



Organisation  
des Nations Unies  
pour l'éducation,  
la science et la culture



Chaire UNESCO sur la diversité  
des expressions culturelles  
Université Laval  
Québec, Canada



UNIVERSITÉ  
LAVAL

**Contribution de la  
Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles  
présentée à la Direction de la politique commerciale sur les services (TMS)  
d’Affaires mondiales Canada dans le cadre des Consultations publiques  
sur un modèle d’accord commercial numérique canadien**

Rédigée par  
Véronique Guèvremont  
Charles Martin  
Ivana Otasevic

**13 septembre 2022**



## Table des matières

I. Introduction.....	1
II. Le contexte international : les règles devant permettre au Canada de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l’environnement 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
3. La Feuille de route ouverte pour la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l’environnement numérique .....	5
B. Les clauses culturelles intégrées aux accords de libre-échange conclus par le Canada et leur application (incertaine) au commerce numérique.....	6
III. Le potentiel de futurs accords sur le commerce numérique conclus par le Canada pour stimuler la diversité des expressions culturelles à l’échelle internationale .....	9
A. Les dispositions relatives à la coopération visant à renforcer les transactions numériques .....	9
B. Les dispositions relatives à l’inclusion numérique .....	10
IV. Les risques véhiculés par de futures accords sur le commerce numérique à l’égard de la diversité et de la souveraineté culturelles du Canada .....	12
A. Les engagements susceptibles de limiter la souveraineté culturelle du Canada .....	13
1. La non-discrimination.....	13
2. La circulation et la localisation des données .....	14
3. Le code source.....	15
B. Un état de lieux des clauses existantes pouvant contribuer à préserver la souveraineté et la diversité culturelles des États .....	17
1. L’exception culturelle générale néo-zélandaise applicable aux engagements en matière de commerce numérique.....	18
2. L’exclusion européenne du secteur audiovisuel des engagements en matière de commerce numérique .....	19
3. La clause relative à la poursuite d’un objectif légitime de politique publique.....	20
V. Recommandations pour l’élaboration d’un modèle d’accord commercial numérique canadien .....	21
Biographies.....	23



## I. Introduction

La présente contribution a été préparée par la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles dans le cadre des Consultations publiques sur un modèle d'accord commercial numérique canadien menées par la Direction de la politique commerciale sur les services (TMS) d'Affaires mondiales Canada du 15 juillet 2022 au 13 septembre 2022. Cette contribution vise à nourrir la réflexion du Gouvernement du Canada sur ses intérêts et ses préoccupations à faire valoir dans le cadre de l'élaboration d'un nouveau modèle d'accord commercial numérique canadien. Les commentaires formulés ci-dessous tiennent compte des Renseignements généraux publiés par le Gouvernement du Canada dans le cadre de ces consultations.

Cette contribution s'intéresse particulièrement aux engagements relatifs au commerce numérique qui pourraient éventuellement 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 2005 (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'élaboration d'un modèle d'accord commercial numérique canadien pourrait se faire, et plus spécifiquement les engagements du Canada les plus pertinents relatifs à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique ;
- La Partie III s'intéresse au potentiel de futurs accords commerciaux numériques conclus par le Canada pour stimuler la diversité des expressions culturelles à l'échelle internationale ;
- La Partie IV présente les risques véhiculés par de futurs accords commerciaux numériques conclus par le Canada sur la diversité et la souveraineté culturelles canadiennes ;
- La Partie V formule des recommandations en vue de préserver le pouvoir d'intervention du Canada dans le secteur de la culture advenant l'élaboration d'un modèle d'accord commercial numérique canadien, et plus spécifiquement afin de permettre au Canada d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'il juge les plus appropriées pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique.

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<sup>1</sup>.

## **II. Le contexte international : les règles devant permettre au Canada de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique**

### **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), ainsi que le contenu de la Feuille de route ouverte pour la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique (3).

#### **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 musique<sup>2</sup>. 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

---

<sup>1</sup> Dans cette contribution, les termes « commerce électronique » et « commerce numérique » sont utilisés de manière interchangeable, en fonction de la terminologie utilisée dans les accords décrits. Bien que certains auteurs considèrent que ces deux termes ont une signification différente, cette conclusion n'est pas étayée par la lecture des accords commerciaux décrits ici.

<sup>2</sup> 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).

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 juridique, le Canada, avec l'étroite participation du Québec, fut l'un des États les plus proactifs. Aussi, suite à l'adoption du texte de la Convention de 2005, le Canada 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))<sup>3</sup>. 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 d'adopter des politiques culturelles au niveau national est précisé par une liste exemplative de mesures (article 6) auxquelles les Parties peuvent recourir pour atteindre les objectifs du traité. 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).

---

<sup>3</sup> 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.

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).

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 se conformer à la Convention de 2005, le Canada devra donc promouvoir la spécificité des biens et des services culturels, y compris la spécificité des produits culturels numériques, dans le cadre de l'élaboration d'un modèle d'accord commercial numérique. Afin de promouvoir les objectifs et principes de la Convention de 2005, comme l'exigent les articles 20 et 21 de ce traité, le Canada devra en outre veiller à ce que les engagements contractés dans le cadre de ses futurs accords commerciaux numériques 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 sur la mise en œuvre de la Convention dans l'environnement numérique* (ci-après les Directives opérationnelles). De manière complémentaire aux objectifs et principes énoncés aux articles 1 et 2 de la Convention de 2005, ces Directives opérationnelles 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 opérationnelles 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 opérationnelles 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 l'élaboration d'un modèle d'accord commercial numérique canadien ; 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 numérique.

### **3. La Feuille de route ouverte pour la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique**

Suite à l'adoption des Directive opérationnelles (*supra* section II.A.2), le Secrétariat de la Convention de 2005 a développé la *Feuille de route ouverte pour la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique*<sup>4</sup> (ci-après la Feuille de route). Cette Feuille de route est un outil visant à guider les Parties dans l'adaptation de leurs politiques et mesures afin de relever les défis du numérique. Le cadre élaboré par le Secrétariat suggère plus spécifiquement des résultats attendus et des activités à mener en matière de création, de production, de diffusion d'accès et d'échange de biens et services culturels à l'ère numérique. L'une des activités hautement pertinentes pour ce mémoire incite les Parties à « négocier des clauses culturelles dans les accords de commerce et d'investissement portant sur le commerce électronique et les produits numériques afin de reconnaître la double nature des biens et services culturels ».

Chaque Partie à la Convention de 2005 est invitée à s'approprier cette feuille de route et à l'adapter à ses propres besoins. Le Canada s'est engagé sur cette voie en déposant sa propre Feuille de route ; dans cette dernière, le Canada indique que dans le cadre de

---

<sup>4</sup> Voir UNESCO, *Feuille de route ouverte pour la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique*, UNESCO, en ligne : <https://fr.unesco.org/creativity/publications/feuille-de-route-ouverte-pour-mise-oeuvre-de> (dernier accès le 13 septembre 2022).

*l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*<sup>5</sup> signé en novembre 2018, il « a négocié une exception générale pour les industries culturelles, qui s'applique horizontalement à tous les chapitres de l'accord, y compris le chapitre sur le commerce numérique, et préserve la souveraineté culturelle du Canada dans les environnements tant physique que numérique »<sup>6</sup>. Cette approche s'est avérée conforme à la pratique quasi uniforme développée par le Canada depuis la conclusion du premier accord de libre-échange conclu avec les États-Unis en 1988.

## **B. Les clauses culturelles intégrées aux accords de libre-échange conclus par le Canada et leur application (incertaine) au commerce numérique**

En effet, 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 générale<sup>7</sup>. 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 numérique.

Le premier est *l'Accord économique et commercial global*<sup>8</sup> (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

---

<sup>5</sup> *Accord Canada - États-Unis - Mexique*, signé le 30 novembre 2018, entré en vigueur le 1 juillet 2020 [ACEUM].

<sup>6</sup> Voir Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, *Feuilles de route nationales élaborées par les Parties*, 8e session, en ligne, 1-4 juin 2021, DCE/21/8.CP/INF.10, en ligne : [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/8cp.inf10\\_national\\_roadmaps\\_fr.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/8cp.inf10_national_roadmaps_fr.pdf) (dernier accès le 13 septembre 2022).

<sup>7</sup> 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<sup>er</sup> janvier 1994) [ALENA], de même que les accords conclus avec Israël (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1997), le Chili (entrée en vigueur : 5 juillet 1997), le Costa Rica (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> novembre 2002), l'Association européenne de libre-échange (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2009), le Pérou (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> août 2009), la Colombie (entrée en vigueur : 15 août 2011), la Jordanie (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> octobre 2012), le Panama (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 2013), le Honduras (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> octobre 2014), la Corée (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 2015) et l'Ukraine (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> août 2017).

<sup>8</sup> *Accord économique et commercial global*, signé le 30 octobre 2016, entré en vigueur le 21 septembre 2017 [AECG].

seulement<sup>9</sup>. 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'AECG<sup>10</sup>. 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. 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)*<sup>11</sup>. 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 assujettis aux dispositions pertinentes, aux exceptions et aux mesures non conformes prévues aux chapitres 9 (Investissement) [et] 10 (Commerce transfrontière des services) » (article 14.2.5.a)<sup>12</sup>. Néanmoins, des incertitudes persistent

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> *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 Etats-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.

<sup>12</sup> 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 électronique. Pour consulter

quant à l’articulation entre ces dispositions/exceptions/mesures non conformes relatives aux « services » ou aux « investissements » 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 – négocié après l’adoption des deux accords précités – mérite quelques commentaires. Il s’agit de l’ACEUM (évoqué à la section II.A.3), dont les négociations ont été conclues le 1<sup>er</sup> octobre 2018, et qui remplace l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) de 1992. Dans cet accord, le Canada a réussi à maintenir l’exemption culturelle<sup>13</sup> qui figurait dans l’ALENA. Celle-ci couvre tous les chapitres de cet accord, y compris le nouveau chapitre sur le commerce numérique dont les règles s’appliquent aux « produits numériques »<sup>14</sup>. Par ailleurs, cette exemption culturelle est toujours assortie d’une clause de représailles<sup>15</sup>. 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’ACEUM<sup>16</sup> : 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

---

ces lettres, voir : <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/letters-lettres.aspx?lang=fra> (dernier accès le 13 septembre 2022).

<sup>13</sup> Voir l’article 32.6 de l’ACEUM.

<sup>14</sup> Selon l’article 19.1 de l’ACEUM, 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 ».

<sup>15</sup> Voir l’article 32.6.4 de l’ACEUM.

<sup>16</sup> Voir l’article 19.4 de l’ACEUM.

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, tout en tenant compte du potentiel de nouveaux accords sur le commerce numérique pour promouvoir la diversité des expressions culturelles à l'échelle internationale. La prochaine partie de ce mémoire s'intéresse précisément à ce potentiel.

### **III. Le potentiel de futurs accords sur le commerce numérique conclus par le Canada pour stimuler la diversité des expressions culturelles à l'échelle internationale**

Une lecture attentive des quelques accords dédiés au commerce numérique<sup>17</sup> et de certains chapitres relatifs au commerce numérique contenus dans des accords de libre-échange de portée plus générale<sup>18</sup> permet d'identifier certaines clauses susceptibles de contribuer à la promotion de la diversité des expressions culturelles. Le modèle d'accord du Canada sur le commerce numérique pourrait contenir certaines de ces clauses. Cette contribution s'attarde en particulier aux dispositions relatives à la coopération visant à renforcer les transactions numériques (A), ainsi qu'aux dispositions relatives à l'inclusion numérique (B).

#### **A. Les dispositions relatives à la coopération visant à renforcer les transactions numériques**

Bon nombre de dispositions contenus dans des accords de commerce en vigueur visent à stimuler la coopération entre les Parties pour promouvoir, étendre et sécuriser les

---

<sup>17</sup> Il s'agit des accords suivants : *Agreement between the United States of America and Japan concerning Digital Trade* [US - Japan DTA], signé le 7 octobre 2019, entré en vigueur le 1er janvier 2020 ; *Digital Economy Partnership Agreement*, signé le 12 juin 2020, entré en vigueur le 7 janvier 2021 [DEPA] ; *Australia – Singapore Digital Economy Agreement*, signé le 6 août 2020, entré en vigueur le 8 décembre 2020 [Australia - Singapore DEA] et *Digital Economy Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Singapore*, signé le 25 février 2022, entré en vigueur le 14 juin 2022 [DEA UK - Singapore].

<sup>18</sup> Plusieurs accords de libre-échange de portée plus générale comportent des dispositions relatives à la coopération visant à renforcer les transactions numériques dans le cadre des chapitres relatifs au commerce numérique. À titre d'exemple, on peut mentionner le *Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*, signé le 15 novembre 2020, entré en vigueur le 1 janvier 2022 [RCEP]; le PTPGP; le *Free Trade Agreement between Iceland, the Principality of Liechtenstein and the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, signé le 8 juillet 2021, entré en vigueur le 1 décembre 2021.

transactions numériques. L'objectif est de faciliter la circulation des données – un élément clé du commerce numérique – et de garantir un environnement réglementaire approprié, par exemple pour protéger les informations personnelles. De telles dispositions sont importantes pour renforcer la confiance des consommateurs et faciliter les échanges, y compris les échanges de produits culturels numériques<sup>19</sup>.

En outre, on retrouve notamment dans les accords sur le commerce numérique conclus ces dernières années des dispositions en matière de cybercriminalité (*Cybersecurity Cooperation*)<sup>20</sup>, de sûreté et sécurité en ligne (*Online Safety and Security*)<sup>21</sup>, de messages électroniques commerciaux non sollicités (*Unsolicited Commercial Electronic Messages*)<sup>22</sup>, de protection des consommateurs en ligne (*Online Consumer Protection*)<sup>23</sup> ou de coopération technologique financière (*Financial Technology Cooperation*)<sup>24</sup>. Certains accords énoncent également des principes concernant l'accès à Internet et à son utilisation (*Principles on Access to and Use of the Internet*)<sup>25</sup>. Enfin, des clauses traitent aussi de l'innovation dans le domaine des données (*Data Innovation*) ; au titre de celles-ci, les parties reconnaissent par exemple que les mécanismes de partage des données et les accords de licence ouverts peuvent avoir pour effet de promouvoir l'innovation et la créativité, tout en facilitant la diffusion des informations, des connaissances, des technologies, de la culture et des arts<sup>26</sup>.

## **B. Les dispositions relatives à l'inclusion numérique**

Certains accords dédiés exclusivement au commerce numérique traitent de *Digital Inclusion*. Tel est le cas notamment du *Digital Economy Partnership Agreement*. Au titre de cet accord :

The Parties acknowledge the importance of digital inclusion to ensure that all people and businesses have what they need to participate in, contribute to, and benefit from the digital economy.

The Parties recognise the importance of expanding and facilitating digital economy opportunities by removing barriers. This may include enhancing cultural and

---

<sup>19</sup> Voir V. Guèvremont, « Protéger la diversité : encore de la place pour poursuivre un objectif légitime de politique publique au-delà du cadre de la Convention », dans Rapport mondial *Repenser les politiques en faveur de la créativité*, UNESCO, 2022, p. 187.

<sup>20</sup> Voir par exemple l'article 5.1 du DEPA et l'article 19 du US - Japan DTA.

<sup>21</sup> Voir par exemple l'article 5.2 du DEPA et l'article 8.61-O du DEA UK - Singapore.

<sup>22</sup> Voir par exemple l'article 6.2 du DEPA et l'article 16 du US - Japan DTA.

<sup>23</sup> Voir par exemple l'article 6.3 du DEPA ; l'article 14 du US - Japan DTA et l'article 8.61-M du DEA UK - Singapore.

<sup>24</sup> Voir par exemple l'article 8.1 du DEPA.

<sup>25</sup> Voir par exemple l'article 6.4 du DEPA.

<sup>26</sup> Voir par exemple l'article 9.4 du DEPA.

people-to-people links, including between Indigenous Peoples, and improving access for women, rural populations and low socio-economic groups<sup>27</sup>.

Cette disposition, apparue pour la première fois dans le *DEPA*, invite et encourage les Parties à coopérer sur les questions relatives à l'inclusion numérique, en particulier eu égard à la participation des femmes, des populations rurales, des groupes socio-économiques défavorisés et des peuples autochtones à l'économie numérique<sup>28</sup>. Cette coopération peut s'étendre, par exemple, au partage d'expériences et de bonnes pratiques en matière d'inclusion numérique, y compris l'échange d'experts. Les Parties sont également invitées à s'attaquer aux obstacles qui ont pour effet de limiter l'accès aux possibilités offertes par l'économie numérique, ou encore à élaborer des programmes visant à promouvoir la participation de tous les groupes à l'économie numérique<sup>29</sup>.

Ce type de coopération pourrait éventuellement devenir source de nouvelles initiatives pour promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique, et ce, en accordant une attention particulière aux expressions culturelles des femmes, des peuples autochtones ou d'autres groupes vulnérables ou marginalisés. Cela pourrait en outre contribuer à la réalisation des droits culturels de ces groupes vulnérables dans l'environnement numérique, notamment le droit de participer, d'avoir accès et de contribuer à la vie culturelle. La mise en œuvre d'un engagement visant l'inclusion numérique pourrait ainsi contribuer à la promotion d'une diversité d'expressions culturelles, conformément à l'article 7.1 de la Convention de 2005 qui demandent aux Parties de tenir compte des besoins particuliers de ces groupes.

La notion de *Digital Inclusion* pourrait aussi bénéficier aux expressions culturelles des pays en développement, y compris des différents groupes sociaux se trouvant sur leurs territoires. Le Canada pourrait d'ailleurs s'inspirer de cette notion pour élaborer, dans son modèle d'accord, une ou plusieurs dispositions novatrices en matière d'attribution d'un traitement préférentiel aux expressions culturelles provenant de ces pays. Ce faisant, le Canada mettrait en œuvre son engagement au titre de l'article 16 de la Convention de 2005<sup>30</sup>, tout en tenant compte du paragraphe 18.2 des Directives opérationnelles sur la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l'environnement numérique. Au titre de ce paragraphe, « [l]es Parties peuvent [...] tenir compte des dispositions des accords commerciaux internationaux qu'elles ont conclus et qu'elles concluront, et de leurs

---

<sup>27</sup> Voir l'article 11.1, paragraphes 1 et 2 du *DEPA*.

<sup>28</sup> Une disposition similaire se trouve à l'article 8.61-P de l'Annexe A de *DEA UK-Singapour*. À l'instar de la clause du *DEPA*, cette disposition vise aussi à donner un plus grand accès à l'environnement numérique à tous les groupes de la société.

<sup>29</sup> Voir l'article 11.1, paragraphe 3 du *DEPA*.

<sup>30</sup> En vertu de l'article 16 de la Convention de 2005, « [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 ».

mécanismes respectifs, dans le but d’octroyer aux biens et services culturels des pays en développement un traitement préférentiel dans l’environnement numérique »<sup>31</sup>.

Il est pertinent de noter qu’un examen de la pratique des Parties à la Convention de 2005 démontre que celles-ci sont encore réticentes à utiliser leurs accords de libre-échange pour accorder un traitement préférentiel aux biens et services culturels des pays en développement, ainsi qu’à leurs artistes et professionnels de la culture<sup>32</sup>. Le modèle de clauses le plus inspirant en la matière a été élaboré par l’Union européenne, dans le cadre des protocoles de coopération culturelle qu’elle a négociés avec plusieurs partenaires commerciaux<sup>33</sup>, un modèle toutefois abandonné depuis. Par ailleurs, à ce jour, aucune clause de traitement préférentiel propre au secteur de la culture ne semble avoir été intégrée aux accords spécifiquement dédiés au commerce numérique.

Le Canada, considéré comme un leader dans la mise en œuvre de la Convention de 2005, devrait utiliser son modèle d’accord commercial numérique pour créer un précédent en la matière. Il devrait s’inspirer de la notion d’« inclusion numérique » pour prévoir des engagements qui auront pour effet de favoriser les produits culturels numériques provenant des pays en développement afin de les rendre plus accessibles aux auditoires canadiens.

#### **IV. Les risques véhiculés par de futurs accords sur le commerce numérique à l’égard de la diversité et de la souveraineté culturelles du Canada**

Au-delà des opportunités (*supra*, Partie III), force est de reconnaître que les engagements qui découlent actuellement des accords commerciaux sur le numérique, ou encore des chapitres sur le commerce numérique intégrés à des accords de portée plus générale, peuvent avoir pour effet de limiter la souveraineté culturelle d’un État. Cela pourrait se répercuter sur celle du Canada si des dispositions de même nature sont introduites dans son modèle d’accord commercial numérique (A). Le cas échéant, le Canada devrait alors prévoir les clauses culturelles lui permettant de préserver son pouvoir d’intervention dans le secteur de la culture (B).

---

<sup>31</sup> Voir le paragraphe 18.2 des Directives opérationnelles sur la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans l’environnement numérique.

<sup>32</sup> Voir Guèvremont, *supra* note 19, p. 201.

<sup>33</sup> Voir *Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d’une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d’autre part*, signé le 15 octobre 2008, entré en vigueur le 1 novembre 2008 ; *Accord de libre-échange entre l’Union européenne et ses États membres, d’une part, et la République de Corée, d’autre part*, signé le 6 octobre 2010, entré en vigueur le 1 juillet 2011 ; *Accord établissant une association entre l’Union européenne et ses États membres, d’une part, et l’Amérique centrale, d’autre part*, signé le 29 juin 2021, entré en vigueur le 1 août 2013.

## A. Les engagements susceptibles de limiter la souveraineté culturelle du Canada

Les accords sur le commerce numérique conclus à ce jour donnent un aperçu du large éventail de dispositions susceptibles d'interférer avec des politiques culturelles canadiennes, en vigueur ou à venir. Sans préjuger de l'émergence de nouveaux types d'engagements qui pourraient apparaître dans de futurs accords, la pratique développée jusqu'à présent nous permet au moins d'identifier trois types de clauses dont le Canada devrait se préoccuper en raison de leurs possibles effets sur sa souveraineté culturelle. Les sujets visés par ces clauses sont : la non-discrimination (1), la circulation et la localisation des données (2) et le code source (3).

### 1. La non-discrimination

Historiquement, les Membres de l'OMC ont fait preuve d'une grande réticence à l'idée que les produits numériques soient soumis au principe de non-discrimination. Plusieurs d'entre eux ont d'ailleurs veillé à limiter au maximum leurs engagements en matière de commerce numérique, acceptant uniquement d'adhérer au moratoire relatif aux droits de douane. Or, l'effervescence des négociations commerciales bilatérales, régionales et plurilatérales a progressivement inversé la tendance, un nombre croissant d'États introduisant désormais dans leurs accords de libre-échange une clause de non-discrimination applicable aux produits numériques. Une telle clause apparaît en effet dans les accords dédiés au commerce numérique<sup>34</sup>, ainsi que dans plusieurs chapitres sur le commerce numérique figurant dans des accords de commerce de portée globale<sup>35</sup>.

À titre d'exemple, l'article 3.3 du DEPA stipule que :

No Party shall accord less favourable treatment to digital products created, produced, published, contracted for, commissioned or first made available on commercial terms in the territory of another Party, or to digital products of which the author, performer, producer, developer or owner is a person of another Party, than it accords to other like digital products<sup>36</sup>.

À cet effet, la présence de l'engagement de non-discrimination peut avoir des répercussions sur le pouvoir réglementaire du Canada en matière de politiques culturelles si aucune clause ne limite sa portée, ce qui pourrait aussi nuire à la mise en œuvre des

---

<sup>34</sup> Voir par exemple l'article 3.3 du DEPA ; l'article 6 du Australia - Singapore DEA et l'article 8 du US - Japan DTA. Aucune clause relative à la non-discrimination ne fut inscrite au DEA UK - Singapore.

<sup>35</sup> Voir par exemple l'article 14.4 du PTPGP ; l'article 19.4 de l'ACEUM et l'article 13.4 du *Peru - Australia Free Trade Agreement*, signé le 12 février 2018, entré en vigueur le 11 février 2020.

<sup>36</sup> Voir l'article 3.3 du DEPA, paragraphe 1. La clause emploie une formulation similaire dans les autres accords numériques. Il est à noter que le présent article contient un « chapeau » avec la mention suivante : « The Parties affirm their level of commitments relating to non-discriminatory treatment of digital products, in particular, but not exclusively ».

engagements issus de la Convention de 2005 et compromettre l'atteinte des objectifs de ce traité.

Ainsi, advenant l'incorporation d'une telle clause dans son modèle d'accord sur le commerce numérique – et à moins qu'une clause culturelle appropriée en soit intégrée à ce modèle d'accord (*infra*, section IV.B et partie V) – le Canada devra garantir un traitement non moins favorable aux plateformes étrangères par rapport au traitement qu'il offrira aux plateformes canadiennes. En outre, les produits culturels numériques étrangers devront recevoir un traitement non moins favorable à celui que le Canada réservera aux produits culturels numériques canadiens similaires. Ainsi, d'éventuels quotas de contenus nationaux, ou encore des prescriptions en matière de découvrabilité des contenus nationaux – des exigences qui pourraient découler de l'adoption et de la mise en œuvre d'une loi révisée sur la radiodiffusion – pourront être considérés non conformes à la clause de non-discrimination.

L'environnement numérique évolue continuellement. Il en va de même des politiques culturelles canadiennes qui ont été, ou sont en voie d'être adaptées à cet environnement. La mise en œuvre de telles politiques pourrait éventuellement générer des tensions avec l'application d'un engagement de non-discrimination applicable indistinctement à tous les produits numériques visés par de futurs accords commerciaux numériques. C'est pourquoi l'insertion d'une clause de non-discrimination à un accord canadien dédié au commerce numérique appelle à la plus grande prudence et, possiblement, à l'exclusion complète de tout produit numérique issu du secteur des industries culturelles.

## **2. La circulation et la localisation des données**

Introduits pour la première fois dans le texte du *Partenariat Transpacifique* en 2015 sous l'influence des négociateurs américains, les engagements sur la circulation et la localisation des données bénéficient aux personnes en provenance d'un État partie à l'accord qui réalisent des activités commerciales par voie numérique sur le territoire d'un autre État partie à cet accord. Les États signataires garantissent ainsi aux personnes le libre transfert de l'information vers leur État d'origine, ce qui signifie par exemple que ces personnes seront exemptées d'une quelconque imposition de l'établissement d'une présence physique sur le territoire où ils font des affaires commerciales et/ou de l'installation de serveurs informatiques pour stocker les données collectées.

Ces deux clauses sur la circulation et la localisation des données sont des engagements usuels des États parties dans les accords consacrés exclusivement au commerce numérique, ainsi que dans plusieurs accords commerciaux de portée globale contenant un chapitre sur le commerce numérique. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 4.3 du DEPA prévoit que: « Each Party shall allow the cross-border transfer of information by electronic means, including personal information, when this activity is for the conduct of

the business of a covered person »<sup>37</sup>. Concernant l'engagement relative à la localisation des données, le paragraphe 2 de l'article 4.4 du DEPA énonce que: « No Party shall require a covered person to use or locate computing facilities in that Party's territory as a condition for conducting business in that territory »<sup>38</sup>. Ces engagements commerciaux visent à stimuler le commerce international en réduisant au minimum les obstacles propres à l'environnement numérique.

Des nuances s'imposent néanmoins. D'une part, ces engagements peuvent favoriser les échanges de produits culturels par l'élimination des barrières à l'exportation, ce qui pourrait être une source d'enrichissement de la diversité des expressions culturelles. Mais d'autre part, ces clauses peuvent aussi constituer un frein à l'exercice de la souveraineté culturelle du Canada, dans la mesure où elles pourraient avoir pour effet de restreindre sa marge de manœuvre dans le choix de ses politiques nationales visant à protéger et à promouvoir ses industries culturelles et, surtout, dans le déploiement d'outils de suivi de la mise en œuvre de ces politiques.

En effet, le modèle économique des plateformes numériques repose essentiellement sur les données, notamment celles relatives aux préférences des consommateurs, qui sont utilisées pour recommander – voire créer – des contenus culturels susceptibles de les satisfaire. Or, dans le cas de la mise en œuvre d'une politique culturelle visant à favoriser la découvrabilité des contenus canadiens, l'accès aux données des plateformes numériques pourrait s'avérer un outil essentiel pour contrôler le respect par les plateformes des exigences fixées par les lois canadiennes. Il faut donc conclure que tout engagement commercial ayant pour conséquence de restreindre – voir d'empêcher – l'accès à des données générées et/ou détenues par des fournisseurs de services étrangers pourrait compromettre le droit du Canada de mettre en œuvre les politiques culturelles de son choix, et par le fait même son droit de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique, tel que réaffirmé dans la Convention de 2005<sup>39</sup>.

### 3. Le code source

Une autre nouveauté en matière de commerce numérique est l'engagement relatif au code source que l'on retrouve dans plusieurs accords consacrés exclusivement au commerce numérique<sup>40</sup>. Indissociable de multiples services culturels offerts en ligne, par exemple par le biais des plateformes, le code source constitue généralement un secret commercial protégé par le droit de la propriété intellectuelle, constitué à la fois de

---

<sup>37</sup> Voir l'article 4.3, paragraphe 2 du DEPA.

<sup>38</sup> Voir l'article 4.4, paragraphe 2 du DEPA.

<sup>39</sup> Voir Guèvremont, *supra* note 19, p. 187-188.

<sup>40</sup> Il est à noter que la clause sur le code source n'a pas été inscrite au DEPA. Les raisons expliquant son absence au DEPA demeurent inconnues. Cela est d'autant plus surprenant considérant que le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour sont tous Parties à de nombreux accords commerciaux auxquels la présente clause s'y retrouve.

plusieurs aspects relatifs aux droits d'auteur et aux brevets. Dans le cadre d'un accord de commerce, la clause relative au code source vise à garantir aux titulaires de ces codes, soit les personnes exerçant des activités commerciales, qu'en aucun cas une obligation de divulgation d'informations ne leur sera imposée pour commercialiser un produit numérique sur le territoire d'une autre partie à l'accord.

Ce type d'engagement peut cependant faire l'objet d'une limitation, par exemple en prévoyant la possibilité pour un État de requérir qu'un code source soit soumis à des organes réglementaires qui en feraient la demande. Dans le DEA UK-Singapore par exemple, suite à l'énoncé de l'engagement sur le code source, il a été prévu au paragraphe 3 de l'article 8.61-K que :

Nothing in this Article shall preclude a regulatory body or a judicial authority of a Party, or designated conformity assessment body, from requiring a person of the other Party to preserve and make available the source code of software, including an algorithm expressed in that source code, for an investigation, inspection, examination, enforcement action or judicial proceeding, or the monitoring of compliance with codes of conduct and other standards, subject to safeguards against unauthorised disclosure<sup>41</sup>.

Une note de bas de page de cet accord précise, à propos de ce droit de regard des organes réglementaires, que « [t]he Parties understand that this making available shall not be construed to negatively affect the status of the source code of software, including an algorithm expressed in that source code, as a trade secret »<sup>42</sup>. Le code source est donc explicitement considéré comme un secret commercial.

La portée réelle de ce type d'engagement demeure toutefois incertaine. La note de bas de page qui indique que la clause de droit de regard n'affecte pas négativement le code source pourrait être difficile à interpréter. Aussi, la ligne peut paraître très mince entre la gestion de questions administratives et l'accès à des informations sensibles relatives au code source.

Notons que la Chine, l'Inde et la Russie ont récemment introduit un corpus réglementaire obligeant les entreprises étrangères à divulguer des informations confidentielles liées au secret commercial pour l'approbation par leurs organes de réglementation nationale. Incidemment, le RCEP est le seul accord, avec le DEPA, où l'engagement sur le code source est absent d'un chapitre sur le commerce électronique<sup>43</sup>. Il est présumé que la Chine, Partie au RCEP, considérerait les garanties insuffisantes pour appliquer sa réglementation

---

<sup>41</sup> Voir l'article 8.61-K, paragraphe 3 du DEA UK - Singapore. On retrouve une clause semblable à l'ACEUM à l'exception des explications en note de bas de page sur la nature du code source.

<sup>42</sup> Voir la note de bas de page de l'article 8.61-K du DEA UK - Singapour.

<sup>43</sup> Voir M. Soprana, « The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA): Assessing the Significance of the New Trade Agreement on the Block » (2021) 13:1 *Trade L & Dev* 143, aux pages 162 et 163.

nationale, et ce, malgré la présence de l'exception visant l'exercice du pouvoir des organes réglementaires.

Au Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est un exemple d'organe réglementaire qui pourrait avoir un intérêt à obtenir des informations relatives aux codes sources pour contrôler le respect de la *Loi sur la radiodiffusion* (en cours de révision) et mettre en application des directives liées au contenu culturel canadien. Or, si les algorithmes de recommandations utilisés par les grandes plateformes numériques devenaient inconditionnellement protégés par le secret commercial, le Canada pourrait rencontrer de réelles difficultés pour accéder aux codes sources et effectuer la rétro-ingénierie nécessaire à l'extraction des informations pertinentes à l'évaluation du respect des exigences fixées dans ses lois. On pense ici notamment aux informations permettant de contrôler le respect d'éventuelles exigences de découvrabilité des contenus canadiens.

Ainsi, un modèle canadien d'accord sur le commerce numérique devrait prévoir une approche autorisant la divulgation du code source lorsque l'accès à de telles informations est nécessaire pour contrôler le respect de normes visant l'atteinte d'objectifs légitimes de politiques publiques, ce qui inclut la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. À défaut, la clause sur le code source devrait être évacuée des négociations, à l'instar du DEPA et du RCEP.

### **B. Un état de lieux des clauses existantes pouvant contribuer à préserver la souveraineté et la diversité culturelles des États**

Compte tenu de l'évolution rapide des technologies numériques et de l'explosion du commerce de produits numériques, le défi pour les États – y compris pour le Canada – consiste à comprendre tout ce qui peut être en jeu lorsque des engagements sur le commerce numérique sont négociés. Un État doit non seulement réfléchir à ses politiques et mesures en vigueur trouvant application dans l'environnement numérique, mais aussi anticiper les innovations législatives, réglementaires et politiques qui pourraient devenir indispensables à l'atteinte certains objectifs de politiques nationales jugés légitimes. Compte tenu de toutes les incertitudes que pourraient générer de nouveaux engagements commerciaux applicables au numérique en ce qui a trait à la préservation de la souveraineté culturelle canadienne, il serait de mise que le Canada privilégie une approche de précaution et utilise les clauses culturelles les plus appropriées pour protéger son pouvoir d'intervention en culture.

Le choix de telles clauses culturelles nécessite une réflexion approfondie de la part du Canada, idéalement avec des experts issus du domaine de la politique commerciale et des experts en matière de politiques culturelles. Les acteurs impliqués dans cette future réflexion pourront vouloir tenir compte des diverses approches développées dans le cadre d'autres négociations visant le commerce numérique et qui ont mené à l'incorporation d'exceptions (ou d'exemptions, ou de limitations) ayant pour effet de

préserver, partiellement ou totalement, le pouvoir d'intervention des Parties dans le secteur de la culture. Les sections qui suivent présentent brièvement l'exception culturelle néo-zélandaise (1), la clause d'exclusion du secteur de l'audiovisuel exigée par l'Union européenne (2) et la clause relative à la poursuite d'un objectif légitime de politique publique (3).

### **1. L'exception culturelle générale néo-zélandaise applicable aux engagements en matière de commerce numérique**

Plusieurs accords de libre-échange conclus par la Nouvelle-Zélande<sup>44</sup> 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 lorsqu'ils sont commercialisés dans un format numérique. Cette clause figure dans le segment de l'accord qui présente les exceptions générales. Par conséquent, l'exception culturelle s'applique à l'ensemble de l'accord.

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 ainsi 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.

Cependant, il faut souligner que cette exception contient un passage qui rappelle le « chapeau » de l'article XX du GATT de 1994 ou de l'article XIV de l'AGCS de 1995, et

---

<sup>44</sup> 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, entré en vigueur le 13 décembre 2020 ; *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<sup>er</sup> décembre 2013 ; *New Zealand-Hong Kong, China Closer Economic Partnership Agreement*, signé le 29 mars 2010, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 ; *New Zealand-Malaysia Free Trade Agreement*, signé le 26 septembre 2009, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2010 ; *Agreement establishing the ASEAN-Australia New Zealand Free Trade Area (AANZFTA)*, signé le 27 février 2009, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> octobre 2008.

qu'elle est aussi subordonnée à un test de nécessité. À cet égard, la jurisprudence de l'OMC montre que les conditions énoncées dans ce « chapeau » peuvent être particulièrement difficiles à remplir par les États qui souhaitent maintenir une mesure qui a des effets restrictifs sur le commerce<sup>45</sup>.

Il faut par conséquent retenir que cette exception tend à préserver le pouvoir d'intervention de la Nouvelle-Zélande à l'égard de nombreux produits culturels diffusés dans l'environnement numérique, sous réserve toutefois que certaines conditions soient respectées. Or, l'exigence de respect des conditions énoncées pourrait en pratique limiter considérablement la possibilité de recourir à cette exception.

Pour cette raison, le Canada devrait plutôt privilégier l'incorporation d'une clause culturelle inconditionnelle. L'exception néo-zélandaise demeure néanmoins inspirante pour ce qui est du vocabulaire utilisé pour en définir la portée ; le Canada devrait la prendre en compte en vue de moderniser le libellé de l'exemption culturelle canadienne afin de (mieux) l'adapter aux spécificités de l'environnement numérique.

## **2. L'exclusion européenne du secteur audiovisuel des engagements en matière de commerce numérique**

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 de commerce numérique<sup>46</sup>. Dans ces accords, le chapitre relatif au commerce numérique 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 numérique précise que ce dernier ne s'applique pas aux services de radiodiffusion et aux services audiovisuels<sup>47</sup>.

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

---

<sup>45</sup> Voir *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel (adopté le 29 avril 1996) WT/DS2/AB/R, 23.

<sup>46</sup> Trois accords illustrent notamment cette tendance : le *New 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, le *EU - Japan Economic Partnership Agreement*, signé le 17 juillet, entré en vigueur le 1 février 2019, et le *Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA) between the EU and Tunisia*, signé le 26 avril 2016, non en vigueur.

<sup>47</sup> Par exemple, c'est le cas avec le nouvel Accord UE-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* ainsi que dans le cadre de *DCFTA* entre l'UE et la Tunisie.

même approche a été privilégiée par le Royaume-Uni et Singapour dans le cadre du *Digital Economy Agreement*<sup>48</sup>.

Le Canada pourrait s'inspirer de cette approche pour incorporer dans son modèle d'accord sur le commerce numérique une clause d'exemption culturelle inconditionnelle, ayant pour effet d'exclure l'ensemble des produits culturels numériques de la portée des accords négociés ou, à tout le moins, de la portée de tous les engagements susceptibles de réduire son pouvoir d'intervention dans le secteur de la culture (*supra*, section IV.A).

### **3. La clause relative à la poursuite d'un objectif légitime de politique publique**

Plusieurs accords commerciaux négociés à ce jour incorporent une ou plusieurs clauses visant à limiter la portée de certains engagements en matière de commerce numérique lorsque la poursuite d'un objectif légitime de politique publique le requiert. Par exemple, les clauses sur la circulation et la localisation des données sont généralement accompagnées d'une exception relative à la réalisation d'un objectif légitime de politique publique. Au titre de cette exception :

Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining measures inconsistent with paragraph 2 to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:

(a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and

(b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are required to achieve the objective<sup>49</sup>.

Certes, on pourrait s'interroger sur la pertinence d'incorporer de telles clauses dans le cas où le Canada aurait de toute manière recours à une exemption culturelle de portée générale. Il pourrait cependant être allégué que la clause relative à la poursuite d'un objectif légitime – non spécifiquement applicable au secteur de la culture – pourrait tout de même renforcer la sécurité juridique nécessaire à l'exercice de certains types de contrôle par des organes réglementaires canadiens, y compris ceux du secteur de la culture (tel le CRTC). L'exception relative à l'objectif légitime de politique publique pourrait ainsi être invoquée pour exiger de la part d'entreprises culturelles étrangères, dont les plateformes de contenus culturels, la divulgation de certaines données. Tel que mentionné précédemment, l'accès à ces données pourrait par exemple s'avérer nécessaire au contrôle d'éventuelles exigences relatives à la découvrabilité des contenus culturels canadiens dans l'environnement numérique. Il pourrait aussi permettre au Canada de compiler des statistiques sur l'état de la diversité des expressions culturelles au Canada, un autre objectif légitime de politique publique.

---

<sup>48</sup> Voir l'article 8.58 paragraphe 4.a de l'Annexe A, Section F du DEA UK - Singapore.

<sup>49</sup> Voir les articles 4.3 et 4.4, paragraphe 3 du DEPA.

Notons que, jusqu'à présent, tous les accords de nouvelle génération prévoyant des engagements relatifs au commerce numérique (incluant les accords exclusivement dédiés au commerce numérique) contiennent une exception relative à la poursuite d'un objectif légitime de politique publique applicable aux engagements en matière de circulation et de localisation des données, à l'exception de l'ACEUM<sup>50</sup> et de l'accord commercial numérique entre les États-Unis et le Japon<sup>51</sup>. Aussi, l'exception relative à la poursuite d'un objectif légitime doit être lue conjointement avec les principes généraux énoncés par un accord, dans le Préambule par exemple, lesquels peuvent se référer au droit des États de réglementer afin d'atteindre des objectifs légitimes<sup>52</sup>.

Enfin, il est important de rappeler qu'il est généralement admis que le fardeau de preuve pour rencontrer le seuil de « politique publique légitime » est plus faible que celui qui caractérise le recours aux exceptions générales du GATT. Cependant, il ne faut pas non plus éluder le fait que l'exception de l'objectif légitime de politique publique est généralement subordonnée à un test de nécessité similaire à celui que l'on retrouve à l'article XX du GATT. Par conséquent, la clause, telle qu'elle est apparue dans les accords négociés à ce jour, ne peut être considérée comme une exception inconditionnelle. C'est pourquoi, advenant le recours à une telle clause et même si celle-ci n'était que destinée à compléter une éventuelle exemption culturelle de portée générale, le Canada devrait éliminer le test de nécessité afin d'assurer le plein exercice de sa souveraineté culturelle.

## **V. Recommandations pour l'élaboration d'un modèle d'accord commercial numérique canadien**

Sur la base des analyses menées dans le cadre de la présente contribution, la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles formule à l'endroit de la Direction de la politique commerciale sur les services (TMS) d'Affaires mondiales Canada les recommandations qui suivent :

---

<sup>50</sup> Voir l'article 19.12 de l'ACEUM.

<sup>51</sup> Dans ce cas précis, c'est uniquement la clause concernant la localisation des données qui ne prévoit pas de telle exception. Voir l'article 12 de US – Japan DTA.

<sup>52</sup> Dans l'ACEUM par exemple, les Parties reconnaissent « leur droit inhérent de réglementer et leur détermination à préserver la latitude dont les Parties ont besoin pour établir leurs priorités législatives et réglementaires, et à protéger les objectifs légitimes de bien-être public, comme la santé publique, la sécurité, l'environnement, la conservation des ressources naturelles biologiques ou non biologiques épuisables, l'intégrité et la stabilité du système financier et la moralité publique, conformément aux droits et obligations prévus par le présent accord ». Voir le Préambule de l'ACEUM. La formulation est identique dans les autres accords du Canada, tel que le PTPGP.

1. **Insérer dans son modèle d'accord sur le commerce numérique une exemption culturelle inconditionnelle destinée à couvrir l'ensemble des produits culturels numériques** ; cette exemption culturelle devrait avoir une portée générale (c'est-à-dire qu'elle serait applicable à l'ensemble des dispositions de l'accord) ; alternativement, cette exemption culturelle pourrait ne pas s'appliquer aux engagements visant exclusivement le déploiement d'initiatives en matière de coopération numérique, et donc viser spécifiquement les engagements susceptibles de limiter l'exercice de la souveraineté culturelle du Canada ; le cas échéant, la structure du modèle d'accord sur le numérique devrait permettre de clairement distinguer les engagements de coopération des engagements susceptibles de limiter la souveraineté culturelle du Canada.
2. Pour assurer une parfaite application de cette exemption culturelle à l'environnement numérique et ce, de manière à couvrir tous les produits culturels numériques – soit l'ensemble des biens et services culturels, et des contenus culturels, faisant l'objet d'un encodage numérique, incluant les formes hybrides de tels produits – **mettre à jour la définition des industries culturelles canadiennes utilisée jusqu'à présent par le Canada pour circonscrire la portée de son exemption culturelle** ; pour réaliser cette mise à jour, créer un groupe consultatif composé non seulement d'experts de la politique commerciale mais aussi d'experts des politiques culturelles ;
3. De manière cumulative à l'insertion d'une exemption culturelle applicable à tous les engagements susceptibles de limiter l'exercice de la souveraineté culturelle du Canada, **assortir d'une exception d'objectif légitime de politiques publiques tous les engagements relatifs à la circulation et à la localisation des données, ainsi qu'au code source** ;
4. En vue d'une utilisation du modèle d'accord sur le commerce numérique pour la négociation de futurs traités liant le Canada à des pays en développement, **intégrer au modèle d'accord un dispositif permettant d'attribuer, dans l'environnement numérique, un traitement préférentiel aux biens et services culturels, ainsi qu'aux artistes et professionnels de la culture** de ces États et ce, conformément à l'engagement du Canada au titre de l'article 16 de la Convention de l'UNESCO de 2005.
5. **Insérer dans le Préambule du modèle d'accord sur le commerce numérique une référence explicite aux objectifs et principes de la Convention de 2005.**

\*\*\*\*\*

## Biographies

**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 notamment l'auteure de l'ouvrage *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC* (Bruxelles : Bruylant, 2013) et elle signe un chapitre dans trois rapports mondiaux de l'UNESCO (2015, 2018, 2022). 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 : <https://www.fd.ulaval.ca/notre-faculte/repertoire-du-personnel/veronique-guevremont>

**Charles MARTIN** est titulaire d'un baccalauréat en droit, d'une maîtrise en droit international (LL.B., LL.M.) et d'un certificat en langue japonaise (Université Laval). Il a pratiqué à titre d'avocat au sein du Gouvernement du Québec en droit international économique suite à la formation professionnelle de l'École du Barreau. Ses champs de recherche portent principalement sur le droit international de la culture, sur le droit international économique ainsi que sur le droit du divertissement. Il a précédemment réalisé et publié son essai intitulé *Le statut du jeu vidéo en droit international* sous la supervision de la professeure Véronique Guèvremont. Depuis 2019, Charles Martin collabore activement avec la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles dans le cadre de nombreux projets sur le commerce et la culture, notamment les travaux

liés aux clauses culturelles dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux, ainsi que dans les nouveaux accords exclusivement dédiés au commerce numérique.

Pour consulter son profil, voir : <https://www.unescodec.chaire.ulaval.ca/fr/charles-martin>

**Ivana OTASEVIC** est directrice adjointe et coordinatrice de la Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles. Elle est titulaire d'un doctorat en droit international et est chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval. Depuis 2009 elle s'intéresse aux relations entre la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005) et les accords commerciaux, la dimension culturelle du développement durable et le statut juridique du concept de diversité culturelle en droit international. Au cours des dernières années, ses recherches et publications ont plus spécifiquement porté sur les droits culturels des migrants et des groupes minoritaires, ainsi que sur la protection et la promotion de leurs expressions culturelles. Ivana Otasevic est également membre du Réseau international de juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC) et membre associée du Centre de recherche CELAT Cultures - Arts - Sociétés.

Pour consulter son profil, voir : <https://www.unescodec.chaire.ulaval.ca/fr/a-propos/directrice-adjointe>

