

TRAITÉS DE COMMERCE ET DIVERSITÉ CULTURELLE

Ivan Bernier
Université Laval, Québec

Simposio internacional
DIVERSIDAD CULTURAL : el valor de la diferencia
Santiago, Chili, 28-29 juin 2005

Introduction

Au terme de la troisième et dernière session de la rencontre intergouvernementale des experts sur l'Avant-projet de Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, qui s'est tenue à Paris du 25 mai au 3 juin 2005, les représentants de plus de 130 pays ont approuvé à la quasi-unanimité le libellé final d'un avant-projet de convention et recommandé à la Conférence générale son adoption à la 33^{ème} session, en octobre 2005. Mais ce résultat, qualifié de moment historique par plusieurs délégations dans leur déclaration de clôture, fut dénoncé avec vigueur par les États-Unis, ces derniers allant jusqu'à affirmer, dans une déclaration rendue publique par leur ambassade à Paris, que le texte de la convention proposé était profondément défectueux parce qu'il concernait le commerce plutôt que la culture, qu'il était en conséquence hors de la compétence de l'UNESCO et que son adoption ne pourrait que compromettre la réputation de l'UNESCO à titre d'organisation internationale responsable.

Faut-il se surprendre de cette réaction des États-Unis? Déjà lors des discussions qui devaient mener à l'adoption de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, en novembre 2001, les États-Unis, de leur propre aveu, étaient intervenus vigoureusement, bien que non membre de l'UNESCO à cette époque, pour contrer « les efforts de la France et du Canada en vue de soustraire les questions culturelles de l'OMC et d'obtenir des appuis à leur projet d'un "nouvel instrument" logé possiblement à l'UNESCO ». ¹ On sait aussi qu'ils ne s'étaient ralliés qu'à reculons à la décision de la Conférence générale en octobre 2003 d'entreprendre des négociations en vue d'en arriver à une Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, peu convaincus de la pertinence d'une telle convention. Tout au long de la négociation, enfin, ils ont adopté un comportement qui laissait clairement sous-entendre qu'ils ne ratifieraient pas une convention de cette nature. Il n'y a donc pas lieu de se surprendre de leur rejet du projet de convention entériné par l'assemblée plénière.

Ceci étant, la question demeure néanmoins posée de savoir si le projet d'accord approuvé lors de la troisième session de la réunion internationale des experts gouvernementaux en est un dont l'objectif ultime est d'exclure la culture de l'OMC ou s'il s'agit au contraire d'un accord essentiellement culturel dont le but n'est pas de modifier le droit de l'OMC mais plutôt de fournir un cadre de référence, un code de conduite et un forum pour tous les États qui considèrent la protection et la promotion d'expressions culturelles distinctes et la préservation

¹ États-Unis, International Trade Administration, "Impact of the Migration of U.S. Film and Television Production" 18 janvier 2001: <http://www.ita.doc.gov/media/filmreport.htm>.

de la diversité culturelle de façon plus générale comme des éléments essentiels de la mondialisation? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner de plus près comment la diversité culturelle est abordée dans les accords de commerce et dans l'Avant-projet de Convention de l'UNESCO. Car une partie importante du problème soulevé ici réside dans le fait que les biens et services culturels, à la fois objets de commerce et vecteurs d'identité, de valeurs et de sens, peuvent être considérés de deux points de vue fort différents.

I Les accords de commerce ou la diversité culturelle envisagée comme une entrave aux échanges commerciaux

A. Les accords de l'OMC

Les accords de l'OMC ne s'intéressent pas particulièrement à la culture ou à la diversité culturelle qui n'entrent pas a priori dans leur champ d'application. Il en va différemment toutefois des mesures adoptées par les États en vue de promouvoir l'expression culturelle au plan national et la diversité culturelle au plan international. Dès lors que celles-ci entravent d'une façon ou d'une autre les échanges commerciaux et vont à l'encontre d'une obligation de l'OMC, elles donnent en principe ouverture à une plainte auprès de l'Organe de règlement des différends. Les mesures en question peuvent prendre des formes très diverses, allant des aides financières aux restrictions quantitatives ou quotas, en passant par les mesures de contrôle de la propriété étrangère. Les obligations susceptibles de trouver application dans de tels cas incluent entre autres, l'obligation d'octroyer le traitement de la nation la plus favorisée, l'obligation d'octroyer le traitement national, ou encore l'obligation de ne pas recourir aux restrictions quantitatives.² Pour échapper à ces obligations, les œuvres culturelles, ou si l'on préfère les biens et services culturels, qui représentent l'expression dynamique d'une culture, doivent bénéficier, soit d'une exemption complète, soit d'un traitement particulier.

Or, à part l'article IV du GATT qui concerne les quotas à l'écran et l'article XX du même accord qui inclut parmi les exceptions générales les mesures « imposées pour la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique », il n'existe pas à proprement parler de mesures d'exception concernant les biens et services culturels dans les accords de l'OMC. Les seuls exemples concrets de clauses d'exclusion générale du secteur culturel dans des accords de commerce se retrouvent dans des accords de libre-échange comme ceux du Canada avec Israël, avec le Chili et avec le Costa Rica. On en retrouve également des exemples plus restreints concernant l'exclusion des services audiovisuels dans les accords de libre-échange de l'Union européenne avec le Mexique et avec le Chili. Mais, en ce qui concerne l'OMC, le fait est qu'en dehors des exceptions mentionnées précédemment, les biens et services culturels sont considérés comme n'importe quels autres produits. C'est un peu le constat de cette irrecevabilité d'une approche visant à exclure le secteur audiovisuel de l'AGCS (Accord général sur le commerce des services) qui avait amené la Communauté européenne à présenter, à la toute fin des négociations du Cycle de l'Uruguay, une clause dite de spécificité culturelle qui, sans exclure en tant que tel le secteur en question de la portée de l'AGCS, reconnaissait le caractère particulier des services audiovisuels et autorisait une Partie à faire valoir cette particularité dans les négociations futures de l'OMC. Mais présentée trop tard, en décembre 1993, elle ne reçut pas l'appui nécessaire et fut simplement retirée.

² Articles I, III et XI du GATT et articles II, XVI et XVII du GATS.

Dix ans plus tard, les Membres de l'OMC se retrouvent encore une fois engagés dans une négociation qui soulève à nouveau le problème du traitement des services audiovisuels. La position des États-Unis dans ce contexte, telle qu'exprimée dans une communication sur les services audiovisuels en date de décembre 2000, est particulièrement intéressante car elle laisse entrevoir pour la première fois une prise de conscience de la part de ces derniers de la dimension non commerciale des services culturels. Pour les États-Unis, le débat sur un traitement des produits audiovisuels sous-entend que les règles commerciales sont d'une façon ou d'une autre trop rigides pour prendre en compte les caractéristiques culturelles spéciales du secteur ». Or, affirment-ils, il n'en est rien. À titre d'exemple de la flexibilité du régime commercial de l'OMC dans le domaine de l'audiovisuel, ils citent d'abord l'article IV du GATT. Mais cette flexibilité, semble-t-il, a des limites. Depuis 1998, les États-Unis, dans le cadre de négociations en vue d'en arriver à un accord avec la Corée en matière d'investissement, exercent des pressions considérables pour que cette dernière mette fin à son régime de quotas à l'écran pourtant autorisé par l'article IV. Trois autres exemples sont également avancés pour démontrer la flexibilité du régime de l'OMC dans le domaine audiovisuel. Le premier a trait au fait que lorsque les États inscrivent dans leurs listes d'engagements spécifiques concernant le secteur audiovisuel, ils peuvent, s'ils le souhaitent, prendre des engagements complets ou partiels. Le second concerne l'exception générale relative aux mesures nécessaires à la protection de la moralité publique que l'on retrouve aussi bien dans l'AGCS que dans le GATT. Le dernier enfin a trait au fait que sous sa forme actuelle, l'AGCS n'empêche pas les États de financer les services audiovisuels, bien que des discussions soient présentement en cours en vue de l'élaboration de disciplines se rapportant aux subventions qui faussent le commerce des services.

Dans la même communication, les États-Unis mettent de l'avant une proposition pour le moins surprenante. Conjointement à la négociation d'engagements spécifiques concernant les services audiovisuels, donc d'engagements concrets en matière d'accès au marché et de traitement national, ceux-ci suggèrent que les Membres pourraient également parvenir à une entente sur les subventions qui respectent le besoin de chaque pays de promouvoir son identité culturelle en créant un environnement enrichissant pour la culture nationale. Les États-Unis soulignent qu'il existe à cet égard un précédent à l'OMC en ce qui concerne l'élaboration de règles qui reconnaissent l'octroi de subventions soigneusement limitées à des fins spécifiquement définies, des précautions étant prises en parallèle pour que les effets potentiels de distorsion sur les échanges soient effectivement limités ou notablement neutralisés. Mais il faut savoir que le précédent auquel il est fait allusion n'a plus cours, car ce régime d'exception, qui était d'application provisoire, n'a pas été renouvelé en 2000. Donc, en bout de ligne, l'apparente reconnaissance par les États-Unis du fait que les services culturels ne sont pas des services comme les autres ne débouche sur aucune suggestion concrète, si ce n'est que les dispositions existantes de l'OMC peuvent très bien tenir compte des particularités du secteur.

Entre 2001 et 2005, les négociations commerciales multilatérales dans le secteur des services audiovisuels n'ont progressé que très lentement. Le seul développement significatif dans la position des États-Unis dans ce domaine a trait à leur demande, dans leur *Proposition de libéralisation du commerce des services* en date de juillet 2002, que les pays membres prennent des engagements garantissant les niveaux actuels d'accès au marché dans les secteurs des services de production et de distribution de films cinématographiques et bandes

vidéo, des services de radio et de télévision et des services d'enregistrement sonore³. Mais prendre un tel engagement supposait d'abord que l'on inscrive le secteur audiovisuel dans la liste des secteurs couverts, ce qui était l'objectif recherché par les États-Unis. Toutefois, dans le cas des pays en développement, qui maintiennent pour la plupart très peu de restrictions aux échanges dans le secteur audiovisuel, un tel engagement aurait eu pour conséquence de les empêcher d'adopter des mesures jugées nécessaires à leur développement culturel mais incompatibles avec leurs engagements, alors même que les pays développés qui ont déjà de telles mesures verraient la validité de ces dernières confirmées.

Il reste à dire un mot du règlement des différends en matière culturelle. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC avec ses sanctions commerciales est applicable aux biens et services culturels de la même façon qu'il est applicable aux autres biens et services culturels. En pratique, peu de différends de cette nature ont été portés devant l'Organe de règlement des différends. Un seul a donné lieu à une décision, soit celui opposant les États-Unis au Canada dans l'affaire *Canada – Certaines mesures relatives aux périodiques*. Il faut surtout retenir de cette décision, qui a donné raison aux États-Unis, le commentaire du groupe spécial à l'effet qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les aspects culturels du conflit, son rôle se limitant à l'interprétation et à l'application des règles de l'OMC.

B Les accords bilatéraux de libre-échange

Réalisant en 2001 que les nouvelles négociations commerciales multilatérales qui venaient d'être lancées l'année précédente ne progressaient pas très rapidement, les États-Unis entreprenaient en 2002 des négociations de libre-échange avec un certain nombre de pays en vue de promouvoir leurs intérêts sur la scène internationale et pour influencer éventuellement le cours des négociations à l'OMC. Leur multiplication dans les années à venir pourrait marquer à cet égard la fin de ce que certains appellent encore "l'exception culturelle de l'AGCS", soit la possibilité de ne pas prendre d'engagements dans le secteur audiovisuel. De 2002 à 2005, pas moins de cinq accords de libre-échange ont ainsi été conclus et autant sont présentement en négociation. Pour se faire une idée des objectifs que poursuivent les États-Unis à travers ces accords dans le secteur audiovisuel, il est nécessaire de les examiner de plus près.

Deux préoccupations de base ressortent des accords⁴ en question. La première préoccupation est de faire en sorte que le plus grand nombre possible d'États prennent des engagements dans le secteur audiovisuel. Pour arriver à ce résultat, une procédure particulière de négociation des engagements, dite de "la liste négative", a été adoptée, en vertu de laquelle chaque Partie impliquée se trouve liée dès l'entrée en vigueur de l'accord pour tous les secteurs de services, sauf lorsque des réserves ou des exceptions sont expressément inscrites dans sa liste annexée à l'Accord. Dans un tel contexte, les États qui désirent exclure certaines mesures ou certains secteurs d'activités de leur engagement se trouvent concrètement dans l'obligation de justifier

³ Voir : <http://www.ustr.gov/sectors/services/2002-07-01-proposal-execsumm.PDF>

⁴ Voir Sacha Wunsch-Vincent, supra, note 6, p. 11. Voir aussi Ivan Bernier, « Analyse comparative des accords de libre-échange Chili – É.-U. et Singapour – É.-U. en ce qui a trait plus particulièrement à leur incidence sur le secteur culturel », avril 2003 : <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/chronique03-04.pdf>

ces exclusions afin d'obtenir l'accord de la ou des parties contractantes concernées. Ceci explique le nombre généralement très limité de réserves figurant dans ces accords de libre-échange. Cette approche est à l'opposé de celle utilisée dans l'AGCS où les obligations concernant le traitement national et l'accès au marché sont établies selon une approche dite "des listes positives", en vertu de laquelle les Membres ne sont liés que dans la mesure où ils ont inscrits dans une liste annexée à l'Accord des engagements précis concernant des secteurs spécifiques.

Pour rendre cette modification plus acceptable, deux concessions sont faites. D'abord, les « subventions fournies par une Partie ou une société d'État, y compris les prêts garantis par le gouvernement, les cautionnements et les assurances » sont exclus du chapitre sur les services, et ce même si l'article XV de l'AGCS (GATS, en anglais) demande aux Membres d'engager des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsion. Une disposition assez semblable se retrouve également dans le chapitre sur les investissements. Une deuxième incitation, plus surprenante, consiste dans l'abandon de la demande traditionnelle des États-Unis concernant l'élimination totale des exigences de contenu local et des autres obstacles au commerce dans le secteur audiovisuel. Pour les États qui en font la demande, et après examen au cas par cas, ces derniers autorisent des réserves concernant des mesures existantes ou, plus rarement, des secteurs d'activités donnés. Mais cette dernière concession ne vaut en général que pour les industries audiovisuelles qui utilisent des technologies traditionnelles. Car l'autre préoccupation qui ressort très clairement des accords de libre-échange des États-Unis est de faire en sorte que les États partenaires s'engagent concrètement à soustraire les réseaux numériques de tout protectionnisme culturel. Pour mettre à exécution cette stratégie, les accords en question proposent une démarche qui met l'accent sur la libre circulation des services audiovisuels transmis électroniquement et écarte la dichotomie entre les biens culturels et les services culturels en soumettant l'ensemble des produits numériques aux mêmes obligations de base, (traitement national, traitement de la nation la plus favorisée et accès au marché)⁵.

L'interprétation et l'application de ces diverses dispositions sont soumises par ailleurs au mécanisme général de règlement des différends prévu dans ces accords, lequel reproduit le mécanisme en place dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). À notre connaissance, elle n'a pas encore été utilisée dans le secteur culturel. Outre la procédure générale de règlement des différends, il existe aussi une procédure de règlement des différends particulière en matière d'investissement. Celle-ci est caractérisée, entre autres, par le fait qu'elle est applicable au règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie et qu'elle est mise en œuvre sur demande unilatérale de l'investisseur. Elle débouche sur la constitution d'un tribunal d'arbitrage dont l'un des arbitres au moins est désigné par cet investisseur. Or cette procédure particulière au chapitre sur l'investissement pourrait réserver des surprises. Tout récemment, une plainte en vertu d'une procédure semblable était déposée dans le cadre de l'ALENA par un producteur américain de films et de programmes de télévisions installé au Canada. Celui-ci se plaignait du fait qu'il n'avait pas accès aux programmes de subventions canadiens dans ce domaine. Alléguant que ce comportement allait à l'encontre des obligations du Canada en vertu de l'OMC et en vertu de

⁵ Le libre accès au marché pour les produits numériques passe en grande partie par un engagement à offrir le traitement national et l'interdiction d'appliquer des droits de douane ou d'autres frais sur (ou en relation avec) l'importation ou l'exportation de produits numériques par voie électronique.

l'ALENA et qu'il constituait une forme d'expropriation, celui-ci réclamait la somme de 20 millions de dollars au gouvernement canadien⁶. Même si la plainte en question apparaît à première vue mal fondée en droit, le Canada n'a pas le choix dans un tel cas de se soumettre à la procédure d'arbitrage.

Que faut-il penser de ces accords bilatéraux de libre-échange? Négociés dans une perspective essentiellement commerciale, ceux-ci ne s'intéressent qu'accessoirement aux répercussions de la libéralisation des échanges sur la diversité des expressions culturelles et sur la diversité culturelle en général. Mais on ne peut vraiment leur en faire le reproche car ce n'est pas leur rôle. Il n'en demeure pas moins que ces accords peuvent affecter la capacité des États de protéger et promouvoir la diversité de leurs expressions culturelles. Malheureusement, les États les plus susceptibles d'être affectés dans ce contexte sont ceux qui ont peu ou pas de politiques culturelles en place et qui ne sont donc pas en mesure de formuler des réserves qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la protection et le développement de leur propre expression culturelle. À cet égard, un examen détaillé des accords conclus par les États-Unis fait effectivement ressortir une différence de traitement très marquée entre l'Australie par exemple, qui a obtenu le maintien de l'essentiel des mesures de protection très élaborées qu'elle avait déjà en place, et des pays comme le Guatemala et le Honduras, qui n'ont émis pratiquement aucune réserve dans leurs accords en ce qui concerne le secteur audiovisuel, ouvrant de ce fait leur marché tout grand à la concurrence, si l'on peut parler ainsi, de l'industrie audiovisuelle américaine. En dernier ressort, le grand bénéficiaire de ces accords dans le secteur culturel semble bien être l'industrie américaine elle-même qui n'a jamais manqué de souligner l'importance de ceux-ci, particulièrement en ce qui concerne les services transmis électroniquement.

II Le projet de convention de l'UNESCO ou la diversité culturelle envisagée comme une fin en soi

Contrairement à l'OMC, qui entrevoit la préservation de la diversité culturelle d'abord et avant tout comme un obstacle aux échanges commerciaux, l'UNESCO entrevoit cette dernière comme une fin en soi. Comme le montre clairement une étude intitulée "*L'UNESCO et la question de la diversité culturelle, Bilan et stratégies, 1946-2000*", la diversité culturelle est au cœur de l'action de l'UNESCO dans le domaine culturel pratiquement depuis la création de l'Organisation. Ce n'est qu'en 1999 toutefois que l'UNESCO commença à s'intéresser concrètement à la question de la préservation de la diversité culturelle face aux pressions qu'exercent la mondialisation de l'économie et la libéralisation des échanges. À peine deux ans plus tard, la Conférence générale, lors de sa 31^{ème} session, adoptait le 2 novembre 2001 la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle. En octobre 2003, lors de la 32^{ème} session de la Conférence générale, une autre étape était franchie avec la décision d'aller de l'avant avec la négociation d'une convention. Et l'on se retrouve maintenant, à la veille de la 33^{ème} session de la Conférence générale, avec un Avant-projet de Convention en

⁶

Voir Ivan Bernier, Commentaires sur: "Règlement des différends – ALENA, Chapitre 11 sur l'Investissement : *Contractual Obligation Productions, LLC, Charles Robert Underwood et Carl Paolino c. le Gouvernement du Canada*" <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/nouvelles/nouvelles05-07-25.html#nouvelle8>

bonne et due forme. Voyons donc plus en détails comment cet intérêt de l'UNESCO pour la diversité culturelle se reflète dans l'économie générale de ce texte, ainsi que dans son contenu normatif.

A Économie générale de l'Avant-projet de Convention

L'Avant-projet de Convention se veut une réponse au constat, énoncé dans le préambule, que « les processus de mondialisation, facilités par l'évolution rapide des technologies de l'information et de communication, s'ils créent les conditions inédites d'une interaction renforcée entre les cultures, représentent aussi un défi pour la diversité culturelle, notamment au regard des risques de déséquilibre entre pays riches et pays pauvres ». La réponse qu'apporte la Convention à ce constat se structure autour de quelques idées de base qui s'appuient mutuellement et éclairent le fonctionnement de la Convention. La première idée est que l'on ne peut transposer dans la réalité le droit des individus, des groupes et des sociétés de créer, de diffuser et de distribuer leurs biens et services culturels et d'y avoir accès, leur droit de s'exprimer culturellement si l'on préfère, sans assurer au départ le droit souverain des États d'adopter des politiques ou des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire. La seconde idée est qu'en contrepartie du droit qui leur est ainsi reconnu, les États Parties doivent s'engager eux-mêmes à agir positivement en faveur de la préservation et de la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire. La troisième idée est qu'étant donné que les phénomènes qui affectent par-dessus tout la préservation de la diversité des expressions culturelles, et partant la préservation de la diversité culturelle elle-même, sont de nature essentiellement internationale, les États Parties doivent absolument coopérer afin de créer des conditions internationales propices au développement culturel. La quatrième idée est que les expressions culturelles les plus menacées étant souvent celles des pays en développement et des pays les moins avancés, il est devenu urgent de renforcer la coopération et la solidarité internationale afin d'accroître la capacité des sociétés en développement de protéger et de promouvoir la diversité de leurs expressions culturelles. La cinquième idée et dernière idée est que pour que la Convention ne demeure pas lettre morte et s'adapte dans son opération aux transformations de la société internationale, il est essentiel qu'elle soit dotée de mécanismes de suivi et de règlement des différends appropriés. Reste à voir maintenant si l'Avant-projet de Convention mis sur pied par les experts gouvernementaux en est bien un de nature culturelle.

B. Le contenu de l'Avant-projet de Convention issu de l'assemblée plénière des États membres

- Le préambule

D'entrée de jeu, le préambule de l'Avant-projet de Convention établit que la diversité culturelle est une caractéristique essentielle de l'humanité, qu'elle constitue un patrimoine extrêmement précieux et qu'elle doit être préservée au profit de tous. La suite du préambule emprunte pour partie à des considérants tirés de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, et introduit pour le reste des considérations relatives à l'importance et au besoin de protéger et de promouvoir plus particulièrement la diversité des expressions culturelles. Le seul paragraphe qui comporte une quelconque connotation commerciale est celui qui affirme que « les activités, biens et services culturels ont une double nature,

économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale ». Mais cette affirmation ne nie en rien la dimension commerciale des biens et services en question; elle insiste plutôt sur l'autre dimension des biens et services en question, la dimension culturelle, qui est à la base même de la convention.

Le contenu normatif

Les articles 1 à 4 de l'Avant-projet de convention, qui constituent la partie conceptuelle de cette dernière, traite des objectifs, des principes, du champ d'application et des définitions. L'article 1, qui énonce les objectifs de la Convention, se lit comme suit :

Les objectifs de la présente Convention sont :

- (a) de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ;*
- (b) de créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement ;*
- (c) d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix ;*
- (d) de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples ;*
- (e) de promouvoir le respect de la diversité des expressions culturelles et la prise de conscience de sa valeur aux niveaux local, national et international ;*
- (f) de réaffirmer l'importance du lien entre culture et développement pour tous les pays, en particulier les pays en développement, et d'encourager les actions menées aux plans national et international pour que soit reconnue la valeur véritable de ce lien ;*
- (g) de reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens ;*
- (h) de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées en vue de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire ;*
- (i) de renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.*

Ces objectifs, comme on peut le constater, sont de nature essentiellement culturelle. Les États-Unis, toutefois, se sont objectés à la formulation du paragraphe (a), parce qu'il utilise le terme protection qui a, à leurs yeux, une connotation nettement protectionniste, à la formulation du paragraphe (g) parce qu'il utilise les termes "*activités, biens et services culturels*" qui ont une connotation essentiellement commerciale, et au paragraphe (h), parce que tel que rédigé il

ouvre la porte à des interventions des États non conformes à leurs engagements internationaux. Mais le terme "*protection*" n'est pas un terme nouveau dans le langage de l'UNESCO; on le retrouve dans un certain nombre d'instruments internationaux en rapport avec la protection des droits de l'Homme, la protection de l'environnement, avec plus spécialement en rapport avec le patrimoine culturel (Convention sur la protection du patrimoine mondial naturel et culturel; Convention sur la protection du patrimoine culturel en cas de conflits armés; Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique). Pourquoi devrait-il en être différemment de la protection de la diversité culturelle? Pour ce qui est des termes "*activités, biens et services culturels*", ils ont, comme on l'a vu, une double dimension, à la fois commerciale et culturelle, et le paragraphe (g) ne s'intéresse manifestement qu'à la dimension culturelle; accepter l'exigence des États-Unis que ces termes soient totalement exclus du langage de la Convention équivaldrait en fait à nier l'existence de cette double dimension. En ce qui concerne enfin le paragraphe (h), enfin, il se fonde sur un principe de base du droit international (principe de souveraineté) et ne préjuge en rien de l'utilisation qui peut être faite du droit reconnu aux États d'adopter des mesures et des politiques pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire; interpréter celui-ci comme une invitation au protectionnisme commercial relève du procès d'intention. Au surplus, le droit en question a une contrepartie dans la Convention qui est l'engagement des parties, comme on le verra plus loin, de veiller à promouvoir l'ouverture aux autres cultures.

Les principes de base de la Convention, à l'instar des objectifs, utilisent un langage essentiellement culturel. Ils affirment, entre autres, que 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, que la coopération et la solidarité internationales devraient permettre à tous les pays, particulièrement aux pays en développement, de créer et de renforcer les moyens nécessaires à leur expression culturelle, que les aspects culturels du développement sont aussi importants que ses aspects économiques et que l'accès équitable à une gamme diversifiée d'expressions culturelles provenant de toutes les régions du monde et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion constituent des éléments importants de renforcement de la diversité des expressions culturelles et encouragent la compréhension mutuelle. Si besoin est par ailleurs de démontrer que la Convention n'entretient pas de visées protectionnistes, il suffit de prendre connaissance du paragraphe 8 intitulé "*Principe d'ouverture et d'équilibre*" pour s'en convaincre. Celui-ci affirme que *quand les États adoptent des mesures pour favoriser la diversité des expressions culturelles, ils devraient veiller à promouvoir, de façon appropriée, l'ouverture aux autres cultures du monde et s'assurer que ces mesures soient conformes aux objectifs poursuivis par la présente Convention.*

Jusqu'à la toute fin des négociations, les définitions ont été un terrain fertile de discussions. Les termes qui font maintenant l'objet d'une définition sont les suivants: "diversité culturelle", "contenu culturel", "expressions culturelles", "activités, biens et services culturels", "industries culturelles", "politiques culturelles", "protection" et "interculturalité". Pour répondre aux inquiétudes des États-Unis concernant l'utilisation de termes à connotation commerciale, des efforts particuliers ont été faits qui se reflètent plus spécialement dans la définition des termes "activités, biens et services culturels" et "protection". S'agissant des "activités, biens et services culturels", ceux-ci sont définis comme étant *les activités, biens et services qui, dès lors qu'ils sont considérés du point de vue de leur qualité spécifique, de leur*

usage ou finalité, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qu'ils peuvent avoir. Les activités commerciales peuvent être une fin en elles-mêmes, ou bien contribuer à la production de biens et services culturels. Le terme "protection" est défini pour sa part comme *l'adoption de mesures visant à la préservation, la sauvegarde et la mise en valeur de la diversité des expressions culturelles.* Mais ces efforts n'ont pas été jugés suffisants par les États-Unis qui désiraient plutôt voir ceux-ci totalement exclus de la Convention.

La partie IV de la Convention, la plus longue et la plus importante, porte sur les droits et obligations des Membres (articles 5 à 19). Le débat sur cette partie a soulevé moins de controverses et s'est déroulé plus rapidement que prévu considérant le nombre d'articles à couvrir. Il faut dire que la discussion sur le cadre conceptuel avait déjà permis de ventiler en partie les divergences de vues sur les questions terminologiques, ce qui a permis de concentrer le débat sur d'autres aspects contentieux des dispositions en question. Une disposition en particulier dans ce groupe d'articles, l'article 6, a été identifiée par les États-Unis comme exemplifiant le potentiel de conflit entre la Convention et les accords de l'OMC. L'article 6 énonce une série de mesures susceptibles d'être utilisées par les États en vue de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles. Mais aucune de celles-ci n'est interdite de façon absolue dans l'OMC et toutes sont utilisées à des degrés divers par les États en vue de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire. Même les États-Unis reconnaissent, dans leurs récents accords de libre-échange, la légitimité, dans le secteur audiovisuel, de mesures comme les subventions et les quotas qui sont à leurs yeux parmi les plus susceptibles de poser problèmes⁷. La disposition conserve donc toute sa pertinence, même lorsque envisagée d'un point de vue strictement commercial comme le font les États-Unis. Plus que tout autre, ce débat sur l'article 6 aura fait ressortir de façon claire les deux conceptions qui s'opposent dans les négociations en cours relativement au type de convention à adopter. Les mesures prévues dans cet article sont vues avec suspicion par certains États parce qu'elles ont le potentiel dans certains cas d'affecter la libéralisation des échanges. Elles sont vues positivement par d'autres, la vaste majorité en réalité, parce qu'elles visent à créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et d'interagir entre elles de manière à s'enrichir mutuellement. Pour que les cultures dialoguent entre elles, il faut d'abord qu'elles aient la possibilité de s'exprimer.

Pratiquement aucune des autres dispositions de la Partie IV de la Convention ne peut être considérée comme ayant, de près ou de loin, des visées commerciales. Il en va ainsi de l'article 7, qui traite des mesures destinées à promouvoir les expressions culturelles; de l'article 8, qui traite des mesures destinées à protéger les expressions culturelles menacées d'extinction; de l'article 9, qui traite de l'échange d'information et de la transparence en matière culturelle; de l'article 10, qui traite de l'éducation et de la sensibilisation du public; et de l'article 11, qui traite de la participation de la société civile aux efforts en vue d'atteindre les objectifs de la convention. Les articles 12 à 19 portent plus spécialement sur la coopération internationale en vue de créer les conditions propices à la promotion de la diversité des expressions culturelles et sur la coopération pour le développement, y compris la mise en place d'un fonds international pour la diversité culturelle. La seule disposition susceptible de

7

Voir Ivan Bernier, « Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemples de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel » : http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/conf_seoul_fra_2004.pdf

soulever des interrogations d'un point de vue commercial est l'article 16, qui prescrit que *les pays développés facilitent les échanges culturels avec les pays en développement en accordant, au moyen des cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels*. Mais, telle que rédigée, il est clair que cette disposition n'a pas de visée commerciale en tant que telle mais cherche plutôt à faciliter la circulation internationale des créateurs culturels des pays en développement et de leurs créations.

Jusqu'ici, notre analyse du contenu normatif de l'Avant-projet de Convention amène à conclure que celui-ci a un caractère véritablement culturel et ne peut en aucune manière être qualifié d'accord commercial comme cherchant à le faire valoir les États-Unis. Mais ce commentaire des États-Unis, comme nous allons le voir maintenant, se fonde beaucoup moins sur le contenu normatif de la Convention en tant que tel que sur une autre disposition, l'article 20, qui traite des relations entre la Convention et les autres instruments internationaux. Il faut comprendre d'abord que derrière la référence aux autres instruments internationaux, c'est du lien entre la Convention et les accords commerciaux internationaux qu'il est d'abord et avant tout question. Deux visions très différentes de la façon de gérer l'interface culture/commerce, entendue ici comme le point de rencontre des préoccupations culturelles et des préoccupations commerciales, s'opposaient. Pour un nombre restreint de Membres, dont les États-Unis, il devait être clair qu'en aucun cas, les préoccupations culturelles pourraient d'une quelconque façon interférer avec les préoccupations commerciales. En d'autres termes, les préoccupations commerciales, dans de telles situations, l'emporteraient automatiquement sur les préoccupations culturelles. Mais pour une nette majorité des Membres, cette vision est inacceptable. À leurs yeux, l'UNESCO est tout aussi en droit, d'un point de vue culturel, de se préoccuper des répercussions de la mondialisation de l'économie et de la libéralisation des échanges sur la préservation et le développement des expressions culturelles que l'OMC est en droit, d'un point de vue commercial, de se préoccuper des répercussions des mesures mises de l'avant dans une convention sur la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles. À moins donc que les États membres de l'UNESCO acceptent que les préoccupations culturelles soient moins importantes que les préoccupations commerciales, la solution à ce problème de gouvernance au plan international ne peut consister dans l'affirmation pure et simple de la prépondérance de la perspective commerciale sur la perspective culturelle. Il faut donc trouver une solution qui soit respectueuse à la fois de l'une et de l'autre perspective, une solution qui implique la non subordination de la Convention à d'autres instruments internationaux.

L'article en question, tel qu'il apparaît maintenant dans l'Avant-projet de Convention entériné à l'issue de la rencontre internationale des experts gouvernementaux, se lit comme suit :

Article 20 : Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-discrimination

1. Les parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités :

(a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties; et

(b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention.

2. Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties.

Cet article est manifestement l'objet d'un compromis. Les États-Unis et quelques autres États exigeaient que l'article 20 se limite à la seule affirmation du paragraphe 2. La majorité voulait pour sa part une indication claire que la Convention se situe sur un pied d'égalité avec les autres instruments internationaux. En bout de ligne, on se retrouve avec l'affirmation du paragraphe 2 qui doit être interprétée à la lumière du paragraphe 1. La solution retenue n'est peut-être pas aussi simple et aussi transparente que l'un et l'autre groupe d'États auraient pu le souhaiter, mais elle a au moins le mérite de situer la question de l'interface commerce/culture dans une perspective acceptable.

Conclusion

En mai 1998, Renato Ruggiero, alors Directeur général de l'OMC, avertissait les Membres de l'organisation qu'ils « ne devaient pas sous-estimer la pression croissante qui s'exerce sur le système multilatéral pour qu'il apporte des réponses à des problèmes qui reflètent des préoccupations très réelles du public mais dont la solution ne peut venir du seul système commercial international ». Parmi ces problèmes, il mentionnait expressément celui de la préservation de la diversité culturelle.⁸ Derrière cet avertissement, on pouvait lire un appel à peine voilé au développement en dehors de l'OMC d'un ensemble de règles en vue de répondre à ces problèmes. Or, c'est précisément le but de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles d'apporter une réponse à ces préoccupations du public dans le domaine culturel. Ce n'est pas une convention contre le commerce mais une convention pour la culture

En réponse donc à l'argument des États-Unis que l'Avant-projet de Convention entériné lors de la 3ème session de la rencontre internationale des experts gouvernementaux est un projet d'abord et avant tout commercial, il faudra insister sur le fait que l'accord envisagé est bien un accord culturel, un accord qui entre dans le champ de compétence de l'UNESCO, lequel inclut sûrement la prise en compte des répercussions culturelles de la mondialisation et de la libéralisation du commerce, à moins que l'on assigne à l'OMC le rôle d'une supra-organisation qui définit le champ de compétence de toutes les autres organisations internationales, une conception qui soulève de plus en plus d'interrogations.⁹

⁸ Opening statement by the Director-General, Mr. Renato Ruggiero, Ministerial Conference, Geneva, May 18, 1998 : http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/anniv_e/dg_e.htm

⁹ Jeffrey L DUNOFF, «The Death of the Trade Regime», (1998) 10 *European Journal of International Law*, 733 (1998) ; Robert Howse and Kalypso Nicolaïdis, "Legitimacy in Global Governance : Why Constitutionalising the WTO is a Step Too Far", in R.B. Porter, P. Sauvé, A. Subramanian and A. B. Zampetti, *Efficiency, Equity, Legitimacy The Multilateral Trading System at the Millenium*, 227 Voir également "Symposium : The Boundaries of the WTO", *American Journal of International Law*, Volume 96 (1), 2002