

**Évaluation
de la faisabilité juridique
d'un instrument international
sur la diversité culturelle**



**Évaluation
de la faisabilité juridique
d'un instrument international
sur la diversité culturelle**

Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle

Ce rapport a été produit par M. Ivan Bernier, professeur associé à la Faculté de droit de l'Université Laval de Québec, et par M^{me} Hélène Ruiz Fabri, professeure à l'Université de Paris I – Panthéon Sorbonne. Commandé par le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, il n'engage que ses auteurs.



INTRODUCTION

En décembre 1998, lors de leur rencontre à Québec, les premiers ministres de la France et du Québec, M. Lionel Jospin et M. Lucien Bouchard, sont convenus de créer un Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle.

Coprésidé par la Française Catherine Lalumière et la Québécoise Marie Malavoy, le Groupe de travail a constitué un lieu de réflexion privilégié sur la diversité culturelle et ses travaux ont tantôt permis de définir des positions communes franco-québécoises, tantôt contribué à la préparation d'importantes échéances concernant le dossier de la diversité culturelle. Ces positions ont trouvé écho dans divers forums internationaux multilatéraux, que ce soit à l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), à l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), au Réseau international sur la politique culturelle (RIPC) ou au Forum social mondial de Porto Alegre.

Depuis quelque temps, le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle s'interroge sur la faisabilité juridique d'un instrument international qui garantirait aux États et aux gouvernements le droit de définir librement leur politique culturelle. Il a donc demandé à deux juristes, M. Ivan Bernier (professeur associé à la Faculté de droit de l'Université Laval de Québec) et Mme Hélène Ruiz Fabri (professeure à l'Université de Paris I – Panthéon Sorbonne), de se pencher sur les trois questions suivantes :

1. Identification des textes existants au plan international susceptibles de régir le commerce des biens et services culturels.
2. Identification des solutions juridiques pouvant permettre l'adoption d'un instrument international contraignant.
3. Identification des solutions juridiques garantissant une articulation satisfaisante de cet instrument international avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

M. Bernier et M^{me} Ruiz Fabri livrent, dans le présent rapport, les résultats de leurs recherches. Commandé par le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, ce rapport n'engage que ses auteurs.

TABLE DES SIGLES ET DES ACRONYMES

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce
AEA	Association des États antillais
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ALE	Accord de libre-échange (Canada – États-Unis)
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
ASACR	Association sud-asiatique pour la coopération régionale
CARICOM	Communauté des Caraïbes
CCI	Comité de l'ANASE sur la culture et l'information
CEEAF	Communauté économique des États de l'Afrique Centrale
CIJ	Cour internationale de Justice
COMESA	Marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud
CSAD	Communauté sud-africaine de développement
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers
MCAC	Marché commun de l'Amérique centrale
MERCOSUR	Marché commun du sud
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OIF	Organisation internationale de la Francophonie
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
SICLAC	Système d'information culturel de l'Amérique latine et des Caraïbes
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	V
Table des sigles et des acronymes	VII
<hr/>	
Question 1: Identification des textes existants au plan international susceptibles de régir le commerce des biens et services culturels	1
I. LES ACCORDS MULTILATÉRAUX	2
1. Le régime juridique de l'OMC	2
1.1 Accord général sur le commerce et les tarifs douaniers (GATT)	2
1.2 Accord général sur le commerce des services (AGCS)	3
1.3 Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)	5
2. La coopération internationale hors de l'OMC	6
2.1 Facilitation du commerce de produits éducatifs, scientifiques et culturels	6
2.2 Préservation du patrimoine	7
2.3 Protection de la propriété intellectuelle	7
II. LES ACCORDS RÉGIONAUX	8
1. Accords intra-OCDE	8
1.1 L'Union européenne	8
1.2 Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)	10
2. Accords Nord-Sud	12
2.1 L'Accord de Cotonou	12
3. Accords Sud-Sud	12
3.1 Hémisphère Occidental	12
3.2 Afrique	15
3.3 Asie	15
3.4 Code de la libération des opérations invisibles courantes de l'OCDE	16
III. LES ACCORDS BILATÉRAUX	17
1. Accords bilatéraux de libre-échange	17
2. Accords bilatéraux de coopération culturelle	17
3. Accords bilatéraux de coproduction cinématographique et audiovisuelle	17
4. Accords bilatéraux sur l'investissement	17
CONCLUSION	18

Question 2: Identification des solutions juridiques pouvant permettre l'adoption d'un instrument international contraignant	21
I. LA QUESTION PRÉALABLE DE L'ORGANISME D'ACCUEIL	22
II. LE BESOIN D'UN INSTRUMENT INTERNATIONAL CONTRAIGNANT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE	23
1. Les menaces pesant sur la diversité culturelle	23
2. Les lacunes des instruments existants au plan juridique	25
2.1 Absence d'une vision globale de l'impact de la mondialisation sur la diversité culturelle	25
2.2 Prise en compte inadéquate du déséquilibre des échanges culturels sur le plan international	25
III. LES OBJECTIFS DU NOUVEL INSTRUMENT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE	26
IV. LE CONTENU NORMATIF DU NOUVEL INSTRUMENT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE	27
1. Le premier type d'intervention normative situerait l'instrument dans le contexte des droits fondamentaux de la personne	28
2. Le second type d'intervention normative aurait pour objet l'action gouvernementale en vue d'assurer une expression culturelle dynamique et diversifiée sur le territoire national	29
3. Le dernier type d'intervention normative ciblerait plus particulièrement les mesures nationales visant à influencer les flux internationaux d'échange en matière culturelle	30
V. LA MISE EN ŒUVRE DU NOUVEL INSTRUMENT	31
1. Le suivi de la mise en œuvre	31
1.1 La composition de l'organe	31
1.2 L'attributions de l'organe	32
2. Le règlement des différends	33
2.1 L'impossible éviction du mécanisme OMC	33
2.2 Les propositions sur le règlement des différends	34
VI. LES RETOMBÉES DU NOUVEL INSTRUMENT	36

**Question 3: Identification des solutions juridiques
garantissant une articulation satisfaisante
de cet instrument international avec l'OMC 37**

I. L'EFFET INDIRECT 38

1. Par rapport au droit existant, l'instrument ne pourrait
produire éventuellement d'effet que sur son interprétation 38

2. Par rapport aux négociations à venir 42

II. QUESTIONS PARTICULIÈRES D'ARTICULATION 42

1. Ce qui est permis ou ne l'est plus 43

2. Ce qui est en discussion et comment concilier 44

ANNEXE 1

Le déséquilibre des échanges dans le domaine de l'audiovisuel:
La situation en Europe 47

ANNEXE 2

Le déséquilibre des échanges dans le domaine de l'audiovisuel:
L'Australie et le Canada 49

L'analyse qui suit de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle répond aux trois questions spécifiques soulevées dans le mandat qui nous a été confié par le Groupe franco-québécois sur la diversité culturelle.

*Ivan Bernier
Université Laval*

*Hélène Ruiz Fabri
Université Paris I – Panthéon Sorbonne*

QUESTION 1

Identification des textes existants au plan international susceptibles de régir le commerce des biens et services culturels

Le présent survol des instruments multilatéraux, régionaux ou bilatéraux susceptibles de régir d'une façon ou d'une autre le commerce des produits culturels ne prétend pas être exhaustif; il fournit cependant une assez bonne idée de la multiplicité et la diversité des instruments en question¹. Le concept d'instrument international sous-jacent renvoie à une gamme fort variée de textes internationaux, allant de la simple recommandation jusqu'aux accords internationaux à caractère obligatoire, en passant par les résolutions, déclarations, décisions, chartes et plans d'action. Leur caractéristique commune réside dans leur origine intergouvernementale, ce qui exclut entre autres les textes provenant d'organisations non gouvernementales.

1. Ce survol prend sa source dans les textes suivants: BERNIER, Ivan et Jean-François LAMOUREUX. «Les politiques culturelles du Canada et du Québec, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA)», dans *Les politiques culturelles à l'épreuve – La culture entre l'État et le marché*, sous la direction de Florian Sauvageau, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1996, pp 1-69; BERNIER, Ivan. «Cultural Goods and Services in International Trade Law» dans *The Culture/Trade Quandary – Canada's Policy Options*, Dennis Browne éd., Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 1998, pp. 108-148; BERNIER, Ivan. *Catalogue des instruments internationaux relatifs à la culture, 2000*: disponible sur le site <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/index.htm>; PAAPE, S. *Treatment of Culture in Trade and Economic Agreements*, monographie, avril 2000; SAUVÉ, Pierre. *Le traitement des produits et services culturels dans les accords commerciaux*, Agence de la Francophonie, 2000

I. LES ACCORDS MULTILATÉRAUX

1. Le régime juridique de l'OMC

1.1 L'Accord général sur le commerce et les tarifs douaniers (GATT)

Les préoccupations de l'OMC à l'égard de la culture et des produits culturels ne datent pas d'hier. On retrouve déjà dans le texte original de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* adopté en 1947 une disposition, l'article IV, qui montre bien jusqu'à quel point les fondateurs du système commercial multilatéral étaient sensibles à cette époque au danger que peut représenter pour les cultures nationales une mise en œuvre sans nuances du principe de la libre circulation des marchandises. L'article IV stipule qu'une partie contractante peut maintenir une réglementation quantitative intérieure comportant l'obligation de projeter, pour une période de temps déterminée, des films d'origine nationale pendant une fraction minimum du temps total de projection effectivement utilisé.

Cela dit, l'article IV précise que les contingents à l'écran devront faire l'objet de négociations tendant à en limiter la portée, à les assouplir ou à les supprimer. L'article IV du GATT 1947 (qui fût reconduit au terme du cycle d'Uruguay dans le GATT de 1994), se lit comme suit :

« Si une partie contractante établit ou maintient une réglementation quantitative intérieure sur les films cinématographiques impressionnés, cette réglementation prendra la forme de contingents à l'écran conformes aux conditions suivantes : (a) Les contingents à l'écran pourront comporter l'obligation de projeter, pour une période déterminée d'au moins un an, des films d'origine nationale pendant une fraction minimum du temps total de projection effectivement utilisé pour la présentation commerciale des films de toute origine ; ces contingents seront fixés d'après le temps annuel de projection de chaque salle ou d'après son équivalent. »

La disposition en question fût insérée parce que de telles réglementations restrictives étaient perçues comme *« relevant davantage de politiques culturelles nationales que de l'économie et du commerce »*². L'intérêt premier de cette clause réside dans sa reconnaissance explicite de la spécificité du film en tant que produit entrant dans le commerce international.

Si on laisse de côté l'article IV, la seule autre disposition du GATT de 1994 qui a traité directement au commerce des biens culturels se trouve à l'article XX(f) qui reconnaît comme exception les restrictions imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. Cet article se décline comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au

2. JACKSON, John H. *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, Kansas City, New York, The Bobbs Merrill Co. Inc., 1969, p. 293.

commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :

f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique.»

En dehors de ces deux exceptions, les produits culturels doivent donc être traités exactement comme n'importe quel autre produit du point de vue du système de règles multilatérales régissant le commerce. C'est précisément ce que suggère la décision récente de l'Organe de règlement des différends de l'OMC dans l'affaire *Canada – Certaines mesures relatives aux périodiques*³ où des dispositions destinées à protéger l'industrie canadienne des périodiques ont été jugées incompatibles avec les articles III (traitement national) et XI (restrictions quantitatives) du GATT de 1994. On verra plus loin l'impact potentiel de cette décision sur les interventions nationales dans le domaine culturel.

1.2 L'Accord général sur le commerce des services (AGCS)

Contrairement au GATT de 1994, et bien qu'il ait été le principal lieu d'affrontement entre le commerce et la culture (notamment dans le secteur audiovisuel) lors du cycle de l'Uruguay, l'AGCS ne comporte pas de clause spécifique concernant la culture ou les produits culturels. Néanmoins, les services culturels bénéficient de certaines dispositions qui permettent le maintien de mesures nationales autrement incompatibles avec l'engagement de base des parties d'octroyer le traitement de la nation la plus favorisée, ou permettent le maintien, dans des secteurs où aucun engagement spécifique de libéralisation n'a encore été pris, de mesures incompatibles avec le principe du traitement national ou qui viennent limiter l'accès au marché intérieur.

Le principal engagement des parties signataires de l'AGCS se retrouve à l'article II, paragraphe 1, qui prescrit qu'en ce qui concerne toutes les mesures couvertes par l'Accord, «*chaque Partie accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de toute autre Partie, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays*». L'article II:1 de l'AGCS est d'application générale, et engage tous les membres de l'Accord peu importe qu'ils aient ou non souscrit des engagements de libéralisation dans le secteur. Toutefois, aux termes du paragraphe 2 de ce même article, un «*Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe*». Les conditions en question prévoient que toutes les exemptions accordées pour une période de plus de cinq ans devraient faire l'objet d'un réexamen et qu'en principe, les exceptions ne devraient pas dépasser une période de dix ans. En pratique, pas moins de 27 États, dont nombre de pays latino-américains, nordiques, européens et arabes, ainsi que le Canada, ont demandé

3. OMC, Doc. WT/DS31/AB/R

que les conventions de coproduction et de codistribution d'œuvres cinématographiques et télévisuelles figurent à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II pour des raisons liées essentiellement à la conservation d'identités nationales et régionales.⁴

Parmi les autres dispositions de l'AGCS, celles touchant à l'accès au marché et au traitement national, qui se retrouvent à la partie III de l'Accord et traitent des engagements spécifiques des membres, comptent parmi les plus importantes. Suivant le schéma originalement mis au point dans l'Accord du GATT de 1947 pour le commerce des biens, le nouvel accord sur les services prévoit qu'en plus des engagements généraux incorporés aux parties I et II, les parties signataires devront assumer des engagements spécifiques concernant la libéralisation des échanges de services dans des secteurs de leur choix en réponse aux demandes des autres parties contractantes. Les principaux engagements qu'ils acceptent, en inscrivant volontairement (c'est-à-dire de manière « positive ») une catégorie donnée de services dans leur liste, concernent l'accès au marché et l'octroi du traitement national, sujets dans les deux cas à des exceptions clairement explicitées dans la liste en question.

Aux termes du paragraphe 1 de l'Article XVI de l'AGCS touchant l'accès aux marchés, « *chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste* ». En pratique, peu d'États ont pris de tels engagements dans le secteur culturel (13 sur les 105 signataires de l'accord de Marrakech et 19 sur les 142 membres actuels de l'OMC), et certains de ceux qui l'ont fait ont inclus divers types de limitations à leurs engagements.⁵

Les parties signataires acceptent également, aux termes de l'article XIX, d'engager des séries de négociations successives en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation, la première devant débiter au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Ces négociations ont repris au 1^{er} janvier 2000 au titre de l'ordre du jour préétabli émanant du cycle d'Uruguay. La reprise des discussions a déjà permis aux États-Unis d'afficher leur ferme intention de voir les membres de l'AGCS améliorer la teneur qualitative (et parfois quantitative) de leurs engagements de libéralisation en matière d'industries culturelles sous l'AGCS. Il importe cependant de rappeler que l'AGCS opère sur la base d'une approche dite par « liste positive » s'agissant de sa mécanique de libéralisation. Ce faisant, les pays

4. Les accords régionaux et bilatéraux de coproduction et de codistribution sont nombreux et impliquent des pays de toutes les régions du monde (Asie, Moyen Orient, Afrique, Europe, Amérique du Nord et Amérique latine). Ces accords, étant par définition contraires au traitement de la nation la plus favorisée, ne peuvent être maintenus par les pays membres de l'OMC que dans la mesure où ils sont mentionnés dans l'Annexe relative aux exemptions à l'article II de l'Accord général sur le commerce des services. La lecture de cette annexe est particulièrement intéressante car elle incorpore une colonne où les États concernés fournissent des explications sur la raison d'être de leur exemption. Dans pratiquement tous les cas, l'exemption en question est justifiée par le besoin d'assurer la préservation et la promotion d'une identité nationale ou régionale. Les exemptions à l'article II du GATS ne valent que pour les mesures en vigueur au 1^{er} janvier 1995, et ne devraient, « en principe », dépasser une période de 10 ans. En pratique, de nouveaux accords de coproduction sont régulièrement conclus et il est plus que douteux que ceux actuellement protégés par l'Annexe disparaissent en 2005. Cela dit, une revue des exemptions à l'article II, et des discussions sur l'opportunité de les éliminer ou d'en réduire progressivement l'incidence sur le commerce est inscrite au programme de travail actuel de l'AGCS.

5. C'est dans ce contexte précis qu'il faut situer la demande adressée par les États-Unis à la Communauté européenne d'éliminer les quotas audiovisuels autorisés par la directive « *Télévision sans frontières* », demande à laquelle celle-ci devait éventuellement refuser d'accéder.

membres de l'OMC continueront au cours du prochain cycle à jouir d'une totale discrétion en la matière. Rien, en effet, n'oblige qui que ce soit à concéder quoi que ce soit sur ce terrain.

De même, dès lors que les produits culturels sont couverts par les disciplines de l'AGCS, les discussions en cours au titre de disciplines potentielles sur les subventions, la réglementation intérieure et les mesures de sauvegarde (en cas de préjudice non anticipé aux industries nationales découlant de l'ouverture des marchés à la concurrence étrangère) en matière de commerce des services, intéresseront directement le traitement futur des industries culturelles au sein (ou à l'extérieur) de l'OMC. Il faudra donc que ces pourparlers tiennent compte des effets possibles de pareilles disciplines sur la formulation des politiques culturelles nationales. Si des progrès tangibles sur la question des sauvegardes ont été enregistrés ces derniers temps, accréditant l'idée que pareilles disciplines puissent éventuellement être incorporées dans l'AGCS, les discussions en matière de régimes de subventions et leur incidence sur le commerce des services n'ont pas à ce jour débouché sur des pistes fructueuses.

1.3 L'Accord sur les aspects des droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

La protection des droits d'auteur et des droits voisins est d'une importance capitale comme support à la création artistique. Il est peu surprenant à ce titre de constater que le droit d'auteur soit mentionné expressément comme un droit de la personne dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de la personne.

L'importance croissante du commerce des produits culturels, tels le livre, les enregistrements sonores, le contenu télévisuel et cinématographique, montre aussi la place centrale que ces questions doivent prendre dans le système commercial multilatéral. L'Accord sur les ADPIC, qui comme tous les accords issus du cycle d'Uruguay est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, est à ce jour l'accord multilatéral le plus complet en matière de propriété intellectuelle touchant au commerce. L'Accord s'articule autour des trois principaux éléments suivants :

(i) Normes. L'Accord sur les ADPIC établit, pour chacun des principaux secteurs de la propriété intellectuelle qu'il vise, les normes minimales de protection devant être prévues par chaque membre. Les principaux éléments de la protection sont définis, à savoir l'objet de la protection, les droits conférés et les exceptions admises à ces droits, ainsi que la durée minimale de la protection. L'Accord établit ces normes en exigeant en premier lieu que les obligations de fond énoncées dans les versions les plus récentes des principales conventions de l'OMPI, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris) et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne), soient respectées. À l'exception des dispositions de la Convention de Berne relatives aux droits moraux, toutes les principales dispositions de fond de ces conventions sont incorporées par référence et deviennent ainsi, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, des obligations pour les pays

membres parties à l'Accord. En second lieu, l'Accord sur les ADPIC introduit un nombre important d'obligations supplémentaires dans les domaines où les conventions préexistantes sont muettes ou jugées insuffisantes. On parle ainsi parfois de l'Accord comme d'un accord renforçant les Conventions de Berne et de Paris.

(ii) Moyens de faire respecter les droits. Le deuxième grand ensemble de dispositions concerne les procédures et mesures correctives internes destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. L'Accord énonce certains principes généraux applicables à toutes les procédures de ce type. Il contient en outre des dispositions relatives aux procédures et mesures correctives civiles et administratives, aux mesures provisoires, aux prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière et aux procédures pénales, qui indiquent, de façon assez détaillée, les procédures et mesures correctives devant être prévues pour permettre à ceux qui détiennent des droits de les faire respecter efficacement.

(iii) Règlement des différends. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les différends entre membres de l'OMC relatifs au respect des obligations découlant de l'Accord sont traités dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC.

Outre l'intérêt majeur que représente dans le domaine de la création artistique la meilleure mise en œuvre de l'ADPIC par les membres de l'OMC, le prochain cycle de négociations pourrait fournir l'occasion d'incorporer les dispositions négociées en 1996 au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur la protection du droit d'auteur dans la société de l'information. Une attention particulière devra également être accordée aux incidences possibles du programme de travail de l'OMC en matière de commerce électronique pour les politiques de soutien aux industries culturelles et de protection des contenus culturels et de leurs créateurs. Bien que l'idée puisse paraître intuitivement séduisante compte tenu du dynamisme technologique du secteur et de la convergence en cours entre le secteur des télécommunications et de la production audiovisuelle, il n'est pas du tout évident en l'état actuel de la réflexion qu'une approche fondée sur «l'abstinence réglementaire» en matière de commerce électronique soit nécessairement compatible avec l'idée de promouvoir la diversité culturelle.

2. La coopération internationale hors de l'OMC

2.1 Facilitation du commerce de produits éducatifs, scientifiques et culturels

Reconnaissant que la libre circulation des produits (entendue ici au titre du commerce des marchandises) à caractère éducatif, scientifique et culturel constitue un bien public international en quelque sorte, la communauté internationale a conclu un certain nombre d'accords destinés à faciliter le commerce et la diffusion de tels produits. Nombre de ceux-ci ont été conclus dans la foulée de la fondation du GATT, sans toutefois en avoir le même caractère juridiquement contraignant. C'est le cas, notamment, de deux instruments négociés sous l'égide de l'UNESCO :

- *Accord visant à faciliter la circulation internationale du matériel visuel et auditif de caractère éducatif, scientifique et culturel*, conclu sous

l'égide de l'UNESCO à Beyrouth en 1948. Il s'agit essentiellement d'un accord douanier visant la suppression des entraves tarifaires sur les catégories de matériels suivantes : films, films fixes, micro-films, enregistrements du son, diapositives, maquettes et modèles mécaniques, tableaux muraux, cartes et affiches).

- *Accord pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique et culturel*, établi à Florence en 1950, qui vise à supprimer les tarifs douaniers et autres obstacles qui entravent les échanges non seulement du matériel visuel et auditif, mais aussi de plusieurs autres catégories de matériels. Un *Protocole à l'Accord de Florence* fût adopté à Nairobi en 1976. Ce dernier étend l'exemption des droits de douane à divers groupes de matériels non couverts par l'Accord.

2.2 Préservation du patrimoine

Un certain nombre d'instruments internationaux relatifs à la préservation du patrimoine culturel contiennent des dispositions qui autorisent les États signataires à prendre des mesures qui seraient normalement considérées incompatibles avec l'article XI du GATT de 1994 si ce n'était de l'exception de l'Article XX (f) relative à la protection des trésors nationaux. Parmi ces instruments, notons :

- *La Convention de l'UNESCO pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés*, adoptée à La Haye le 14 mai 1954 et entrée en vigueur le 7 août 1956. Cette convention concerne la sauvegarde et le respect des biens culturels en cas d'un conflit armé ; l'interdiction d'exporter les biens culturels d'un territoire occupé et l'obligation de retourner ces biens dans le territoire de l'État d'où ils ont été exportés.
- *La Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels*, adoptée à Paris le 14 novembre 1970, qui concerne la protection des biens culturels contre le vol, l'exportation illicite et l'aliénation arbitraire.

2.3 Protection de la propriété intellectuelle

Malgré la primauté récente de l'ADPIC, en raison notamment du caractère contraignant de son système de règlement des différends et du fait que ses règles régissent précisément l'interface avec le commerce international, il importe de souligner un certain nombre d'instruments précurseurs négociés par la communauté internationale au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et dont les plus importants sont :

- *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, adoptée par l'OMPI en 1886, qui contient une série de dispositions définissant le minimum de protection, ainsi que des dispositions spéciales pour les pays en développement ;
- *La Convention universelle sur le droit d'auteur*, adoptée à Genève en 1952 et révisée à Paris en 1971 sous l'égide de l'UNESCO. La Convention stipule les modalités d'un régime de protection du droit d'auteur approprié à toutes les nations ;

- La *Convention internationale sur la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, adoptée à Rome en 1961 sous l'égide de l'OIT, l'OMPI et l'UNESCO. La Convention de Rome protège les représentations ou exécutions des artistes interprètes ou exécutants, les phonogrammes des producteurs de phonogrammes et les émissions radiodiffusées des organismes de radiodiffusion;
- La *Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*, établie à Genève sous l'égide de l'OMPI en 1971. La Convention protège un producteur de phonogrammes qui est ressortissant d'un autre État contractant contre la production de copies faites sans le consentement de ce producteur et contre la distribution de ces copies au public.

Les récents instruments internationaux relatifs à la protection du droit d'auteur et d'autres droits afférents insistent, à titre de support à la création, sur la nécessité d'introduire de nouvelles règles internationales afin que des réponses adéquates puissent être données aux questions soulevées par les récents développements de nature économique, sociale, culturelle et technologique. L'essor du commerce électronique et la croissance rapide de l'Internet posent à ce titre un défi de taille aux instruments existants et montrent la nécessité d'une plus grande coopération internationale. Deux accords conclus à l'OMPI depuis la fin du cycle d'Uruguay, mais qui ne sont pas encore en vigueur, soit le *Traité sur les interprétations, les exécutions et les phonogrammes* adopté en 1996, qui vise à développer et à assurer la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes d'une manière aussi efficace et uniforme que possible⁶); ainsi que le *Traité sur le droit d'auteur*, conclu à Genève le 20 décembre 1996, illustrent ce type d'instruments.

II. LES ACCORDS RÉGIONAUX

1. Accords intra-OCDE

1.1 L'Union européenne

Ce n'est que récemment que la culture et les produits culturels ont commencé à recevoir une reconnaissance particulière en droit communautaire européen. Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Traité d'union européenne* (Maastricht) en novembre 1993, aucune disposition du *Traité de Rome* de 1957 ou de l'*Acte unique européen* de 1986 ne faisait expressément référence

6. Son préambule se lit comme suit : « Désireuses de développer et d'assurer la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes d'une manière aussi efficace et uniforme que possible; Reconnaisant la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique; Reconnaisant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la production et l'utilisation des interprétations ou exécutions et des phonogrammes; Reconnaisant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, les Parties conviennent que... » Voir <http://www.OMPI.org/fre/main.htm>

à la culture ou aux produits culturels. Cette situation n'a pas pour autant empêché un certain nombre de plaintes d'être déposées durant cette période devant la Cour européenne de justice en rapport avec des mesures nationales dans le domaine culturel jugées comme entravant la libre circulation des biens ou services culturels. Dans presque tous les cas, ces interventions ont été jugées incompatibles avec le droit communautaire.

L'entrée en vigueur du Traité de Maastricht marque cependant un tournant important. Outre certaines références de nature essentiellement préambulaire consacrées à la préservation de la culture et de l'identité nationale des États membres, un titre particulier sur la culture comportant un article unique, l'article 128, maintenant numéroté article 151, a été ajouté et des précisions ont été apportées concernant les aides à la culture et à la conservation du patrimoine (article 92 (3) maintenant article 87(3)). L'article 151 prescrit entre autres, à son paragraphe 1, que la contribution de la Communauté à l'épanouissement des cultures se fera «dans le respect des diversités nationales et régionales et en mettant de l'avant l'héritage commun» et à son paragraphe 4 que la Communauté «prendra en considération les aspects culturels dans ses actions en vertu d'autres dispositions du Traité». Même s'il est difficile de prédire quel type d'impact concret ces dispositions auront dans le futur, on peut y déceler le reflet d'un changement de perspective important concernant la place que doit occuper la culture dans le cadre communautaire.

Cela dit, une ambiguïté certaine persiste s'agissant du traitement accordé aux produits culturels au plan interne et au plan international. Il est quelque peu paradoxal, en effet, de constater que l'assujettissement marqué de ces derniers aux principes de la libre circulation des biens et des services à l'intérieur même de la Communauté ne trouve pas son pendant au plan international où l'on n'a pas hésité par exemple à demander aux États membres de maintenir des quotas à l'encontre des produits audiovisuels étrangers ou de restreindre l'éligibilité aux programmes d'aide à la production aux ressortissants communautaires.

Parmi les instruments communautaires régissant le commerce transfrontière des produits culturels, la Directive de la Communauté européenne sur «*La télévision sans frontière*», qui fut à l'origine de tensions commerciales importantes entre l'Europe et les États-Unis vers la fin du cycle d'Uruguay occupe une place toute particulière.⁷

Les États membres de l'Union européenne ont ces dernières années élaboré plusieurs instruments destinés à promouvoir le développement, le rayonnement et la plus grande diffusion des produits culturels au sein de la Communauté et au-delà de ses frontières. Leur diversité est telle – reconnaissance de la valeur intrinsèque de la culture comme source d'épanouissement des peuples et de l'intégration européenne; promotion des produits multimédias; préservation de la mission de service public de radiodiffusion; promotion de régimes de prix fixes du livre; promotion des accords

7. Tandis que la Directive couvre les 15 États membres de l'Union Européenne, la Convention couvre potentiellement 47 États européens. Après la révision importante en 1997 de la Directive «*Télévision sans frontière*», il était devenu nécessaire, pour conserver cette cohérence entre la Directive et la Convention dans l'intérêt de la sécurité juridique des États et des radiodiffuseurs transfrontières, de réaligner la Convention sur la Directive, ce que fait la convention STE-171. Voir <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Summaries/Html/171.htm>

de coproduction cinématographique et audiovisuelle; libre circulation des personnes travaillant dans le secteur culturel – qu'il est difficile d'en offrir une vision synthétique. L'inventaire qui suit décrit néanmoins quelques-uns des instruments communautaires dont la portée concerne plus directement l'interface commerce-culture et dont le traitement peut utilement nourrir une réflexion sur la teneur d'un possible instrument international sur la diversité culturelle :

- Décision du Parlement européen et du Conseil, du 14 février 2000, établissant le programme «*Culture 2000*»⁸;
- Résolution du Conseil de l'Union européenne et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 25 janvier 1999 concernant le service public de radiodiffusion⁹;
- Résolution du Conseil de l'Union européenne du 8 février 1999 concernant le régime de prix fixes du livre dans des zones linguistiques transnationales homogènes;
- Résolution du Conseil, du 17 décembre 1999, sur la promotion de la libre circulation des personnes qui travaillent dans le secteur de la culture¹⁰;

Plusieurs instruments communautaires témoignent par ailleurs de l'importance que les États membres accordent à la coproduction audiovisuelle comme moyen de renforcer la création et l'expression de la diversité culturelle de l'espace européen. Ce fut le cas, par exemple, de la Décision du Conseil de l'Union européenne du 10 juillet 1995 portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement et à la distribution des œuvres audiovisuelles européennes (le programme dit «*Média II – Développement et distribution*»)¹¹. Ce programme qui expirait en 2000 a été remplacé par le plan «*Média Plus – Développement, Distribution et Promotion*» qui couvrira la période 2001-2005 (Décision du Conseil du 20 décembre 2000 portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes).

1.2 L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

Conclu en 1993 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, l'Accord de libre-échange nord-américain liant les gouvernements du Canada, des États-Unis et du Mexique privilégie une approche à géométrie variable, le Canada s'arrogeant le droit de soustraire ses industries culturelles du champ de l'accord (sujet à des mesures de rétorsion), alors que les États-Unis et le Mexique ont choisi de traiter le secteur culturel au même titre que tous les autres couverts par les disciplines de l'accord, sujet, en ce qui concerne le Mexique, à certaines exceptions.

8. Voir *Journal officiel* no L 063 du 10/03/2000: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300D0508.html

9. Voir *Journal officiel* no. C 030 du 05/02/1999 p. 0001 – 0001; http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1999/fr_499Y0205_01.html

10. *Journal officiel* C 008, 12/01/00 p.0003-0005: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300Y0112_01.html

11. *Journal officiel* no. L 321 du 30/12/1995 p. 0025 – 0032: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1995/fr_395D0563.html

L'annexe 2106 de l'ALENA stipule que les droits et obligations prévus à l'article 2005 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE), dans le domaine culturel, continueront de s'appliquer entre les deux mêmes pays sous l'ALENA et s'appliqueront également entre le Canada et le Mexique ainsi qu'entre le Canada et tout autre pays qui pourrait se joindre à l'ALENA. L'article 2005 de l'ALE prescrit, à son paragraphe 1, que «*les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse...*». Cependant, le paragraphe 2 du même article réduit considérablement la portée réelle de cette exemption, notant que :

«Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1.»

Cette dernière disposition contredit dans les faits l'affirmation du paragraphe 1, car elle sanctionne le non-respect d'obligations dont les parties se trouvent en principe exemptées. Lorsqu'une Partie adopte ou maintient effectivement une mesure relative à une industrie culturelle qui serait incompatible avec les exigences de l'ALE si ce n'était de l'exemption de l'article 2005(1), alors il devient loisible à la discrétion de la Partie plaignante et sans autre forme d'enquête de recourir à des mesures commerciales compensatoires. Le Mexique, qui ne partageait pas les préoccupations canadiennes en matière d'industries culturelles, s'est satisfait pour sa part d'un nombre limité de réserves dans le domaine culturel au titre des chapitres de l'accord traitant du commerce transfrontière des services et de l'investissement.

Annexe 2106 : Industries culturelles :

«Nonobstant toute autre disposition du présent accord, et s'agissant du Canada et des États-Unis, toute mesure adoptée ou maintenue en ce qui a trait aux industries culturelles, sauf disposition expresse de l'article 302 (Accès aux marchés, Élimination des droits de douane), et toute mesure d'effet commercial équivalent adoptée en réaction, seront régies dans le cadre du présent Accord exclusivement par les dispositions de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. Les droits et obligations s'appliquant entre le Canada et toute autre Partie relativement à ces mesures seront identiques aux droits et obligations s'appliquant entre le Canada et les États-Unis.»¹²

Il importe de rappeler que l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, à son article 2005, prescrit ce qui suit en ce qui concerne les industries culturelles :

«1. Les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse à l'article 401 (Élimination des droits de douane), au paragraphe 4 de l'article 1607 (cession forcée d'une acquisition indirecte) et aux articles 2006 et 2007 du présent chapitre.

2. Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque Partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1.»

12. Voir <http://www.juris.uqam.ca/docjur/intl/Alena/Chap17.htm>

2. Accords Nord-Sud

2.1. L'Accord de Cotonou

L'Accord de Cotonou, signé le 23 juin 2000 mais non encore en vigueur, remplace la Convention de Lomé entre l'Union européenne et les pays ACP qui comportait dans sa dernière version plusieurs articles pertinents en matière d'interface commerce-culture. L'Accord de Cotonou intègre également des dispositions qui font du développement culturel un objectif à part entière de la coopération dans le cadre de l'Accord. C'est ainsi que l'article 27 prescrit que dans le domaine de la culture, la coopération vise à :

- a. *intégrer la dimension culturelle à tous les niveaux de la coopération au développement ;*
- b. *reconnaître, préserver et promouvoir les valeurs et identités culturelles pour favoriser le dialogue interculturel ;*
- c. *reconnaître, sauvegarder et valoriser le patrimoine culturel, appuyer le développement des capacités dans ce secteur, et*
- d. *développer les industries culturelles et améliorer les possibilités d'accès au marché pour les biens et services culturels.*¹³

3. Accords Sud-Sud

3.1 Hémisphère occidental

(i) AEA (Association des États antillais)

- *Convention fondant l'Association des États antillais*, adoptée le 26 juillet 1994, dont le préambule appelle les États membres à une nouvelle ère de coopération et de relations culturelles. La Convention appelle les États membres à établir, consolider et renforcer leur capacité collective à atteindre un développement culturel soutenu, notamment par le biais de structures institutionnelles et formes de coopération qui soient sensibles aux identités culturelles, aux besoins en matière de développement et aux systèmes réglementaires de la région (Article 3). De même, elle établit un Conseil ministériel comme instance de l'Association, lequel a pour but de mettre sur pied un Comité sur la science, la technologie, la santé, l'éducation et la culture.
- *Déclaration de Saint-Domingue*, adoptée le 17 avril 1999, et qui appelle à des efforts accrus en vue de défendre les identités culturelles des États membres, et de protéger et promouvoir les expressions culturelles locales.

(ii) CARICOM (Communauté des Caraïbes)

- *Traité instituant la Communauté des Caraïbes*, adoptée le 4 juillet 1973, qui fixe les modalités de coopération entre les États signataires dans le domaine de la culture. Le développement culturel y est reconnu comme l'un des objectifs centraux de la Communauté.

13. Voir http://europa.eu.int/comm/development/cotonou/agreement/agr13_fr.htm

- *Protocole d'amendement au Traité instituant la Communauté des Caraïbes (Protocole III – Politique industrielle)*, adopté le 13 juin 1998, dont le but est d'assurer la protection de la propriété intellectuelle par la préservation des cultures antillaises locales et par la protection légale des expressions du folklore et d'autres connaissances traditionnelles, ainsi que du patrimoine culturel, tout particulièrement celui des populations indigènes.
- *Charte de la société civile pour la Communauté des Caraïbes*, adoptée en 1992, qui affirme que chaque culture a une dignité et une valeur devant mériter le respect; que tout individu a le droit de préserver et de développer sa culture; et que les États doivent reconnaître la contribution des peuples autochtones au processus de développement économique et social.

(iii) Amérique centrale

- *Marché commun de l'Amérique centrale (MCAC) – Protocole de Tegucigalpa*, adopté le 3 décembre 1991. Le Protocole s'intéresse à la promotion et à la protection du développement culturel. Son article 12 crée un Comité consultatif associant le secteur privé, les milieux syndicaux, universitaires et culturels et dont le mandat consiste à promouvoir le développement des sphères économiques, sociales et culturelles de la région. Le Protocole prévoit aussi des mécanismes de concertation régionale s'agissant de questions culturelles ayant des incidences internationales.

(iv) Communauté andine (Union douanière)

- *Codification de l'Entente de Cartagena*, adoptée le 10 mars 1996. L'Entente note que l'intégration constitue un mandat historique, politique, économique, social et culturel pour préserver la souveraineté et l'indépendance des États membres et appelle ces derniers à entreprendre des actions communes pour renforcer l'identité de la région andine, notamment par le biais de programmes et projets touchant au patrimoine culturel, historique et géographique de la région (Articles 148 et 149).

(v) Mercosur¹⁴ (Marché commun du Sud)

Protocole d'intégration culturelle du MERCOSUR:

«Les gouvernements de la République d'Argentine, de la République fédérative du Brésil, de la République du Paraguay et de la République orientale de l'Uruguay (ci-après appelés «les États parties»),

Considérant les principes et objectifs énoncés dans le traité d'Asunción, signé le 26 mars 1991, la création en 1992 du Groupe culturel spécialisé¹⁵ et le protocole d'entente signé à Buenos Aires le 15 mars 1995, dans le cadre de la première conférence portant sur la culture;

14. Voir le, Décision MERCOSUR/CMC/Déc., No 11/96: <http://www.mre.gov.br/unir/webunir/bdmsul/zlc&ua/1CMC/2DECISOE/1996/DEC96.HTM>

15. Par la Résolution no. 34/92, les pays du MERCOSUR ont mis sur pied un «Groupe» culturel spécialisé afin de promouvoir et de diffuser la culture des États membres; de favoriser la compréhension mutuelle entre les valeurs culturelles de chacun; et d'inclure des projets et des activités régionales dans le domaine de la culture.

*Conscients que l'intégration culturelle est un élément fondamental du processus d'intégration et que les échanges culturels et de coopération génèrent de nouvelles réalités ;
Motivés par le respect de leurs diverses identités et par un désir d'enrichissement partagé ;*

Conscients que la dynamique culturelle est un facteur déterminant dans le renforcement des valeurs de la démocratie et de l'harmonie au sein des sociétés ;

Conviennent de ce qui suit :

Article I :

- 1. Les États parties s'engagent à promouvoir la coopération et les échanges entre leurs institutions culturelles respectives et leurs représentants, dans le but d'enrichir et de propager l'expression culturelle et artistique des pays du MERCOSUR.*
- 2. En conséquence, les États parties doivent promouvoir des projets et programmes culturels conjoints à l'intérieur du MERCOSUR qui prévoient des actions concrètes.*

Article II :

- 1. Les États parties doivent faciliter la création d'espaces culturels et doivent promouvoir la production, préférablement dans le cadre d'ententes de coproduction, d'événements culturels qui traduisent les traditions, les valeurs communes et la diversité des pays du MERCOSUR.*
- 2. Ces événements culturels doivent inclure des échanges d'artistes, d'écrivains, de chercheurs, de groupes artistiques et de membres d'organismes publics et privés provenant des différents domaines de la culture.*

Article IV :

Les États parties doivent promouvoir des programmes communs de formation des ressources humaines s'occupant d'activités culturelles. Ils doivent donc promouvoir des échanges, à l'intérieur de leurs spécialités respectives, de représentants et de gérants culturels des États parties.

Article VII :

Les États parties recommandent l'utilisation d'une banque de données électroniques commune – dans le cadre du Latin American and Caribbean Cultural Information System (SICLAC) – qui prévoit des calendriers pour les diverses activités culturelles et des listes de ressources humaines et organisationnelles disponibles dans tous les États parties.

Article VIII

Chaque État partie doit protéger, à l'intérieur de ses frontières, les droits de propriété intellectuelle sur les œuvres provenant d'autres États parties, conformément à leur législation interne et aux traités internationaux auxquels il est ou sera partie et qui sont en vigueur dans chaque État partie.

Article IX :

Les États parties doivent promouvoir la réalisation de films et de productions vidéo, télévisées, radiophoniques et multimédias, dans le cadre d'ententes de coproduction et de codistribution, dans tous les domaines de la culture.

Article XI:

Les États parties doivent encourager des mesures visant à promouvoir la production, la coproduction et l'exécution de projets réputés avoir un intérêt culturel.»

3.2 Afrique

(i) COMESA (Marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud)

Le Traité du COMESA, entré en vigueur en 1994, vise la promotion de la coopération dans les affaires sociales et culturelles, notamment par le biais de la promotion touristique. Son article 15 établit un Comité intergouvernemental sur le travail, les ressources humaines, les affaires sociales et la culture. L'article 143 du Traité appelle à la création de programmes d'échanges culturels et sportifs, de même que la production d'émissions de télévision et de radio aptes à promouvoir le développement culturel de la région.

(ii) CEEAF (Communauté économique des États de l'Afrique centrale)

Traité pour la création de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale. Adopté le 19 octobre 1983, ce traité s'intéresse à la promotion du développement dans tous les domaines de l'activité sociale et économique, incluant la culture. L'article 62 du traité affirme la volonté des États membres de promouvoir toutes les formes d'expression culturelles émanant de la région afin d'en accroître le rayonnement. Pour ce faire, les États s'engagent à préserver le patrimoine culturel de la région; échanger des idées sur leurs programmes culturels respectifs, notamment dans les domaines de la musique, de la littérature, du spectacle, des arts, du sport et du loisir; échanger des œuvres cinématographiques et télévisuelles et des programmes de radio; et développer leurs infrastructures culturelles pour des projets d'intérêt commun.

(iii) CSAD (Communauté sud-africaine de développement)

La Communauté poursuit divers objectifs en matière de coopération culturelle régionale: consolidation des liens et des affinités historiques, sociaux et culturels entre les peuples de la région; renforcement des régimes de propriété intellectuelle, dont la protection est reconnue comme étant importante pour le développement des industries culturelles; établissement de festivals artistiques et culturels; et échanges d'information sur les politiques et programmes culturels des pays de la région

3.3 Asie

(i) ANASE (Association des nations de l'Asie du Sud-Est)

- *Déclaration de l'ANASE*, ou Déclaration de Bangkok, adoptée le 8 août 1967, reconnaît les liens culturels entre les États du Sud-Est asiatique et rappelle qu'un des objectifs fondateurs de l'Association est d'accélérer le développement culturel de la région par le biais d'activités communes et d'assistance mutuelle.
- *Déclaration de la concorde de l'ANASE*, adoptée le 24 février 1976, vise à étendre la coopération au sein de l'ANASE dans le domaine de la culture, notamment par le biais de programmes de soutien aux écrivains, artistes, universitaires et représentants des médias destinés à favoriser une meilleure identité régionale.

- *Plan d'action de Hanoi*, adopté en 1998, concerne la préservation du patrimoine culturel de la région et l'organisation de programmes d'échange destinés aux jeunes et de camps d'immersion aux arts et à la culture.
- *Comité de l'ANASE sur la culture et l'information (CCI)*. Créé en 1978, le Comité débourse l'argent du Fond culturel de l'ANASE, par exemple dans le domaine du développement d'une présence régionale sur Internet et la promotion de festivals de films réalisés dans la région.

(ii) ASACR (Association sud-asiatique pour la coopération régionale)

- *Charte de l'Association sud-asiatique pour la coopération régionale*. Adoptée le 8 décembre 1985, elle vise une accélération de la croissance économique, du progrès social et du développement culturel; de même qu'une collaboration active et une assistance mutuelle dans les domaines économique, social, culturel, technique et scientifique.
- *Déclaration du Dixième Sommet de l'ASACR*. Tenu le 31 juillet 1998, le Sommet a donné l'impulsion à la préparation d'un plan d'action pour relier les instituts culturels nationaux et établir un Centre culturel asiatique afin de promouvoir les arts de la région de l'Asie du Sud.

3.4. Code de la libération des opérations invisibles courantes de l'OCDE¹⁶

Le Code couvre toute une série de services, dont les services audiovisuels, lesquels font l'objet de règles particulières autorisant expressément le contingentement des émissions et les subventions à la production. De plus, les signataires du Code sont autorisés à faire des réserves au regard du secteur cinématographique, ce que plusieurs membres de l'OCDE ont fait. On trouvera le texte important à l'Annexe V de l'Annexe A où il est dit: «*Pour des raisons d'ordre culturel, les systèmes d'aide à la production de films impressionnés destinés à des projections dans des salles de cinéma pourront être maintenus sous réserve que ces systèmes ne faussent pas de façon appréciable la concurrence internationale sur des marchés d'exportation.*»

Cet instrument, théoriquement contraignant, n'a pas eu d'effectivité réelle pendant longtemps, ce qui explique que des pays membres de longue date de l'OCDE comme la France, qui est en infraction notoire avec la rubrique H1 sur les films puisqu'elle n'a pas pris de réserve, n'aient jusqu'ici pas été inquiétés. Néanmoins, le Secrétariat de l'OCDE semble avoir la volonté de faire valoir davantage le caractère contraignant de cet instrument, ce qui a par exemple été à la source de difficultés réelles lors de l'accession de la Pologne et de la Slovaquie à l'OCDE.

¹⁶. Voir <http://www.oecd.org//daf/investment/legal-instruments/cliart.htm>

III. LES ACCORDS BILATÉRAUX

1. Accords bilatéraux de libre-échange

Il n'est pas sans intérêt de souligner l'existence de dispositions excluant en totalité ou en partie le secteur culturel dans divers accords bilatéraux portant sur le commerce. C'est ainsi que les deux accords de libre-échange bilatéraux conclus par le Canada avec le Chili, d'une part, et avec Israël, d'autre part, contiennent chacun une clause d'exception culturelle que l'on peut qualifier d'absolue en ce sens qu'elle exclut totalement les produits culturels de la portée de ces derniers (exception faite des tarifs appliqués aux biens culturels)¹⁷ et que son utilisation n'entraîne pas de mesures d'effet commercial équivalent comme dans le cas de l'ALENA.

On peut également mentionner l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique dans le cadre duquel existe une véritable clause d'exception culturelle. Cette clause a été introduite par l'article 2.2.a de la décision 2/2001 du Conseil conjoint UE/Mexique du 27 février 2001. Selon cette disposition, le champ de l'accord sur les services ne couvre pas l'audiovisuel. L'Union européenne négocie l'introduction de la même clause d'exception dans ses accords avec le Chili d'une part, avec le MERCOSUR d'autre part.

2. Accords bilatéraux de coopération culturelle

Au plan bilatéral, les accords de coopération culturelle prévoient à l'occasion l'exonération des droits de douane à l'importation de tout matériel destiné à la coopération culturelle et technique si ce matériel n'est pas destiné à des fins commerciales. (Voir par exemple l'Accord de coopération culturelle et technique entre la France et la Malaisie, signé à Paris le 3 novembre 1972, R.T.N.U. 26263.)

3. Accords bilatéraux de coproduction cinématographique et audiovisuelle

Ceux-ci sont trop nombreux pour les mentionner tous. Les réserves faites à l'article II de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) donnent une bonne idée de leur importance numérique et qualitative.

4. Accords bilatéraux sur l'investissement

Tous les accords bilatéraux sur l'investissement conclus par le Canada depuis 1993 comportent une clause excluant totalement les produits culturels de leur portée. Le texte suivant, tiré de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du royaume de Thaïlande sur la promotion et la protection de l'investissement, illustre ce type de clause :

«Les investissements effectués dans les industries culturelles sont exemptés des dispositions de l'Accord. «Industries culturelles» désigne les personnes, physiques ou morales, qui se livrent à l'une ou l'autre des activités

17. Ainsi que l'illustre la disposition suivante tirée de l'accord Canada - Chili (annexe O-06) : «Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme s'appliquant à des mesures adoptées ou maintenues par l'une ou l'autre des Parties relativement aux industries culturelles, sauf disposition expresse de l'article C-02 (Accès aux marchés - Élimination des droits de douane)» Voir <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/reg-f.asp>

suivantes : a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications; b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo; c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo; d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite.»

IV. CONCLUSION

Les instruments internationaux, multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, susceptibles de régir d'une façon ou d'une autre le commerce des produits culturels prennent de nombreuses formes – déclarations, résolutions, plans d'action, recommandations, principes, lignes directrices, chartes, protocoles, conventions et traités. Même s'il est parfois difficile d'établir une démarcation claire entre ces divers types d'instruments, on peut néanmoins les regrouper en deux catégories distinctes. La première englobe les instruments considérés comme noncontraignants : déclarations, résolutions, plans d'action, recommandations, principes et lignes directrice; c'est dans cette dernière que se retrouvent surtout les instruments à vocation principalement culturelle. La seconde catégorie comprend les instruments contraignants : chartes, protocoles, conventions et traités; elle regroupe pratiquement tous les instruments dont l'objectif premier est commercial.

Une comparaison des approches culturelle et commerciale suggère en fait que leurs priorités sont souvent inversées. La priorité de l'approche commerciale concerne la libéralisation complète (bien que progressive et ordonnée) des échanges ainsi que l'élimination des obstacles à l'investissement, à quelques exceptions près, et les préoccupations culturelles ne sauraient faire obstacle à cette libéralisation. Dans l'approche culturelle, le développement de l'échange accompagne celui des cultures, mais ne l'emporte pas sur ces dernières. Un véritable échange culturel suppose par définition l'existence de cultures distinctes.

Pareille différence de perspective est au cœur du débat en cours sur la culture et le commerce. Elle explique les préoccupations croissantes qui s'expriment au sujet du traitement des biens et services culturels dans les accords commerciaux et le sentiment d'insécurité indéniable engendré ces dernières années par la libéralisation des échanges et de l'investissement et, de manière plus générale, par la mondialisation. Il y a de bonnes raisons de croire que la médiation des tensions inhérentes entre le commerce et la culture pourrait utilement se faire par le biais du développement d'un instrument international sur la diversité culturelle. Il est peu surprenant à

Tableau récapitulatif

INSTRUMENT	ÉTATS MEMBRES	NATURE JURIDIQUE	TRAITEMENT DE LA CULTURE	CARACTÈRE CONTRAIGNANT	CHAMP D'APPLICATION
GATT de 1994	142	Traité multilatéral	Article IV Article XX (f)	OUI	Ensemble des biens
GATS	142	Traité multilatéral	Aucune disposition	OUI	Services inscrits
ADPIC	142	Traité multilatéral	Aucune disposition	OUI	Propriété intellectuelle
Union européenne	15	Union économique	Article 151	OUI	Biens, services, personnes
ALENA	3	Traité de libre-échange	Article 2106 et exceptions spécifiques	OUI	Ensemble des biens et services
MERCOSUR	4	Union douanière	Protocole particulier	OUI	Ensemble des biens et services
CARICOM (Communauté des Caraïbes)	14	Union douanière	Articles et protocole	OUI	Biens, services et personnes
Communauté andine	5	Union douanière	Articles 148 et 149	OUI	Biens, services et investissements
Marché commun de l'Amérique centrale	4	Marché commun	Protocole particulier	OUI	Biens et services
Marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud	20	Marché commun	Article 143	OUI	Biens et services
Communauté économique des États de l'Afrique centrale	6	Traité régional	Article 62	OUI	Biens
Association des nations de l'Asie du Sud-Est	11	Traité régional	Déclarations et plan d'action	NON	Coopération économique
OCDE	27	Traité multilatéral	Réserves re : audiovisuel	OUI/NON	Investissement et services
UNESCO	188	Traité multilatéral	Accord de Florence	NON	Facilitation de la circulation des produits culturels
UNESCO	<i>idem</i>	<i>Idem</i>	Conventions de 1954 et de 1970	NON	Préservation du patrimoine
UNESCO	<i>idem</i>	<i>Idem</i>	Conventions de Genève etc.	OUI	Propriété intellectuelle
UNESCO	<i>idem</i>	<i>Idem</i>	Déclarations, résolutions	NON	Coopération culturelle
OMPI	177	Traité	Conventions	OUI	Droit d'auteur

ce titre de constater que, de tous les instruments passés en revue ici, ceux s'adressant le plus directement au cœur de la problématique commerce-culture et permettant déjà d'identifier les principaux paramètres d'un éventuel instrument international – accès au marché, subventions, libéralisation des entraves à l'investissement, obligations de résultat, protection de la propriété intellectuelle, libéralisation des services à contenu culturel, mobilité des créateurs, règlement des différends – émanent pour l'essentiel de la sphère

commerciale. Ce qui manque par contre, c'est un instrument qui présenterait un point de vue culturel articulé sur cette problématique, les instruments culturels existants ne s'étant pratiquement jamais intéressés à la problématique commerce-culture.

Cela dit, un survol rapide des divers instruments commerciaux décrits par cette note permet de constater l'absence de véritable consensus sur la façon d'aborder le binôme commerce-culture. De manière générale, les textes relatifs à la circulation ou au commerce des produits culturels peuvent être regroupés en deux catégories. Apparaissent d'un côté des textes qui établissent ou laissent place à un traitement d'exception pour ces produits dans les accords commerciaux et, d'autre part, ceux qui visent à faciliter la circulation des biens en question en éliminant les entraves aux échanges. À cet égard, force est de constater que le droit de protéger une production culturelle nationale menacée n'est pas encore chose acquise, même si l'idée que des interventions étatiques poursuivant des objectifs clairement culturels puissent porter atteinte aux principes de la libre concurrence commence à être acceptée.

QUESTION 2

Identification des solutions juridiques pouvant permettre l'adoption d'un instrument international contraignant

L'examen des instruments internationaux qui régissent le commerce des biens et services culturels a fait ressortir la distinction fondamentale qui existe entre les instruments considérés comme contraignants (conventions, traités, chartes, protocoles) et ceux qui ne le sont pas (déclarations, résolutions, plans d'action, recommandations). L'adoption d'un instrument international contraignant dans le domaine culturel exclut donc *a priori* le recours à des instruments du type déclarations, résolutions ou recommandations. Ceci dit, il faut préciser que le processus devant conduire à l'adoption d'un instrument contraignant dans le domaine culturel peut comporter des étapes, comme par exemple l'adoption, dans un premier temps, d'une déclaration sur la diversité culturelle. Cependant, il y a risque dans un tel cas que si la réalisation de la première étape s'avère plus complexe que prévue, l'étape suivante, celle de la négociation d'un instrument contraignant, soit reportée à plus tard ou même abandonnée faute d'un support suffisant.



Pour qu'un nombre suffisant d'États acceptent de s'engager dans la négociation d'un instrument international contraignant en matière de diversité culturelle, il faut que ce dernier réponde à un besoin clairement identifié, comble un vide sur le plan juridique, poursuive des objectifs clairs et offre sur le plan normatif des solutions appropriées et réalisables. Avant de voir ce qu'il en est à cet égard, toutefois, il faut s'arrêter sur la question préalable de l'organisme d'accueil d'une telle négociation, question qui peut s'avérer importante pour le succès d'une entreprise aussi complexe.

I. LA QUESTION PRÉALABLE DE L'ORGANISME D'ACCUEIL

S'agissant du rattachement de l'instrument en question à une organisation internationale, les hypothèses sont plutôt limitées. L'organisation gouvernementale la plus évidente est naturellement l'UNESCO. La suggestion n'est pas sans mérite, mais elle soulève aussi certains problèmes. Du côté positif, on peut mentionner le fait que cette organisation, en plus d'avoir comme domaine propre d'intervention celui de la culture, soit déjà sensibilisée à la question de la préservation de la diversité culturelle (colloque de juin 1999 à Paris, projet de déclaration sur la diversité culturelle), ainsi que son caractère multilatéral et sa forte présence dans les pays en développement. Au débit, un obstacle qui ne manquera pas d'être soulevé est celui de l'absence marquée des États-Unis de l'Organisation. Le problème n'est pas tant que la conclusion d'un accord sans les États-Unis enlèverait tout intérêt à ce dernier – on verra plus loin que cela n'est pas le cas – mais plutôt que la conclusion d'un tel accord pourrait être perçue au sein même de l'Organisation comme un obstacle à la réintégration éventuelle des États-Unis, ces derniers s'opposant radicalement à ce que celle-ci sorte de son champ d'intervention pour s'immiscer dans le domaine du commerce.

Le fait que l'UNESCO, à l'instar du Conseil de l'Europe et de la Francophonie, ait décidé d'adopter une déclaration sur la diversité culturelle paraît à première vue de nature à faciliter un éventuel rattachement de l'instrument à l'UNESCO. Reste à savoir cependant si ses membres voudront aller au delà d'une telle déclaration. Le Plan d'action attaché à la Déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée lors de la 31^e session de la Conférence générale de l'UNESCO en novembre 2001 prévoit bien, à son article 1, l'avancement « *de la réflexion concernant l'opportunité d'un instrument juridique international sur la diversité culturelle* », mais il est difficile de dire ce que cela recouvre. Si les membres de l'UNESCO devaient choisir de s'en tenir à une simple déclaration, il n'y aurait d'autre choix alors que de procéder en dehors du cadre de l'UNESCO.

En dehors de l'UNESCO, peu d'organisations internationales paraissent en mesure pour le moment d'abriter un instrument comme celui qui est envisagé ici. La seule hypothèse qui vienne à l'esprit est le Réseau international sur la politique culturelle (RIPC) qui est une tribune internationale où les ministres nationaux responsables de la culture peuvent échanger des idées sur les nouveaux enjeux et les questions de politique culturelle qui se dessinent à l'horizon, et songer à des moyens intégrés de favoriser la

diversité culturelle dans un contexte de plus en plus mondialisé. Mais le RIPC fonctionne de façon assez informelle et il est difficile d'établir s'il serait en mesure d'abriter un instrument sur la diversité culturelle. Si on fait abstraction du réseau en question, il reste toujours la possibilité d'un instrument international non rattaché à une organisation en particulier, comme on en retrouve dans le domaine de l'environnement. En l'absence d'un support institutionnalisé, il faut pouvoir compter alors sur l'appui d'un nombre suffisamment important d'États convaincus du besoin d'un instrument international sur la diversité culturelle et prêts à s'engager à fond dans la réussite du projet pour que celui-ci ait une chance de réussir.

II. LE BESOIN D'UN INSTRUMENT INTERNATIONAL CONTRAIGNANT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE

C'est essentiellement parce que la diversité culturelle est menacée et parce que les instruments culturels existants n'offrent pas une réponse adéquate à cette menace que le besoin d'un nouvel instrument international contraignant sur la diversité culturelle se fait sentir.

1. Les menaces pesant sur la diversité culturelle

La diversité culturelle, en effet, est doublement menacée. Elle est menacée d'abord du fait que l'originalité et la pluralité des identités caractérisant les groupes et les sociétés qui composent l'humanité sont mises à mal par un processus de libéralisation des échanges dont l'aboutissement ultime n'est pas très évident. Le processus en question, axé essentiellement sur la concurrence, tend à imposer un même moule commercial aux multiples attentes des citoyens dans les divers domaines de l'activité humaine et induit des formes nouvelles d'organisation sociale qui remettent en cause non seulement les façons de faire et d'agir traditionnelles, mais aussi les valeurs partagées. Mais force est de reconnaître que toute culture nationale, si elle doit demeurer vivante, est condamnée à s'adapter dans le temps à une variété de changements à la fois internes et externes. Le vrai problème que pose la mondialisation alors, en ce qui concerne les cultures nationales, est de savoir si les changements qu'elle entraîne dans les valeurs, les façons d'être et de faire, affectent la possibilité «*de promouvoir et maintenir un espace public pluriel par lequel les citoyens peuvent accéder et participer à la vie culturelle, elle-même nécessaire à la vie publique*»¹⁸, en d'autres termes, la possibilité de maintenir une expression culturelle distincte.

La diversité culturelle est menacée ensuite en raison de l'impact que la libéralisation des échanges a sur la capacité des États de maintenir une expression culturelle distincte, ces derniers étant empêchés d'adopter des normes qui entravent, directement ou indirectement, la circulation des biens et des services culturels. Cette dernière menace est d'autant plus alarmante que les créateurs et les intermédiaires culturels jouent un rôle crucial en ce qui concerne l'adaptation des cultures au changement, dans la mesure où ils créent un espace de confrontation critique entre valeurs nationales

18. Voir RABOY, Marc, Ivan BERNIER, Florian SAUVAGEAU et Dave ATKINSON. *Développement culturel et mondialisation de l'économie*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p. 77

et valeurs étrangères, entre valeurs et comportements du passé et perspectives d'avenir. Préserver la diversité des expressions culturelles, de ce point de vue, c'est préserver la diversité culturelle elle-même, la première jouant un rôle instrumental par rapport à la seconde. C'est la raison pour laquelle le nouvel instrument international sur la diversité culturelle doit se pencher en priorité sur cette question de la préservation de la diversité des expressions culturelles.

La menace que la libéralisation des échanges fait peser sur la préservation de la diversité des expressions culturelles est loin d'être fictive. Elle résulte d'abord, sur le plan juridique, de la pression constante qui s'exerce au fil des négociations en vue d'obtenir des États la libéralisation complète de leurs échanges dans le domaine culturel. Or, sont visés dans le cadre de ces négociations divers types d'interventions gouvernementales d'utilisation courante dans le secteur des industries culturelles telles que les subventions, les quotas, les restrictions à l'investissement étranger, les mesures réglementaires, etc.¹⁹ Malheureusement, une fois qu'un État a renoncé à recourir à un ou plusieurs de ces types d'interventions, il ne peut revenir en arrière. La Nouvelle-Zélande en a fait l'expérience récemment lorsque, après s'être engagée dans les négociations de l'*Uruguay Round* à ne plus recourir aux restrictions quantitatives dans le secteur des services audiovisuels (limitant effectivement sa marge de manœuvre aux seules subventions), elle a fait marche arrière et annoncé, dans le programme d'activité de son ministère de la Culture pour 2001-2002, son intention de réintroduire des quotas en matière de radio et de télévision²⁰. Très rapidement, les États-Unis ont fait comprendre à cette dernière que cela n'était plus possible²¹.

Une fois que des engagements sont pris, par ailleurs, ceux-ci peuvent donner lieu à l'ouverture d'une plainte de la part d'un membre qui considère être lésé dans ses intérêts. Parfois l'affaire peut se régler au stade des consultations, comme ce fut le cas lorsque les États-Unis ont porté plainte contre la Turquie parce que la taxe sur le billet de cinéma instituée par cette dernière était discriminatoire. Parfois, la plainte peut donner lieu à la constitution d'un groupe spécial, et éventuellement à une décision de l'Organe d'appel, comme ce fut le cas pour le conflit opposant les États-Unis au Canada sur la question des périodiques. Or, la décision rendue peut à l'occasion avoir des conséquences qui dépassent de beaucoup le cadre du conflit à la source de cette dernière. Deux points soulevés dans l'*Affaire Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* peuvent donner à réfléchir à cet égard. S'agissant d'abord de savoir si les périodiques devaient être considérés comme des biens ou des services, l'Organe d'appel régla la question en affirmant qu'un «*périodique est une marchandise composée de deux éléments: le contenu rédactionnel et le contenu publicitaire. L'un et l'autre peuvent être considérés comme ayant les caractéristiques d'un service, mais ensemble ils forment un bien matériel – le périodique proprement dit*». À partir d'une telle affirmation, on peut facilement en arriver à la conclusion que non seulement les périodiques, mais aussi le film, les émissions de télévision enregistrées

19. Voir entre autres à ce sujet l'étude de François ROUET, «*Le soutien aux industries culturelles dans l'aire francophone: modalités, enjeux et incidences*», Agence de la Francophonie: http://confculture.francophonie.org/DocComplement/Rouet.cfm?id_groupe=2&id_rubrique=15

20. http://www.mch.govt.nz/publications/dfr2001/MCH_2001_DFR.pdf

21. Voir Office of the United States Trade Representative, *National Trade Estimate of Foreign Trade Barriers*.

sur vidéo, le CD, constituent des biens et non des services. Le second point à souligner concerne la conclusion suivante de l'Organe d'appel en ce qui concerne la portée de l'article III: 8 (b) en matière de subventions :

«L'article III:8 b) limite donc les subventions aux producteurs aux seuls versements effectués après le recouvrement des taxes ou aux versements par ailleurs compatibles avec l'article III. Cette distinction entre les règles concernant les taxes, par exemple les exonérations ou réductions de taxes, et les règles concernant les subventions se justifiait du point de vue économique et politique. Même si le produit de taxes non discriminatoires sur des produits pouvait être utilisé pour accorder ultérieurement des subventions, le producteur national, comme ses concurrents étrangers, devait acquitter les taxes dues sur les produits. La distinction entre ces deux catégories de règles contribuait à accroître la transparence.²²»

Cette affirmation de l'Organe d'appel à l'effet que les subventions accordées sous forme de remise de taxe ne sont pas compatibles avec le GATT de 1994 risque d'avoir un impact qui dépasse nettement le cadre de l'affaire sur les périodiques. Plusieurs pays entre autres pourraient avoir à réexaminer leur façon d'octroyer de l'aide financière aux industries culturelles, car de telles subventions sont assez fréquentes dans le domaine culturel.

2. Les lacunes des instruments existants au plan juridique

La vaste majorité des instruments qui régissent d'une façon ou d'une autre le commerce des biens et services culturels ignorent totalement la problématique de la préservation de la diversité des expressions culturelles dans un contexte de mondialisation croissante de l'économie. Deux lacunes en particulier méritent d'être soulignées à cet égard.

2.1 Absence d'une vision globale de l'impact de la mondialisation sur la diversité culturelle

La lacune la plus sérieuse et la plus évidente réside dans le fait que les instruments culturels existants abordent le problème de la préservation de la diversité culturelle de façon parcellaire, à partir de points de vue aussi divers que les droits de la personne, les droits de propriété intellectuelle, la protection du patrimoine, les droits linguistiques, le pluralisme culturel, le développement culturel, la coopération internationale en matière culturelle, etc. Or, cette absence d'une vision globale de ce qui est requis pour assurer la préservation et la promotion de la diversité culturelle constitue un handicap majeur lorsque vient le temps d'aborder la question du traitement des produits culturels dans les négociations commerciales internationales.

2.2 Prise en compte inadéquate du déséquilibre des échanges culturels sur le plan international

Ce déséquilibre, particulièrement important dans le secteur audiovisuel, concerne aussi bien les échanges culturels des pays en développement que les échanges culturels des pays développés eux-mêmes. Dans le cas des pays en développement, confrontés pour la plupart à un marché intérieur

²². Rapport adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, paragraphe 5.10.

aux ressources limitées, ils se retrouvent plus souvent qu'autrement dépendants pour l'essentiel de leur consommation de produits culturels importés provenant de quelques pays développés ou en développement. Selon une enquête mondiale réalisée en septembre 1999 par l'UNESCO, l'Afrique, avec une moyenne aussi faible que 42 productions locales, importait plus de 2 811 films par an et, dans les pays arabes, les cinémas projetaient dix fois plus de films étrangers que de films nationaux²³. En Amérique latine, le déséquilibre est encore plus flagrant comme par exemple au Chili et au Costa Rica, où les films hollywoodiens représentent 95 % du marché intérieur²⁴. Ces quelques données suffisent déjà à montrer l'ampleur du déséquilibre dans les échanges entre pays en développement et pays développés.

Cependant, le déséquilibre du commerce international des films dans le cas des pays en développement est quelque peu compensé par des échanges régionaux plus équilibrés. C'est ainsi que plusieurs pays à production moyenne tirent profit d'un marché périphérique traditionnel défini par la proximité géographique ou par une identité culturelle et linguistique commune. Ce schéma géographique est manifeste en Asie où les pays exportateurs tels que l'Inde, le Japon et Hong Kong peuvent occuper plus d'un tiers des marchés voisins. Par exemple, les films indiens représentent 35 % des longs métrages projetés au Bangladesh tandis que Hong Kong produit 38 % des films montrés au Pakistan.

La situation n'est pas tellement différente dans les échanges entre les pays développés eux-mêmes où la domination marquée d'un ou de quelques pays sur le marché domestique se réalise généralement au détriment non seulement de la production nationale mais aussi des autres productions étrangères. Dans le cas de la télévision comme dans celui du cinéma, la possibilité pour les spectateurs européens de découvrir la variété de la production européenne et mondiale est considérablement limitée par la faible mise en évidence des films et programmes de télévision autres qu'américains ou nationaux, comme le montrent les tableaux présentés à l'Annexe 1. Il en va également de même en Australie et au Canada (Annexe 2). À l'inverse, on pourrait aussi parler d'un déséquilibre marqué dans la consommation de produits audiovisuels aux États-Unis dans la mesure où à peine 3 à 5 % de la consommation en question va aux productions étrangères toutes origines confondues.

III. LES OBJECTIFS DU NOUVEL INSTRUMENT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE

Les objectifs d'un instrument international se trouvent normalement énoncés dans son préambule²⁵. On peut distinguer les objectifs immédiats et ceux à long terme. Les premiers jouent généralement un rôle instrumental (la libéralisation des échanges par exemple dans le cas de l'OMC) par rapport aux seconds qui expriment plutôt le but ultime de l'instrument, ou si

23. Voir http://www.unesco.org/culture/industries/cinema/html_fr/survey.shtml

24. *Idem*

25. Le préambule de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée par l'UNESCO en novembre 2001 offre un exemple très pertinent de ce que pourrait être le préambule d'un instrument international sur la diversité culturelle.

L'on veut les résultats escomptés de la réalisation des objectifs immédiats (le relèvement des niveaux de vies, la réalisation du plein emploi, l'accroissement du commerce, dans le cas de l'OMC). S'agissant du nouvel instrument sur la diversité culturelle, une distinction semblable pourrait être effectuée sur la base des constats formulés dans les pages précédentes.

L'objectif immédiat du nouvel instrument serait d'assurer la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles face au défi de la mondialisation, la réalisation de ce premier objectif étant elle-même essentielle à la préservation et à la promotion de la diversité des cultures et donc à la diversité culturelle. Il est important de préciser que l'objectif en question a un caractère essentiellement culturel; dans la mesure où il répond à une problématique qui est d'abord et avant tout culturelle, ceci devra se refléter clairement dans la formulation du contenu normatif de l'instrument.

Si la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles sont l'objectif immédiat du nouvel instrument, il n'en demeure pas moins que la préservation de la diversité culturelle en constitue l'objectif ultime. Cet objectif devra être mis en évidence dans le nouvel instrument en soulignant le lien étroit qu'il entretient avec d'autres objectifs sociétaux comme l'expression démocratique, la cohésion sociale et le développement économique, sans pour autant faire de l'instrument un texte relatif à la gouvernance démocratique ou au développement économique en tant que tel. Il pourrait être précisé à cet égard que la préservation et la promotion de la diversité culturelle sont considérées comme un objectif de politique nationale, faisant ainsi écho au droit reconnu aux membres dans l'Accord général sur le commerce des services d'intervenir afin de répondre à des objectifs de politique nationale. Le préambule serait l'endroit approprié pour ce faire, à moins qu'on ne choisisse d'insérer dans l'accord une première partie consacrée aux « principes généraux ». Dans la mesure, par ailleurs, où la préservation de la diversité culturelle implique, au plan externe, une ouverture à la production culturelle étrangère, il y aurait lieu de faire ressortir clairement cette autre dimension dans la formulation de l'objectif ultime de l'instrument.

IV. LE CONTENU NORMATIF DU NOUVEL INSTRUMENT SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE

Le contenu normatif du nouvel instrument pourrait être structuré en fonction des types d'interventions qu'exige la réalisation de l'objectif de base de l'instrument, à savoir la promotion et la préservation de la diversité culturelle. L'instrument proposé pourrait distinguer à cet égard trois catégories d'interventions, soit les interventions liées au respect des droits individuels en matière culturelle (non-discrimination, liberté d'expression culturelle, droit de participer à la vie culturelle de sa communauté), les interventions liées à la promotion et au développement de l'expression culturelle au sein des États et, enfin, les interventions liées à la préservation de la diversité culturelle dans le contexte international (mesures positives en faveur des pays en développement, droit de l'État d'intervenir en faveur de la préservation de sa propre identité culturelle lorsque celle-ci est menacée, ouverture sur les cultures étrangères).

De façon générale, comme on pourra le constater, les engagements assumés par les parties sont de nature d'abord et avant tout procédurale. Le droit qui leur est reconnu de prendre toute mesure jugée nécessaire à la promotion de la diversité des expressions culturelles et à la préservation de la diversité des cultures est accompagné d'un engagement correspondant de respecter certaines exigences telles que la transparence, la proportionnalité des moyens d'intervention aux objectifs poursuivis et l'ouverture maximale à la production culturelle étrangère.

1. Le premier type d'intervention normative situerait l'instrument dans le contexte des droits fondamentaux de la personne

L'objectif n'est pas d'instaurer de nouvelles normes dans ce domaine, mais plutôt de préciser le lien étroit entre le respect des droits culturels et la préservation de la diversité culturelle. Le principe de départ pourrait, avec quelques modifications, être celui énoncé à l'article 1.2 de la Déclaration sur la diversité culturelle du Conseil de l'Europe qui se lit ainsi: «*La diversité culturelle ne peut s'exprimer en l'absence des conditions nécessaires à la libre expression créatrice et à la liberté d'information qui existe dans toutes les formes d'échanges culturels, notamment ceux opérés au travers des services audiovisuels*». Par la suite, il pourrait être fait état de l'engagement des Parties de ne pas maintenir de distinction, exclusion, ou préférence injustifiées fondée sur l'appartenance à une communauté culturelle, de respecter la liberté d'expression culturelle et le droit de chaque individu de participer à la vie culturelle de sa communauté, le tout complété par une affirmation à l'effet qu'aucune des dispositions de l'accord ne pourra être interprétée comme limitant ou dérogeant aux droits garantis par la *Déclaration universelle sur les droits de l'homme*, par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, et par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

L'intérêt d'un tel développement au plan normatif est de circonscrire la portée du principe de base qui sous-tend le reste des interventions normatives, à savoir le principe que chaque État demeure libre de prendre les mesures nécessaires pour assurer, d'une part, une expression culturelle dynamique et diversifiée sur le territoire national et pour préserver, d'autre part, la diversité culturelle au plan international. L'exercice de ce droit, très manifestement, ne doit pas aller à l'encontre des droits fondamentaux de la personne. Une telle référence aux droits de la personne risque-t-elle de faire obstacle à l'adhésion d'un certain nombre d'États? Cela est possible, mais les avantages sur ce point l'emportent sur les inconvénients. Il serait pour le moins gênant que le nouvel instrument serve de prétexte à des interventions discriminatoires sur le plan culturel.

2. Le second type d'intervention normative aurait pour objet l'action gouvernementale en vue d'assurer une expression culturelle dynamique et diversifiée sur le territoire national

Dans un contexte où la capacité d'intervention de l'État en matière culturelle est de plus en plus circonscrite, l'instrument devrait en tout premier lieu reconnaître le droit des États de prendre toutes les mesures requises en vue d'assurer la promotion et la préservation de la diversité culturelle face au défi de la mondialisation, étant entendu que la diversité culturelle implique, d'une part, la préservation et la promotion des cultures existantes avec leur expression culturelle propre et, d'autre part, l'ouverture la plus large possible aux autres cultures. C'est là l'objectif primordial du nouvel instrument. L'accord sur ce point aurait un caractère contraignant, chaque État membre s'engageant à reconnaître le droit des autres États membres de décider, en fonction de leur propre contexte, de la nature des mesures à prendre. Du même coup, cependant, chaque État s'engagerait à faire en sorte que ses interventions préservent un accès qui soit le plus large possible aux autres cultures. Une telle reconnaissance de principe du droit des États de prendre les mesures requises en vue d'assurer la préservation et la promotion de la diversité culturelle, bien que formulée ici dans des termes et dans un contexte culturel, trouve une certaine correspondance comme nous le verrons plus loin dans le langage juridique de l'OMC où il est affirmé, par exemple, dans l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, «*qu'aucun membre ne devrait être empêché d'adopter et d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire où injustifiable entre les membres où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international*».

En application du principe qui précède, le nouvel instrument devrait par la suite recenser les aspects de politique culturelle qui requièrent une attention particulière dans le cadre de la nouvelle économie mondiale et élaborer un catalogue de mesures qui pourraient être utiles pour préserver et favoriser la diversité culturelle. (Conseil de l'Europe, Déclaration sur la diversité culturelle, article 3.3.) L'objectif d'un tel exercice serait d'illustrer comment le principe de base de l'instrument peut se transposer dans des situations concrètes à partir d'un raisonnement qui demeure essentiellement culturel. S'agissant des subventions, par exemple, les Parties pourraient être appelées à reconnaître que les subventions jouent un rôle essentiel dans la promotion et le développement de l'expression culturelle d'une communauté et qu'il revient à chaque État de décider de l'importance et de la nature de ces subventions, que celles-ci prennent la forme d'un transfert direct de fonds, de remise fiscale ou de toute autre forme de soutien. Les subventions en question pourraient être accessibles à tous les producteurs ou réservées aux seules productions nationales. Dans ce dernier cas, il reviendrait à l'État concerné d'établir ce qui constitue une production nationale. En ce qui concerne le maintien d'entreprises de service public dans les domaines de la radio et de la télévision, l'instrument pourrait reconnaître le droit des États de pourvoir au financement d'un

service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre (approche communautaire). D'autres types de mesures pourraient de la même façon faire l'objet d'un développement, comme les mesures relatives au contrôle de la propriété étrangère dans le domaine culturel, les mesures imposant des prescriptions de résultat, etc. Dans tous les cas, cependant, les mesures normatives mises en place devraient exiger que les interventions gouvernementales en faveur du développement de l'expression culturelle soient transparentes, c'est-à-dire clairement identifiées, s'insèrent dans un cadre d'intervention nettement culturel et ne limitent pas indûment l'accès à la production culturelle étrangère. De telles exigences, en plus de situer clairement les interventions en question dans une perspective culturelle, contribueraient à rassurer quant à la possibilité d'un débordement de ces interventions vers des considérations autres que culturelles.

3. Le dernier type d'intervention normative ciblerait plus particulièrement les mesures nationales visant à influencer les flux internationaux d'échange en matière culturelle

Les mesures nationales envisagées dans ce dernier cas cherchent soit à garantir un espace à une production culturelle menacée par l'envahissement des produits culturels étrangers (quotas négatifs), soit à encourager un accès plus diversifié à la production culturelle étrangère (quotas positifs), soit à faciliter l'accès de la production nationale à l'espace culturel international (subventions). Dans la mesure où ces interventions ont pour objectif d'élargir les choix plutôt que de les restreindre, elles devraient, dans le cadre de l'instrument, être considérées comme justifiées, sous réserve qu'elles ne soient pas appliquées de façon à restreindre indûment les échanges culturels. Parce que les interventions de cette catégorie, contrairement à celles de la catégorie précédente, visent précisément à influencer les flux internationaux d'échange en matière culturelle et risquent d'inquiéter davantage les producteurs étrangers, elles appellent de ce point de vue un contrôle plus étroit. Le fait de distinguer ainsi entre les interventions de la catégorie 2, qui sont les plus nombreuses et ne soulèvent pas de difficultés sérieuses, et les interventions de la catégorie 3, nettement plus rares mais plus susceptibles de soulever des problèmes, permet de mieux cibler le traitement à accorder à l'une et à l'autre catégorie. Cette façon de procéder n'est pas sans rappeler la distinction faite en droit international économique entre les subventions dites domestiques, qui sont permises mais peuvent donner lieu à une action, et les subventions à l'exportation, qui sont interdites. Mais la distinction dans le cas de l'instrument serait fondée sur des considérations culturelles plutôt qu'économiques.

De façon générale, comme on peut le constater, les engagements assumés par les parties à cet égard sont de nature d'abord et avant tout procédurale. Le droit qui leur est reconnu de prendre toute mesure jugée nécessaire à la promotion de la diversité des expressions culturelles et à la préservation

de la diversité des cultures est accompagné d'un engagement correspondant de respecter certaines exigences telles que la transparence, la proportionnalité des moyens d'intervention en regard des objectifs poursuivis et l'ouverture maximale à la production culturelle étrangère.

V. LA MISE EN ŒUVRE DU NOUVEL INSTRUMENT

Le nouvel instrument se voulant contraignant, il y a lieu d'examiner de quelle façon son respect pourrait être assuré. Ceci soulève en premier lieu le problème du suivi de la mise en œuvre de l'instrument et, en second lieu, le problème du règlement des différends susceptibles de survenir entre les États membres à propos de sa mise en œuvre.

1. Le suivi de la mise en œuvre

Pour assurer concrètement sa mise en œuvre et favoriser une concertation entre les États membres en ce qui regarde la réalisation des objectifs poursuivis, l'instrument devrait incorporer un mécanisme de suivi. L'idée directrice des propositions qui suivent est de donner une orientation plutôt « technique » que politique au mécanisme, même si les discussions auront nécessairement une dimension politique. Dans cet ordre d'idées, on ne privilégiera pas l'approche ordinaire du suivi sur la base de rapports de fréquence variable présenté par les États (trop bureaucratique et peu efficient), mais une approche qui ressemble davantage à ce qui se pratique au sein de l'OMC pour assurer le suivi du respect des disciplines communes. Toutefois, il est également envisageable de coupler les deux approches. Il y a cependant un risque d'alourdissement. Cela posera aussi le problème des moyens affectés à la mise en œuvre de l'instrument et à son suivi. Il faut sans doute insister sur le fait qu'il y a un impératif de choix. Ou on veut s'en tenir à un effet d'annonce et alors peu importe la question du suivi. Ou on se soucie de donner quelques chances d'efficacité à l'instrument et de l'inscrire dans une dynamique un peu durable et il importe alors de jeter des bases solides.

1.1 La composition de l'organe

Plusieurs options sont envisageables :

- entre une composition plénière (préférable dans l'esprit de l'instrument et à l'image de ce qui se fait à l'OMC mais problème des moyens) et une composition restreinte,
- entre une composition exclusivement de représentants d'États (ce qui paraît le plus adéquat) ou une association d'experts ou personnalités qualifiées ou encore la possibilité de demander l'avis d'experts, éventuellement en précisant sur quelles questions – par exemple, sur des aspects économiques. L'association d'experts peut très vite poser le problème du *lobbying*.
- quoi qu'il en soit, il serait peut-être bon de préciser des conditions de capacité pour s'assurer que les membres du comité ont quelques connaissances concernant les aspects économiques des questions culturelles.

1.2 L'attributions de l'organe

Il s'agit là d'un aspect essentiel. Suivent plusieurs propositions qui peuvent être prises en compte alternativement ou cumulativement.

En premier lieu, le Comité de suivi pourrait être considéré comme l'organisme chargé de recevoir les notifications des États au titre des obligations procédurales mentionnées dans la deuxième partie de l'accord (concernant les schémas d'intervention, les réglementations intérieures, les règles de concurrence applicables au secteur culturel, les subventions). On peut différencier les obligations et, par exemple, en matière de subventions, on peut ajouter à l'obligation de notification des systèmes de subventions un rapport annuel ou biennal d'auto-évaluation. Les États s'engagent à évaluer l'efficacité de leurs actions, y compris en termes de non-discrimination. Par là-même, pourraient s'opérer une communication de savoir-faire et une harmonisation de l'approche des instruments d'intervention.

En deuxième lieu, le Comité de suivi pourrait se voir attribuer la fonction de débattre voire de formuler des recommandations relatives à la conformité avec les objectifs de l'instrument (instance de concertation): l'intérêt de telles procédures d'information et de contrôle peut être de montrer la « proportionnalité » des interventions. On peut y inscrire la possibilité de mettre en place des mécanismes de coopération. Par exemple, un État qui a besoin de coopération technique en matière de droit de la concurrence en matière culturelle pourrait recevoir une assistance technique (le Comité peut être un lieu où les États demandent ou proposent une assistance technique, laquelle peut ensuite être dispensée sur une base bilatérale).

En troisième lieu, le Comité de suivi pourrait être considéré comme un organisme de concertation ayant la capacité d'émettre des « observations générales » (à l'image du Comité des droits de l'homme des Nations Unies), ce qui est à l'origine d'une sorte de jurisprudence concernant l'instrument concerné (cela permet de lui conserver une dynamique et d'aborder des questions non traitées lors de la négociation de l'instrument – de plus, c'est moins lourd ou formel qu'un rapport annuel ou biennal et permet de cibler les questions essentielles ou d'actualité).

En quatrième lieu, pourrait être rajouté l'obligation pour un État qui envisagerait de prendre des engagements dans d'autres enceintes (par exemple, des engagements de libéralisation au sein de l'OMC), engagements ayant une influence notable sur sa politique culturelle et la façon dont il traite les produits et services culturels originaires d'autres États parties, de notifier ses intentions à ses partenaires à travers le Comité. La procédure pourrait éventuellement être confidentielle (mais il ne faut pas alimenter la paranoïa). On peut ajouter la possibilité de recommandations du Comité.

En cinquième lieu, on peut envisager que le Comité soit un lieu de concertation pour des engagements collectifs ou la détermination de positions communes.

2. Le règlement des différends

La question du règlement des différends est délicate par maints aspects. D'une part, il existe une réticence générale des États à souscrire à des modes contraignants de règlement des litiges afférents à un engagement qu'ils concluent (le mécanisme de l'OMC est de ce point de vue atypique). C'est une première raison pour laquelle il faut prêter une attention particulière au dosage du mécanisme que l'on pourrait proposer, de façon à ce qu'il soit considéré comme acceptable. D'autre part, il doit être clair que, quel que soit le mécanisme conçu et les principes éventuellement posés dans l'instrument pour assurer sa priorité, voire affirmer son exclusivité pour les litiges afférents à l'instrument, cela ne pourra jamais empêcher un ou des États concernés de soumettre un de ces litiges au mécanisme de règlement de l'OMC dès lors que ce litige comporte des aspects commerciaux entrant dans le champ d'application du droit de l'OMC, avec les conséquences qui en résultent compte tenu de l'efficacité que l'on connaît au mécanisme OMC. Dans ces conditions, et faute de pouvoir faire obstacle *a priori* et de façon définitive au mécanisme OMC, la solution optimale paraît être de proposer un mécanisme qui s'affirme comme concurrent, en escomptant que les risques de conflit qui en résultent et le caractère inextricable qu'ils pourraient avoir pousseront à la conciliation. Dans les lignes qui suivent, on expliquera pourquoi le mécanisme OMC ne peut être évincé, avant d'envisager comment on peut au moins essayer de le concurrencer. Il s'agit en quelque sorte d'allumer un contre-feu.

2.1. L'impossible éviction du mécanisme OMC

L'instrument serait un acte externe au droit de l'OMC. Les deux relèvent d'espaces normatifs distincts et qui ne sont pas articulés entre eux. L'instrument ne pourrait donc prétendre produire aucun effet juridique dans l'ordre de l'OMC. En d'autres termes, même si on inscrirait dans l'instrument un mode obligatoire de règlement des différends et un mode à issue obligatoire, même si on inscrirait l'obligation pour les États de le considérer comme exclusif, on ne les priverait pas pour autant du **droit** qu'ils tiennent du Mémoire sur le règlement des différends OMC d'introduire une plainte dans ce cadre, que ce soit simultanément ou successivement. Aucun des principes qui pourraient permettre de s'opposer à ce qu'un groupe spécial, puis l'Organe d'appel de l'OMC se prononcent ne pourrait en effet être opposé, qu'il s'agisse de l'exception de recours parallèle, de l'interdiction de faire juger deux fois la même affaire ou encore de la *Res judicata* (chose jugée). Pour que de tels principes soient applicables, il faudrait qu'il y ait une reconnaissance mutuelle.

À cela s'ajoute qu'il est toujours possible de soutenir qu'il ne s'agit pas, en toute hypothèse, de faire trancher exactement le même différend puisque, notamment, il ne s'agirait pas, dans les deux procédures, de demander l'application du même droit.

Le fait pour un État de recourir au mécanisme OMC quand bien même il se serait engagé à ne pas le faire dans le cadre de l'instrument engagerait sa responsabilité au titre de l'instrument et vis à vis des États parties, mais ne vicierait pas en tant que tel sa plainte à l'OMC, ni la procédure qui s'ensuivrait.

Cela n'empêche pas d'inscrire effectivement dans l'instrument le principe de l'exclusivité du mode de règlement qu'il pose pour les litiges qui le concernent. Ce peut être au minimum incitatif et le respect peut être un élément d'appréciation de la bonne foi. Mais il ne faut pas surestimer les effets que pourrait produire un tel principe. Il peut être un élément dans un ensemble plus vaste.

2.2. Les propositions sur le règlement des différends

Ces propositions sont de deux ordres : les unes visent l'aménagement technique d'un mécanisme de règlement des différends en s'inspirant de divers modèles existants ; les autres visent l'aménagement de l'environnement juridique du mécanisme à savoir des principes qu'il serait opportun d'inscrire dans l'instrument pour faciliter la tâche des organes de règlement des différends.

Compte tenu des réticences des États à souscrire à des mécanismes de règlement des différends très contraignants, il semble opportun de proposer un mécanisme progressif. Il faudrait néanmoins que ce mécanisme soit conçu pour être assez rapide, pour ne pas pouvoir être bloqué et donc pour assurer une issue effective (même si elle n'est pas contraignante car on peut renvoyer vers le suivi) afin de lui assurer un minimum de crédibilité. Deux systèmes sont proposés comme illustrations des solutions imaginables.

Dans une première option de conception classique, on peut envisager de faire se succéder une phase faiblement contraignante consistant dans une obligation de négociation, assortie en cas d'échec de la possibilité de faire appel aux bons offices ou à la médiation d'une tierce Partie, et une phase plus nettement contraignante puisque renvoyant à un mode obligatoire de règlement du litige. À ce titre, on peut offrir une alternative entre un règlement juridictionnel et un règlement par voie de conciliation. L'option pour le règlement juridictionnel, qui pourrait consister soit dans un arbitrage, soit dans une décision de la Cour internationale de justice (CIJ), supposerait une acceptation préalable des États concernés sous la forme d'une déclaration facultative, déposée lors de la ratification ou à tout moment ultérieur choisi par l'État concerné. Cette déclaration pourrait ne viser qu'une des deux voies juridictionnelles. Les Parties à un différend, qui n'auraient pas pris un tel engagement (et un engagement de même portée) et qui ne parviendraient pas à s'accorder sur une autre procédure de règlement comme la possibilité leur en serait offerte, seraient alors renvoyées à la conciliation (dont l'issue n'est pas contraignante). On peut aussi envisager que la deuxième phase soit plus nettement contraignante, mais cela pourrait susciter des réticences.

Le mécanisme suggéré assure qu'une procédure de règlement pourra bien avoir lieu. À cette fin, les possibilités de blocage doivent être éliminées. C'est le cas lorsque, tout en laissant aux parties la possibilité de s'entendre sur une procédure, il existe, à titre subsidiaire, la possibilité d'activer unilatéralement une procédure, soit juridictionnelle si les deux parties l'ont accepté préalablement par une déclaration spécifique, soit de conciliation, les parties l'ayant accepté en adhérant à la Convention (sous réserve de la question des réserves). Il faudrait aussi faire en sorte, avec les dispositifs

adéquats, que la défaillance d'une des Parties de participer à la procédure, que ce soit pour procéder aux désignations qui lui incombent éventuellement ou pour faire valoir ses arguments, n'empêche pas celle-ci d'aller à son terme. Enfin, il faudrait que le système soit conçu pour que le processus de règlement soit le plus rapide possible. Si la négociation n'est pas enfermée dans des délais, les modes obligatoires, à l'exception du recours à la CIJ, peuvent l'être, ce qui garantit une solution ou une proposition de solution à une échéance raisonnable.

Une deuxième option pourrait être d'imaginer un mécanisme dont la structure et le déroulement se rapprocheraient de ceux du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Là aussi, l'idée de progressivité serait en toute hypothèse présente, mais la deuxième phase est limitée à offrir un mécanisme de type arbitral, tout en prévoyant que les parties peuvent en disposer autrement. Ainsi, dans un premier temps, un ou des États parties qui considèrerai(en)t qu'une mesure d'un de leurs partenaires ne respecte pas l'instrument pourrai(en)t demander des consultations avec lui. Ces consultations pourraient être enfermées dans un délai à l'issue duquel, en cas d'échec, une ou les parties au litige pourrai(en)t demander la constitution d'un comité d'experts, à moins qu'elles ne s'entendent pour recourir à un autre mode de règlement. Le Comité d'experts aurait à rendre sa décision, dans un délai déterminé, au terme d'une procédure contradictoire. On pourrait prévoir qu'il fixe en même temps un délai de mise en conformité dans l'hypothèse où il constate une violation de l'instrument, que l'effectivité de l'exécution soit contrôlée et que l'inexécution puisse donner lieu à des «sanctions».

En complément du mécanisme proprement dit, on peut envisager d'incorporer dans son environnement normatif des principes susceptibles de faciliter la tâche des organes de règlement. Il s'agirait notamment de principes relatifs à l'articulation de l'instrument avec le reste du droit international, y compris donc le droit de l'OMC. Ces principes ne vaudraient certes que dans l'ordre de l'instrument. Mais ils peuvent concourir à asseoir son influence. On pourrait ainsi mentionner, par exemple, dans le préambule que «*les accords sur le commerce et la culture devraient se soutenir mutuellement en vue du respect de la diversité culturelle dans sa double dimension de protection des cultures et d'ouverture aux autres cultures*». On pourrait ajouter que l'instrument, tout en ne devant pas être interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux (donc devant être interprété en tenant compte de ces droits et obligations), ne devrait pas être considéré comme subordonné à d'autres accords internationaux.

Le fait de poser une telle règle d'interprétation aurait pour but d'éviter le jeu de toute règle de priorité, telle qu'en comporte le droit international (on pense particulièrement à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Puisque l'instrument ne serait pas censé modifier les droits et obligations conventionnels préexistants de ses Parties, il n'aurait à se réclamer ni de la règle *Lex specialis*, ni de la règle *Lex posterior* dont l'aptitude à jouer n'a pas à être vérifiée. Par là même serait posée une présomption de compatibilité avec le droit de l'OMC (entre autres). Puis, en

indiquant que ce principe de non-contradiction n'est pas un principe de subordination, il s'agirait d'exprimer que l'instrument n'a pas à être écarté quand un autre accord international est applicable. Cette précision est importante : réputé ne rien modifier, l'instrument pourrait néanmoins ajouter et, dans cette mesure, ne devrait pas être ignoré (ce qui ne pourrait viser cependant que les relations entre les Parties). En d'autres termes, il s'agirait d'orienter vers une application cumulative, ce qui ne ferait que confirmer la mention d'un nécessaire soutien mutuel.

VI. LES RETOMBÉES DU NOUVEL INSTRUMENT

Le nouvel instrument agira d'abord et avant tout comme un cadre de référence et un lieu de concertation pour tous les États qui considèrent le maintien de la diversité des expressions culturelles et, à travers celle-ci, la préservation de la diversité culturelle elle-même comme des éléments essentiels à la réalisation d'une mondialisation à visage humain. En tant que cadre de référence, il offrira un ensemble de principes et de normes destinés à encadrer l'intervention des États membres dans le domaine culturel à partir d'une même conception de la diversité culturelle axée à la fois sur la préservation des cultures existantes et sur l'ouverture aux autres cultures. Avec l'adhésion d'un nombre croissant d'États à ce cadre de référence, on assistera alors à la mise en place, dans le domaine culturel, d'un nouveau régime juridique fondé sur une vision culturelle de l'échange, une vision où le développement de celui-ci accompagne le développement des cultures, mais ne l'emporte pas sur ces dernières. Ce cadre de référence, en plus de guider l'action des États membres dans la sphère domestique, pourra également leur servir de position commune dans leurs négociations internationales. En tant que lieu de concertation, le nouvel instrument offrira la possibilité d'aider les États membres qui rencontrent des difficultés dans la mise en œuvre de leurs engagements, facilitera le cas échéant le règlement de différends entre ces derniers et contribuera à la prise de positions communes sur toute question touchant à la préservation de la diversité culturelle. Loin d'être un instrument statique et protectionniste, il s'avérera au contraire un instrument de développement à la fois des cultures et des échanges culturels.

QUESTION 3

Identification des solutions juridiques garantissant une articulation satisfaisante de cet instrument international avec l'OMC

La principale difficulté que soulève un instrument international sur la diversité culturelle négocié en dehors de l'OMC, on l'aura compris, est celle de son rapport au régime normatif de l'OMC. À cet égard, il est important de clarifier ce qui reste possible et ce qui ne l'est d'ores et déjà plus.

La marge de manœuvre par rapport à l'OMC est à la fois large et limitée. Elle est large dans la mesure où, pour l'instant, peu d'États ont pris des engagements de libéralisation en matière de services culturels et qu'on n'est théoriquement tenu par rien tant qu'on n'a pas pris d'engagement. Mais elle est en réalité limitée par une pluralité de facteurs qu'on va envisager successivement pour expliquer quels moyens d'action on peut avoir et les voies imaginées en ce qui concerne l'instrument projeté sur la diversité culturelle.



Il importe de rappeler qu'en l'état actuel des choses, les produits et services culturels ne sont nullement exclus par principe du champ d'application du droit de l'OMC. En ce qui concerne en particulier les services sur lesquels se concentrent les enjeux (en raison des services audiovisuels), s'ils n'ont pas fait l'objet de négociations particulières aux fins de libéralisation, cela ne résulte que d'une décision politique due aux circonstances. Il peut donc à tout moment y avoir amorce de négociation. Il y a d'ailleurs plusieurs propositions en ce sens (même si, comme on l'a dit, peu d'États ont jusqu'à présent pris des engagements). Dans cette perspective, l'instrument constituerait un point d'appui pour les États parties afin de justifier un refus de prendre un engagement culturel ou audiovisuel ou afin de coordonner leurs positions en la matière ou pour réagir à d'éventuelles tentatives de développement normatif sur la diversité culturelle au sein de l'OMC.

Concernant l'articulation entre l'instrument sur la diversité culturelle et le droit de l'OMC, il importe de rappeler d'abord que l'instrument ne pourrait produire autre chose qu'un effet indirect sur le droit de l'OMC avant d'aborder plusieurs questions plus particulières d'articulation (essentiellement à propos des différents moyens d'intervention des États).

I. L'EFFET INDIRECT

De façon générale, on ne peut espérer de l'instrument d'autre effet qu'**indirect**. Cet effet peut être recherché par rapport au droit existant (mais les remarques faites à ce propos vaudront aussi pour tout droit futur). Il peut être recherché également par rapport aux négociations à venir.

1. Par rapport au droit existant, l'instrument ne pourrait produire éventuellement d'effet que sur son interprétation

Et encore cet effet est-il loin d'être assuré, mais on peut néanmoins essayer d'en consolider au maximum les bases. D'où la conception et la structure retenue pour l'instrument. Celui-ci, tout en étant délibérément formulé dans des termes «culturels», veut faire écho aux modes de raisonnement en vigueur dans le droit de l'OMC.

Parce qu'il n'est pas élaboré au sein de l'OMC, parce qu'on ne peut escompter qu'il lie l'ensemble des États membres de l'OMC et que son éventuelle conclusion et entrée en vigueur seront en toute hypothèse postérieure à celles des Accords de Marrakech, l'instrument est inapte à remettre en cause ou modifier le droit de l'OMC existant. Ainsi, un État ne pourrait se prévaloir de l'instrument pour justifier le non-respect d'une de ses obligations au titre du droit de l'OMC. Un changement des obligations ne peut venir que de l'intérieur. En d'autres termes, on ne peut espérer imposer

une «exception» ou une «spécificité» culturelle de l'extérieur. Tout changement de ce type ne peut venir que de négociations internes à l'OMC. À cet égard, force est de rappeler que le «train» d'une véritable exception culturelle a été manqué en 1994. Les chances qu'une telle exception puisse être réintroduite en tant qu'exception globale sont infinitésimales pour ne pas dire nulles. Il faudrait en effet réviser plusieurs accords contenus dans la Charte de l'OMC et, pour cela, mettre d'accord l'ensemble des membres de l'organisation. On peut estimer avec une certitude raisonnable qu'un tel accord est hors de portée.

Cela ne signifie pas que rien ne puisse être fait du côté du droit de l'OMC (cf. *infra*). Cela ne signifie pas non plus que le droit externe à l'OMC ne puisse produire aucun effet.

Par rapport au droit existant (que ce soit aujourd'hui ou ultérieurement), une confrontation éventuelle entre une ou des obligations au titre de l'OMC et une position nationale fondée sur l'instrument se poserait essentiellement dans le cadre du règlement des différends. Or, le Mémoire sur le règlement des différends prévoit que le droit de l'OMC doit être interprété «conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public» (art. 3.2). Pour ce faire, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se réfèrent aux règles, principes et méthodes d'interprétation mentionnés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, même si cette référence n'est pas exhaustive puisqu'il est également fait appel à des méthodes comme celle de l'effet utile en tant que de besoin. La palette est donc très large. À cela s'ajoute que, dès son premier rapport (affaire de l'essence²⁶), l'Organe d'appel a indiqué que le droit de l'OMC n'était pas «isolé cliniquement» du reste du droit international. En d'autres termes, le droit de l'OMC peut et doit être interprété à la lumière de principes de droit international d'origine externe. La possibilité d'utiliser le principe de précaution a ainsi été explorée dans l'affaire de la viande aux hormones même si, en l'occurrence, ce principe n'a pas été considéré comme suffisamment consolidé pour constituer la référence que souhaitaient les défenseurs²⁷.

Il reste que les organes en charge du règlement des différends n'hésitent pas à se référer à des principes et règles externes. Les références à la jurisprudence de la Cour internationale de justice sont nombreuses. L'affaire des crevettes a également été l'occasion de références à plusieurs instruments de droit international de l'environnement aux fins d'interpréter l'article XX: g) du GATT. On remarquera à ce propos que l'Organe d'appel a visé aussi bien des instruments contraignants (sans se soucier de savoir si les États parties au différend étaient liés par eux) que des instruments

26. États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R). Rapport d'appel du 29 avril 1996 adopté par l'O.R.D. le 20 mai 1996.

27. Communauté européenne – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R). Rapport d'appel commun aux deux affaires introduites respectivement par le Canada et par les États-Unis, mis en circulation le 16 janvier 1998 et adopté le 13 février 1998.

non contraignants comme la Déclaration de Rio²⁸. De façon plus générale, la marge de manœuvre en matière d'interprétation laisse place pour une réceptivité quant à la sensibilité des questions traitées. L'affaire de l'amiante l'a montré concernant les préoccupations de santé. Et cette réceptivité a des chances d'être d'autant plus grande que la sensibilité se sera manifestée de façon collective.

Compte tenu de tous ces éléments, la situation paraît assez ouverte. Un instrument « culturel » reflétant un certain consensus pourrait être de nature à influencer la démarche interprétative des organes de règlement des différends de l'OMC, notamment parce que cela permettrait de montrer que la position de l'État mis en cause n'est pas nécessairement isolée (sous réserve des données particulières de l'affaire et de l'adéquation de la position de l'État concerné avec les principes suivis dans le cadre de l'instrument). Sans doute, l'analogie avec ce qui s'est passé concernant le droit de l'environnement ne doit-elle pas être poussée trop loin. Il faut en effet tenir compte qu'il existe dans le cas du droit de l'environnement une mention dans le Préambule de la Charte de l'OMC qui a servi de levier. Les questions culturelles ne bénéficient pas d'une telle situation, sous réserve de ce qui pourrait être obtenu dans des négociations ultérieures (cf. *infra*) ou sous réserve d'essayer de faire écho à la référence que fait le préambule de l'Accord général sur le commerce des services aux « objectifs de politique nationale » en qualifiant comme telle la diversité culturelle dans l'instrument (cf. *supra*).

De plus, l'Organe d'appel ne semble pas jusqu'à présent s'être montré très réceptif aux arguments « culturels » (apparus dans l'affaire des périodiques ou dans les affaires coréennes des boissons alcooliques ou du bœuf congelé). Cela ne doit cependant pas être considéré comme complètement significatif. Les atouts d'un instrument pour être pris en compte, même si c'est nécessairement de façon indirecte, viendraient de son équilibre interne et de la façon dont il répond à plusieurs préoccupations des organes de règlement des différends.

Le souci de ceux-ci est toujours de débusquer derrière des mesures qui se présentent comme poursuivant un but légitime (ce que la diversité culturelle prétend être) les tentations ou les détournements protectionnistes, d'où l'intérêt :

- de bien insister sur la double dimension de la diversité culturelle (protection des cultures nationales ou infranationales mais, aussi ouverture aux autres cultures **et non-discrimination**);
- d'assurer une grande transparence concernant les différents mécanismes d'intervention et de protection (pour montrer que la diversité culturelle n'est pas un prétexte pour « habiller » une politique exclusivement protectionniste);
- de montrer que les différents mécanismes d'intervention étatiques sont sinon négociés, du moins l'objet d'une concertation (dans les affaires de l'essence et des crevettes, l'Organe d'appel a notamment

28. États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R). Rapport d'appel du 12 octobre 1998, adopté le 6 novembre 1998.

reproché aux États-Unis une démarche totalement unilatérale), et qu'ils font l'objet d'un suivi (donc qu'il y a le souci de vérifier leur adéquation, voire leur proportionnalité, aux objectifs poursuivis, ce qui peut être un solide indice de bonne foi).

Enfin, une dernière incitation à tenir compte de l'instrument, même si c'est indirectement, peut venir de la « concurrence » des mécanismes de règlement des différends, dès lors qu'ils pourraient avoir à connaître des problématiques, voire d'affaires, étroitement connexes. Sans doute, leur fonctionnement restera-t-il autonome (cf. *supra*), mais la réalisation d'une concurrence conflictuelle présenterait des risques pour les deux mécanismes et les deux systèmes. Génératrice de tensions, elle poserait à la fois des problèmes de crédibilité et de légitimité. Les risques, qui sont en proportion du degré d'adhésion que recevrait l'instrument, pourraient exister à deux niveaux :

- celui de l'affaire en cause puisqu'un État pourrait voir une mesure validée, voire exigée, dans un ordre être condamnée dans l'autre et serait donc obligé de se mettre en défaut dans un ordre pour être conforme à l'autre, la situation pouvant se trouver aggravée par la possibilité de contraintes à l'exécution. La situation serait juridiquement inextricable et potentiellement génératrice d'une tension durable.
- celui du système. Il n'est pas besoin d'insister sur l'effet déstabilisant de décisions contradictoires, toujours en fonction, bien sûr, du succès de l'instrument (d'où l'intérêt de prévoir un seuil d'entrée en vigueur suffisant). Une comparaison adéquate s'offre à travers l'affaire de l'espadon²⁹ qui a opposé l'Union européenne et le Chili et dans laquelle interagissaient le droit de la mer tel qu'issu de la Convention de Montego Bay et le droit de l'OMC. Si le conflit n'est pas allé à son terme et si les parties sont parvenues à un accord³⁰, c'est sans doute aussi parce que tout le monde a compris qu'il n'y avait pas intérêt à pousser trop loin et à concrétiser trop précisément la perspective de décisions potentiellement contradictoires, même si le conflit restait formellement indirect. En outre, il ne serait pas non plus de l'intérêt des organes appelés à régler les différends d'alimenter de telles tensions qui risqueraient de déboucher sur des mises en cause non seulement de leur crédibilité, mais aussi de leur légitimité. L'argument, pour être systémique et non pas juridique, n'est pas négligeable. On sait la vulnérabilité des organes de l'OMC à cet égard et la vitesse à laquelle ils sont taxés de n'avoir aucun souci des préoccupations non commerciales

29. WT/DS193/1 dans le cadre de l'OMC. La Communauté européenne avait introduit en avril 2000 une demande de consultation relative à une mesure chilienne interdisant de débarquer des espadons dans les ports chiliens. Elle considérait que, ce faisant, le Chili faisait obstacle au transport en transit des espadons dans ses ports en violation des articles V et XI du GATT. En parallèle avec cette mesure, le Chili avait également adopté des mesures de conservation visant à limiter la pêche à l'espadon. En réponse à la plainte européenne dans le cadre de l'OMC, le Chili a fait appel au système de la Convention sur le droit de la mer de 1982 et a cherché à attirer la Communauté européenne devant le Tribunal international du droit de la mer.

30. Dans un premier temps, les Parties sont tombées d'accord pour soumettre le différend à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par la Convention de Montego Bay avant de parvenir à un accord amiable. Mais, parallèlement, un groupe spécial avait été établi par l'ORD (en décembre 2000), procédure qui a également été abandonnée à la suite de l'accord amiable.

malgré les efforts d'ouverture que montrent, entre autres, les affaires des crevettes³¹, du bœuf coréen³² ou de l'amiante³³. Le risque concernerait bien sûr aussi les organes appelés à intervenir au titre de l'instrument. Il en résulterait une forte incitation à la considération réciproque.

2. Par rapport aux négociations à venir

Par rapport aux négociations à venir, l'instrument ne peut évidemment prétendre en empêcher le déroulement dans le cadre de l'OMC. Il peut seulement concourir à les orienter ou à les freiner, ce qui est notamment fonction de son coefficient de succès, *mais pas seulement*.

La capacité d'influence peut passer par l'instauration d'un mécanisme de coordination de positions en amont des négociations à l'OMC (par exemple, tout État partie à l'instrument qui voudrait faire des propositions ou prendre des engagements devrait au préalable en informer ses partenaires et recueillir leurs observations; ou encore on pourrait envisager un mécanisme de concertation pour une coordination des positions dans les négociations). Comme il y a eu le groupe de Cairns en matière agricole, on peut envisager un groupe d'États fédérés par l'instrument en matière culturelle.

L'instrument pourrait servir de référence: l'option pour des formulations qui, tout en étant «culturelles», font écho aux concepts, modes de raisonnement et orientations en vigueur au sein de l'OMC peut faciliter ce rôle. L'introduction dans le droit de l'OMC d'une référence même préambulaire à la légitimité du souci pour le maintien de la diversité culturelle pourrait être très utile (notamment pour servir de levier à d'éventuelles références à des instruments externes au droit de l'OMC pour l'interprétation de dispositions de celui-ci).

Il pourrait être utile à cet égard que l'instrument fasse état de l'engagement des membres «*de conserver à l'esprit la nécessité de soutenir et promouvoir la diversité culturelle au sein d'autres instances internationales où ils pourraient être invités à prendre des engagements susceptibles de compromettre l'efficacité de l'instrument*», pour reprendre la formulation de la Déclaration du Conseil de l'Europe sur la diversité culturelle.

II. QUESTIONS PARTICULIÈRES D'ARTICULATION

La question de l'articulation entre le droit de l'OMC et les préoccupations que traduirait l'instrument sur la diversité culturelle peut se poser à plusieurs niveaux. Il y a bien sûr le niveau des engagements. Et sans doute est-il essentiel, au moins dans un premier temps, qu'aucun engagement de

31. *Organe d'appel* – 12 octobre 1998 – WT/DS58 – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Inde, Malaisie, Pakistan et Thaïlande c. États-Unis). V. H. Ruiz Fabri, «Chronique du règlement des différends de l'O.M.C.», *J.D.I.*, 1999/2, p. 496.

32. *Organe d'appel*. – 11 décembre 2000. – WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R. – *Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (Australie et États-Unis c. Corée). V. H. Ruiz Fabri, «Chronique du règlement des différends de l'O.M.C.», *J.D.I.*, 2001/3, p. 929.

33. *Organe d'appel*. – 12 mars 2001. – WT/DS135/AB/R. – *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Canada c. Communautés européennes). V. H. Ruiz Fabri, «Chronique du règlement des différends de l'O.M.C.», *J.D.I.*, 2001/3, p. 948.

libéralisation ne soit pris dans le cadre de l'OMC par le plus grand nombre possible d'États (la préparation et la conclusion de l'instrument étant un argument fort pour inciter à une telle position attentiste commune en la justifiant).

Mais, il faut également tenir compte de ce que, même si aucun engagement n'est pris, des négociations sur d'autres questions peuvent avoir des répercussions sur la maîtrise des moyens d'action en faveur de la diversité culturelle. C'est particulièrement vrai pour tout ce qui touche aux disciplines horizontales ou transversales comme les réglementations intérieures ou les subventions. Il importe d'insister sur le fait qu'une situation de *statu quo* n'est pas une situation immobile et qu'il ne suffit pas de ne pas prendre d'engagements. Si la situation n'est pas consolidée, elle se dégradera, c'est-à-dire évoluera dans un sens pas nécessairement favorable aux soucis justifiant l'élaboration du présent instrument. Enfin, il apparaît essentiel de pouvoir incorporer dans le droit de l'OMC des échos aux préoccupations traduites par l'instrument.

Les lignes qui suivent rappellent :

- ce qui est permis ou ne l'est plus,
- ce qui est en discussion et comment on peut concilier.

1. Ce qui est permis ou ne l'est plus

En l'absence de tout engagement, la marge de manœuvre paraît très large. Il faut cependant prêter une grande attention à trois éléments :

1. L'Accord sur les services n'a fait l'objet pour l'instant que de très peu d'applications contentieuses. Tout reste à faire en ce qui concerne son interprétation. L'expérience montre néanmoins que les dispositions ne sont pas nécessairement interprétées exactement comme leurs négociateurs avaient pu le concevoir. De plus, la jurisprudence est toute orientée vers une application cumulative et superposée de différentes dispositions contenues dans les accords de l'OMC et une interprétation des dispositions à la lumière les unes des autres, y compris quand ces dispositions figurent dans des accords différents. Il peut en résulter un phénomène de « contamination des contraintes », une disposition étant interprétée dans un sens plus contraignant à la lumière d'autres dispositions dans d'autres domaines. On peut, par exemple, penser au domaine des subventions qui sera à plus ou moins brève échéance négocié dans le secteur des services, alors qu'existe déjà un appareil normatif étoffé concernant les subventions en matière de biens.
2. De plus, certaines disciplines ou certains principes de l'Accord sur les services peuvent jouer indépendamment de tout engagement. Cela deviendra nécessairement d'actualité à l'échéance des exemptions. Il importe encore une fois d'insister sur le fait que les produits et services culturels ne bénéficient d'aucun régime d'exception global.

3. Les négociations sur certaines questions, en particulier sur les disciplines horizontales ou transversales, auront nécessairement des répercussions sur la situation des services culturels, quand bien même on persisterait dans les positions de non-engagement.

2. Ce qui est en discussion et comment concilier

Il s'agit de signaler les questions encore à régler, mais aussi les hypothèses où il serait souhaitable d'essayer d'introduire dans le droit de l'OMC des dispositions ou précisions faisant écho aux soucis présidant à l'élaboration de l'instrument.

1. Il importe d'abord de savoir quelles sont les perspectives concernant les exemptions. Celles-ci ne devraient normalement pas durer plus de dix ans, ce qui signifie que celles introduites en 1995 devraient logiquement disparaître à partir de 2005. La question d'une éventuelle prolongation devrait éventuellement être soulevée.
2. Il faudrait réfléchir à une manière adéquate de formuler des engagements ou l'absence d'engagements : l'idée serait de faire de l'instrument une référence pour fonder une absence d'engagement ou une non-consolidation de tout ce qui ne serait pas en accord avec ses objectifs. Dès lors que l'instrument n'impose pas de niveau identifié de protection, sa portée réelle résiderait surtout dans un effet d'annonce et dans l'introduction d'une référence qui peut servir pour l'interprétation des engagements. Il s'agirait de faire valoir l'idée qu'une action conforme à l'instrument respecte les impératifs que ce dernier pose en matière de transparence et de proportionnalité, notions qui ont un fort écho dans le droit de l'OMC. Ce pourrait être un moyen de faire valoir que, même si on ne prend pas d'engagements, on agit néanmoins de façon transparente et proportionnée. Il s'agit, tout en gardant le droit d'agir, de donner une sorte de garantie qu'on ne fait pas n'importe quoi.
3. Il faudrait être très vigilant concernant les négociations relatives aux disciplines horizontales, en particulier en ce qui concerne les réglementations intérieures et les subventions. Dans l'un comme dans l'autre cas, il faudrait examiner dans quelle mesure il serait possible de négocier l'introduction d'une clause d'exception reliée aux «objectifs de politique nationale», voire davantage ciblée sur les mesures prises conformément à l'instrument même s'il ne saurait s'agir de le viser expressément. Il faut faire écho à ses objectifs et à ses méthodes tout en respectant le schéma du droit de l'OMC en matière d'exception. Ce schéma requiert que les mesures obéissent à un but légitime, mais aussi qu'elles soient transparentes et proportionnées. En d'autres termes, la diversité culturelle telle que conçue dans le cadre de l'instrument (*i.e.* avec sa double dimension – *cf. supra*) devrait être considérée comme un but légitime, ce qui justifierait que les mesures prises à son titre échappent aux disciplines communes, à condition qu'elles soient transparentes et proportionnées. Autant d'exigences que pose l'instrument tel qu'il est conçu dans le présent rapport (*cf. supra*). Il s'agirait de créer une sorte d'effet-miroir.

En matière de subventions, si on instaure des disciplines communes, on aboutit à une logique de définition progressive, de détermination de critères et d'élimination progressive. Mais peut-être peut-on essayer de tester l'introduction d'une « boîte verte » qui couvrirait les subventions au titre de la diversité culturelle ou envisager de négocier un régime équivalent à la Mesure globale de soutien en matière agricole, mais sans démantèlement à terme. Il faudrait éviter d'arriver à une définition ou à une liste des mesures autorisées, ce qui pourrait s'avérer trop contraignant et peu adaptable, pour préférer une formule où on donne plutôt, sur le modèle déjà indiqué, des garanties de transparence et de proportionnalité (toujours au regard de la double dimension de la diversité culturelle, ce qui est aussi une manière de donner des garanties sur l'ouverture aux autres).

Les propos qui précèdent concernant l'articulation de l'instrument à l'OMC, peut-on faire valoir, soulèvent une question qui relève d'un horizon temporel distinct du processus d'élaboration de l'instrument proprement dit, l'élaboration de l'instrument pouvant se faire en dehors de toute considération de l'OMC. En théorie, cela n'est pas faux, d'autant plus que l'instrument a une vocation d'abord et avant tout culturelle, alors que l'OMC a une vocation exclusivement commerciale. Mais l'instrument ayant aussi pour objectif d'assurer la capacité d'intervention des États dans le domaine culturel face à l'OMC, son élaboration peut difficilement se faire sans prendre en considération les exigences de l'OMC. Ceci ne signifie pas que l'instrument doive céder devant l'OMC ; mais dans la mesure où la possibilité de conflits ne peut pas être éliminée, il n'est pas interdit de chercher à établir des ponts susceptibles de faciliter leur règlement dans une perspective acceptable d'un point de vue culturel. On peut se demander aussi s'il est possible de distinguer entre ce qui relève des contenus de l'instrument qui pourraient éventuellement servir d'arrimage avec le droit de l'OMC et ce qui relève plutôt des stratégies visant cet arrimage. Une telle distinction est possible, mais le contenu même de l'instrument d'une certaine façon implique des choix stratégiques relativement aux moyens d'atteindre les objectifs fixés. Dès lors que ces objectifs incluent la préservation de la capacité d'intervention des États dans le domaine culturel, la question de l'arrimage est soulevée.

ANNEXE 1

Le déséquilibre des échanges dans le domaine de l'audiovisuel : la situation en Europe

1 TÉLÉVISION

Europe

Origine géographique de la fiction télévisuelle programmée par les principales chaînes

(échantillon hebdomadaire du 12 au 18 mars 2000)

		NATIONALE	AMÉRICAINNE	EUROPÉENNE	AUTRE
Royaume-Uni	journée complète	47 %	43 %	0 %	10 %
	heures de grande écoute uniquement	51 %	49 %	0 %	0 %
Allemagne	journée complète	36 %	57 %	5 %	2 %
	heures de grande écoute uniquement	56 %	44 %	0 %	0 %
France	journée complète	25 %	56 %	15 %	5 %
	heures de grande écoute uniquement	75 %	25 %	0 %	0 %
Italie	journée complète	19 %	64 %	4 %	13 %
	heures de grande écoute uniquement	43 %	51 %	6 %	0 %
Espagne	journée complète	20 %	56 %	7 %	17 %
	heures de grande écoute uniquement	51 %	37 %	12 %	0 %

Source : EUROFICTION

Données de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

http://www.obs.coe.int/about/oea/pr/pr_eurofiction_bis.html.fr

2 FILMS

Union européenne

Parts de marché des entrées sur le marché de l'Union européenne (1996-2000)

NATIONALITÉ DES FILMS	1996	1997	1998	1999	2000
Films américains	71,6 %	65,8 %	77,4 %	69,1 %	73,0 %
Films nationaux sur leur propre marché	17,5 %	21,4 %	14,4 %	17,4 %	15,0 %
Films européens hors marché national	8,3 %	10,7 %	7,2 %	11,5 %	8,0 %
Autres	2,6 %	2,0 %	1,1 %	2,0 %	4,0 %

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/forum2001_report.html

France

Parts de marché selon la nationalité des films (%)

	FILMS FRANÇAIS	FILMS AMÉRICAINS	FILMS EUROPÉENS (HORS FRANCE)	AUTRE FILMS	TOTAL
1991	30,6	58,0	10,0	1,4	100,0
1992	35,0	58,2	4,7	2,2	100,0
1993	35,1	57,1	4,4	3,4	100,0
1994	28,3	60,9	8,7	2,0	100,0
1995	35,2	53,9	8,4	2,4	100,0
1996	37,5	54,3	6,2	2,0	100,0
1997	34,5	52,2	10,0	3,3	100,0
1998	27,6	63,2	7,6	1,6	100,0
1999	32,4	53,9	11,1	2,6	100,0
2000*	28,5	62,9	6,0	2,6	100,0

* Données provisoires

Source : Centre national de la cinématographie,
http://www.cnc.fr/d_stat/fr_d.htm

ANNEXE 2

Le déséquilibre des échanges dans le domaine de l'audiovisuel : l'Australie et le Canada

AUSTRALIE

Nombre de films australiens et étrangers projetée dans les cinémas australiens, 1984-2000

	EUROPE						NORTH AMERICA			TOTAL
	AUSTRALIE	NZ	ASIE	FRANCE	R.U.	AUTRES PAYS	CANADA	ÉTATS-UNIS	AUTRES PAYS	
1984	25	1	0	9	22	12	4	146	4	223
1985	17	-	1	4	25	5	4	136	2	194
1986	30	2	6	8	25	10	-	155	3	239
1987	31	1	7	12	18	14	5	168	3	259
1988	36	2	6	10	31	22	3	167	4	281
1989	39	-	13	14	35	19	3	163	5	291
1990	22	3	7	26	20	14	6	153	1	252
1991	22	1	8	16	21	16	3	149	4	240
1992	29	1	5	9	28	15	6	135	1	229
1993	22	3	8	14	13	17	5	172	5	259
1994	26	2	12	17	22	13	6	153	1	252
1995	14	1	6	17	23	13	3	171	5	253
1996	25	1	9	12	25	10	3	190	6	281
1997	30	2	8	17	21	13	8	184	2	285
1998	20	-	5	12	29	5	3	189	10	273
1999	24	3	3	5	28	11	5	174	2	255
2000	22	-	8	12	29	6	3	167	3	250
Pourcentage										
2000	9 %	-	3 %	5 %	12 %	2 %	1 %	67 %	1 %	
Moyenne	11 %	1 %	3 %	6 %	11 %	6 %	2 %	73 %	2 %	

Source : MPDAA



CANADA

Répartition (MM\$ et%) des recettes de la distribution de productions audiovisuelles* selon le support principal et la nationalité des productions, 1998-1999

	PRODUCTIONS CANADIENNES		PRODUCTIONS NON CANADIENNES		TOTAL	
<i>Distribution intérieure (marché canadien)</i> Cinéma	9,5	(3 %)	272,6	(97 %)	282,2	(100 %)
Télévision payante et spécialisée	11,9	(21 %)	44,2	(79 %)	56,1	(100 %)
Télévision conventionnelle	87,0	(24 %)	276,2	(76 %)	363,1	(100 %)
Vidéo domestique**	3,3	(3 %)	101,2	(97 %)	104,5	(100 %)
Hors commerce	3,6	(23 %)	12,1	(77 %)	15,7	(100 %)
Total partiel	115,4	(14 %)	706,3	(86 %)	821,6	(100 %)
<i>Distribution extérieure (marché étranger)</i> Recettes de clients étrangers	147,4	(80 %)	38,1	(21 %)	185,5	(100 %)
TOTAL	262,8	(26 %)	744,4	(74 %)	1 007,2	(100 %)

* Sont exclues, les recettes reliées à la distribution en gros de vidéocassettes ainsi que celles de catégorie « autres recettes ».

** Il s'agit ici de la location ou de la vente de vidéodisques et de vidéocassettes pour la présentation de films et de bandes vidéo au moyen d'un lecteur de vidéodisques ou de vidéocassettes destinés à une utilisation domestique. Sont donc exclues de cette catégorie, les recettes reliées à la distribution en gros de vidéocassettes à d'autres grossistes ou à des détaillants s'occupant de vente et de location.

Source : Statistique Canada. *Le film et la vidéo*, no 87F0010XPF au catalogue, Ottawa, décembre 2000

