquent une position prioritaire sur les accords de commerce. Dans le cas des droits culturels, il est possible de dire que, comme on l'a vu, on retrouve des composantes des droits culturels dans plusieurs documents internationaux ne relevant pas spécifiquement d'instrument de droits de la personne. Il se dégage au niveau international des normes générales de droit qui peuvent s'apparenter aux Principes généraux de droit acceptés par la communauté internationale puisque signataire des différents instruments des Nations Unis. La Commission comme la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme ont publié depuis quelques années plusieurs rapports sur les dangers de la globalisation et les droits de la personne au sein desquels elles rappellent la prééminence des droits de l'homme. En 1998, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) a rendu publique une déclaration sur la globalisation dans laquelle il rappelle que :

« the realms of trade, finance and investment are in no way exempt from these general principles and the international organizations with specific responsibilities in those areas should play a positive and constructive role in relation to human rights. »⁵⁰

Il souligne ensuite que la concurrence, la recherche d'efficacité et le rationalisme économique ne doivent pas devenir les principaux ou uniques critères à l'aune desquels les politiques gouvernementales ou intergouvernementales seront évaluées.

Cette position, suivies par tous les défenseurs de droits de l'homme, s'inspire largement du système international en faisant reposer sur les États la responsabilité de faire respecter ces principes par les acteurs non étatiques, i.e. les acteurs corporatifs. Cependant, les États de

⁵⁰ Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "Globalization and Economic, Social and Cultural Rights", Mai 1998, sur <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/cescnote.htm#note18h> (dernière visite: le 25 mars 2002)

devraient pas être les seuls responsables de la mise en œuvre des droits de la personne. En 1998, la Sous-commission publie un rapport intitulé « Human rights as the Primary Objective of Trade, Investment and financial Policy »⁵¹ dans lequel elle pose « la centralité et la primauté » des droits de l'homme sur tous les niveaux de gouvernance et de développement, incluant notamment les institutions de commerce régionales et internationales, les politiques monétaire, financière et d'investissement, les accords et pratiques.

Introduire une telle hiérarchie dans les différents systèmes du droit est nécessaire pour la mise en œuvre effective des droits de la personne, et acquière une importance particulière en ce qui concerne les droits culturels. Plutôt que de devoir cataloguer et répertorier tous les types de production culturelle, ce qui amène à en laisser de côté et ne résout pas la question de la protection des modes de vie, la soumission des acteurs privés aux droits de la personne inscrits dans les instruments des Nations Unis permet de renverser la problématique : entendre les droits culturels dans son acception la plus large. La supériorité des droits culturels sur le droit commercial poserait pour implicite le respect du droit de la personne dans tout ce qu'elle représente. Ainsi, les droits culturels doivent permettre de protéger non seulement la production artistique et scientifique, mais aussi et surtout les modes de vie à l'origine de la production. Patrice Meyer-Bisch inclut le respect des droits culturels dans la mise en place de tous les autres droits politiques, économiques et sociaux.⁵² Par exemple, le développement économique d'une région devrait être envisagé en respectant la culture de la société qui va en bénéficier.

Une inversion effective des priorités donnerait du poids aux États et aux organes internationaux chargés de veiller à l'application de ces droits sur les actions des acteurs non-étatique et les organisations qui les représentent afin de veiller à ce que leurs actions respectent l'esprit des droits de l'homme. L'application de cette hypothèse sur les droits de propriété intellectuelle est évidente puisqu'ils sont l'objet de tant d'accusations de violations de droits de la personne.

On pourrait espérer induire une hiérarchisation des normes, plaçant les droits de la personne au-dessus de tout autre traité international. Cependant, dans le même temps, l'augmentation des accords de commerce internationaux et la force juridique croissante des lois régissant le commerce international font dire à certains que les principes de libre-échange international ont

⁵¹ UN document, E/CN.4/Sub.2/RES/1998/12 (1998)

⁵² Voir P. Meyer-Bisch, *La pierre angulaire : Logique des droits culturels*, Université de Fribourg, Juin 1995, en ligne : <http://www.unifr.ch/spc/UF/95juin/meyer-bisch.html>. (dernière visite: 23 mars 2002).

acquis le statut de principes généraux de droit⁵³. Deux conceptions du bien-être général s'opposent sans pour autant trouver vainqueur, et deux institutions s'affrontent avec chacun son système de valeurs : l'OMC et l'ONU. Chacun des organes fait peser sur les États la responsabilité de la mise en œuvre de leurs engagements internationaux, qui doivent choisir entre deux paradigmes : celui du libre-échange et du développement économique qui doit mener à la réalisation des droits de l'homme, malgré des efforts à accepter au début du processus⁵⁴ et celui de la nécessaire primauté des droits humains pour un développement économique qui profite à tous.

L'Europe est passée près de réaliser une hiérarchisation de fait des différents régimes juridiques. La Cour de Luxembourg a consacré l'échec de la hiérarchisation du droit en faveur des droits de la personne par un avis négatif quant à l'éventuelle ratification de la Convention des droits de l'homme par la Communauté européenne telle qu'elle aurait introduit une hiérarchie du droit au profit de Strasbourg⁵⁵. Son échec ne fait que mettre en lumière les difficultés à la réaliser au niveau international.

Conclusion :

La question de la protection des droits culturels est délicate. Ainsi qu'ont tenté de le démontrer les chercheurs de l'université de Fribourg, les droits culturels sont non seulement inséparables de la conception des autres droits de la personne, mais ils englobent un contexte bien plus large que la simple attention aux expressions culturelles. Protéger correctement les droits culturels des individus et des peuples doit aussi impliquer le respect de leurs modes de vie, de leurs valeurs, savoirs et savoir-faire. La nature vivante et évolutive implique que leur protection n'est pas assurée par la simple conservation ou collecte de toutes les expressions culturelles, matérielles ou immatérielles, que compte ce monde. Les instruments internationaux abondent pour mieux définir, comprendre et protéger les droits culturels, pourtant ils restent souvent des barrières de

⁵³ Voir par exemple Pierre LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373 ; ou encore Bruno OPPETIT, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », dans Christian DOMINICE (dir.), *Études du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, pp 309-319.

⁵⁴ pour des arguments pro-globalisation lire : Judith Bello, « National sovereignty and Transnational Problem solving », *Cardozo Law Review*, n 18.

⁵⁵ Voir *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, *supra* note 49, p. 9.

papier aux violations perpétuelles perpétrées par acteurs privés et publics confondus. De même, leur préservation par le biais de droits de propriété intellectuelle, bien qu'apparemment plus efficace rapidement que les traités internationaux, représente une contradiction avec les droits culturels de certains peuples pour lesquels « posséder un savoir », comme « posséder une terre » n'a pas de sens. Cette conception du rapport à la nature ou à la connaissance est une richesse et au nom de leurs droits à vivre selon leurs valeurs, on ne peut les en priver.

C'est pourquoi la mise en œuvre d'une hiérarchisation du droit international pourrait être une solution acceptable du point de vue théorique. Elle imposerait une soumission au respect des droits culturels en laissant pourtant une certaine marge de manœuvre aux droits pour évoluer.

À cela il faut ajouter que le droit international a aussi, dans ses fondements, besoin d'évoluer pour laisser entre de nouveaux acteurs, notamment la société civile. Face à des autorités politiques peu compatissantes, ou à des acteurs privés sans grande préoccupation pour les droits de la personne, il ne reste que la société civile, par le biais d'associations ou d'organisations non gouvernementales pour veiller au respect des traités internationaux. L'opposabilité aux acteurs publics et privés ne peut se faire sans le concours actif de d'un « tiers secteur solide et cohérent », permettant la constitution d'un « milieu » pour reprendre le concept de Patrice Meyer-Bisch entre l'État et la sphère privée des entreprises. Son action serait d'autant plus efficace que le système juridique international serait unifié et cohérent. Finalement, la meilleure protection des droits de la personne et en particulier des droits culturels repose encore sur le recours à la jurisprudence. L'ouverture des recours aux individus, en particulier dans le cadre des cours régionales de justice, telles que la Cour européenne ou la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, permet une accumulation de décisions condamnant non seulement les violations perpétrées par les États contre des traités qu'ils ont signés et ratifiés, mais aussi la mauvaise volonté de ceux-ci à mettre en place des mesures effectives de protection et de promotion de ces droits. Cette somme de jurisprudences constitue un corpus de décisions sur lequel il sera difficile de revenir et fournit un puissant moyen de pression pour le « tiers secteur » de Meyer-Bisch afin de contrôler l'action des États⁵⁶, notamment dans leur relation avec le secteur privé.

⁵⁶ Les juristes panaméens de droits autochtones ont adopté cette tactique et font avancer à pas de géants la législation de leur pays en faveur notamment de la reconnaissance de la propriété intellectuelle des femmes autochtones sur les motifs traditionnels. Voir la loi de Panama, sur le site de Droit et Démocratie : www.ichrdd.ca.