



Julia Csergo, Christian Hottin et Pierre Schmit (dir.)

## Le patrimoine culturel immatériel au seuil des sciences sociales

Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, septembre 2012

Éditions de la Maison des sciences de l'homme

---

# À qui appartient le patrimoine culturel immatériel ?

Marie Cornu

---

DOI : 10.4000/books.editionsmsmh.16369  
Éditeur : Éditions de la Maison des sciences de l'homme  
Lieu d'édition : Paris  
Année d'édition : 2020  
Date de mise en ligne : 12 mai 2020  
Collection : Ethnologie de la France et des mondes contemporains  
ISBN électronique : 9782735126712



<http://books.openedition.org>

### Référence électronique

CORNU, Marie. *À qui appartient le patrimoine culturel immatériel ?* In : *Le patrimoine culturel immatériel au seuil des sciences sociales : Actes du colloque de Cerisy-la-Salle, septembre 2012* [en ligne]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2020 (généré le 14 mai 2020). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/editionsmsmh/16369>>. ISBN : 9782735126712. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsmh.16369>.

---

Ce document a été généré automatiquement le 14 mai 2020.

---

# À qui appartient le patrimoine culturel immatériel ?

Marie Cornu

---

- <sup>1</sup> Nous évoquons le patrimoine immatériel, ensemble de valeurs, dans lesquelles se reconnaissent des communautés ou des individus. Même si ce terme de patrimoine immatériel épouse imparfaitement cette réalité – les éléments matériels sont compris dans cette enveloppe – on en perçoit bien l'unité culturelle ou patrimoniale. Elle se dégage d'une part de la nature de ce patrimoine, sorte de capital intellectuel et culturel, d'autre part de la cellule qui l'agrège, la collectivité qui le constitue, qui l'institue comme patrimoine. C'est précisément le groupe support qui lui donne son unité.
- <sup>2</sup> Passant sous la toise du droit, la notion pourtant se disperse. Le phénomène se manifeste dans les multiples catégories juridiques mobilisées<sup>1</sup>. Les composantes du patrimoine immatériel sont pour certains objets de propriété intellectuelle. Ils peuvent donner prise à des droits d'auteur, des droits voisins ou même encore des droits de propriété industrielle pour autant qu'ils satisfassent aux critères de la protection. Mais un certain nombre d'entre eux sont des choses inappropriables. Le droit éprouve quelque difficulté à nommer et reconnaître cette sphère de l'inappropriable. L'article 714 du Code civil évoque la notion de chose commune n'appartenant à personne mais dont l'usage est commun à tous. Il peut être encadré par des règles propres. Classiquement, cette catégorie désignait les choses insusceptibles de propriété telles que l'eau, la mer, etc. Mais cette notion est largement sous employée. Sur le versant de l'immatériel, les éléments du fonds commun de la pensée, du savoir, de la connaissance échappent, pour partie, à toute emprise propriétaire. Dans ce questionnement sur l'appartenance, les objets du patrimoine immatériel sont, assurément, des objets complexes, ce qui sans doute les distingue du patrimoine matériel pour lequel le rapport à la propriété est plus nettement posé. Les biens culturels tangibles sont, dans un grand nombre de systèmes, sans discussion, des objets de propriété. Le Code du patrimoine français installe très explicitement le patrimoine culturel dans son statut propriétaire, qu'il soit public ou privé<sup>2</sup>.

- 3 Objets complexe, les éléments du patrimoine immatériel le sont aussi dans la relation au groupe et la compréhension de la dimension fortement collective de ce type de patrimoine très présente quand bien même la définition que livre la Convention de 2003 évoque, aux côtés du groupe, l'individu comme possible « créateur » de patrimoine culturel immatériel. Il y a dans la notion de patrimoine, l'idée d'une communauté d'intérêts, sous laquelle on peut en réalité identifier plusieurs cercles. Le patrimoine immatériel est un patrimoine universel, il appartient à tous. En cela, il engage l'intérêt général de l'humanité. Ce discours, même s'il n'est pas porté par la définition même du patrimoine immatériel, est dans les textes qui ont entouré l'adoption de la Convention de 2003. Il est aussi dans un certain nombre d'autres déclarations. Toutes les cultures font partie du « patrimoine commun de l'humanité » énonce la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale en 1966<sup>3</sup>, tandis que la déclaration des nations unies sur les droits de peuples autochtones affirme que « que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité ». Le patrimoine appartient à tous. Premier cercle quelque peu diffus. Mais il est aussi un domaine d'intérêt collectif des États, placés en première ligne dans le processus de patrimonialisation. Ce sont eux, qui inventorient, qui inscrivent, qui protègent. Enfin le patrimoine immatériel est un patrimoine communautaire, expression qui doit être entendue au sens large. C'est dans son rapport au groupe que le patrimoine se révèle, perspective inédite dans ce champ du droit du patrimoine, on y reviendra.
- 4 Il y a par conséquent des espaces multiples d'existence juridique du patrimoine, de l'individu à l'humanité. Objet d'appartenances multiples, il ouvre à une série d'interrogations, celle des difficultés d'inscription de ce lien d'appartenance dans les cadres juridiques dans lesquels nous évoluons, et d'un point de vue plus prospectif, celle de la conception d'un modèle pertinent.
- 5 Le patrimoine culturel immatériel est défini dans la Convention de 2003 comme un ensemble de pratiques, savoirs faire, expressions, connaissances, etc. que des personnes ou groupes de personnes « reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine ». C'est cet acte de reconnaissance qui fonde ce patrimoine, qui le fait advenir. Il y dans ce processus une forme de déclaration de paternité, perspective très novatrice dans le droit du patrimoine culturel qui classiquement développe ce qu'on a pu appeler une conception objectale de la protection, centrée sur la notion d'exceptionnalité.
- 6 Le plan dans lequel se situe le patrimoine immatériel est tout différent puisqu'il naît avant toute chose d'un processus de reconnaissance. Ce processus sous-entend évidemment un lien intime, fondateur, d'une certaine façon un lien d'appartenance, très lisiblement signalé dans la Convention de 2003. Toute la question est de savoir si cette proclamation de paternité trouve une expression juridique, emporte des droits, en somme si l'appartenance culturelle se double d'un lien d'appartenance juridique.
- 7 Dans l'appréhension juridique de ce rapport posé entre des personnes ou groupes de personnes et un objet patrimonial, on peut identifier plusieurs fronts de résistance. L'un d'entre eux, qui n'est pas des moindres, se manifeste dans l'identification d'un sujet de droit, d'autres sont dans l'impuissance des modèles juridiques existants à accueillir ce lien d'appartenance.

## Le refoulement des communautés comme sujet de droits

- 8 La question du refoulement de la notion de communauté se pose doublement, dans l'espace et dans le temps.
- 9 Sur le premier point, on observe qu'un grand nombre de systèmes accueillent avec la plus grande réticence l'idée que la communauté puisse être un sujet de droit. En droit français, en règle générale, le groupe aura une existence juridique s'il est constitué administrativement ou institutionnellement. C'est notamment le cas des associations, fondations, établissements publics, collectivités territoriales. En revanche, le groupe ou la communauté, principal point d'attache du patrimoine immatériel n'est pas, le plus souvent reconnu comme entité juridique, alors même que se manifestent de façon de plus en plus pressante le besoin d'intérêts juridiquement protégés, notamment dans le domaine de la protection du patrimoine.<sup>4</sup> La solution est quelque peu déroutante dès lors que la communauté a entre les mains un pouvoir de désignation du patrimoine immatériel. Personne inexistante juridiquement, elle ne peut prétendre exercer des droits sur un patrimoine dont on admet pourtant qu'elle puisse en revendiquer la paternité.
- 10 Ce phénomène d'occultation connaît cependant des exceptions, y compris dans des systèmes profondément attachés au modèle centralisé. Les juges français ont notamment admis, au nom de la théorie de la réalité, l'action en justice de groupes sans personnalité juridique<sup>5</sup>. L'avancée vient du droit du travail, terrain favorable à la défense d'intérêts collectifs. Il s'agissait en l'espèce d'admettre la personnalité juridique des comités d'établissements d'entreprises, alors même qu'aucun texte ne leur reconnaissait. La Cour de cassation estime que la personnalité civile « n'est pas une création de la loi » et qu'elle appartient, « en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement protégés<sup>6</sup> ». Une telle consécration aurait bien pu s'étendre à des groupements tels que les tribus ou les clans, dès lors qu'ils sont dotés d'un mode d'expression collectif, et qu'ils invoquent la défense de leurs intérêts « patrimoniaux ». La jurisprudence n'est cependant guère en ce sens. La Cour d'appel de Paris a dénié à une tribu mélanésienne la capacité d'agir en justice, là où, en première instance, le tribunal l'avait admise au nom de la théorie de la réalité<sup>7</sup>. Très récemment la Cour d'appel de Nouméa a accueilli l'action d'un clan à propos d'une contestation foncière. Mais le fondement de l'action est autre, basé sur le droit coutumier et la reconnaissance dans les textes de groupements d'intérêt local<sup>8</sup>. On peut se demander d'une part si la ratification de la Convention de 2003 par la France ne pourrait être de nature à renforcer la légitimité des intérêts des communautés dans ce domaine du patrimoine immatériel, d'autre part si le recours à l'action de groupe ne servirait pas utilement la protection des intérêts collectifs de la communauté support. Cette figure juridique reste cependant peu mobilisée en France<sup>9</sup>.
- 11 Si tant est que la communauté soit admise, s'ouvre la question de savoir quelle définition en adopter, quel périmètre en retenir ? La Convention a éludé la question comme d'autres textes<sup>10</sup>, mais demeure extrêmement ouvert. Ce serait au groupe lui-même de se définir, de se poser comme communauté sur des fondements variables. Finalement, c'est le patrimoine qui fabrique la communauté. Ce mode de détermination du groupe pose, le cas échéant, la question de sa légitimité relativement au patrimoine

revendiqué, puisqu'il serait alors maître de cette relation d'appartenance, on y reviendra.

- 12 La question de l'appartenance s'énonce non seulement dans l'espace, mais aussi dans le temps. La difficulté, puisqu'il s'agit de cerner un objet juridique, siège de droits, est dans l'inscription de cet objet dans la durée, perspective devant nécessairement intégrer la dimension transgénérationnelle. Le patrimoine immatériel est un processus dynamique, évolutif, recréé en permanence. Et c'est cet état de transformation qui permet sa transmission aux générations qui suivent. Toute la question se concentre sur la perception de cette temporalité particulière.
- 13 Le temps est une question évidemment familière au juriste. Le droit reconnaît des généalogies, admet la persistance de droits anciens, s'intéresse à l'application de la loi dans le temps. Mais le plus souvent, ce rapport au temps est compris et ordonné comme une succession de situations diversement régies selon la règle en vigueur, selon sa temporalité. Tel contrat sera placé sous l'empire de la loi qui l'a vu naître alors même que le droit positif a changé. Mais tel autre, conclu postérieurement, dépendra de la loi nouvelle. Il y a comme un phénomène de séquençage, de fragmentation du droit.
- 14 Or le rapport au temps est ici d'une nature inédite puisqu'il s'agit de saisir des choses indivisibles, reçues comme entités dans leur capacité de transformation, donc dans leur état évolutif. Ce sont, comme l'exprime très justement André Micoud (1996 : 115) des « choses dans le temps ». Comment parvenir à leur donner une expression juridique ? Inscrites dans cette séquence passé-présent-futur, elles résistent assez naturellement à tout exercice de catégorisation. Une des difficultés les plus saillantes est d'admettre l'évolutivité comme critère consubstantiel à cette sorte de chose, en particulier lorsqu'il s'agit de régler un rapport de droit (droit de propriété ou autre), de relier un objet et un sujet qui, dans le temps sont nécessairement appelés à évoluer. Comment alors déterminer la question de la titularité, du contenu des droits, de la vocation à les faire respecter<sup>11</sup> ? Comment appréhender ces éléments autrement qu'en séquençant chaque période de vie juridique ? Comment préserver l'unité là où le périmètre du groupe évolue, là où l'objet lui-même et donc l'assiette potentielle des droits change ?
- 15 En outre, dans ce rapport au temps, la mécanique de transmission participe de la définition même du patrimoine immatériel. Il est héritage, donc rapport aux générations passées, mais il est aussi objet de transmission. Il a des titulaires non encore connus. Ce sont les générations futures. Le patrimoine immatériel est donné comme un processus de solidarité intergénérationnelle. Quelles obligations, quels devoirs, quelles sanctions en cas d'inexécution de ces obligations lorsque le créancier est à naître (Le Bris 2012) ?
- 16 Dans l'interrogation sur la juridicisation du lien d'appartenance, une fois surmontée la question, épineuse, du sujet de droit, se pose alors la question de la nature juridique du rapport de droit. À nouveau, dans cet exercice, se révèle l'inadaptation des modèles juridiques disponibles.
- 17 Dans l'éventualité d'un rapport de droit entre le patrimoine et sa communauté de rattachement, les enjeux sont multiples : permettre aux communautés d'accéder et de jouir de ces éléments librement, au-delà de leur propres utilisations, de contrôler l'usage qui en est fait par des tiers, et le cas échéant d'en tirer un profit économique.
- 18 Accès, jouissance, contrôle des utilisations, ce sont les enjeux dominants, étant entendu que les intérêts peuvent être autant économiques que moraux. Dès lors qu'il est

question d'appartenance, le juriste se tourne assez naturellement vers l'institution de la propriété.

## La propriété, modèle opératoire ?

- 19 Le patrimoine immatériel appartient en propre à une communauté. Peut-on soutenir qu'elle en est propriétaire, qu'elle a un droit sur la chose ? Dans le champ de l'immatériel, le modèle disponible est celui de la propriété intellectuelle ou plus justement des différents ressorts de la propriété intellectuelle, droit d'auteurs et droits dits voisins du droit d'auteur (droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes), mais aussi potentiellement droit de la propriété industrielle.
- 20 Le droit de propriété intellectuelle confère au propriétaire de la création un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute utilisation sous réserve d'un certain nombre d'exceptions. Tout l'intérêt, pour le titulaire du droit, est dans ce pouvoir de contrôle exercé sur le double versant du droit moral et des droits patrimoniaux. Les droits moraux permettent de protéger l'œuvre dans son intégrité, de reconnaître à l'auteur sa paternité et, dans certains systèmes de consolider son droit de communiquer l'œuvre au public (en droit français, le droit de divulgation). Il est seul à pouvoir en décider. Les droits économiques permettent à l'auteur de jouir des fruits de l'exploitation de son œuvre. Dans la logique collective dans laquelle se construit le patrimoine immatériel, le modèle classique de la propriété n'est cependant ni un modèle opérationnel, ni un modèle pertinent.
- 21 Les éléments du patrimoine immatériel revêtent des statuts divers. La raison tient notamment au fait que tous ne sont pas des objets propriétaires. Certains peuvent être considérés comme des œuvres de l'esprit qui donnent prise à des droits d'auteur ou des droits voisins. Ce sera le cas d'expressions culturelles, à condition cependant qu'elles satisfassent aux critères de forme et d'originalité du droit d'auteur. Danses, chants, contes, artisanat d'art pourraient ainsi accéder à la protection. Il y a bien là, dans certains cas, des créations de forme originales, au sens des textes régissant la propriété intellectuelle, dès lors qu'elles portent l'empreinte de la personnalité de leur créateur. La qualité d'œuvre est aussi reconnue à des productions dites dérivées, c'est à dire des créations de forme originale qui utilisent d'autres œuvres, si bien que les actes de transformation d'éléments du patrimoine, d'enrichissement, peuvent également être considérés comme œuvres. Une composition nouvelle réalisée à partir d'un chant traditionnel peut avoir la qualité d'œuvre. L'emprunt au folklore ne chasse pas l'originalité, ce qui fait que le juge a admis la protection d'improvisations de Manitas de Plata<sup>12</sup>. Le travail d'interprétation des œuvres<sup>13</sup> peut également être protégé au titre des droits voisins du droit d'auteur (Cornu, Lamberterie, Sirinelli & Wallaert 2000). Ils sont dans sa périphérie. L'artiste interprète est qualifié d'auxiliaire de la création, comme l'est l'auteur d'un enregistrement (producteur de vidéogramme et de phonogramme). Le régime de ces créations se distingue cependant de celui des œuvres. Les droits voisins sont moins protecteurs (par exemple en ce qui concerne la durée des droits patrimoniaux ou encore les droits moraux). On pourrait également évoquer d'autres protections possibles dans le champ des propriétés intellectuelles, celle des dessins et modèles, celle des marques ou encore celle des brevets. Mais à encore se manifestent des différences de régime.

- 22 Ces notions juridiques d'œuvre ou d'interprétation, plus généralement de création intellectuelle, concernent un certain nombre d'éléments. Mais elles ne couvrent pas toutes les manifestations du patrimoine immatériel. Par exemple les traditions, les rites, les fêtes, la langue, les savoirs, les connaissances, tous ces éléments font partie du fonds commun qui échappe par nature à toute appropriation privative. Il n'y a, le plus souvent, pas de modèle propriétaire pour cet ensemble-là. Par exemple, la jurisprudence a refusé la protection du droit d'auteur aux rites maçonniques<sup>14</sup>. Dans l'affaire opposant Jean Vautrin et chercheur en ethnologie, les juges ont considéré que le vocabulaire de la langue cajun fait partie du domaine public et partant, sont insusceptibles d'appropriation. L'auteur d'un lexique ne peut revendiquer la qualité d'auteur d'un roman en se fondant sur les matériaux linguistiques qu'il a collectés<sup>15</sup>. Ces éléments versent dans le fonds culturel commun dans lequel chacun puise librement. Ils sont dits de « libre parcours ». D'une certaine façon, ce sont des choses communes, ressources qui n'appartiennent à personne et dont chacun jouit librement sous réserve d'éventuelles réglementations d'usage<sup>16</sup>.
- 23 La plus grande diversité règne par conséquent s'agissant du statut juridique des éléments du patrimoine. C'est le premier écueil.
- 24 Le deuxième écueil tient plus fondamentalement à la nature du droit de propriété et à son mode spécifique d'avènement. Dans le champ de la propriété intellectuelle, le propriétaire est celui qui crée. Le lien entre l'œuvre et l'auteur est un lien singulier et c'est précisément cette relation intime qui crée la propriété. C'est une propriété personnelle, qui naît, dans le droit français, du seul fait de la création, sans qu'il soit besoin d'une quelconque formalité. Ce sont le ou les créateurs qui seront titulaires de droits et non le groupe dans son entier, puisque le groupe ne se définit pas par le fait de la création, mais par l'acte de reconnaissance d'un élément du patrimoine dont il revendique l'appartenance. Et cet acte, qui l'investit d'une fonction de garde et de transmission, peut bien porter sur la création d'autrui, d'où la nécessité d'articuler en ce cas droit individuel du créateur et droits collectifs de la communauté. La difficulté tient ici à la structure du droit de propriété intellectuelle, droit exclusif bâti sur le modèle de la propriété foncière, conçu par conséquent comme une propriété individuelle. Rompant avec le système des propriétés simultanées de l'Ancien Régime qui admettait la coexistence de plusieurs utilités sur un même bien, le code civil investit le propriétaire d'un droit souverain, plein et entier sur la chose, droit qui permet d'exclure tout autre de la jouissance et de la disposition de son bien. Ce double trait d'exclusivisme et de propriété individuelle fait que le modèle ne remplit pas son office relativement au groupe. On aperçoit le possible conflit d'intérêt. L'existence de certaines propriétés intellectuelles sur le patrimoine peut le cas échéant avoir pour effet d'exclure le groupe. Par ailleurs, les droits individuels peuvent, le cas échéant, influencer la question de la sauvegarde ou du renouvellement. Comment composer avec ces droits, question délicate dès lors que le projet est non seulement de sauvegarder mais aussi et surtout de pérenniser, de transmettre, de transformer, actes qui nécessitent le consentement de l'auteur ? L'affrontement est plus problématique que pour le patrimoine matériel pour lequel la dominante est dans le projet de conserver, projet qui rejoint finalement une des prérogatives cardinales de l'auteur, le droit à l'intégrité de l'œuvre.
- 25 La Convention de 2003 se garde bien d'intervenir dans cet arbitrage, laissant intacts les droits du créateur :

Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme [...] affectant les droits et obligations des États parties découlant de tout instrument relatif aux droits de propriété intellectuelle<sup>17</sup>.

- 26 Le texte international tranche en faveur des droits de propriété intellectuelle. Mais la question se pose de savoir si les États disposent d'une marge de manœuvre plus importante pour concilier intérêts créateurs et intérêt patrimonial. On peut notamment se demander si la figure de la propriété collective ne pourrait être mobilisée, dans l'idée que cohabitent plusieurs liens d'appartenance. Mais, d'une part, un grand nombre de droits sont très rétifs à cette idée d'un partage de droits sur une même chose ; d'autre, part la question doit être posée en contemplation des textes internationaux et surtout communautaires, aujourd'hui beaucoup plus intrusifs dans le champ des propriétés intellectuelles. En particulier, les exceptions au droit d'auteur admises dans le droit de l'Union européenne ont été très strictement encadrées<sup>18</sup>. Enfin, il n'est pas sûr que la propriété partagée soit la réponse adéquate.
- 27 Une autre caractéristique du droit de propriété que beaucoup ont considéré comme peu adaptée, est celle du caractère temporaire de la propriété intellectuelle. Cette propriété s'éteint à l'expiration du monopole. La durée en a été unifiée au sein de l'Union européenne à soixante-dix ans après la mort de l'auteur, en règle générale. Des éléments du patrimoine immatériel qui pourraient être protégés parce qu'ils reçoivent la qualification d'œuvre ou d'interprétation ne le sont plus à l'issue d'un certain temps. L'idée est que, à l'échéance du terme, le public recouvre la jouissance de l'œuvre. L'économie du système du droit d'auteur intègre cette notion de domaine public, sphère de libre exploitation qui ne peut être appropriée. Il faut cependant préciser que, dans certains systèmes tels que le droit français, seuls les droits économiques disparaissent. Les droits moraux persistent sans limite de temps.
- 28 La figure de la propriété, à l'évidence, est peu pertinente dans la qualification juridique du lien d'appartenance, à la fois quant à sa compatibilité avec les droits des créateurs et dans sa structure même. Certains États ont adopté, en matière de folklore, des dispositifs de protection inspirés du droit d'auteur, s'appuyant sur la loi modèle type proposée par l'Unesco. Mais d'une part, l'outil reste cantonné à ce type de productions, là où le patrimoine immatériel est une notion beaucoup plus large ; d'autre part, on peut discuter de la force et de la plénitude d'un droit de propriété intellectuelle appliqué à des éléments que l'on a coutume, dans certains États, de relier au fonds commun.
- 29 Au final, il n'est pas sûr que le modèle de la propriété soit opératoire ou opportun. En outre, elle n'est pas la seule figure juridique disponible tant la matière est aussi infiltrée par les droits de l'homme, ce qu'on désigne sous le terme de droits culturels. Dans cette quête de juridicisation, cette piste peut être explorée en partant cette fois-ci du besoin d'encadrement juridique des communautés. De quels droits devraient-elles disposer pour assurer la fonction de garde et de transmission ?

## Quels droits collectifs sur le patrimoine immatériel ?

- 30 La démarche est différente de celle engagée précédemment. Elle vise à identifier non pas un modèle ou une figure disponible, mais davantage à identifier les droits nécessaires à l'exercice de protection, de préservation, de sauvegarde, de transmission du patrimoine immatériel. Une première exploration peut être menée sur le terrain des

droits culturels, entendus comme « l'ensemble des références culturelles par lesquelles une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité<sup>19</sup> ». Promus dans un premier temps dans les textes relatifs au droit des peuples autochtones<sup>20</sup>, ils diffusent aujourd'hui très largement dans le droit international de la culture. La Convention de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel en est une des manifestations, mais également la Convention UNESCO du 20 octobre 2005 sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles ainsi que la Convention européenne, signée la même année à Faro, convention-cadre qui proclame d'une façon nette le droit au patrimoine<sup>21</sup>.

- 31 S'agissant des droits des peuples autochtones, la déclaration de 2007<sup>22</sup>, texte le plus récent et, sans aucun doute, le plus abouti sur la question patrimoniale, se dit conscient « de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources », et encore considère « que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion ». La déclaration énonce en outre, au fil de plusieurs dispositions, un certain nombre de ces droits qui concernent plus précisément le patrimoine immatériel. En particulier, aux termes de l'article 11 :

1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

L'article 12 dispose que :

Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer...

Enfin, l'article 13 reconnaît aux peuples autochtones :

Le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.

- 32 On peut dégager de ce texte plusieurs séries de droits collectifs : celui d'accéder, celui d'utiliser et de revivifier, celui de protéger et de transmettre. Mais si la déclaration somme les États de prendre « des mesures efficaces pour protéger ce droit », elle n'apporte guère de précision sur la nature et l'étendue de ces prérogatives.
- 33 Les conventions culturelles qui introduisent ce rapport, jusque-là inédit ou occulté, entre États et communautés, contiennent également quelques évocations des droits de ces groupements. Il s'agit pour les États d'assurer le respect du patrimoine culturel immatériel des communautés, groupes et individus concernés, patrimoine transmis et recréé en permanence. La définition même du patrimoine immatériel tirée de la Convention UNESCO de 2003 peut être éclairante, en particulier dans le pouvoir de désignation reconnu au groupe. Et même si les États ont la charge d'identifier et d'inventorier le patrimoine immatériel, même s'il leur appartient de déposer les dossiers de demande de protection auprès de l'Unesco, ils doivent le faire avec la participation des communautés, des groupes et ONG pertinentes. En outre, les États

doivent garantir l'accès à ce patrimoine tout en respectant les pratiques coutumières qui en régissent l'accès. Où l'on voit poindre la question d'éventuelles confrontations entre droit étatique et droit coutumier. Droit de nommer le patrimoine immatériel, droit de participation à la décision dans le processus de protection, droit d'accès ou possibilité d'édicter des règles spéciales d'accès, ce sont les principales prérogatives que vise la Convention de 2003 sans que, à nouveau, n'en soient précisés la nature non plus que les contours. Ce sont les États qui devront leur donner forme juridiquement. Il n'y a guère d'obligation très précise dans cette mise en forme, de la même façon que les relations États-groupes relèvent du droit souverain des États. D'une façon plus ou moins diffuse, elle se réalisera au filtre des différentes instances appelées à se prononcer sur la patrimonialité des éléments.

- 34 Il peut être utile de ce point de vue de consulter les travaux de l'OMPI (Office mondial de la propriété intellectuelle), qui se penche depuis plusieurs années sur l'approche à retenir dans la protection des savoirs traditionnels et autres éléments de culture, en relation avec les outils de protection du patrimoine immatériel et de la propriété intellectuelle. Différentes hypothèses de travail ont été explorées, domaine public payant, droit de propriété intellectuelle, autres protections, droit *sui generis*. En l'occurrence, certains pays ont institué en droit interne, un statut propre à ces productions sous la dénomination de folklore ou de patrimoine immatériel « qui n'équivaut pas à la protection en vertu du droit d'auteur mais les soumet à un mélange de règles autorisant leur utilisation par des organismes officiels quelque fois en contrepartie d'une taxe, et d'interdictions de présenter ce patrimoine de manière inexacte ou déformée<sup>23</sup> ». Dans la réflexion menée autour de l'adoption de lois nationales de protection spécifique, la méthodologie proposée par la loi type offre quelques pistes intéressantes. Elle préconise de se pencher sur un certain nombre des points clés dans l'hypothèse d'un processus législatif.
- 35 Le premier concerne la fixation d'un cadre de politique générale et des objectifs de la protection. C'est, en somme, l'exposé des motifs qui a pour finalité d'éclairer les choix du législateur, d'en expliquer les raisons. Le point est cardinal en ce qu'il détermine la plupart de ceux qui suivent, en particulier sur les droits et leur assiette. S'agit-il d'assurer avant tout une fonction de sauvegarde, de préserver l'intégrité des éléments du patrimoine immatériel ? Quelle place accorder la dimension économique ? Quelles relations avec l'univers de la création contemporaine ? Les quatre points qui suivent concernent la détermination de l'objet de la protection, les critères auxquels il doit satisfaire, la question de la titularité et celle de l'étendue des droits y compris dans leurs exceptions et limitations. Le cas échéant, le dispositif doit prévoir « les procédures et formalités relatives à l'acquisition et au maintien en vigueur des droits conférés ». Doivent également être précisées les « responsabilités des autorités, associations et autres institutions, nouvelles ou existantes, en matière d'exercice ou de gestion des droits », les sanctions et procédures d'application des droits ainsi que les hypothèses de perte ou d'expiration des droits. Utilement, la loi type préconise d'aborder la question de l'interaction entre le système *sui generis* et les lois de propriété intellectuelle ou autres, telles que les lois relatives au patrimoine culturel, et notamment de vérifier dans quelle mesure « elles se chevauchent ou se complètent ». Évidemment le nouveau texte doit avoir égard à l'incorporation ou la reconnaissance des lois et protocoles coutumiers pertinents ainsi qu'à la « protection régionale et internationale, y compris la question de la protection des expressions culturelles identiques ou semblables émanant de pays limitrophes (“folklore régional”) ». Cette

précision est intéressante en ce qu'elle signale de possibles recoupements dans des pays voisins.

- 36 Le modèle sous-jacent tel qu'il se dessine à la lecture des différentes rubriques de la loi type est bien celui du droit d'auteur (critères de protection, titularité, exceptions limites, durée, gestion collective). Mais rien n'exclut de penser différemment, hors cadre propriétaire, les droits en question. Combinant les différentes approches évoquées, il faudrait se pencher plus avant sur la nature des droits du groupe et sur leur contenu. À partir de là pourrait se dégager un socle commun à partir duquel, les États pourraient varier au regard de leurs spécificités. Un des points cruciaux concerne l'accès au patrimoine immatériel, qui ne devrait pouvoir être neutralisé par des droits de propriété intellectuelle. Ce point touche plus spécialement des éléments du patrimoine immatériel tels que les savoirs traditionnels médicaux (Wang 2013). Mais cette question peut aussi concerner les enregistrements d'expressions orales, qui peuvent donner lieu à des droits voisins au profit de ceux qui ont réalisé la fixation de ces expressions. Armés de ce droit, ils ne devraient pas pouvoir empêcher l'accès des communautés concernées. On pourrait concevoir ce droit d'accès sur le même mode que celui que reconnaissent les juges en matière de patrimoine familial, « biens mobiliers portant intrinsèquement la marque de l'histoire familiale » (Cornu 2007). Il s'agit notamment des archives, des portraits de familles, ce que l'on nomme, dans la jurisprudence française, les souvenirs de famille, qui échappent aux règles du partage et sont détenues par la personne la plus qualifiée. Les autres membres de la famille se voient reconnaître un droit d'accès et un droit de copie dans certains cas.
- 37 Dans le fil du droit d'accès, se pose la question de l'exploitation de ces ressources patrimoniales qui, le cas échéant, se heurte à d'éventuels droits de propriété intellectuelle. Là encore il faut distinguer la source originaire – celle qui a permis la création – de la création elle-même. La première ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation au profit d'un tiers qui priverait tout autre y compris son auteur de sa jouissance. Lorsqu'un compositeur utilise un chant traditionnel, c'est son apport qu'il privatise et non le chant utilisé. Cette question ouvre à une autre difficulté, celle du contrôle exercé par la communauté sur les exploitations de ces sources primaires. Doit-on reconnaître aux groupements un droit sur toute utilisation d'un élément du patrimoine immatériel ? Et de quelle nature : droit, en amont, d'autoriser ou d'interdire, droit de contrôler *a posteriori* les utilisations et leur conformité à l'emprunt, droit de percevoir des redevances du fait de l'utilisation ? Le respect de l'intégrité de l'emprunt soulève évidemment la question de la nature évolutive du patrimoine immatériel. Comment en effet apprécier les bonnes ou mauvaises relectures du patrimoine dès lors que la transformation est de son essence ?
- 38 Enfin, la dimension économique n'est pas simple à gérer s'agissant d'éléments qui, le plus souvent, sont considérés dans le champ du droit d'auteur comme étant de libre parcours. Peut-on distinguer en ce cas, exploitations purement commerciales et finalités de création ? Le domaine public payant est une des pistes évoquées, dotant les communautés d'un droit à rémunération. La solution ne fait cependant pas l'unanimité dans la mesure où elle dépouille le groupe de toute faculté de contrôle.
- 39 Le chantier juridique du droit du patrimoine, on le voit est complexe. Tout en même temps, « le droit n'a pas vocation à être partout, à tout envelopper, à soutenir, comme un dieu, tout l'univers habité ». Le mot est de Jean Carbonnier (1988 : 24). Et on peut

bien admettre que, dans ce champ particulier du patrimoine immatériel, il y ait aussi des espaces de non-droit.

---

## BIBLIOGRAPHIE

CARBONNIER JEAN, 1988 [1969]

*Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ.

CORNU GÉRARD (dir.), 2007

*Vocabulaire juridique*, Paris, PUF.

CORNU MARIE, ISABELLE DE LAMBERTERIE, PIERRE SIRINNELLI & CATHERINE WALLAERT (dir.), 2003

*Dictionnaire comparé de droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS, coll. « CNRS dictionnaires ».

LE BRIS CATHERINE, 2012

*L'Humanité saisie par le droit international public*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 127.

MEYER-BISCH PATRICE, 2009

« Analyse des droits culturels », *Droits fondamentaux*, n° 7.

MICOUD ANDRÉ, 1996

« Musée et patrimoine, deux types de rapport aux choses et au temps ? », *Hermès. La revue*, n° 20, p. 115-123. Disponible en ligne : <https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-1996-2-page-115.htm> [lien valide en juin 2019].

WANG LI, 2013

*La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, son application en droits français et chinois*, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit du patrimoine culturel et naturel ».

## NOTES

1. Pour une étude d'ensemble en droit comparé du patrimoine culturel immatériel, Projet OSMOSE (dir. Marie Cornu, Anita Vaviade), publication à paraître en anglais, *Intangible Cultural Heritage under national and international Law : going beyond the 2003 Unesco Convention* (dir. Marie Cornu, Cléa Hance, Lily Martinet, Anité Vaivade), Edward Elgar Publishing, courant 2020.

2. Art. L. 1 du Code du patrimoine : « Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique. »

3. Déclaration des principes de la coopération culturelle, UNESCO, 4 novembre 1966.

4. On peut notamment évoquer à ce propos la déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones adoptée le 13 septembre 2007, qui aborde à plusieurs reprises la question patrimoniale et on pourrait évoquer encore la Convention de Faro sur la valeur du patrimoine culturel pour la société (Conseil de l'Europe, 27 octobre 2005) qui définit le patrimoine en lien avec la notion de communauté patrimoniale qui « se compose de personnes qui attachent de la

valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures ».

5. L'arrêt inaugural concernait l'action en justice de comités d'établissements. L'idée est de prendre en compte la réalité du groupe et ainsi de lui reconnaître des droits alors même qu'il n'est pas constitué sous une forme juridique telle qu'une association, une fondation ou du côté des personnes publiques, une collectivité territoriale ou une personne morale de droit public.

6. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 janvier 1954, Dalloz, 1954, 217, note Levasseur, JCP, 1954.II.7978, concl. Lemoine.

7. Voir la note de E. Agostini qui déplore une analyse restrictive de l'arrêt de 1954 qui « est l'écho de tendances hostiles à l'admission catégorique de la théorie de la réalité des personnes morales, Dalloz, 1978, J., p. 377, note sous CA Paris, 20 décembre 1976. Voir aussi TGI Paris 12 mars 1975.

8. CA Nouméa, 9 avril 1987, JCP. 1987, II, 20880, note J.-L. Vivier.

9. En ce sens, H. Tissandier, qui se pose la question de savoir si cette action en justice inspirée de la *class action* nord-américaine, ne pourrait être introduite en droit français, estimant que le droit du travail pourrait bien constituer un terrain favorable (« L'action en justice des syndicats », colloque « Pratiques syndicales du droit », Montreuil, 11-12 mai 2011, organisé par le Centre d'histoire sociale du XX<sup>e</sup> siècle et l'Institut CGT d'histoire sociale).

10. Par exemple la Convention de Faro qui évoque la notion de communauté patrimoniale, mais la définit dans son rapport au patrimoine et non dans ses éléments constitutifs (Convention cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, 27 octobre 2005).

11. Cette question de titularité se pose aujourd'hui aussi de façon aigüe dans le domaine des créations ouvertes réalisées sur internet, créations en transformation dont les titulaires évoluent en permanence.

12. Cour de Cass., 1<sup>re</sup> chambre civile, 1<sup>er</sup> juillet 1970, Dalloz, 1970, 734, note B. Edelman.

13. En principe l'exercice d'interprétation suppose la présence d'une œuvre, qu'elle soit ou non dans la période du monopole. Elle peut bien être tombée dans le domaine public, le droit sur l'interprétation n'en sera pas pour autant épuisé.

14. CA Paris, 21 mai 2002, RIDA, janvier 2003, p. 257 (obs. Kérever).

15. CA Paris, 14 janvier 1992, RIDA, avr. 1992, p. 198.

16. Le droit français définit cette catégorie de choses à l'article 714 du Code civil.

17. *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003*, art. 3.

18. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ; et plus récemment directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

19. *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, 2007 (Meyer-Bisch 2009).

20. Par exemple dans la *Déclaration de Matatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle* (novembre 1993) et plus récemment dans la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* (13 septembre 2007).

21. *Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société*, 27 octobre 2005

22. *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007.

23. S. Dusollier, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 4 mars 2011, WIPO, CDIP/7/INF/2.

---

AUTEUR

**MARIE CORNU**

Directrice de recherche au CNRS, Institut des Sciences sociales du Politique – ISP (ENS Paris  
Saclay, Université Paris Nanterre)