



CONSULTATIONS SUR L'ADHÉSION À L'APÉN

Commentaires présentés par Véronique Guèvremont

à la Direction de la politique commerciale sur les services (TMS)
Affaires mondiales Canada

3 mai 2021

Table des matières

| | |
|---|----|
| I. Introduction | 1 |
| II. Le contexte international : les règles visant à protéger et à promouvoir la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique | 2 |
| A. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et son application à l'environnement numérique..... | 2 |
| 1. Le contenu de la Convention de 2005 | 2 |
| 2. Les Directives opérationnelles sur la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique | 4 |
| B. Les clauses culturelles dans les accords de libre-échange conclus par le Canada et leurs effets incertains sur le commerce électronique..... | 5 |
| C. Les clauses culturelles dans les accords de libre-échange conclus par d'autres États et leur applicabilité au commerce électronique..... | 7 |
| 1. La stratégie de l'Union européenne visant à exclure certains secteurs culturels de la portée des engagements en matière du commerce électronique | 8 |
| 2. L'applicabilité de l'exception culturelle néo-zélandaise aux engagements en matière de commerce électronique | 8 |
| III. Les actions entreprises par le Canada afin de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique..... | 10 |
| IV. Les références à la culture déjà présentes dans l'APÉN | 12 |
| V. Nos recommandations visant la position du Canada dans le cadre de la négociation de son adhésion à l'APÉN..... | 13 |
| Biographie | 15 |

I. Introduction

La présente contribution a été préparée par Véronique Guèvremont, professeure de droit international et titulaire de la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles, dans le cadre des Consultations sur l'adhésion à l'Accord de partenariat sur l'économie numérique (APÉN) menées par la Direction de la politique commerciale sur les services (TMS) d'Affaires mondiales Canada du 19 mars 2021 au 3 mai 2021¹. Cette contribution vise à nourrir la réflexion du Gouvernement du Canada sur sa position, ses intérêts et ses préoccupations à faire valoir dans le cadre d'éventuelles négociations devant mener à l'adhésion du Canada à l'APÉN. Les commentaires formulés ci-dessous tiennent compte des Renseignements généraux publiés par le Gouvernement du Canada dans le cadre de ces consultations².

Cette contribution s'intéresse particulièrement aux clauses de l'APÉN qui pourraient interférer avec la mise en œuvre de certaines politiques culturelles canadiennes et le respect des engagements du Canada au titre de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* de 2005³ (ci-après la Convention de 2005).

Les commentaires formulés dans ce document sont regroupés en quatre parties :

- La Partie II rappelle le contexte international dans lequel l'adhésion du Canada à l'APÉN pourrait se faire, et plus spécifiquement les règles en vigueur visant à protéger et à promouvoir la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique ;
- La Partie III présente les actions entreprises par le Canada afin de promouvoir les expressions culturelles canadiennes dans l'environnement numérique ;
- La Partie IV répertorie certaines clauses culturelles déjà présentes dans l'APÉN ;
- La Partie V énonce des recommandations en vue de préserver le pouvoir du Canada de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles en cas d'adhésion à l'APÉN.

Les commentaires et recommandations qui suivent ont pour but d'attirer l'attention du Gouvernement du Canada sur la nécessité de prendre en compte la spécificité des produits culturels numériques et de préserver, par le biais de clauses culturelles appropriées, son droit souverain d'adopter et de mettre en œuvre les politiques culturelles de son choix.

¹ L'annonce de ces consultations a notamment été publiée en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/depa-apen/index.aspx?lang=fra> (denier accès le 3 mai 2021).

² Ce Document d'information est disponible en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/depa-apen/background-information.aspx?lang=fra> (denier accès le 3 mai 2021).

³ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, (2010) 2440 R.T.N.U. 311 (entrée en vigueur : 18 mars 2007) [*Convention de 2005*], adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO. À ce jour, cette Convention compte 149 parties, soit 148 États ainsi que l'Union européenne.

II. Le contexte international : les règles visant à protéger et à promouvoir la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique

L'élaboration de la stratégie canadienne en vue de négocier une éventuelle adhésion à l'APÉN doit tenir compte des engagements internationaux du Canada, en particulier ceux qui découlent de la Convention de 2005 (A.) et des accords de libre-échange qu'il a signés (B.). La définition de cette stratégie pourrait également prendre en considération les plus récentes avancées réalisées par d'autres États concernant l'incorporation de clauses culturelles applicables au commerce électronique dans des accords de libre-échange négociés au cours des dernières années (C.).

A. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et son application à l'environnement numérique

Pour bien rendre compte des engagements pertinents du Canada au titre de la Convention de 2005, il est nécessaire d'examiner non seulement le texte de ce traité (1), mais aussi les directives opérationnelles qui précisent les engagements des Parties dans l'environnement numérique (2).

1. Le contenu de la Convention de 2005

La Convention de 2005 est née d'une prise de conscience qui s'est opérée au sein de la société internationale au cours des années 1990 concernant l'impact de l'intégration des économies sur le pouvoir réglementaire des États. Dans le champ spécifique de la culture, les États craignaient – et continuent de craindre – une limitation progressive de leur capacité d'intervenir librement en faveur de leurs industries culturelles, de leurs artistes et professionnels de la culture, ainsi que de leurs biens et services culturels que sont notamment les livres, journaux et périodiques, les films, les séries télévisées et la musique⁴. Les négociations commerciales qui se sont déroulées de 1986 à 1993, et qui ont mené à l'adoption de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et à la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ont permis d'initier une libéralisation des services audiovisuels, tout en ayant pour effet de diminuer progressivement le pouvoir d'intervention des États dans ce domaine. Bien que le Canada se soit abstenu de prendre des engagements dans le secteur de l'audiovisuel, tout comme l'Union européenne et quelques autres États, d'autres Membres ont choisi de libéraliser ce secteur. Aussi, face à l'impossibilité d'exclure les services audiovisuels du champ d'application de l'AGCS en raison de la ferme opposition des États-Unis (ce qui fut ultérieurement qualifié d'« échec de l'exception culturelle »), des États se sont tournés vers l'UNESCO afin d'élaborer un instrument juridique contraignant consacré à la protection de la diversité des expressions culturelles. Lors de la négociation de cet instrument

⁴ La victoire des États-Unis contre le Canada à la suite d'une plainte déposée devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC afin de contester certaines politiques culturelles visant à soutenir l'industrie canadienne des périodiques a largement contribué à cette prise de conscience. Voir : *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (14 mars 1997), OMC Doc WT/DS31/R (Rapport du Groupe spécial) et (30 juin 1997), OMC Doc WT/DS31/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

juridique, le Canada, avec l'étrite participation du Québec, fut l'un des États les plus proactifs et, suite à l'adoption du texte de la Convention de 2005, a été le premier à ratifier ce traité.

L'objectif général poursuivi par les Parties à la Convention de 2005 consiste à « protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles » (article 1(a)). De manière plus spécifique, la Convention de 2005 vise : à « reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens » (article 1(g)) – ce qui justifie que ces biens et services puissent être traités différemment, y compris dans le cadre de négociations commerciales – et ; à « réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire » (article 1(h))⁵. Ces deux objectifs ont notamment pour but d'amener les Parties à intervenir en faveur de leurs propres expressions culturelles, en soutenant activement la création, la production, la distribution, la diffusion et l'accès à celles-ci. Ces objectifs incitent aussi les Parties à préserver ce pouvoir d'intervention en faveur de la culture, en particulier lorsqu'elles négocient d'autres engagements internationaux.

Ainsi, en vertu de la Règle générale concernant les droits et obligations (article 5), les Parties à la Convention de 2005 réaffirment « leur droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles [...] afin d'atteindre les objectifs de la présente Convention » (article 5.1) et, ce faisant, leur engagement à adopter des « politiques et mesures [...] compatibles avec les dispositions de [cette] Convention » (article 5.2). Le droit des Parties d'adopter des politiques culturelles au niveau national est illustré par une liste exemplative de mesures (article 6). Les Parties ont aussi défini leurs obligations en matière de promotion des expressions culturelles au niveau national (article 7) et de protection des expressions culturelles menacées (article 8). Par ailleurs, l'un des engagements les plus contraignants découlant de la Convention de 2005 porte sur le traitement préférentiel pour les pays en développement. Au titre de cet engagement, « [l]es pays développés facilitent les échanges culturels avec les pays en développement en accordant, au moyen de cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels » (article 16).

Enfin, conscients que leurs engagements au titre de la Convention de 2005 pourraient interférer avec leurs engagements issus d'autres traités, les Parties ont prévu deux dispositions consacrées aux « Relations avec les autres instruments » (Section V. de la Convention de 2005). Premièrement, les Parties « reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la [Convention de 2005] et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités, (a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties » (article 20.1 (a)). Deuxièmement, « [l]es Parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la [Convention de 2005] dans d'autres enceintes internationales » (article 21).

⁵ Bien qu'un troisième objectif spécifique devant conduire les Parties à « renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de partenariat » (article 1.i)) soit aussi l'un des piliers de la Convention de 2005, le sujet abordé dans le cadre de ce mémoire ne justifie pas qu'une attention particulière soit portée à cet objectif.

L'OMC et les autres forums de négociations commerciales – dont les négociations d'accords bilatéraux, régionaux et plurilatéraux – sont notamment visés par ces deux dispositions. Afin de s'y conformer, le Canada devra donc promouvoir la spécificité des biens et des services culturels, ou encore des produits culturels numériques, dans le cadre de négociations qui pourraient mener à son adhésion à l'APÉN. Conformément à ses engagements au titre de la Convention de 2005, le Canada devra en outre veiller à ce que les engagements contractés dans le cadre d'un tel accord préservent son « droit souverain de formuler et mettre en œuvre [ses] politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale » (article 5.1). Tous les engagements découlant de la Convention de 2005 sont en effet pleinement applicables à l'environnement numérique.

2. Les Directives opérationnelles sur la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique

En juin 2017, les Parties à la Convention de 2005 ont adopté les Directives opérationnelles relatives à la mise en œuvre de la Convention dans l'environnement numérique. De manière complémentaire aux objectifs et principes énoncés aux articles 1 et 2 de la Convention de 2005, ces Directives visent à « réaffirmer le droit souverain des Parties de formuler, d'adopter et de mettre en œuvre des politiques et mesures en matière de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique » (paragraphe 8.4) et à « promouvoir un accès équitable et un échange équilibré des biens et services culturels dans l'environnement numérique » (paragraphe 8.6).

Les Directives précisent notamment le type de mesures que les Parties devraient adopter en vue de soutenir la création, la production, la diffusion, la distribution et l'accès à une diversité d'expressions culturelles dans l'environnement numérique. Par exemple, les Directives stipulent qu'« [à] l'étape de la distribution/diffusion, les Parties doivent s'efforcer de soutenir la distribution des œuvres dans l'environnement numérique et d'offrir des opportunités à cet égard ainsi que de promouvoir et de consolider le développement des marchés numériques émergents et locaux. Les mesures à cette étape de la chaîne de valeur devraient viser à [...] encourager la diversité des médias numériques, y compris la multiplicité des distributeurs numériques de biens et services culturels et des acteurs du numérique (plateformes en ligne, fournisseurs d'accès à Internet (FAI), moteurs de recherche, réseaux sociaux), tout en garantissant la visibilité et la découvrabilité des contenus culturels nationaux et locaux » (paragraphe 16.1)

Certaines Directives visent spécifiquement le « Rééquilibrage des échanges de biens et services culturels » (paragraphe 18 et 19). Elles encouragent plus spécifiquement les Parties à la Convention de 2005 « à promouvoir [...] la possibilité d'introduire des clauses culturelles dans les accords internationaux bilatéraux, régionaux, plurilatéraux ou multilatéraux, c'est-à-dire des dispositions qui tiennent compte de la double nature des biens et services culturels, y compris des clauses de traitement préférentiel, en portant une attention particulière au statut du commerce électronique qui doit reconnaître la spécificité des biens et services culturels » (paragraphe 19.4).

La Convention de 2005 est donc pleinement applicable à l'environnement numérique. Elle n'est toutefois pas le seul instrument juridique international dont le Canada devra tenir compte dans la définition de sa stratégie en vue d'éventuelles négociations visant son adhésion à l'APÉN ; il est aussi pertinent de prendre en considération les engagements du Canada contractés dans le cadre de certains accords de libre-échange, en particulier lorsque ceux-ci couvrent le champ du commerce électronique.

B. Les clauses culturelles dans les accords de libre-échange conclus par le Canada et leurs effets incertains sur le commerce électronique

Depuis la conclusion d'un premier accord de libre-échange avec les États-Unis en 1988 jusqu'à un passé récent, le Canada avait réussi à exclure l'ensemble des industries culturelles du champ d'application des accords bilatéraux et régionaux signés avec ses partenaires commerciaux, et ce, en incorporant au texte de ces accords une exemption culturelle de portée générale⁶. Grâce à celle-ci, le Canada et ses provinces parvenaient à conserver une bonne maîtrise de leurs politiques culturelles, actuelles et à venir, un objectif entériné par la Convention de 2005. Deux accords ont toutefois échappé à cette constante. Ils contiennent tous deux des engagements en matière de commerce électronique.

Le premier est l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu en 2016 avec l'Union européenne (et ses 28 États membres). Il a été le premier accord à témoigner d'un changement d'approche de la part du Canada, qui a abandonné son exemption culturelle générale au profit d'une pluralité d'exemptions incorporées dans certains chapitres seulement⁷. Par conséquent, certaines politiques culturelles, notamment dans les secteurs du livre et de l'édition, ne sont pas protégées par les clauses culturelles de l'AECG⁸. Il faut néanmoins souligner que le Préambule de cet accord contient une référence aux objectifs de la Convention de 2005, un élément qui pourrait éventuellement être pris en compte dans l'interprétation des engagements découlant de l'AECG.

⁶ Outre l'Accord de libre-échange de 1988, douze autres accords de libre-échange (ALE) conclus par le Canada contiennent une exemption culturelle générale. Il s'agit de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, États-Unis et Mexique, 17 décembre 1992, [1994] RT Can n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALENA*], de même que les accords conclus avec Israël (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1997), le Chili (entrée en vigueur : 5 juillet 1997), le Costa Rica (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 2002), l'Association européenne de libre-échange (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2009), le Pérou (entrée en vigueur : 1^{er} août 2009), la Colombie (entrée en vigueur : 15 août 2011), la Jordanie (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2012), le Panama (entrée en vigueur : 1^{er} avril 2013), le Honduras (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2014), la Corée (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2015) et l'Ukraine (négociation conclue le 14 juillet 2015, accord non en vigueur).

⁷ Dans le texte de l'AECG, une exemption culturelle est incorporée aux chapitres sur les subventions, les services, l'investissement, la réglementation intérieure (prescriptions et procédures en matière de licences et de qualifications) et les marchés publics.

⁸ Voir aussi à ce sujet : Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles, « Le renouvellement de l'exception culturelle à l'ère du numérique », par V. Guèvremont, dir. I. Bernier, G. de Lassus Saint-Geniès, R. J. Neuwirth, L. Richieri Hanania, I. Otasevic, H. Ruiz Fabri, octobre 2015, 78 pages. Rapport présenté par le Réseau international des juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC), commandé par le Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles à l'occasion du Colloque organisé le 25 octobre 2015 à Mons pour souligner le dixième anniversaire de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

Par ailleurs, il est aussi crucial de rappeler que cet accord contient des engagements relatifs au commerce électronique qui pourraient être appelés à évoluer en fonction de nouvelles négociations qui se concluraient à l'OMC. En effet, conformément à l'article 16.2 de l'AECG, « [l]es Parties reconnaissent que le commerce électronique stimule la croissance économique et les débouchés commerciaux dans de nombreux secteurs et confirment l'applicabilité des règles de l'OMC au commerce électronique ». De nouvelles règles élaborées sous l'égide de l'OMC lieraient donc le Canada et l'Union européenne non seulement dans le cadre du système commercial multilatéral, mais également dans leur relation bilatérale dictée par leurs engagements au titre de l'AECG. Rappelons enfin que le chapitre sur le commerce électronique de l'AECG ne contient pas d'exemption culturelle.

Le second accord qui marque un changement de cap de la part du Canada est l'Accord du Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)⁹. Dans le cadre de celui-ci, le Canada a opté pour une pluralité de réserves et de clauses culturelles de portée variable incorporées dans certains chapitres seulement. Le chapitre sur le commerce électronique ne contient toutefois pas d'exemption ou de réserve culturelle ; ses engagements sont donc applicables à tous les produits numériques, ce qui englobe les produits culturels numériques tels que les films, les vidéos et la musique disponibles dans l'environnement numérique. Certes, une disposition prévoit que les engagements en matière de commerce électronique « sont assujetties aux dispositions pertinentes, aux exception et aux mesures non conformes prévues aux chapitres 9 (Investissement) [et] 10 (Commerce transfrontière des services) » (article 14.2.5.a))¹⁰. Néanmoins, des incertitudes persistent quant à l'articulation entre ces dispositions/exceptions/mesures non conforme relatives aux « services » ou aux « investissement » et les règles du chapitre sur le commerce électronique qui portent sur les « produits numériques ». Par conséquent, les engagements du Canada au titre de PTPGP pourraient être interprétés de manière à limiter considérablement son pouvoir d'intervention en faveur de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique.

Outre l'AECG et le PTPGP, un troisième accord mérite quelques commentaires. Il s'agit de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM), dont les négociations ont été conclues le 1^{er} octobre 2018¹¹, et qui remplace l'Accord de libre-échange Nord-Américain (ALENA) de 1992. Dans cet accord, le Canada a réussi à maintenir l'exemption culturelle¹² qui figurait dans l'ALENA. Celle-ci

⁹ *Accord du Partenariat transpacifique global et progressiste*, conclu le 5 octobre 2015, signé par le Canada le 3 février 2016 [PTPGP], et renégocié suite au départ des États-Unis annoncé le 30 janvier 2017. La dernière étape de la négociation s'est conclue le 23 janvier 2018. Les États parties au PTPGP sont les suivants : Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, Vietnam.

¹⁰ Cet article doit aussi être lu conjointement avec les lettres d'accompagnement relatives à la culture signées entre le Canada et chacune des Parties au PTPGP le 8 mars 2018. Ces lettres ne modifient toutefois pas directement les engagements découlant du chapitre 14 sur le commerce électroniques. Pour consulter ces lettres, voir : <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/letters-lettres.aspx?lang=fra>

¹¹ Le texte de cet accord est disponible en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>. Cet accord est entré en vigueur le 30 décembre 2018.

¹² Voir l'article 32.6 de l'AEUMC.

couvre tous les chapitres de cet accord, y compris le nouveau chapitre sur le commerce numérique dont les règles s'appliquent aux « produits numériques »¹³. Par ailleurs, cette exemption culturelle est toujours assortie d'une clause de représailles¹⁴. Il faut donc retenir que le nouvel accord n'empêche pas le Canada d'adopter et de mettre en œuvre des politiques culturelles applicables à l'environnement numérique. Cependant, en cas d'incompatibilité entre ses politiques et ses engagements au titre de l'ACEUM, le Canada pourrait faire l'objet de représailles. À titre illustratif, mentionnons la règle de non discrimination inscrite dans le chapitre sur le commerce numérique de l'ACEUM¹⁵ : une politique culturelle visant à promouvoir les contenus canadiens sur les plateformes numériques pourrait contrevenir aux engagements du Canada au titre de cet accord ; l'exemption culturelle pourrait néanmoins permettre le maintien en vigueur d'une telle politique culturelle puisque l'exemption culturelle s'applique au chapitre sur le commerce numérique ; cependant, à la demande d'une autre Partie, les États-Unis par exemple, le maintien d'une politique culturelle discriminatoire pourrait être conditionné par le versement de compensation financière de la part du Canada.

Une insécurité juridique découle donc de la portée des engagements actuels du Canada en matière de commerce électronique. En effet : les règles de l'AECG inscrites dans le chapitre sur le commerce électronique, lequel ne contient pas d'exemption culturelle, sont définies en fonction des règles de l'OMC qui sont nécessairement appelées à évoluer ; le PTPGP contient des engagements en matière de commerce électronique et, en dépit d'une clause de renvoi à cet effet, il n'est pas certain que les réserves culturelles formulées en matière de commerce des services et d'investissement soient pleinement applicables aux produits culturels numériques ; enfin, l'ACEUM contient bien une exemption culturelle de portée générale qui s'applique au chapitre sur le commerce électronique mais une clause de représailles pourrait être activée si une politique culturelle incompatible avec les règles de ce chapitre est maintenue en vigueur par le Canada (ce qui pourrait ultimement avoir pour effet de conduire le Canada à retirer la politique protégée par l'exemption). Dans un tel contexte, il est impératif que le Canada veille à protéger de manière claire et explicite son pouvoir d'intervention en faveur de la culture dans le cadre de toutes nouvelles négociations visant le commerce électronique. En vue d'atteindre cet objectif, le Canada pourrait s'inspirer des approches développées par d'autres États.

C. Les clauses culturelles dans les accords de libre-échange conclus par d'autres États et leur applicabilité au commerce électronique

Au cours des dernières années, l'Union européenne et la Nouvelle-Zélande ont incorporé dans leurs accords de libre-échange des clauses culturelles qui limitent la portée de leurs engagements en matière de commerce électronique. Ces clauses ont pour but de préserver leur pouvoir d'intervention en faveur de certains produits culturels numériques.

¹³ Selon l'article 19.1 de l'AEUMC, un « produit numérique désigne un programme informatique, un texte, une vidéo, une image, un enregistrement audio ou un autre produit encodé numériquement, qui est produit en vue d'être vendu ou distribué dans le commerce et qui peut être transmis par voie électronique ».

¹⁴ Voir l'article 32.6.4 de l'AEUMC.

¹⁵ Voir l'article 19.4 de l'AEUMC.

1. La stratégie de l'Union européenne visant à exclure certains secteurs culturels de la portée des engagements en matière du commerce électronique

Dans un passé relativement récent, l'Union européenne a adopté une nouvelle stratégie consistant à exclure le secteur de l'audiovisuel de ses engagements en matière du commerce électronique. Trois accords illustrent notamment cette tendance : le New EU-Mexico Agreement¹⁶, le EU-Japan Economic Partnership Agreement¹⁷, et le Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA)¹⁸ between the EU and Tunisia.

Dans ces accords, le chapitre relatif au commerce électronique débute par la réaffirmation du droit des Parties de réglementer sur leurs territoires en vue « de réaliser des objectifs légitimes de politique publique, notamment en matière [...] de promotion et de protection de la diversité culturelle ».

De plus, un article relatif au champ d'application des règles du Chapitre sur le commerce électronique précise que ce dernier ne s'applique pas aux services de radiodiffusion et aux services audiovisuels¹⁹.

Il s'agit là des premiers modèles d'accords qui libéralisent le commerce électronique tout en prévoyant de manière explicite une exclusion inconditionnelle du secteur de l'audiovisuel du champ d'application des engagements en la matière.

2. L'applicabilité de l'exception culturelle néo-zélandaise aux engagements en matière de commerce électronique

Plusieurs accords de libre-échange conclus par la Nouvelle-Zélande²⁰ contiennent une clause qui a pour effet de préserver le pouvoir d'intervention de cet État à l'égard d'une vaste catégorie de biens et de services culturels, y compris lorsque sont commercialisés dans un format numérique.

¹⁶ *EU-Mexico Agreement*, annoncé le 21 avril 2018. Le texte de cet Accord ne constitue pas la version finale vu que les négociations commerciales sont encore en cours entre l'UE et le Mexique. Pour consulter le texte de l'accord : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1833>

¹⁷ *EU-Japan Economic Partnership Agreement*, signé le 7 juillet 2017 et non en vigueur. Pour consulter le texte de l'Accord : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684>

¹⁸ *Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA)*, signé le 26 avril 2016 et non en vigueur. Pour consulter le texte de l'Accord, voir : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1489>

¹⁹ Par exemple, c'est le cas avec le nouvel Accord EU-Mexique (accord en cours de négociation). L'article relatif au champ d'application du Chapitre sur le commerce électronique indique que : "The provisions in this Title shall not apply to: (b) broadcasting services, (c) audio-visual services (...)" ». On retrouve une disposition similaire dans le cadre de *EU-Japan Economic Partnership Agreement* (signé le 7 juillet 2017 ; non en vigueur) ainsi que dans le cadre de *Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA) between the EU and Tunisia* (signé le 26 avril 2016 et non en vigueur).

²⁰ Il s'agit des accords suivants : *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus* (Australie, Nouvelle-Zélande, Îles Cook, Kiribati, Nauru, Niue, Samoa, Îles Salomon, Tonga, Tuvalu et Vanuatu), signé le 14 juin 2017 et

Une telle clause est inscrite au chapitre relatif aux exceptions générales. Elle s'applique donc à l'ensemble des chapitres contenus dans ces accords, y compris le chapitre sur le commerce électronique.

À titre d'exemple, l'une de ces exceptions culturelles est formulée comme suit :

“[...] subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services or investment, nothing in these Chapters shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures necessary to protect national treasures or specific sites of historical or archaeological value, or measures necessary to support creative arts of national value”.

Une note de bas de page précise la notion de “creative arts”, qui comprend entre autres « [the] creative on-line content, digital interactive media and hybrid art work, including those that use new technologies to transcend discrete art form divisions ». De nombreux produits culturels numériques sont par conséquent exclus du champ d'application des accords concernés.

L'exception culturelle de la Nouvelle-Zélande utilise donc un vocabulaire particulièrement adapté à l'ère numérique, ce qui pourrait être une source d'inspiration pour le Canada afin que son exemption culturelle soit adaptée à l'environnement numérique. En effet, cette clause tend à préserver, sous réserve que certaines conditions soient respectées, le pouvoir d'intervention de la Nouvelle-Zélande à l'égard de nombreux produits culturels diffusés dans l'environnement numérique.

Une exception similaire est inscrite dans l'APÉN et fait l'objet de commentaires ci-dessous (voir *infra* Partie IV).

non en vigueur ; *Agreement between New Zealand and the Separate Customs territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Cooperation*, signé le 10 juillet 2013, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2013; *New Zealand-Hong Kong, China Closer Economic Partnership Agreement*, signé le 29 mars 2010, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ; *New Zealand-Malaysia Free Trade Agreement*, signé le 26 septembre 2009, entré en vigueur le 1^{er} août 2010 ; *Agreement establishing the ASEAN-Australia New Zealand Free Trade Area (AANZFTA)*, signé le 27 février 2009, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010 ; *Free Trade Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of New Zealand*, signé le 7 avril 2008, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2008.

III. Les actions entreprises par le Canada afin de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique

L'élaboration de la stratégie canadienne en vue de négocier son éventuelle adhésion à l'APÉN doit tenir compte des actions que le gouvernement canadien a entreprises ou pourrait vouloir entreprendre en vue de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique. La poursuite de tels objectifs peut en effet requérir le déploiement de politiques et mesures ayant pour effet de favoriser les contenus culturels canadiens, par exemple en fixant certaines exigences de découvrabilité sur les plateformes de diffusion de contenus audiovisuels ou musicaux. Or, pour pouvoir utiliser de tels outils législatifs, réglementaires ou politiques, le Canada doit préserver sa marge d'intervention en faveur de la diversité des expressions culturelles dans le contexte des négociations qui seront menées à l'OMC.

Afin d'attirer l'attention de la Direction de la politique commerciale sur les services sur les tendances actuelles et à venir en matière d'adoption et de mise en œuvre de mesures culturelles applicables au numérique, il est utile de rappeler les démarches entreprises à cet effet par le Canada au cours des dernières années. Face aux enjeux soulevés par le numérique, plusieurs actions ont en effet été menées pour réviser certaines politiques et législations afin de les rendre applicables à ce nouvel environnement. L'aboutissement de telles initiatives pourraient être conditionnel à l'adoption de certaines positions de la part du Gouvernement du Canada au niveau international dans le cadre des négociations en cours ou à venir dans le domaine du commerce international.

En septembre 2017, la Ministre du Patrimoine canadien, l'honorable Mélanie Joly, a dévoilé sa politique Un Canada créatif – Une vision pour les industries créatives canadiennes, une feuille de route visant à orienter les mesures prises par le gouvernement fédéral pour moderniser ses programmes, politiques, institutions et lois afin qu'ils demeurent pertinents et adaptés à la réalité du numérique²¹. Organisée autour de trois piliers, cette stratégie traduit la nouvelle vision du gouvernement canadien pour les industries culturelles et créatives, ainsi que l'approche qu'il compte adopter pour stimuler la croissance économique de ce secteur²². Elle s'inscrit dans la foulée de la consultation nationale lancée par la Ministre à l'automne 2016 portant sur le contenu canadien dans un monde numérique et notamment la façon dont il pourrait demeurer concurrentiel et visible dans le paysage numérique mondial²³. Une entente a par ailleurs été conclue en vertu de la Loi sur Investissement Canada entre le gouvernement et le géant Netflix qui

²¹ Ministère du Patrimoine canadien, *Le cadre stratégique du Canada créatif*, Gouvernement du Canada, 28 septembre 2017, 38 pages, à la p 12, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/pch/documents/campaigns/creative-canada/CCCadreFramework-FR.pdf>

²² *Ibid.*, à la p 5. Les trois piliers sur lequel repose ce cadre stratégique sont : 1) Investir dans les créateurs et les entrepreneurs culturels canadiens et leurs récits, 2) Promouvoir la découverte et la distribution de contenus canadiens à l'échelle nationale et internationale, et 3) Renforcer la radiodiffusion publique et appuyer la diffusion de nouvelles locales.

²³ Gouvernement du Canada, *Le contenu canadien dans un monde numérique*, 26 juillet 2017, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/culture/consultations.html>

prévoit, entre autres, un investissement de la plateforme dans des productions originales produites au Canada²⁴.

Conscient des profonds changements qu'entraînent les technologies numériques sur la façon dont les Canadiens font des affaires, accèdent, consomment et découvrent des contenus, le Gouvernement du Canada a reconnu, dans son budget de 2017, la nécessité de moderniser son cadre législatif des communications au regard des nouvelles réalités. En juin 2018, il a mandaté un Groupe d'experts externe chargé d'examiner l'ensemble des lois régissant la radiodiffusion et les télécommunications, soit la Loi sur la radiodiffusion, la Loi sur les télécommunications et la Loi sur la radiocommunication, et de formuler des recommandations²⁵. Le Groupe d'experts a défini quatre thèmes pour orienter ses travaux, soit la réduction des obstacles à l'accès aux réseaux de télécommunications avancés par tous les Canadiens ; le soutien à la création, à la production et à la découvrabilité du contenu canadien ; l'amélioration des droits du consommateur numérique ; et enfin le renouvellement du cadre institutionnel qui régit le secteur des communications²⁶. Ces derniers ont également guidé l'Appel aux observations, lancé le 24 septembre 2018 et clos le 11 janvier 2019, visant à recueillir les observations écrites des parties prenantes et parties intéressées²⁷. Le Groupe d'experts a déposé son rapport final en janvier 2020 dans lequel il a présenté « ses recommandations sur des changements qui pourraient être nécessaires afin de maximiser les opportunités de l'ère numérique pour les citoyens, les artistes et les créateurs, mais aussi l'industrie des communications et l'ensemble de l'économie ».²⁸ Dans un environnement numérique, où de plus en plus de contenus ont un caractère culturel, la révision de cet ensemble de lois aura un impact certain. Aussi, les recommandations visent-elles notamment à soumettre les plateformes numériques aux mêmes exigences que celles qui sont imposées aux radiodiffuseurs traditionnels. Le projet de loi C-10 (Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois) tient compte de nombreuses recommandations formulées par le Groupe d'expert, notamment en ce qui concerne la promotion des contenus culturels canadiens dans l'environnement numérique. Ainsi, si le projet de loi était adopté, on pourrait s'attendre à ce que les plateformes de diffusion de contenus culturels soient contraintes de favoriser, par le biais de diverses mesures et dans une certaine proportion, la découvrabilité des contenus culturels canadiens.

²⁴ [Ministère du Patrimoine canadien, Lancement de Netflix Canada : une reconnaissance du talent créatif du Canada et de son solide bilan dans la création d'œuvres pour le cinéma et la télévision, Communiqué de presse, 28 septembre 2017, en ligne : https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2017/09/lancement-de-netflixcanadaunereconnaissancedutalentcreatifducana.html](https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2017/09/lancement-de-netflixcanadaunereconnaissancedutalentcreatifducana.html)

²⁵ Ministère du Patrimoine canadien, *Le gouvernement du Canada procédera à un examen des lois régissant les télécommunications et la radiodiffusion*, Communiqué de presse, 5 juin 2018, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2018/06/le-gouvernement-du-canada-procedera-a-un-examen-des-lois-regissant-les-telecommunications-et-la-radiodiffusion.html>

²⁶ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Adaptation à un nouvel environnement : Appel aux observations*, Examen du Cadre législatif canadien sur les communications, 24 septembre 2018, en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/110.nsf/fra/00003.html#sb>

²⁷ La Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles a déposé un mémoire qui peut être consulté au lien suivant : <https://www.unescodec.chaire.ulaval.ca/node/280>

²⁸ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *supra* note 27.

En somme, ces initiatives témoignent des démarches déjà entreprises par le Gouvernement du Canada pour adapter certaines de ses politiques culturelles à l'ère numérique. Elles justifient par conséquent que le Gouvernement soit cohérent en ce qui concerne ses engagements internationaux. Dans la mesure où de nombreux produits échangés dans l'environnement numérique revêtent un caractère culturel, ces initiatives rendent essentielles la prise en compte la culture dans le cadre de toute négociation visant le commerce électronique.

IV. Les références à la culture déjà présentes dans l'APÉN

L'APÉN contient déjà certaines clauses démontrant la volonté des Parties de réserver un statut particulier à la culture dans le cadre de cet accord.

Dans le préambule, deux alinéas peuvent être utilisés pour promouvoir une interprétation des engagements découlant de l'APÉN d'une manière favorable à l'adoption et à la mise en œuvre de politiques visant à protéger et à promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique. Ces alinéas se lisent comme suit :

The Parties to this Agreement, resolving to: [...]

RECOGNISE their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public policy objectives; and

REAFFIRM the importance of promoting corporate social responsibility, cultural identity and diversity, environmental protection and conservation, gender equality, indigenous rights, labour rights, inclusive trade, sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving their right to regulate in the public interest,

L'APÉN contient aussi une exception générale relative à la culture. Selon le paragraphe 4 de l'article 15.1 (General Exceptions):

For the purposes of this Agreement, subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures necessary to protect national treasures or specific sites of historical or archaeological value, or to support creative arts [note 21] national value.

La note 21 précise la notion de *creative arts* en ces termes :

“Creative arts” include: the performing arts – including theatre, dance and music – visual arts and craft, literature, film and video, language arts, creative online content, indigenous traditional practice and contemporary cultural expression, and digital interactive media and

hybrid art work, including those that use new technologies to transcend discrete art form divisions. The term encompasses those activities involved in the presentation, execution and interpretation of the arts; and the study and technical development of these art forms and activities.

Des références aux arts, à la créativité et à la culture figurent également au paragraphe 2 de l'article 9.4 (*Data Innovation*) qui contient un engagement de coopération. On peut y lire que :

2. The Parties also recognise that data sharing mechanisms, such as trusted data sharing frameworks and open licensing agreements, facilitate data sharing and promote its use in the digital environment to:

(a) promote innovation and creativity;

(b) facilitate the diffusion of information, knowledge, technology, culture and the arts; [...]

Les clauses précitées sont importantes en ce qu'elles démontrent une ouverture des Parties à l'APÉN à la prise en compte de considérations culturelles dans la mise en œuvre et l'interprétation de leurs engagements au titre de cet accord.

Ces clauses n'offrent toutefois pas au Canada la sécurité juridique lui permettant d'adopter et de mettre en œuvre toutes les politiques culturelles qu'il pourrait juger nécessaires à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique.

En s'appuyant sur l'ouverture des Parties à l'APÉN aux considérations d'ordre culturel, le Canada devrait ainsi exiger des garanties supplémentaires afin de préserver son pouvoir d'intervention en culture advenant son adhésion à cet accord.

V. Nos recommandations visant la position du Canada dans le cadre de la négociation de son adhésion à l'APÉN

Le Canada devrait défendre une position s'inspirant du mouvement qui se dessine déjà en Europe et qui vise à protéger et à promouvoir la diversité des contenus culturels dans l'environnement numérique. Le Canada devrait en outre reconnaître que d'éventuels engagements en matière de commerce électronique pourront avoir un impact sur des politiques et mesures qu'il pourrait souhaiter mettre en place au cours des prochaines années pour promouvoir des contenus culturels canadiens sur les plateformes numériques.

Plus concrètement, en cas d'adhésion à l'APÉN, le Canada devrait prendre les moyens appropriés afin de préserver son droit de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique par l'incorporation d'une exemption culturelle de portée générale applicable à l'ensemble de l'APÉN.

Contrairement à l'exception culturelle inscrite à l'article 15.1.4 de cet accord – laquelle énonce plusieurs conditions à respecter pour pouvoir être invoquée – la technique de l'« exemption culturelle » permettrait d'exclure de manière inconditionnelle le secteur de la culture de la portée de cet accord. L'exception culturelle telle que formulée contient en effet un test de nécessité maintes fois interprété par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC et qui est souvent difficile à respecter puisqu'un État doit démontrer qu'aucune autre mesure moins restrictive pour le commerce ne lui permettrait d'atteindre le même objectif de politique publique. Ce test de nécessité laisse donc peu de marge de manœuvre à l'État dans le choix des mesures qu'il estime être les mieux adaptées à sa situation et à ses préoccupations. L'exception culturelle telle que formulée reprend également les conditions de mise en œuvre que l'on retrouve dans le chapeau de l'article XX du GATT et de l'article XIV de l'AGCS, des conditions qui sont aussi relativement difficiles à respecter par un État. Dans la mesure où de nombreuses politiques culturelles, bien que légitimes, sont par nature discriminatoires – puisqu'elles visent notamment à protéger et à promouvoir les expressions culturelles nationales – il serait en effet préférable pour le Canada de conserver son approche traditionnelle consistant à recourir à une exemption culturelle de portée générale plutôt qu'à une exception culturelle générale.

Par ailleurs, cette exemption culturelle devrait viser tous les « produits culturels numériques ». Une liste exemplative de tels produits culturels numériques pourrait être utilisée afin de préciser le sens de l'exemption. Il nous semble en effet peu souhaitable d'utiliser le concept d'industries culturelles, de même que la traditionnelle définition de ces industries culturelles que l'on retrouve dans les accords de libre-échange conclus par le Canada depuis 1988, le vocabulaire de cette définition n'étant pas adapté à la terminologie de l'environnement numérique.

Si une exemption culturelle de portée générale ne peut être intégrée à l'APÉN, le Canada devrait exiger, par le biais d'une clause culturelle appropriée, que la règle de non-discrimination soit inapplicable aux politiques et mesures relatives à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique.

Enfin, il serait important que le Canada veille à ce que les engagements de l'APÉN relatifs à la localisation et à la circulation des données ne l'empêchent pas d'exiger de certains fournisseurs de services (les plateformes notamment) la transmission d'informations et de données nécessaires à l'exercice d'un contrôle du respect de la législation canadienne, par exemple en vue de s'assurer que ces entités respectent les lois canadiennes en matière de radiodiffusion et les exigences de promotion de contenus canadiens dans l'environnement numérique.

Si les clauses mentionnées précédemment ne peuvent être directement intégrées à l'APÉN, le Canada devrait considérer recourir à des lettres d'entente afin que chaque Partie accepte de soustraire les produits culturels numériques canadiens du champ d'application de cet accord.

BIOGRAPHIE

Véronique GUÈVREMONT est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval et titulaire de la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles inaugurée en novembre 2016. Elle est coresponsable de l'axe *Arts, Médias et Diversité Culturelle* de l'Observatoire international sur les impacts sociétaux de l'intelligence artificielle et du numérique (OBVIA). Elle est membre régulier du Centre de droit international et transnational (CDIT), de l'École supérieure d'études internationales (ESEI), du Centre de recherche Cultures – Arts – Société (CELAT) et de l'Institut du patrimoine culturel (IPAC). Elle a cofondé en 2008 le Réseau international des juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC) et elle a créé en 2015 la Clinique de droit de la culture et du droit d'auteur. Elle enseigne le droit international public, le droit international de la culture et le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ses recherches et publications portent notamment sur le traitement des biens et des services culturels dans les accords de commerce, la préservation de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique, la dimension culturelle du développement durable, ainsi que la reconnaissance de la relation d'interdépendance entre culture et nature en droit international. Elle est aussi l'auteure de l'ouvrage *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC* (Bruxelles: Bruylant, 2013) et elle signe un chapitre dans deux rapports mondiaux de l'UNESCO (2015, 2018). Elle fait partie de la Banque d'experts de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles et elle contribue à la mise en œuvre du Programme Aschberg de l'UNESCO sur la mobilité internationale des artistes et le traitement préférentiel. De 2003 à 2005, elle a agi à titre d'experte associée à la division des politiques culturelles de l'UNESCO lors de la négociation de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Elle est diplômée de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (LL.D. 2009, mention très honorable avec les félicitations du jury).

Pour consulter son profil, voir : www.fd.ulaval.ca/faculte/professeurs/veronique-guevremont).