



Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive

Stéphane Pessina

► To cite this version:

Stéphane Pessina. Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive. dir. Arnaud DE RAULIN et Jean-Paul PASTOREL. Culture et biodiversité, L'Harmattan, 2017. hal-02421612

HAL Id: hal-02421612

<https://normandie-univ.hal.science/hal-02421612>

Submitted on 20 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive.

INTRODUCTION.	1
I. LES SAVOIRS TRADITIONNELS DES PEUPLES AUTOCHTONES, UN PATRIMOINE A PRESERVER POUR LE PARTAGER.	2
A) DEFINITION DES PEUPLES AUTOCHTONES.	2
1°- <i>Approche étymologique de la notion de peuples autochtones.</i>	3
2°- <i>Quid de l'approche anthropologique et politique de la notion de peuples autochtones ?</i>	3
3°- <i>Quid d'une tentative d'approche juridique de la notion de peuples autochtones ?</i>	4
B) NATURE DES SAVOIRS TRADITIONNELS.	6
1°- <i>Définition synthétique et diplomatique des savoirs traditionnels</i>	7
2°- <i>Définition prospective des savoirs traditionnels.</i>	9
a) Les savoirs traditionnels : éléments clef des patrimoines-communauté.	9
b) Proposition de définition des savoirs traditionnels : des biens spéciaux ayant une nature juridique hybride	12
II. LES CONDITIONS D'UN PARTAGE CONSENTI DES SAVOIRS TRADITIONNELS DES PEUPLES AUTOCHTONES.	13
A) LES ATTENTES DES PEUPLES AUTOCHTONES A PRENDRE EN COMPTE.	14
1°- <i>Reconnaissance de la valeur des savoirs traditionnels</i>	14
a) La nécessité d'apprécier la valeur d'usage avant la valeur d'échange.	14
b) La valeur d'échange des savoirs traditionnels.	15
2°- <i>Reconnaissance du principe de l'égale dignité et du respect de tous les savoirs</i>	15
B) QUELQUES PISTES ENVISAGEABLES DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS POUR EN FAVORISER UN PARTAGE EQUITABLE	17
1°- <i>La puissante force d'attraction des systèmes de propriété intellectuelle actuellement en vigueur.</i>	18
2°- <i>Réflexions sur les objectifs à atteindre pour protéger les savoirs traditionnels.</i>	18
a) La protection défensive des savoirs traditionnels.	19
b) La protection positive des savoirs traditionnels.	19
c) Quelques difficultés d'articulation communes aux protections défensive et positive.	21

INTRODUCTION.

Au lecteur, je propose un cheminement interculturel guidé par le souhait d'arriver à articuler autant que faire se peut des logiques différentes grâce à un souci constant du dialogue. Mes propos sont animés par une conception holistique des questions à traiter et encadrés par des impératifs méthodologiques visant à appréhender ces questions dans leur globalité, leur multidimensionnalité et leur complexité en prenant le soin de les contextualiser suffisamment¹.

Pour satisfaire ce besoin de contextualiser je m'assigne la tâche, d'une part, d'analyser la notion de peuples autochtones et de comprendre la notion de savoirs traditionnels et, d'autre part, de cerner autant que possible les attentes des peuples autochtones, en particulier en terme de protection des savoirs traditionnels. Les peuples autochtones ne

¹ Sur tous ces aspects, Edgar Morin, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Seuil, 2000.

sont pas seuls à détenir, à faire évoluer et à enrichir de multiples savoirs traditionnels², mais la présente réflexion se focalisera sur ces savoirs traditionnels particuliers.

L'étude des peuples autochtones révèle des différences notables d'approche de différents aspects de la vie en société lorsqu'on les compare avec des peuples occidentaux et notamment avec le peuple français. Cela est souvent le cas lorsqu'on opère des comparaisons. Mais lorsqu'on compare un peuple autochtone avec un peuple d'un pays d'Europe, les écarts différentiels sont nettement plus importants que lorsqu'on compare un peuple d'un pays d'Europe avec un peuple d'un autre pays d'Europe.

Il faut dire que les cosmogonies et les valeurs sont singulièrement différentes car les modes de vie, les mythes fondateurs et les habitats le sont aussi.

On remarque que nombre de peuples autochtones développent une approche holistique de la vie en société, impliquant de multiples liens croisés entre les divers individus, les individus et leur environnement (minéral, aquatique, végétal, animal), le monde sensible et le monde métaphysique.

Si les cultures des différents peuples humains qui vivent sur la Terre révèlent des approches cosmogoniques et axiologiques différentes, il faut s'en réjouir car au-delà du commun qui nous unit il existe aussi irrémédiablement des choses spécifiques qui singularisent les groupes humains et qui résultent des choix faits au fil des générations pour s'adapter à l'évolution des conditions de vie. Ce faisant, les savoirs traditionnels dans leur immense et intarissable diversité, et en particulier ceux des peuples autochtones, constituent un patrimoine à préserver pour le partager (I). Mais encore faut-il préciser à quelles conditions un tel partage serait équitable, juste, équilibré (II).

I. Les savoirs traditionnels des peuples autochtones, un patrimoine à préserver pour le partager.

La présente étude se concentre sur la nature savoirs traditionnels (B) des peuples autochtones (A). Il importe donc de définir ces termes.

A) Définition des peuples autochtones.

Les peuples autochtones sont toujours surreprésentés parmi les pauvres, les analphabètes et les chômeurs. Ils comptent 370 millions de membres, soit environ 5 % de la population mondiale, mais ils comptent pour 15 % des pauvres de la planète. Ils constituent aussi environ un tiers des 900 millions de ruraux extrêmement pauvres. Ils vivent sur le territoire d'un tiers des Etats de la planète, et sont présents sur tous les continents³.

Afin de mieux cerner cette notion j'en étudierai tout d'abord l'étymologie (1°), puis la définition anthropologique (2°). Enfin, et même s'il n'existe pas de définition juridique consacrée de la notion de peuples autochtones, je tenterai une synthèse des droits qui leur sont reconnus et de ceux qui pourraient l'être (3°).

² Cf. *infra* I, B. En effet, tous les peuples détiennent de très utiles savoirs traditionnels, pas seulement ceux que l'on qualifie aujourd'hui de peuples autochtones.

³ *La situation des peuples autochtones dans le monde*, Rapport du Département de l'information des Nations Unies, DPI/2551/A, 09-64059, Janvier 2010.

1°- Approche étymologique de la notion de peuples autochtones.

Selon Marcel Détienné, « *autochtôn*, en grec, semble avoir été inventé par Eschyle, composant une de ses très nombreuses tragédies. »⁴ Il signifie « qui naît de la terre même ». « À la suite des guerres menées contre les Mèdes et les Perses, Athènes sera victime d'une forte poussée d'hypertrophie du moi, en direction d'un " Nous, les Athéniens ". (...) Vers le milieu du V^e siècle, les bonnes gens d'Athènes, ou plutôt les intellectuels du cercle de Périclès, ce n'est qu'une hypothèse, imaginent de faire prononcer, devant les cercueils alignés de leurs « morts-à-la-guerre », un discours, une oraison en forme d'éloge de la cité, la leur. Cité si admirable qu'elle est par excellence « née d'elle-même », *autochtone*. Quel est donc le contenu des *oraisons* funèbres ? Quel est donc le contenu des *oraisons* funèbres ? Elles relèvent à Athènes et en Grèce du V^e siècle d'un genre baptisé « archéologie » ou discours sur les commencements, *archai* qui deviennent aisément les Principes et les Valeurs.

"Nous sommes les autochtones, nés de la terre même d'où nous parlons. Les Bons Autochtones, c'est Nous, sortis d'une terre dont les habitants sont restés identiques, "les mêmes", depuis les origines. Sans discontinuité. Une terre que nos Ancêtres nous ont transmise. Héritage, hérédité, le passé en ligne directe." »⁵

Se dire autochtone relève de l'acte de foi. Car en réalité, cela veut tout dire et rien dire à la fois. Tout le monde peut affirmer être autochtone – on a tous besoin de croire qu'on est de quelque part, qu'on y a ses racines, ses uniques racines ; c'est rassurant – mais personne ne peut le prouver de façon irréfutable car en réalité c'est toujours nécessairement au moins en partie faux. En effet, de tout temps les hommes n'ont cessé de se déplacer, de migrer et de se mélanger. De sorte que nous sommes certainement tous le résultat plus ou moins visible d'un métissage.

2°- Quid de l'approche anthropologique et politique de la notion de peuples autochtones ?

Les définitions anthropologiques se basent sur un faisceau de critères. Les travaux de José Martinez COBO et Erica Irène DAES ont marqué les esprits en proposant des critères anthropologiques de qualification.

La question des populations autochtones (expression retenue en 1971) a été abordée pour la première fois au sein des Nations Unies sous l'égide de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, dans le cadre du problème de la discrimination. Cette commission a confié à M. José R. Martínez Cobo une Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones⁶.

M. José R. Martínez Cobo a mis en évidence, dans cette étude exhaustive en cinq volumes, la discrimination, l'exploitation et l'oppression généralisées auxquelles les populations autochtones étaient en butte.

Il proposa une série de critères (faisceau d'indices) à partir desquels il deviendrait possible de considérer les populations autochtones comme relevant d'une approche spécifique. Ainsi, les populations autochtones sont « *des peuples et des nations qui présentent une continuité historique avec les sociétés précédant la conquête et la colonisation de leurs territoires, qui se considèrent comme distincts des autres secteurs de la société dominant aujourd'hui ces territoires totalement ou partiellement... [et] qui sont*

⁴ Marcel Détienné, « Des métamorphoses de l'autochtonie au temps de l'identité nationale », Cités, 2009/1, n° 37, p. 147-153.

⁵ Marcel Détienné, art. préc.

⁶ E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4.

déterminés à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, sur la base de leur existence continue en tant que peuple, en accord avec leurs propres systèmes culturels, leurs systèmes légaux et leurs institutions sociales ».

Cette continuité historique peut consister au maintien sur une longue période, allant jusqu'à nos jours, de l'un des facteurs suivants :

- a) occuper des terres ancestrales ou, au moins, une partie d'entre elles,
- b) avoir des ancêtres communs avec les habitants originels de ces terres,
- c) posséder leur culture en général ou certaines de ses manifestations telles que la religion, l'organisation du système social, l'appartenance à une communauté autochtone, les vêtements, les moyens d'existence, le style de vie, etc.,
- d) parler une langue autochtone, qu'elle soit l'unique langue parlée, ou la langue maternelle, ou le moyen habituel de communication chez soi ou dans la famille, ou le langage principal, préféré, habituel, général ou normal,
- e) résider dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde,
- f) tous autres facteurs pertinents.

L'auto-identification est considérée comme un critère fondamental pour l'identification des peuples indigènes et tribaux, ainsi que les critères suivants :

- Modes de vie traditionnels ;
- Culture et modes de vie différents des autres segments de la population nationale, par exemple de par leur façon de gagner leur vie, leur langue, leurs coutumes ;
- Organisation sociale et institutions politiques propres ; et
- Habitent historiquement dans une région donnée, ou avant que des tiers ne « l'envahissent » ou ne viennent dans la région.

Après J. Martinez Cobo, Mme Erica-Irène Daes, Présidente-rapporteur du Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones des Nations unies (créé en 1982), a effectué un travail remarquable sur le concept de Peuples Autochtones⁷.

Elle n'a pas hésité à affirmer qu'une définition universelle n'était ni possible ni souhaitable, étant donné la diversité des peuples autochtones.

Elle a retenu trois critères qui sont le plus largement utilisés et qui caractérisent les peuples autochtones comme ceux qui : a) sont les descendants des groupes qui étaient sur le territoire au moment de l'arrivée de groupes de culture ou d'origine ethnique différente, b) en raison de leur isolement, ont préservé presque intactes les coutumes et les traditions de leurs ancêtres, similaires à celles que l'on considère comme autochtones, c) se trouvent placés au sein d'une structure étatique qui possède des caractères nationaux, sociaux et culturels qui leur sont étrangers.

3°- Quid d'une tentative d'approche juridique de la notion de peuples autochtones ?

Cette notion a été mobilisée dans le contexte politique de la décolonisation et d'abord en Amérique du Sud, à compter des années 1970. La notion de peuples autochtones est ainsi prise dans les soubresauts d'une conjoncture historique plus ouverte que jamais au multiculturalisme. Ce faisant, depuis une quarantaine d'années, on assiste à une métamorphose de la condition autochtone qui se caractérise par une reconfiguration de son sens et de ses conséquences. Cela peut être illustré par l'arrêt rendu le 29 novembre

⁷ E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 : Document de travail du Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene A. Daes, sur la notion de "peuple autochtone".

2007 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'Affaire du peuple Saramaka contre le Surinam⁸.

Ainsi, la notion de peuples autochtones est une notion extrêmement politisée, versatile, plastique. Le contenu des droits revendiqués et des besoins à prendre en compte reste difficile à définir. Si néanmoins, on s'essaie à en établir une typologie synthétique, il semble que ce soient avant tout les droits de l'homme des deux premières générations, dans leur dimension individuelle, qui aient surtout été reconnus et appliqués.

Pour autant, la notion de droits collectifs n'est pas absente du vocabulaire des traités internationaux, mais on y recourt avec beaucoup plus de parcimonie⁹.

Viennent ensuite deux catégories de droits beaucoup plus rares et très peu visées dans les normes du droit international : les droits de groupe et les droits de solidarité, relevant, dit-on, de la troisième génération des droits de l'homme¹⁰. Aux côtés du développement, des droits de l'homme et de la démocratie, la solidarité est devenue une autre des préoccupations des Nations unies. En effet, dans une résolution du 20 avril 2005 la Commission des droits de l'homme a affirmé « la nécessité d'établir des liens nouveaux, équitables et globaux de partenariat et de solidarité à l'intérieur d'une même génération, ainsi que de promouvoir la solidarité entre générations pour la perpétuation de l'humanité¹¹. Elle a aussi constaté qu'une attention insuffisante a été accordée à l'importance de la solidarité internationale en tant qu'élément essentiel des efforts des pays en développement pour progresser dans la réalisation du droit au développement de leurs peuples et promouvoir la pleine jouissance des droits économiques, sociaux et culturels par tous¹² ».

Leur point commun est l'être humain et pourrait justifier la reconnaissance de droits universels comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de la barbarie, les traitements inhumains ou dégradants, le droit à un environnement sain. Qui pourrait nier que ces droits valent pour tous les êtres humains et tous les peuples ?

La personne juridique (personne physique ou morale) a longtemps été le seul sujet de droit reconnu par la loi¹³. Mais à compter du milieu du XX^{ème} siècle, et d'abord en qualité de victime, l'humanité a fait son entrée sur la scène juridique au travers du concept juridique de crime contre l'humanité¹⁴.

Ainsi, aujourd'hui l'humanité n'est pas exactement titulaire de droits, mais elle est l'objet d'une protection au travers du principe fondamental de dignité de la personne humaine qui vise à protéger l'humanité de l'homme et donc de tous les hommes.

Enfin, on se rend compte qu'est de plus en plus souvent utilisée la notion de « patrimoine commun de l'humanité », laquelle permet de retirer certains biens de l'univers marchand et d'en interdire l'appropriation privée. Ces biens sont ainsi mis en

⁸ Inter-American Court of Human Rights, Case of the Saramaka People v. Suriname, Judgment of November 28, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf

⁹ Cf. par exemple l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « 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. » Ce sont des droits collectifs détenus individuellement.

¹⁰ On parle aujourd'hui de droits de la 3^{ème} génération, dite des droits de solidarité, pour viser des droits dont le sujet ne serait pas l'individu, c'est-à-dire l'être humain, mais l'humanité dans son entier.

¹¹ Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/55, p. 2.

¹² Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/55., p. 3.

¹³ Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 35 s.

¹⁴ Dans ce sens, Muriel Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, PUF Licence Droit, 2^{ème} éd., 2012. Cf. aussi Judith Rochfeld, *op. cit.*, p. 36 et 37.

dehors de l'emprise du marché dans le but de protéger la planète pour les « générations futures ».

Cette approche très ambitieuse souffre néanmoins de dépasser deux obstacles importants. Il suppose tout d'abord de sortir d'un fondamentalisme occidental et d'ouvrir les portes de l'interprétation des droits de l'homme aux autres cultures¹⁵.

Il suppose ensuite de faire entrer dans le champ de la réflexion d'autres notions que celle d'être humain et d'élargir les perspectives à tout ce qui peuple notre environnement dans sa globalité afin d'avoir une vision holistique des questions à régler.

En somme, il semble que s'affirme peu à peu un triptyque de droits : droits individuels, droits collectifs et droits de groupe. Est considéré comme un droit individuel un droit qui a pour titulaire des individus¹⁶. Les droits collectifs sont des droits prévoyant l'exercice collectif de droits individuels. Enfin, les droits de groupe sont les droits dont le titulaire est un groupe en tant que tel et qui possède alors une personnalité juridique propre. Les droits des collectivités visent à préserver l'intégrité et l'identité de groupes humains qui en sont directement titulaires (par exemple, la protection contre les crimes de génocide ou d'apartheid, les droits à la vie, à la non discrimination)¹⁷.

Après avoir défini la notion de peuples autochtones, il importe de définir celle de savoirs traditionnels.

B) Nature des savoirs traditionnels

Si aujourd'hui on fait très souvent, explicitement ou implicitement, référence aux peuples autochtones lorsqu'il est question de traiter de la notion de savoirs traditionnels, il ne faut pas en conclure pour autant que seuls les peuples autochtones sont détenteurs de savoirs traditionnels. Une telle conclusion serait trompeuse car évidemment tous les peuples ont des savoirs traditionnels, pas seulement les peuples autochtones.

On peut, par exemple, illustrer cela avec le projet de la Commission européenne, actuellement à l'étude, de protection des indications géographiques des produits non agricoles (par exemple, la céramique, le marbre, la coutellerie, les chaussures, la tapisserie ou les instruments de musique). Le but affiché est de tirer le meilleur parti des savoir-faire traditionnels européens. On en attend un bénéfice pour les régions, le tourisme et l'emploi et une meilleure information du consommateur¹⁸. Il n'existe donc

¹⁵ Cf. Alain Supiot, in *Homo juridicus*, Seuil, 2005, dernier chapitre : « Lier l'humanité : du bon usage des droits de l'homme ».

¹⁶ Cf. Héloïse Plaquin, *Identités culturelles régionales ou autochtones et États unitaires : à la recherche d'une conciliation. Les exemples de la Corse en France et du peuple sámi de Norvège*, thèse de doctorat en co-tutelle, Université de Rouen Normandie et Université d'Oslo, 2016, p. 213, note 158.

¹⁷ *Observation du Comité des droits de l'homme du 6 avril 1994*, CCPR C 21 Rev.1 Add.5. Dans ce sens, Héloïse Plaquin, *op. cit.*, p. 125, note 178.

¹⁸ Michel Barnier (lorsqu'il était vice-président de la Commission européenne chargé du marché intérieur et des services) a déclaré à ce sujet : « L'Union européenne regorge de produits qui sont fondés sur des connaissances et des méthodes de production traditionnelles, trouvant souvent leur origine dans le patrimoine culturel et social d'un lieu géographique donné, que ce soit le cristal de Bohême, les tartans écossais, le marbre de Carrare ou bien la tapisserie d'Aubusson.

Ces produits non seulement font partie des connaissances et du savoir-faire de l'Europe mais ils présentent aussi un potentiel économique considérable, que nous n'exploitons peut-être pas pleinement à l'heure actuelle.

L'extension à ces produits de la protection des indications géographiques à l'échelle de l'Union pourrait offrir des avantages considérables aux PME et aux régions européennes.

toujours pas de protection des indications géographiques des produits non agricoles au niveau communautaire, mais il en existe une en France. En effet, « un dispositif juridique ancien (1919¹⁹) a permis jusqu'à aujourd'hui la reconnaissance d'appellation d'origine (AO) par voie judiciaire ou par décret. Seuls, quelques produits non agricoles en bénéficient (la dentelle du Puy, la poterie de Vallauris, les émaux de Limoges, le monoï de Tahiti...). Cependant, peu de produits répondent aujourd'hui à la définition de l'appellation d'origine qui exige un lien très fort avec le terroir. En 2014, la France a mis en place un régime de protection des indications géographiques²⁰ relatives aux produits industriels et artisanaux par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon. C'est l'INPI qui est chargé de reconnaître et protéger ces indications géographiques. »²¹

A l'heure de la mondialisation exacerbant la compétition entre les Etats et les acteurs économiques, cet exemple est révélateur du regain d'intérêts dont font l'objet les savoirs traditionnels dont on (re)découvre l'intérêt et la valeur. La mondialisation, dans son versant économique de globalisation, rétrécit le temps et l'espace et fait peser une menace d'uniformisation des cultures. Or, les savoirs traditionnels apparaissent comme de précieux antidotes à ces risques d'uniformisation guidée par des calculs de rentabilité et des logiques comptables opportunistes et attrayantes de prime abord lorsqu'elles sont analysées au travers du prisme des principes du capitalisme ultra-libéral. Réfléchir au sort de ces savoirs traditionnels permet ainsi d'essayer de prendre du recul et de construire des arguments qui pourraient permettre de proposer une vision à plus long terme car elle-même animée par le souci de préserver l'essentiel du passé (la tradition) et du présent (la tradition en mouvement) afin d'aider au mieux les générations futures.

Percevoir le renouveau des savoirs traditionnels est une chose. Comprendre le sens de cette notion en est une autre. C'est pourquoi, il convient de définir autant que possible la notion de savoirs traditionnels. On lui connaît une définition diplomatique qu'il est possible de synthétiser (1°) pour ensuite l'enrichir par une définition prospective que je souhaite proposer (2°).

1° - Définition synthétique et diplomatique des savoirs traditionnels

Depuis l'an 2000, le terme « savoirs traditionnels » est employé de manière appuyée au sein des instances de l'OMPI²² et tout particulièrement dans les travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore²³. Ces travaux sont menés aux dires de l'OMPI en vue de l'élaboration d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux pour assurer la protection effective des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels et traiter les aspects de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages en découlant qui relèvent de la propriété intellectuelle.

Elle pourrait permettre de préserver notre patrimoine, à la fois unique et varié, tout en apportant une contribution significative à l'emploi et à la croissance en Europe. »

¹⁹ La loi du 6 mai 1919 définit la notion d'appellation d'origine et son dispositif de protection. Elle a été intégrée dans le Code de la consommation.

²⁰ Contrairement aux appellations d'origine, il n'est pas exigé, pour les IG, que la matière première et les étapes de la production soient réalisées dans la zone géographique définie par le cahier des charges.

²¹ Cf. http://www.tresor.economie.gouv.fr/13532_la-protection-des-ig-non-agricoles

²² L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

²³ <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/index.html>

Selon l'OMPI « les savoirs traditionnels ne tirent pas leur nom de leur ancienneté. Il s'agit d'un ensemble vivant de connaissances qui sont élaborées, préservées et transmises d'une génération à l'autre au sein d'une communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle. En tant que telles, elles ne sont pas facilement protégées par le système de la propriété intellectuelle actuellement en vigueur qui, en règle générale, accorde une protection pendant une durée limitée à des inventions nouvelles et des œuvres originales créées à titre individuel ou par des sociétés. Leur nature vivante rend également les savoirs "traditionnels" difficiles à définir. »²⁴

La notion de « savoirs traditionnels » est employée principalement selon deux acceptions différentes : un sens restreint et un sens large.

La notion de « savoirs traditionnels » au sens restreint englobe *a minima* les savoirs et savoir-faire permettant de faire vivre les expressions culturelles traditionnelles, d'une part, et les savoirs et savoir-faire associés aux ressources génétiques, d'autre part.

C'est l'approche retenue par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore²⁵.

On retrouve cette notion de « connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques » dans différents textes comme, par exemple, la Convention sur la diversité biologique²⁶ (article 8 j), le protocole de Nagoya²⁷, le règlement (UE) n°511/2014 le 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'APA ou encore la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages²⁸.

La notion de « savoirs traditionnels » au sens large englobe, outre la notion de « savoirs traditionnels » au sens restreint, les ressources génétiques et les expressions culturelles traditionnelles en tant que telles. En conséquence, ils ont à la fois une dimension immatérielle (savoirs traditionnels *stricto sensu*) et une dimension matérielle (ressources génétiques et expressions culturelles traditionnelles).

En synthèse, retenons que la notion de savoirs traditionnels renvoie à un contenu énonçable sous forme de triptyque : savoirs traditionnels *stricto sensu*, ressources génétiques et expressions culturelles traditionnelles. Ainsi, les savoirs traditionnels sont à la fois au service de la diversité biologique et de la diversité culturelle. Qu'ils soient ou non qualifiés de traditionnels, les savoirs constituent en effet un trait d'union entre le biologique et le culturel.

²⁴ Cf. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_tk_1.pdf

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Annexe, point 4, p. 4 : « Bien que la présente annexe se réfère aux savoirs traditionnels au sens strict et non pas directement aux expressions culturelles traditionnelles, ces dernières sont elles-mêmes une forme de savoir traditionnel : par exemple, ainsi que l'illustrent les exemples ci-dessous, les savoirs traditionnels relatifs à la production d'un artefact traditionnel s'expriment et se manifestent dans la conception, l'apparence et la forme artistique de l'artefact. Cela souligne le lien étroit qui existe entre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.

Par conséquent, les expressions culturelles traditionnelles sont une "forme" dans laquelle certains savoirs traditionnels se présentent.

Toutefois, les expressions culturelles traditionnelles sont abordées de manière distincte mais complémentaire par le comité. »

²⁶ Adoptée le 5/06/1992 ; <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

²⁷ Adopté le 29/10/2010 et entré en vigueur le 12/10/2014 ; <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>

²⁸ Cf. le Titre V : « Accès aux ressources génétiques et partage juste et équitable des avantages ».

Enfin, au vu de leur nature immatérielle, ces savoirs font partie intégrante de la notion de patrimoine immatériel. Cela est confirmé par le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003²⁹ :

« Le "patrimoine culturel immatériel", tel qu'il est défini au paragraphe 1, se manifeste notamment dans les domaines suivants : « les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ; les arts du spectacle ; les pratiques sociales, rituels et événements festifs ; les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ; les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel ».

Ce faisant, la notion de « savoirs traditionnels » est une notion pivot, une notion causale, un préalable à l'existence d'expressions culturelles traditionnelles et indispensable pour accéder aux ressources génétiques. Je précise que dans le cadre de la présente étude je retiendrai le sens restreint comme hypothèse de travail car c'est la dimension immatérielle qui est la plus difficile à comprendre et à encadrer par le droit.

2°- Définition prospective des savoirs traditionnels.

L'analyse des savoirs traditionnels tend à démontrer leur possible articulation avec la notion de patrimoine-communauté (a), laquelle est révélatrice d'une évolution remarquable de la notion de patrimoine en droit français mais aussi en droit international³⁰. A l'aune de ce constat, je propose donc de définir ces savoirs traditionnels comme des biens spéciaux ayant une nature juridique hybride (b). Cette proposition se veut pondérée et raisonnable. J'expliquerai plus loin³¹ dans quel contexte et selon quelles conditions elle me semble pouvoir répondre à la fois aux aspirations des peuples autochtones détenteurs et de tous ceux qui y attachent un intérêt et souhaiteraient y accéder licitement.

a) Les savoirs traditionnels : éléments clef des patrimoines-communauté.

Si l'on tentait de faire une analogie entre les cosmogonies autochtones et occidentales, il serait peut-être possible de constater que la récente résurgence dans le monde occidental de la notion de patrimoine-communauté correspond dans son esprit à la conception que les peuples autochtones s'en font le plus communément. Une telle analogie se fait jour en effet lorsqu'on tente de définir les caractères et les fonctions de cette notion de patrimoine commun.

(1) Proposition de définition des caractères de la notion de patrimoine-communauté.

Quatre de leurs caractères en font un patrimoine bien singulier.

Premièrement cette notion « concerne des patrimoines collectifs »³² qui ne s'attachent pas à un individu mais à un groupe d'individus, une communauté. Si de prime abord,

²⁹ <http://www.unesco.org/culture/ich/fr/convention>

³⁰ V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 378 s. : « La notion de patrimoine, dans le langage juridique actuel, intervient dans de nouvelles utilisations. On parle de patrimoines naturels (l'eau, l'air), culturels (architectural, monumental, industriel...), génétique, etc. Ces patrimoines sont souvent décrits comme « communs », que ce soit à un groupe de personnes, à une nation, à un continent, voire à l'humanité » ou encore aux « générations futures », p. 381.

³¹ Cf. *Infra* II.

³² V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, n°29, p. 381.

faire de l'humanité le titulaire de tels patrimoines soulève de nombreuses questions et difficultés, il faut noter que les difficultés sont moindres (sans disparaître pour autant) lorsqu'on s'intéresse aux patrimoines de la Nation ou de l'Union européenne, sans oublier d'autres types de communautés incontournables comme les collectivités territoriales, les entreprises et les associations qui peuvent être des personnes morales de droit privé ou de droit public et qui reflètent, au-delà de l'intérêt de leurs membres, un intérêt collectif propre à la communauté concernée. De façon récurrente, des questions se posent en terme de titularité, de gestion et de représentativité. Néanmoins, « on peut prévoir de doter ces patrimoines d'une organisation représentant la collectivité qu'ils servent »³³. Tel est par exemple le cas d'une collectivité territoriale. On peut aussi laisser les ressources qui composent ces patrimoines aux mains de personnes privées, propriétaires, en leur imposant de respecter la finalité du patrimoine qui les intègre, ainsi que des obligations au bénéfice de la communauté concernée »³⁴. Cela vaut par exemple pour le propriétaire d'un bâtiment classé « monument historique » ou d'une œuvre d'art classée patrimoine culturel. On peut encore décider de reconnaître, par recours à une fiction juridique, la personnalité juridique à un tel patrimoine. De tels choix politiques ont été faits, par exemple, en Nouvelle-Zélande pour le fleuve *Whanganui*³⁵ et en Equateur pour les montagnes, les rivières et les terres³⁶. Dans ces différents cas les propriétaires ou les personnes en charge du trust ne gèrent pas ces patrimoines dans leur intérêt propre mais bien plutôt en qualité de détenteurs et dans l'intérêt d'autrui (la communauté d'intérêts concernée).

Deuxièmement, « ces patrimoines présentent des caractères "solidaristes et égalitaristes" »³⁷³⁸. Sont ainsi pris en compte des intérêts du groupe qui se distinguent des intérêts individuels des membres du groupe. Qui plus est, une logique de solidarité permet d'organiser l'utilisation et la gestion des éléments composant ces patrimoines. Cela fait échos à une vision holistique qui semble bien être sous-jacente à cette conception du patrimoine-communauté.

Troisièmement, « ces patrimoines sont conçus comme transgénérationnels. La solidarité s'y organise entre les générations présentes, mais également entre ces dernières et les générations futures »³⁹. Les savoirs traditionnels ont vocation à être transmis dans le présent mais aussi dans le futur aux générations à venir.

³³ V. J. Rochfeld, *op. cit.*, *ibid.*

³⁴ V. J. Rochfeld, *op. cit.*, *ibid.*

³⁵ En août 2012, le fleuve *Whanganui*, un des plus longs de Nouvelle-Zélande, a obtenu le statut de personne légale. L'accord préliminaire a été signé entre la Couronne et des communautés maorie ayant des liens culturels forts avec le cours d'eau (représenté par des personnes physiques au sein du [Whanganui River Maori Trust](#)). L'accord reconnaît le statut de la rivière comme une *Te Awa Tupua* (« une entité vivante à part entière »), et la relation inextricable qui lie les communautés maori vivant en bordure de la rivière.

³⁶ En 2008, l'Equateur est devenu le premier Etat au monde à reconnaître des droits légaux à l'ensemble de ses montagnes, ses rivières et ses terres. Le but est de fournir une protection juridique à l'environnement équatorien et à ses ressources, en permettant à quiconque de lancer des poursuites au nom d'un écosystème. En 2011, cette loi d'un nouveau genre a été utilisée comme fondement d'une action en justice contre le gouvernement de la Province *Loja* qui était poursuivi au nom de la Rivière *Vilcabama* pour réparer les conséquences d'une autorisation d'élargissement d'une route proche de la rivière. En effet, suite aux travaux, des rochers avaient obstrué la rivière, causant des inondations affectant les populations vivant sur ses rives. Le juge a donné raison aux représentants de la rivière. La personne publique concernée a été contrainte d'arrêter son projet et de réhabiliter la zone.

³⁷ S. Paquerot, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, préf. R. Petrella, Bruylant, 2002, p. 59. Cité par V. J. Rochfeld, *op. cit.*, n°29, p. 382.

³⁸ V. J. Rochfeld, *op. cit.*, n°29, p. 382.

³⁹ V. J. Rochfeld, *op. cit.*, n°29, p. 382.

Quatrièmement, ces patrimoines révèlent une forme de réservation inclusive qui peut être très encadrée ou au contraire assez libre mais jamais strictement privative (*a fortiori* si ces savoirs traditionnels concernent des ressources vitales). Les savoirs traditionnels sont le plus souvent considérés comme incessibles, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles car l'objectif premier est de les conserver (ce qui ne signifie pas qu'ils doivent être figés ; ils doivent bien au contraire évoluer en fonction des retours d'expérience et des besoins) et de les rendre accessibles à tous (ce qui n'empêche pas de devoir respecter un certain nombre de conditions).

(2) Proposition de définition des fonctions de la notion de patrimoine-communauté.

La notion de patrimoine-communauté répond non seulement à une fonction de transmission intergénérationnelle⁴⁰ mais aussi à celle de préservation de l'usage collectif des éléments de ce patrimoine.

En effet, la fonction de transmission aux générations futures d'un ensemble de traditions est un élément clef de la notion de patrimoine-communauté. Chaque cosmogonie (ou cosmovision) fonde l'organisation généalogique des peuples de la planète et, partant, leur identité. Or, chacune de ces cosmovisions révèle une tradition, c'est-à-dire ce qui d'un passé est transmis et que l'on veut, dans le présent, perpétuer⁴¹.

Qui plus est, pour assurer cette fonction de transmission, il importe au préalable de veiller à conserver les éléments des patrimoines communauté. Cela implique de gérer et d'administrer de façon raisonnable et pondérée lesdits éléments.

Par ailleurs, à cette première fonction s'ajoute celle visant à garantir l'usage collectif des éléments formant le patrimoine-communauté au bénéfice des membres du groupe concerné.

Ces différents caractères et fonctions semblent pertinents pour définir et comprendre les savoirs traditionnels et ainsi permettre de perpétuer, d'une part, toutes les formes d'expressions culturelles traditionnelles et, d'autre part, d'accéder puis d'utiliser de façon utile et respectueuse les ressources génétiques existant sur les terres, les lieux de vie des peuples autochtones.

⁴⁰ V. J. Rochfeld, *op. cit.*, pp. 378 et 409.

⁴¹ Pour une analyse de cette notion : Jean Pouillon, in *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, P.U.F., 1991, p. 710 : « La tradition se définit - traditionnellement - comme ce qui d'un passé persiste dans le présent où elle est transmise et demeure agissante et acceptée par ceux qui la reçoivent et qui, à leur tour, au fil des générations, la transmettent. ». Cf. aussi Gérard Lenclud, « La tradition n'est plus ce qu'elle était... », *Terrain* n°9, oct. 1987 : « La notion de tradition renvoie d'abord à l'idée d'une position et d'un mouvement dans le temps. La tradition serait un fait de permanence du passé dans le présent, une survivance à l'œuvre, le legs encore vivant d'une époque pourtant globalement révolue. Soit quelque chose d'ancien, supposé être conservé au moins relativement inchangé et qui, pour certaines raisons et selon certaines modalités, ferait l'objet d'un transfert dans un contexte neuf. La tradition serait de l'ancien persistant dans du nouveau. »

b) Proposition de définition des savoirs traditionnels : des biens spéciaux ayant une nature juridique hybride

Au risque de surprendre, je propose d'appliquer la qualification de « biens » aux savoirs traditionnels ; des biens spéciaux relevant à la fois de la catégorie des biens patrimoniaux et des biens extra-patrimoniaux⁴².

Pour favoriser leur circulation, il importerait de tenir compte de leur nature patrimoniale spéciale. Ces biens peuvent être des objets licites de contrats, mais seulement de contrats qui en favoriseraient leur partage car leur destination – leur finalité sociale⁴³ – est de servir l'intérêt général. Ces contrats devraient donc inmanquablement répondre à une logique inclusive.

Pour favoriser leur vocation à être partagés de tous temps, entre vifs mais aussi de générations en générations, il conviendrait de tenir compte de leur nature extra-patrimoniale spéciale qui aurait vocation à les protéger lorsqu'ils ont le caractère de biens vitaux.

Je distingue ainsi les savoirs traditionnels, biens vitaux ainsi que les savoirs qui leur sont connexes (savoirs agronomiques, astrologiques, aménagements des sols...), et les autres savoirs traditionnels. En effet, toutes les connaissances qui relèvent de la notion de savoirs traditionnels n'ont pas forcément vocation à toujours être partagées car certains savoirs sont parfois considérés comme devant rester secrets notamment parce qu'ils sont utilisés dans le cadre de rituels marquant les moments clef d'une vie. Il reste à définir progressivement ces autres savoirs. Mais cela relève de tous les détenteurs concernés et il ne m'est évidemment pas possible de le faire à leur place.

Proposer une telle restriction implique de définir les savoirs traditionnels disponibles. Je propose de considérer que par principe les savoirs traditionnels vitaux devraient être disponibles – sous certaines conditions – car ils ont vocation à favoriser le bien être, la bonne organisation de la vie en société et permettent en particulier de satisfaire aux besoins vitaux de l'être humain, principalement, en terme de santé et d'alimentation.

Le choix de cette articulation principe/exception est guidé, d'une part, par le souhait de favoriser la circulation des idées, les échanges et les interactions entre les peuples⁴⁴. D'autre part, il me semble devoir s'imposer légitimement car tout ce que les êtres humains savent aujourd'hui est le résultat d'une accumulation sélective (donc non exhaustive) et en constante évolution (jamais figée) de connaissances acquises depuis les premiers jours de l'humanité et transmises, oralement et/ou par écrit⁴⁵, aux générations d'après.

« Les savoirs traditionnels peuvent se présenter dans les contextes les plus variés, y compris, de manière non exhaustive [en voici quelques exemples] : les modes de règlement des litiges et les méthodes d'administration, y compris les systèmes traditionnels formels et informels de gestion des conflits, le droit coutumier traditionnel lié aux autorités, les normes et les institutions portant sur les droits [applicables aux] savoirs traditionnels, les systèmes traditionnels autochtones et locaux et les régimes coutumiers de prise de décisions ; les savoirs traditionnels liés à l'architecture traditionnelle et aux techniques de construction traditionnelles ; les savoirs

⁴² Ces biens devraient être protégés par des régimes juridiques adaptés : cf. II, B).

⁴³ Pour faire échos aux travaux de Louis Jossierand et Léon Duguit.

⁴⁴ Sur ce point, cf. *infra* II, B).

⁴⁵ Sur les conséquences du mode de transmission retenu, cf. Jean Pouillon, in *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, P.U.F., 1991, p. 710 s.

traditionnels en rapport avec les dessins et modèles traditionnels, les icônes et les symboles traditionnels qui sont représentatifs de certaines communautés autochtones et locales ou de groupes faisant partie de ces dernières; les savoirs traditionnels liés à la musique traditionnelle, aux arts, aux interprétations, aux rituels et à la fabrication et à l'utilisation traditionnelles d'instruments ou de produits qui sont associés à certaines communautés autochtones et locales; les savoirs traditionnels liés aux costumes traditionnels, aux coutumes et aux accessoires corporels associés à certaines communautés autochtones et locales; les savoirs traditionnels liés à la culture matérielle et à la production d'objets artisanaux; et les savoirs traditionnels liés aux artefacts; les techniques traditionnelles de coiffure ainsi que de décoration et de modification corporelles et les dessins et modèles et les techniques de joaillerie, de travail de la pierre, de travail des métaux et de travail du bois; les procédés de préservation, de transformation et de conservation des aliments, tels que les recettes traditionnelles pour la préparation des aliments et des boissons et les techniques de découpe de la viande; la médecine et la santé, notamment les connaissances médicinales relatives à l'utilisation de plantes, d'herbes, de minéraux et d'animaux; les méthodes traditionnelles d'accouchement; les techniques traditionnelles de remboîtement des os et de ressourcement spirituel; les produits cosmétiques traditionnels et d'autres associés destinés à un usage corporel ainsi que les savoirs et matériaux traditionnels liés aux parfums et aux substances aromatiques; les techniques traditionnelles de pistage du gibier et de chasse ainsi que la pêche et la cueillette traditionnelles; les modes traditionnels de sauvegarde de l'environnement et de la diversité biologique, notamment la connaissance de l'aménagement des paysages et des paysages maritimes, la connaissance des espèces domestiques et sauvages, la connaissance des conditions météorologiques et les savoirs liés à la préservation et à l'utilisation durable de ressources génétiques et des connaissances écologiques traditionnelles; la gestion à long terme des ressources naturelles, notamment la gestion à long terme des eaux et la gestion à long terme du sol; les techniques de tissage et de teinture d'étoffes ainsi que les savoirs traditionnels et les matériaux liés [notamment] aux colorants, aux peintures, aux gommes, aux colles; et les connaissances en matière d'agriculture. »⁴⁶

Revenir sur les définitions des peuples autochtones et des savoirs traditionnels afin de continuer à les questionner encore, et de tenter de les affiner, me conforte dans l'idée qu'ils représentent quelque chose qui a une valeur majeure. Plus précisément ces savoirs traditionnels représentent une forme particulière de patrimoine qu'il me semble impératif de préserver afin d'en favoriser un partage équitable. Mais à quelles conditions un tel partage pourrait-il être consenti, c'est ce qu'il importe d'étudier maintenant.

II. Les conditions d'un partage consenti des savoirs traditionnels des peuples autochtones.

Avant de proposer quelques pistes envisageables de protection des savoirs traditionnels des peuples autochtones en vertu desquelles il serait potentiellement possible d'opérer un partage équitable desdits savoirs (B), il convient d'analyser ce qui pourrait pousser ces peuples à accepter l'idée d'un tel partage, de considérer une telle idée comme légitime et souhaitable. Pour ce faire, il apparaît indispensable de se demander quelles sont les attentes des peuples autochtones qu'il serait nécessaire de prendre en compte (A).

⁴⁶ Cf. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf : WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Annexe, point 5, p. 5 et 6.

A) Les attentes des peuples autochtones à prendre en compte

La présente étude ne permet évidemment pas d'être exhaustif et elle n'est pas écrite par un autochtone au sens envisagé plus haut. Je ne prétends aucunement parler à la place ou au nom d'un ou de plusieurs des milliers de peuples autochtones concernés. Je propose plus modestement d'analyser certaines des dimensions de ces attentes car elles me semblent particulièrement marquantes. Pour qu'un tel partage puisse *a priori* être considéré comme équitable, équilibré, juste, il faudrait que les termes du débat soient guidés par deux pré-requis : la reconnaissance, d'une part, de la valeur des savoirs traditionnels (1°) et, d'autre part, du principe de l'égalité et du respect de tous les savoirs (2°). Admettre cette double attente permettrait de dire combien l'on souhaite placer les discussions à venir sous le signe d'un nécessaire respect mutuel.

1° - Reconnaissance de la valeur des savoirs traditionnels

Les peuples autochtones ne seront en situation de donner un consentement libre et éclairé en toute connaissance de cause pour partager leurs savoirs traditionnels que lorsque leurs attentes seront prises en compte. Ils souhaitent qu'à travers leurs savoirs traditionnels l'on reconnaisse leur identité par exemple, au travers de leurs expressions culturelles traditionnelles, leur histoire et leurs caractères propres ; la pertinence et l'utilité de leurs savoirs techniques (techniques d'irrigation ; médecine traditionnelle ; vannerie ; agronomie...) ; leur rôle de pionniers pour préserver et entretenir durablement la biodiversité et aussi leur lien si fort à la terre⁴⁷. Tous ces aspects, sans être exhaustifs, sont révélateurs de la valeur indéniable de ces savoirs traditionnels. Mais il faut s'entendre sur la notion polysémique du mot « valeur » et distinguer la valeur d'échange des savoirs traditionnels (b) de leur valeur d'usage (a), laquelle me paraît devoir être appréhendée en premier.

a) La nécessité d'apprécier la valeur d'usage avant la valeur d'échange.

Si la valeur d'échange de certains savoirs traditionnels n'est pas à négliger, c'est la valeur d'usage qui devrait d'abord être considérée⁴⁸. Il importe ainsi de toujours se demander l'usage que permet la mise en œuvre de tel ou tel savoir traditionnel. A mon sens la valeur d'usage est consubstantiellement liée à la notion de destination ou encore à celle de fonction sociale⁴⁹. La destination changera en fonction du type de savoir traditionnel en jeu : un savoir permettant de satisfaire un besoin vital ne sera pas traité de la même manière qu'un autre savoir. En effet, un tel savoir est un bien d'une valeur inestimable⁵⁰.

Ainsi, les savoirs traditionnels qui ont vocation à aider l'humanité à mieux vivre tout en respectant l'environnement devraient être considérés comme des choses vitales et

⁴⁷ Cf. déjà la Convention n° 169 de l'OIT adoptée en 1989 et la Déclaration sur les droits des peuples autochtones votée par l'assemblée générale de l'ONU en 2007.

⁴⁸ Pour un exemple récent de prise en compte de cette valeur d'usage, cf. L'article L. 110-1, I, al. 1^{er} C. Env. : « I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. »

⁴⁹ Cf. l'étude des savoirs traditionnels comme biens destinés, *infra* B, 1°.

⁵⁰ On en appréciera les conséquences *infra* B, 2°.

toujours partageables car ils ont une valeur inestimable⁵¹ qui ne peut et qui ne doit pas être négociée sur un marché.

b) La valeur d'échange des savoirs traditionnels.

Dans un monde fiévreusement animé par les échanges commerciaux, les savoirs traditionnels – notamment ceux permettant d'accéder utilement aux ressources génétiques – sont sans doute la valeur d'échange la plus précieuse que détiennent les peuples autochtones. Mais est-on assuré qu'ils souhaitent la négocier, la valoriser sur les marchés ? S'il semble, à suivre Jean-Marie Harribey, que « toutes les instances internationales s'activent aujourd'hui pour donner un prix à la nature, aux services qu'elle rend, non pas pour mieux protéger celle-ci et pérenniser ceux-là mais pour les faire entrer dans l'orbite du calcul économique de la rentabilité »⁵², peut-on croire que les peuples autochtones iront dans le même sens ?

Il y a des raisons d'en douter. En effet, lorsqu'ils ont été appelés à participer aux négociations internationales sur le devenir de leurs savoirs traditionnels organisées par un Comité intergouvernemental *ad hoc* de l'OMPI⁵³, ils n'ont eu de cesse de rappeler que pour eux la préservation des savoirs traditionnels relevait d'une impérieuse nécessité afin de préserver non seulement les générations présentes mais aussi les générations futures, *a fortiori* lorsqu'ils permettent de satisfaire des besoins vitaux.

Etant donné que la globalisation économique⁵⁴ voulue par les pays occidentaux, et plus globalement encore par les pays industrialisés, se fait de plus en plus pressante et requiert de nouveaux champs d'investigation afin d'alimenter de nouveaux marchés de biens et de services, la question est plutôt de savoir si les responsables économiques des pays industrialisés ont acquis le même degré de conscience. C'est bien cette délicate question que pose inévitablement la rencontre des communautés⁵⁵ de subsistance avec les sociétés de marchés⁵⁶.

2° - Reconnaissance du principe de l'égalité et du respect de tous les savoirs

La reconnaissance du principe de l'égalité et du respect de tous les savoirs est au fondement de la Convention UNESCO de 2005 sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles. Le dessein est de favoriser la circulation des idées,

⁵¹ « Il semble qu'une telle intuition [celle de L. Duguit], selon laquelle la propriété n'a de signification que pour une société historiquement déterminée, pourrait avoir une portée encore plus profonde, dans la mesure où elle est porteuse d'une remise en cause de la notion même de bien naturel appropriable, c'est-à-dire de marchandise. Autrement dit, si la valeur d'une chose doit être comprise non pas comme une propriété intrinsèque de cette chose, mais comme le résultat d'un processus social de valorisation, c'est qu'il existe la possibilité logique que certaines choses soient inappropriables en raison de l'impossibilité même de leur assigner une valeur. (...) Il s'agit, bien plutôt, de souligner que la possibilité même de la valorisation suppose, à titre de corrélat d'abord *logique*, la catégorie de l'inestimable ; et partant, de la même manière, que la catégorie de bien appropriable suppose formellement celle de bien inappropriable. » : Thomas Boccon-Gibod, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3, (t. XXVIII), p. 295.

⁵² Cf. Jean-Marie Harribey, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, Paris, Les liens qui libèrent, 2013.

⁵³ Cf. <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/>

⁵⁴ Qui est une des formes de la mondialisation.

⁵⁵ Cf. la distinction opérée par Ferdinand Tönnies, *Communauté et société*, PUF, 2010, 336 p.

⁵⁶ Qu'elles soient des sociétés capitalistes ou socialistes de marchés (comme se définit la Chine).

les échanges et les interactions entre les peuples⁵⁷ et de souligner l'importance cardinale du respect mutuel.

Si l'on veut envisager un partage juste et équitable des savoirs entre les peuples, il semble indispensable de reconnaître *in abstracto* un principe d'équivalence des savoirs potentiellement partageables, ce qui signifie, dit autrement, qu'on admet qu'*in abstracto* ils ont une valeur comparable. C'est en ce sens que va le préambule de la Convention UNESCO de 2005 précitée : « Reconnaissant l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissance des peuples autochtones, et leur contribution positive au développement durable, ainsi que la nécessité d'assurer leur protection et promotion de façon adéquate ».

Il s'agit de reconnaître l'égale dignité de ces savoirs au regard des savoirs des autres peuples et en particulier des savoirs occidentaux. Tel est encore le but poursuivi par la Convention UNESCO de 2005 précitée en son article 2, 3° : « La protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles impliquent la reconnaissance de l'égale dignité et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones »⁵⁸.

Tout cela doit s'appuyer sur un respect mutuel et permettre à tous de vivre en sécurité et dans de bonnes conditions. Pour autant cela ne signifie pas qu'il existerait une obligation de partager de tels savoirs au sens défendu par Vitoria et Gentili⁵⁹. Un tel partage peut intervenir à titre gratuit ou onéreux entre les peuples sous réserve de réciprocité, sous réserve que les autres partagent aussi leurs savoirs⁶⁰. Les notions d'Etat et de marché et une certaine vision du Droit permettant de les instituer et de les organiser se sont développées en Europe puis ont essaimé un peu partout dans le monde. Elles n'ont pas supprimé toute autre forme d'organisation de la vie en société mais sont devenues des modèles prédominants. S'il paraît acceptable, voire souhaitable que les Etats continuent à encadrer raisonnablement les économies pour indiquer quelles sont les bornes, les limites à ne pas dépasser pour rester en phase avec l'intérêt général, encore faut-il rester vigilant quant à la manière dont ces institutions sont pensées et quant aux valeurs politiques qui les animent. L'Etat et le marché ne sont que des outils, de la technique. Ce qui compte c'est de savoir ce qu'on en fait.

On constate aujourd'hui, plus que jamais auparavant, que certains acteurs du Marché sont en capacité de faire pression sur les politiques des Etats et des institutions internationales (de l'ONU et de l'Union européenne, par exemple) et tentent de faire prévaloir une gouvernance par les nombres⁶¹ à un gouvernement des hommes par des

⁵⁷ Préambule de la Convention UNESCO de 2005 sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles : « Consciente que la diversité culturelle est renforcée par la libre circulation des idées, et qu'elle se nourrit d'échanges constants et d'interactions entre les cultures. Reconnaissant que la diversité des expressions culturelles, y compris des expressions culturelles traditionnelles, est un facteur important qui permet aux individus et aux peuples d'exprimer et de partager avec d'autres leurs idées et leurs valeurs ».

⁵⁸ Principe de l'égale dignité et du respect de toutes les cultures.

⁵⁹ Cf. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, PUR, 2014, avant-propos E. Tourme-Jouannet, p. 270, 277-278. *Contra* Bartolomé de Las Casas et Diego Covarruvias, in M. Mahn-Lot, *Bartolomé de Las Casas et le droit des Indiens*, Payot, Paris, 1982, pp. 114, 164, 169, 218-219, 237, 240.

⁶⁰ Je traiterai des modalités d'organisation du partage *infra* B.

⁶¹ Cf. Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, 512 p. : une telle gouvernance par les nombres (mécanique, quantitative, guidée par la seule capacité à générer du profit et donc du pouvoir, destinée à satisfaire les intérêts de quelques uns) fait ressurgir une structure juridique de facture typiquement féodale : les réseaux d'allégeance au sein desquels chacun cherche la protection du plus fort

lois humaines délibérées, qualitatives, pondérées et répondant à un certain nombre de valeurs parmi lesquelles le besoin de ne jamais négliger l'intérêt général, ce qui nécessite de prendre en compte les besoins fondamentaux de chaque individu dans le respect de l'environnement.

Ainsi, comme le démontre Alain Supiot⁶² une logique mathématique et comptable serait progressivement entrain de l'emporter sur la logique délibérative. Il faut en avoir conscience si nous voulons être à la hauteur d'une nouvelle forme de responsabilité qui s'affirme de plus en plus : la responsabilité pour l'avenir⁶³. Il semble que la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages conçoit la responsabilité comme ne concernant plus seulement le passé mais comme étant aussi tournée vers l'avenir et oblige à répondre, dès à présent, des conséquences futures probables de nos actes⁶⁴.

B) Quelques pistes envisageables de protection des savoirs traditionnels pour en favoriser un partage équitable

A l'heure actuelle, il n'est guère possible d'analyser un système établi de protection internationale des savoirs traditionnels. Il n'existe pas.

Seules des réglementations nationales existent⁶⁵.

Des travaux se déroulent aussi au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI, établi par l'Assemblée générale de l'Organisation en 2000. Ce Comité tente d'élaborer un ou plusieurs instruments juridiques internationaux destinés à protéger efficacement les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, et des négociations sont en cours pour examiner les aspects de la propriété intellectuelle relatifs à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages découlant de leur utilisation. Il résulte sans ambiguïté de ces négociations que les solutions de protection proposées sont très fortement inspirées des logiques des systèmes de propriété intellectuelle actuellement en vigueur (1°), et se déclinent sous la forme de deux logiques (2°) : une protection défensive et une protection positive.

que soi ou le soutien de moins fort que soi car il les systèmes de protection sociale se délitent comme on peut le constater à l'étude du modèle de l'ubérisation de la société.

⁶² Cours au Collège de France et *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, 512 p.

⁶³ V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 483.

⁶⁴ On peut retenir par exemple les principes visés à l'article L. 110-1 C. env. et issus de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : « I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. (...) II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes *sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs.* » C'est moi qui souligne.

⁶⁵ V. par exemple : The Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Expressions of Folklore Act, 2016 (Act No. 16 of 2016) ; Federal Law of June 25, 1954 on Patents for Inventions (status as of January 1, 2012) ; Patents Act 1970 as amended by Patents (Amendments) Act 2005 ; Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Act, 2016.

1°- La puissante force d'attraction des systèmes de propriété intellectuelle actuellement en vigueur.

Selon l'OMPI les activités du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle « portent sur trois domaines distincts et pourtant connexes : les savoirs traditionnels au sens strict du terme (savoir-faire technique, pratiques, compétences et innovations en rapport avec, par exemple, la biodiversité, l'agriculture ou la santé) ; les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (manifestations culturelles telles que musique, art, dessins ou modèles, symboles et interprétations ou exécutions); et les ressources génétiques (matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle issu de végétaux, d'animaux ou de micro-organismes). »⁶⁶

Selon une approche holistique classique, il faut essayer de dissocier le moins possible le sort des savoirs traditionnels en tant que tels du sort des ressources génétiques et des expressions culturelles traditionnelles. Dans toute la mesure du possible il faut essayer de traiter ces notions ensemble de façon dynamique et en tenant compte de leurs interactions. Ainsi, « pour un grand nombre de communautés, les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et les expressions culturelles traditionnelles [font] partie d'un patrimoine global ». L'appréhension de la dimension globale de ce patrimoine est importante, *a fortiori* lorsque sont en jeu des textes qui auraient pour vocation de les protéger au plan international.

L'OMPI en a conscience mais juge qu'il peut paraître néanmoins opportun de considérer le contenu de ce patrimoine comme relevant de catégories distinctes car elles soulèvent, « du point de vue de la propriété intellectuelle, des questions différentes susceptibles d'appeler des réponses différentes. »⁶⁷ Cela laisse entendre que cette conception globale doit s'accommoder des logiques disjonctives de qualification et de raisonnement utilisées dans le droit occidental et notamment dans le droit des propriétés intellectuelles.

L'OMPI rappelle en outre qu'elle cherche à aider les peuples autochtones et les gouvernements concernés en répondant aux demandes d'assistance concrète et de conseils techniques sur la façon d'utiliser plus efficacement les systèmes de propriété intellectuelle en vigueur. Mais est-ce une contrepartie acceptable pour les peuples autochtones ? Seront-ils ainsi plus en mesure « de participer pleinement aux négociations menées dans le cadre de l'IGC »⁶⁸ comme cela est affirmé ? Cela n'est pas acquis.

2°- Réflexions sur les objectifs à atteindre pour protéger les savoirs traditionnels.

La protection des savoirs traditionnels telle qu'envisagée au sein de l'IGC de l'OMPI révèle différents objectifs à atteindre.

Le premier objectif serait de considérer que les savoirs traditionnels sont assimilables à des biens appropriables.

Le deuxième objectif viserait à ce que des droits de propriété intellectuelle soient reconnus aux détenteurs de ces savoirs traditionnels afin de leur permettre de les promouvoir, d'en réglementer l'utilisation et tirer parti de leur exploitation commerciale.

Enfin, le troisième objectif serait d'admettre que les titulaires de ces droits sont les communautés autochtones et locales elles-mêmes.

⁶⁶ *Traditional Knowledge and Intellectual Property, Background Brief N° 1*, WIPO, 2016, p. 2.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

D'après l'OMPI, « ces objectifs peuvent être atteints dans le cadre du système de propriété intellectuelle en vigueur » et la protection des ces droits qui seraient reconnus aux communautés autochtones et locales « peut être abordée sous deux angles : la protection défensive et la protection positive ». Il importe donc d'analyser ces deux modalités que sont la protection défensive (a) et la protection positive (b), puis de s'intéresser à quelques difficultés communes à ces protections (c).

a) La protection défensive des savoirs traditionnels.

La protection défensive vise à empêcher des personnes étrangères à la communauté d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels. Quelques exemples illustreront cette voie potentielle de protection.

Les communautés autochtones et locales sont en droit d'agir pour se plaindre de l'octroi d'un titre de propriété industrielle qu'ils estiment irrecevable car ne remplissant pas la condition de nouveauté, voire la condition de démonstration d'une activité inventive⁶⁹. Mais dans certains cas il se peut qu'elles ne maîtrisent pas suffisamment les arcanes du ou des régimes juridiques idoines. Il peut alors être utile que d'autres personnes ayant intérêt à agir le fassent. Tel a par exemple été le cas de l'Inde qui a agi en nullité d'un brevet américain mettant à profit les vertus du curcuma dans le traitement des plaies, en démontrant que les propriétés du curcuma étaient bien connues des communautés traditionnelles en Inde et consignées dans des textes anciens en sanscrit. L'USPTO a fait droit à cette demande et ce brevet a été révoqué. En réaction à cette affaire, « l'Inde a créé une base de données consultable de médecine traditionnelle pouvant être utilisée comme preuve de l'état de la technique par les examinateurs dans le cadre de l'examen des demandes de brevet. »⁷⁰

Afin de protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, il est par ailleurs proposé dans le projet de texte⁷¹ d'insérer une disposition en vertu de laquelle le déposant doit divulguer, dans le dossier de demande de brevet, le pays d'origine ou la source de l'objet de la protection (obligation de divulgation)⁷².

Enfin, « des stratégies défensives peuvent aussi être utilisées pour protéger des manifestations culturelles sacrées telles que des symboles ou des mots sacrés, contre un enregistrement en tant que marques par des tiers. »⁷³

b) La protection positive des savoirs traditionnels.

Pour rendre effective une protection positive des savoirs traditionnels, il reste encore du chemin à parcourir. Mais partons de l'hypothèse que l'on est arrivé à dépasser les difficultés actuelles d'articulation des cosmogonies autochtones avec les valeurs et principes du système des droits de propriété intellectuelle. Dans ce contexte

⁶⁹ Dans le même sens : Recommandation commune concernant les ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui y sont associés, WIPO/GRTKF/IC/32/6, 2016, Annexe, p. 1.

⁷⁰ *Traditional Knowledge and Intellectual Property, Background Brief N° 1*, WIPO, 2016, p. 2.

⁷¹ Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques (3 juin 2016), WIPO/GRTKF/IC/30/FACILITATORS DOCUMENT, art. 3, p. 9.

⁷² Cf. James Anaya, « Etude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles », WIPO/GRTKF/IC/32/INF/8, Annexe, page 4, § 13.

⁷³ *Traditional Knowledge and Intellectual Property, ibid.*

hypothétique la protection positive pourrait impliquer différents choix faisant osciller les solutions entre une protection exclusive et une protection inclusive.

La protection exclusive fait échos aux logiques classiques des droits de propriété intellectuelle. La protection inclusive renvoie à « un courant appelé le mouvement "du libre", [qui] prône le partage⁷⁴ ». Ainsi, le spectre des modalités de protection est très large.

A une extrémité, on peut partir d'une protection exclusive maximale par le secret⁷⁵.

Dans un entre-deux, on peut aussi décider de partager de manière très limitée les savoirs traditionnels en concédant une ou plusieurs licences exclusives de partage de ces derniers. Les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent ainsi décider de laisser des tiers accéder à leurs connaissances et ainsi les partager, mais ne peuvent jamais s'en défaire. En effet, ils souhaitent continuer à les mettre en œuvre à leur manière et les transmettre aux générations futures. En d'autres termes, dans leur esprit il est question au mieux de concession mais jamais de cession de droits sur lesdits savoirs traditionnels.

A l'autre extrémité, on peut enfin choisir de partager de manière ouverte les savoirs traditionnels en utilisant, par exemple, les outils contractuels développés dans le domaine des Communs au travers de la notion de *copyleft*⁷⁶ et recourir, par exemple, aux licences *Creative Commons*⁷⁷, Art Libre, *Open Patent*. Ces licences peuvent être concédées à titre gratuit ou à titre onéreux mais conditionnent dans tous les cas l'accès et l'usage de l'objet du contrat livré au public au respect de principes guidés par l'envie de favoriser le partage dans des proportions qui peuvent néanmoins être mouvantes.

La caractéristique principale du *copyleft* est de permettre une dissociation conceptuelle entre la propriété et l'exclusivité⁷⁸. Si le détenteur de savoirs traditionnels a le pouvoir de déterminer les conditions de divulgation de ses connaissances et savoir-faire, il est libre de faire usage de ce pouvoir pour inclure plutôt que pour exclure les tiers⁷⁹.

Mais dès lors que le détenteur de savoirs traditionnels fait le choix de ne pas exclure, ce choix est irréversible.

Si l'on peut faire une analogie avec le sort du créateur de modifications d'une œuvre originale utilisable sous licence libre, alors le choix que fait un détenteur de savoirs traditionnels de ne pas exclure aurait pour autre conséquence qu'il s'appliquerait à tous ceux qui s'inscrivent ensuite dans la chaîne d'utilisation des savoirs traditionnels concernés pour créer quelque chose, autre chose, grâce à la mobilisation des savoirs en question. Il faut rester prudent car une telle analogie ne va forcément de soi.

⁷⁴ Mélanie Clément-Fontaine, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, 2014, Fasc. 1975 : « L'œuvre libre ». Adde du même auteur *L'œuvre libre*, Larcier, 2014, préf. M. Vivant.

⁷⁵ « À une extrémité, on trouve les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles qui sont sacrés ou connus uniquement des bénéficiaires, pour lesquels le niveau » d'exclusion est le plus élevé. Cf. James Anaya, « Etude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles », WIPO/GRTKF/IC/32/INF/8, Annexe, page 5, §19.

⁷⁶ Le *copyleft* emprunte au *copyright* sa nature de droit de propriété. « Le *copyleft* est un *copyright* inversé. « Sans *copyright*, pas de *copyleft*. C'est parce qu'il est propriétaire de ses créations que le créateur a la liberté d'user librement de son bien, jusqu'à décider de ses conditions de distribution », M. Xifaras, « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », éd. Multitudes, 2010, n°41.

⁷⁷ A priori les licences CC--by (usage libre, sauf reconnaissance de la paternité) et CC--nc (usage libre sauf utilisation commerciale) sont celles qui pourraient être transposées aux savoirs traditionnels le plus aisément.

⁷⁸ En ce sens, M. Xifaras, « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », éd. Multitudes, 2010, n°41.

⁷⁹ J'emprunte ce raisonnement à M. Xifaras, art. préc., qui l'applique à l'œuvre de l'esprit.

Si c'est par exemple la licence CC--by qui est retenue, rien n'empêche le détenteur initial ainsi que les utilisateurs secondaires de conclure des contrats d'exploitation des choses que permettent de créer la mise en œuvre du savoir traditionnel ou des services que permet de rendre la mobilisation de ces mêmes savoirs traditionnels. Mais la licence n'a pas nécessairement à comporter une contrepartie pécuniaire.

c) Quelques difficultés d'articulation communes aux protections défensive et positive.

Comme James Anaya le fait, il importe de replacer les analyses relatives aux modalités potentielles de protection des savoirs traditionnels dans le cadre des droits de l'homme⁸⁰. L'article 31 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones concerne directement les questions relatives aux régimes de propriété intellectuelle envisagés dans les textes relatifs aux ressources génétiques et savoirs traditionnels associés⁸¹, les savoirs traditionnels⁸² et les expressions culturelles traditionnelles⁸³. Il prévoit que « les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles »⁸⁴.

Mais pour l'heure, les représentants des peuples autochtones soulignent qu'il existe « une incompatibilité fondamentale entre le régime de propriété intellectuelle existant, qui est axé sur le commerce et les marchés, et la manière dont les peuples autochtones perçoivent leurs ressources génétiques, leurs savoirs traditionnels et leurs expressions culturelles traditionnelles. »⁸⁵ Ce faisant, de nombreuses questions restent non résolues ou en suspens⁸⁶. J'en retiendrai une seule qui cristallise les différences de conceptions des droits qui devraient être en jeu dans ce domaine. Il s'agit de la question de la durée de protection.

Cette question permet d'illustrer la rencontre entre les approches classique des droits de propriété intellectuelle et le système des droits de l'homme. « La théorie conventionnelle sur la propriété intellectuelle prévoit une protection sur une durée déterminée qui permet de promouvoir la diffusion des savoirs et la créativité, tout en

⁸⁰ Cf. James Anaya, « Etude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles », WIPO/GRTKF/IC/32/INF/8, Annexe, page 1.

⁸¹ Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques (3 juin 2016), WIPO/GRTKF/IC/30/FACILITATORS DOCUMENT.

⁸² La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles Rev.2 (23 septembre 2016), WIPO/GRTKF/IC/32/4, Annexe.

⁸³ La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles Rev. 2 (4 avril 2014), WIPO/GRTKF/IC/33/4, Annexe.

⁸⁴ Article 31.1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution 61/295 de l'Assemblée générale (2007).

⁸⁵ Rapport de l'atelier d'experts des communautés autochtones sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9 ANNEXE I, p. 1, §7.

⁸⁶ Cf. La liste indicative des questions non résolues ou en suspens à traiter ou à régler, WIPO/GRTKF/IC/32/5 au 3 octobre 2016. *Adde* WIPO/GRTKF/IC/25/INF/9, 2013.

mettant l'accent sur la valeur économique des savoirs et des œuvres créatives générés. Le système des droits de l'homme quant à lui considère à la fois que les savoirs et les expressions culturelles traditionnelles font partie intégrante des cultures et des sociétés des populations, et que c'est cette caractéristique, plutôt que leur valeur économique, qui motive leur protection. Cela signifie que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones devraient être protégés tant que l'objet de la protection continue de présenter un intérêt culturel pour les peuples autochtones »⁸⁷.

Une telle conclusion est intéressante en ce qu'elle illustre la convergence des effets des conceptions inclusive et exclusive de la propriété. En effet, si on retient une logique de propriété exclusive, appuyée sur des concessions exclusives ou en nombre limité de savoirs traditionnels, au bout d'un certain temps, on sait que ces savoirs traditionnels peuvent être considérés comme étant tombés dans le domaine public. Mais ils ne seront pour autant jamais exploitables librement. Selon l'approche des peuples autochtones, les détenteurs (la collectivité) ne se séparent jamais des savoirs traditionnels. Ils peuvent en accepter la circulation, mais uniquement au travers de concessions.

Il faudra continuer à obtenir un consentement libre et éclairé, donné en toute connaissance de cause car subsiste un lien indéfectible entre les savoirs traditionnels et leurs détenteurs. Ce lien pourrait être considéré comme ayant le même type de valeur que le droit moral de l'auteur d'une œuvre de l'esprit qui est reconnu lui aussi comme perpétuel.

Une fois tombés dans le domaine public, ces savoirs traditionnels sont librement accessibles mais pas à la libre disposition de tous. Il y a là une importante nuance. Ils sont potentiellement exploitables mais en fonction des choix que les détenteurs formulent et qui peuvent rejoindre le sort des savoirs traditionnels qui auraient été proposés en *copyleft* dans un esprit de partage favorable au développement de systèmes de propriété inclusive⁸⁸.

Conclusion : La solution qui semble souhaitable est celle qu'offre la voie du compromis : si on prend le parti d'essayer de trouver des solutions d'aménagement des régimes actuels de protection des droits de propriété intellectuelle, sans forcément rechercher des régimes *ad hoc* de protection *sui generis*, il est intéressant de croiser ces réflexions avec celles qui se développent dans l'univers des Communs au travers en particulier de la notion de *copyleft*. Il est donc nécessaire de repenser les équilibres actuels des droits de propriété intellectuelle et d'imaginer l'hypothèse d'une coexistence pacifique entre deux façons de voir le monde : une vision propriétaire et une vision d'un monde où les partages se feraient plus équitablement.

La vision propriétaire renvoie à l'acception classique et dominante des propriétés intellectuelles dans les sociétés capitalistes et industrialisées d'aujourd'hui tandis que la montée en puissance du besoin de mieux partager fait échos au mouvement à l'origine de la renaissance des Communs et à leur implantation de plus en plus vivace⁸⁹ dans ces mêmes sociétés capitalistes et industrialisées. Après une irrésistible ascension des propriétés intellectuelles⁹⁰, sommes-nous en train d'assister à une ascension non moins

⁸⁷ Cf. James Anaya, « Etude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles », WIPO/GRTKF/IC/32/INF/8, Annexe, page 6, §23.

⁸⁸ Cf. *supra*, II, B), 2°, b)

⁸⁹ Mélanie Clément-Fontaine

⁹⁰ Michel Vivant, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, pp. 441-455.

irrésistible des Communs⁹¹ ? Sommes-nous à l'aube d'une révolution paradigmatique de la notion de propriété qui aboutirait à en remodeler les contours et laisserait une vraie place au collectif, au commun, aux propriétés inclusives, sans pour autant condamner les propriétés individuelles exclusives ?

Stéphane Pessina Dassonville

Le 18 février 2017.

⁹¹ C'est ce que pense Mélanie Clément-Fontaine, *in* « La République numérique », Artpress, mai/juin/juillet 2016, n° 41, p. 18.