

**LE LIEN ENTRE UNE FUTURE CONVENTION INTERNATIONALE
SUR LA DIVERSITÉ CULTURELLE
ET LES AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX**

Ivan Bernier

Le 11 avril 2003, au terme de sa 166^e session, le Conseil Exécutif de l'UNESCO, faisant suite à une demande formulée par certains de ses membres¹, décidait à l'unanimité d'inscrire la question d'une « étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle à l'ordre du jour de la 32^e session de la Conférence Générale, dont le début est fixé au 29 septembre 2003, et recommandait à la Conférence générale de prendre une décision « en faveur de la poursuite de l'action visant l'élaboration d'un nouvel instrument normatif international sur la diversité culturelle et de déterminer la nature de cet instrument ». Le Conseil, par la même occasion, invitait le Directeur général à soumettre à la Conférence générale, à sa 32^e session, un rapport sur cette étude préliminaire concernant l'opportunité d'un nouvel instrument normatif international sur la diversité culturelle, ainsi que les observations formulées et les décisions prises à son sujet par le Conseil exécutif et à inclure, dans le rapport susmentionné, une référence aux instruments internationaux pertinents².

Cependant, l'issue heureuse de cette première étape dans la marche vers l'adoption d'une convention internationale sur la diversité culturelle négociée sous les auspices de l'UNESCO cache mal l'importante division qui s'est manifestée au sein du Conseil lors du débat sur un projet d'amendement concernant « les liens entre le nouvel instrument et les autres instruments déjà existants ou en préparation ». Le projet d'amendement en question, qui visait à préciser que le nouvel instrument « ne saurait porter préjudice aux autres instruments existants et à ceux qui se préparent à l'OMC », reçut en effet l'appui d'une dizaine de pays membres du Conseil. Perçu

¹ Il s'agissait en l'occurrence de l'Allemagne, du Canada, de la France, de la Grèce, du Maroc, du Mexique, de Monaco et du Sénégal : voir <http://www.unesco.org/exboard/fr/166ex1provf.pdf>

² UNESCO, Conseil exécutif, 166^e session, Paris 4-16 avril 2003, Décisions adoptées par le Conseil exécutif, point 3.4.3, « Etude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle », doc. 166 EX/SR.10 (14 mai 2003).

comme inacceptable par une quinzaine d'autres pays membres, ce projet d'amendement donna lieu à une discussion parfois houleuse. Finalement, c'est sur la base d'un sous-amendement demandant que le rapport du Directeur général inclut une référence aux instruments internationaux pertinents qu'une décision a pu être adoptée à l'unanimité, mais sans que ne soit réglé pour autant le conflit de fond.

Une telle division sur la question du lien entre la future convention internationale sur la diversité culturelle et les autres accords internationaux, si elle devait perdurer, pourrait nuire considérablement à la réussite de la prochaine étape qui est celle de l'adoption par l'Assemblée générale, à la majorité des voix, d'une proposition confiant au Directeur général de l'UNESCO le mandat d'élaborer un avant-projet de convention sur la diversité culturelle. Il est donc crucial de réaliser un consensus sur ce sujet qui soit de nature à permettre non seulement de lancer les négociations proprement dites sur la nouvelle convention, mais aussi de faciliter, en clarifiant la portée et l'objectif de cette dernière, la poursuite de ces négociations. Pour y arriver, deux questions en particulier doivent impérativement être élucidées : 1) la première concerne le statut juridique de la nouvelle convention par rapport aux autres instruments et la responsabilité des parties signataires en cas de conflit entre celle-ci et d'autres accords existants ou futurs ; 2) la seconde concerne l'établissement de passerelles entre la convention en question et les autres accords.

I. Le statut juridique de la nouvelle convention par rapport aux autres accords internationaux et la responsabilité des États signataires en cas de conflits.

Il est de plus en plus courant de retrouver dans les accords internationaux une clause intitulée « Relations avec d'autres accords internationaux ». La multiplication des accords internationaux dans pratiquement tous les domaines d'activité rend de telles dispositions de plus en plus nécessaires en vue de faciliter le règlement des différends en cas de conflits entre deux ou plusieurs de ces accords. L'effet concret d'une clause de cette nature est de fixer le statut juridique de l'accord ou de la convention qui incorpore ladite clause par rapport aux autres accords ou conventions. Trois approches sont possibles à cet égard.

Un premier modèle est celui de l'ALENA qui, à son article 103 (2), donne priorité à ce dernier accord sur les autres accords en cas d'incompatibilité. Ce dernier se lit ainsi :

Article 103 : Rapports avec d'autres accords

1. ...

2. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité.

Mais cette priorité ne joue que pour les Parties signataires de l'ALENA et ne diminue en rien, comme nous le verrons plus loin, la portée de leurs engagements à l'égard d'États tiers. On retrouve un autre exemple de ce type de clause à l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui se lit ainsi :

En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.

Cette dernière mesure, nécessaire pour la mise en œuvre d'un texte établissant des règles quasi constitutionnelles (des règles dites de *jus cogens* en droit international) applicables à l'ensemble des États, n'en soulève pas moins, du fait de sa très vaste portée, un sérieux problème au plan de son application concrète, particulièrement lorsqu'il y a désaccord sur l'existence ou non d'un conflit. Le fait est que ce premier modèle de clause sur les rapports entre conventions ou accords n'est pas très courant et, dans le cas particulier du GATT, a été sérieusement critiqué lors de l'examen de l'Accord de libre-échange Canada - États-Unis qui contenait une clause semblable à celle de l'ALENA³.

Un deuxième modèle, à l'opposé en quelque sorte du modèle précédent, est celui où les dispositions d'un accord précisent qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec un autre traité.⁴ On trouve un exemple d'un tel type de clause dans les trois accords de libre-échange conclus à ce jour par le Canada, soit ceux avec l'Israël, le Chili et le Costa Rica ; la clause en question, identique dans chacun de ces accords, se lit de la façon suivante :

En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce

a) la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*; faite à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979,

³ Voir I. Bernier, «Le GATT et les arrangements économiques régionaux : Le rapport du groupe de travail sur l'Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis », *Les Cahiers de droit*, 1992, vol. 33, pp. 313-344

⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, article 30 (2)

b) le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*; fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990,

c) la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis, ou

d) les accords visés à l'annexe 104.1,

ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord.

Un autre exemple de ce type de clause est l'article 1, paragraphe 1, du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* qui prescrit ce qui suit :

1) Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion; faite à Rome le 26 octobre 1961 (ci-après la «Convention de Rome»).

Ce second modèle de clause, envisagé expressément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, implique, suivant cette dernière, que «les dispositions du second accord l'emportent sur celles du premier». Transposée dans le cadre d'une éventuelle convention internationale sur la diversité culturelle, une clause interdisant expressément toute dérogation aux dispositions de l'OMC aurait donc pour effet concret de subordonner la convention en question aux considérations commerciales de l'OMC.

Un troisième et dernier modèle de clause précise purement et simplement que les parties à un traité confirment les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres aux termes d'autres accords auxquels elles sont parties. La plupart des clauses relatives aux liens avec les autres traités que l'on retrouve dans les accords internationaux reproduisent ce modèle. On en retrouve un exemple à l'article 1.3 (1) de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica qui se lit ainsi : « Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont l'une envers l'autre aux termes de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties »⁵. On retrouve la même formulation, mais accompagnée d'une réserve concernant les situations d'urgence, à l'article 22 de la *Convention sur la diversité des espèces biologiques* qui se lit ainsi : « Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages

⁵ Voir : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/1-fr.asp>

à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace ». On retrouve encore une formulation intéressante de ce modèle dans le préambule du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biologiques* où on peut lire ce qui suit :

Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur,

Considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux.⁶

Bien qu'il s'agisse là de considérants qui ne font pas partie à proprement parler du texte de l'accord, il est facile d'imaginer une clause qui reproduirait ces derniers. Une dernière variante, toujours dans le domaine environnemental, se retrouve également dans le préambule du *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* qui, dans son préambule, affirme :

Reconnaissant que le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents doivent se compléter mutuellement en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire;

Affirmant qu'aucune disposition du présent Traité doit être interprétée comme supposant, de quelque façon que ce soit, une modification des droits et obligations des Parties contractantes découlant d'autres accords internationaux;

Comprenant que le point ci-dessus n'a pas pour objet de créer une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux.⁷

Ce troisième modèle de clause, qui affirme simplement que l'ensemble des traités signés par une partie se situent juridiquement sur un pied d'égalité, est celui qui s'applique par défaut en vertu du droit international lorsque les dispositions d'un accord demeurent silencieuses sur la question des liens avec les autres accords.

Si l'on compare maintenant les trois modèles de clause envisagés précédemment afin de déterminer lequel est le plus approprié pour la nouvelle convention internationale sur la diversité culturelle, une évidence s'impose. Dans la mesure où la question du rapport entre les préoccupations culturelles et les autres préoccupations ne peut trouver sa solution que dans un cadre où chacune trouve à s'exprimer librement, c'est sans aucun doute le dernier modèle qui apparaît le plus approprié pour fonder le rapport entre la Convention internationale sur la diversité culturelle et les autres accords en raison du rapport d'égalité qu'il implique. C'est aussi le modèle qui est proposé dans le rapport intitulé « Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité

⁶ Voir : <http://www.biodiv.org/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>

⁷ Voir : <ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRf.pdf>

culturelle » réalisé dans le cadre des travaux du Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle. Prenant appui dans ce dernier cas sur le préambule du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biologiques*, les auteurs suggèrent que le nouvel instrument envisagé devrait incorporer une clause spécifiant que ce dernier « tout en ne devant pas être interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux (donc, devant être interprété en tenant compte de ces droits et obligations), ne devrait pas être considéré comme subordonné à d'autres accords internationaux »⁸. Dans la mesure toutefois où il en va de la diversité culturelle comme il en va de la diversité biologique - c'est-à-dire dans la mesure où cette diversité tend dans les faits à s'amenuiser avec le temps ainsi qu'en témoigne la disparition de nombreuses langues chaque année - il y aurait lieu d'envisager l'incorporation à une telle clause d'une disposition concernant les situations d'urgence, comme cela est fait à l'article 22 de la *Convention sur la diversité des espèces biologiques*.

Une disposition de ce genre devrait en principe être de nature à rallier une large majorité des membres de l'UNESCO. Mais pour arriver à ce résultat, un travail supplémentaire de clarification du rapport entre le nouvel instrument sur la diversité culturelle et l'OMC s'impose. En effet, lorsque est soulevé concrètement le problème du rapport entre la convention proposée sur la diversité culturelle et les autres accords, c'est bien du rapport avec l'OMC qu'il est implicitement question. Il faut qu'il soit clair à cet égard que le nouvel instrument poursuit un objectif exclusivement culturel, qu'il procède suivant une logique essentiellement culturelle et que son but n'est pas de modifier les droits et obligations des États membres de l'OMC. Il n'est nullement question d'un accord du type de celui envisagé à l'article 41 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui traite « des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement ». Dans le cas de la Convention internationale sur la diversité culturelle, les États signataires de cette dernière conserveraient tous leurs droits en vertu de l'OMC.

Ces conditions étant réunies, il se peut malgré tout que des conflits surviennent entre la Convention internationale sur la diversité culturelle et les autres accords, plus particulièrement ceux de l'OMC. Précisons immédiatement que l'existence même de tels conflits entre accords répondant à des préoccupations distinctes s'inscrit dans une problématique plus large qui est celle de la gouvernance internationale, problématique qui préoccupe un nombre croissant d'observateurs du système

⁸

Ivan Bernier et Hélène Ruiz-Fabri, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Québec, 2002, p. 35. [<http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/publications.htm>].

commercial international depuis quelques années. Déjà abondamment discutée en rapport avec les préoccupations relatives à la préservation de l'environnement, il est temps maintenant qu'elle le soit en rapport avec les préoccupations relatives à la culture⁹. Mais le problème immédiat que soulève ce type de situations est celui de savoir ce qu'il advient lorsqu'un instrument international entre en conflit avec d'autres instruments internationaux impliquant des parties totalement ou partiellement identiques.

L'article 30 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui codifie essentiellement à cet égard le droit international coutumier, envisage la question sous l'angle de l'application de traités successifs portant sur une même matière. Deux situations distinctes sont considérées dans un tel contexte. La première est celle où il y a identité complète des parties aux traités en cause. À moins que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue, le traité antérieur alors « ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». La seconde situation est celle où les parties à un traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur. S'agissant d'abord des relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle énoncée précédemment lorsqu'il y a identité des Parties. Pour ce qui est ensuite des relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, « le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ». Ces dispositions concernant le cas où les parties à un traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur s'appliquent, toutefois, sans préjudice de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité. La règle de base alors est que l'État en question demeure responsable de l'exécution de chacun des deux traités et qu'à défaut de donner suite aux engagements pris dans le cadre de ces derniers, il peut voir sa responsabilité internationale mise en cause auprès des instances appropriées par la ou les victimes d'un tel manquement.

⁹ Voir entre autres : Gabrielle Marceau, "A Call for Coherence in International Law . Praises for the Prohibition Against 'clinical isolation' in WTO Dispute Settlement", 33 *Journal of World Trade*, No 5, 87-152 (1999) ; Jeffrey L DUNOFF, «The Death of the Trade Regime», 10 *European Journal of International Law*, 733 (1998) ; Robert Howse and Kalypso Nicolaïdis, "Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalising the WTO is a Step Too Far", in R.B. Porter, P. Sauvé, A. Subramanian and A. B. Zampetti, *Efficiency, Equity, Legitimacy The Multilateral Trading System at the Millenium*, 227 (2001) ; Stephan Ohlhoff and Hannes L. Schloemann, "Rational Allocation of Disputes and 'Constitutionalisation : Forum Choice as an Issue of Competence", *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, 302-329 (1998) ; P. Sauvé and A. B. Zampetti, "Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda", 3 *Journal of International Economic Law*, 83-114 (2000) ; *American Journal of International Law*, "Symposium : The Boundaries of the WTO", Volume 96 (1), 2002

II. La question des passerelles

Lorsque des accords distincts abordent un même sujet dans un contexte différent, il peut être utile de mettre en place des passerelles afin de favoriser une articulation convenable entre ces accords. Plusieurs accords de libre-échange récents, par exemple, intègrent complètement des dispositions du GATT et d'autres accords de l'OMC. Ainsi, l'article 301 (1) de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prescrit que :

Chacune des Parties accordera le traitement national aux produits d'une autre Partie, en conformité avec l'article III de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (l'Accord général), et ses notes interprétatives; à cette fin, l'article III de l'Accord général et ses notes interprétatives, ou toute disposition équivalente d'un accord qui lui aura succédé et auquel toutes les Parties auront adhéré, sont incorporés dans le présent accord et en font partie intégrante.¹⁰

Une façon moins formelle de procéder est d'emprunter simplement les concepts et le langage d'un autre accord sans référer explicitement à ce dernier, comme cela est fait au chapitre 7, section B, de l'ALENA qui traite des mesures sanitaires et phytosanitaires : les mesures en questions s'inspirent largement de celles de *l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* de l'OMC. Mais pour procéder ainsi, une condition essentielle demeure : une assez large identité de perspective doit sous-tendre les accords en question.

De telles dispositions sont plus difficiles à mettre en place lorsque des accords distincts abordent un même sujet dans une perspective nettement différente. On comprendra, en effet, que si un accord emprunte des règles et des concepts développés dans un autre contexte en réponse à un problème qui n'est pas celui qu'il cherche à régler, les chances de succès de ce dernier risquent d'être sérieusement compromises dès le départ. Cependant, rien n'interdit, lorsqu'un accord aborde une question dans une perspective donnée, de recourir à des concepts et un langage qui, tout en demeurant propres à la perspective en question, laissent entrevoir les possibilités de rapprochement avec les perspectives d'autres accords. Un exemple intéressant à cet égard est celui du *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* qui aborde dans les termes suivants le problème de la réconciliation du droit des gouvernements de déterminer l'accès à leurs ressources phytogénétiques avec la reconnaissance du fait que ces ressources

¹⁰ Pour le texte de l'ALENA, voir : <http://www.nafta-sec-alena.org/french/index.htm>

génétiques doivent pouvoir librement être échangées afin de garantir la conservation et l'utilisation des cultures pour l'alimentation et l'agriculture:

Article 10 - Système multilatéral d'accès et de partage des avantages

10.1 Dans leurs relations avec les autres États, les Parties contractantes reconnaissent les droits souverains des États sur leurs propres ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, y compris le fait que le pouvoir de déterminer l'accès à ces ressources appartient aux gouvernements et relève de la législation nationale.

10.2 Dans l'exercice de leurs droits souverains, les Parties contractantes conviennent d'établir un système multilatéral qui soit efficient, efficace et transparent, tant pour favoriser l'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture que pour partager, de façon juste et équitable, les avantages découlant de l'utilisation de ces ressources, dans une perspective complémentaire et de renforcement.

Cette disposition laisse clairement transparaître des préoccupations qui rejoignent à certains égards celles de l'OMC en matière d'accès aux marchés, même si le langage utilisé est différent et si les objectifs poursuivis ne sont pas les mêmes.

Une telle approche ne serait pas difficile à mettre en œuvre dans le cadre d'un accord international sur la diversité culturelle. Déjà dans les divers projets existants de convention internationale sur la diversité culturelle, on retrouve au départ une conception de la diversité culturelle qui est à la fois affirmation du droit de chaque culture à sa propre expression culturelle et ouverture nécessaire de chaque culture à l'expression culturelle des autres. Cette conception de la diversité culturelle trouve sa traduction juridique dans un principe de base qui est celui du nécessaire équilibre entre la promotion de l'expression culturelle nationale et l'ouverture aux autres influences culturelles. Sans renvoyer en tant que tel à l'ouverture des marchés, qui est la préoccupation propre de l'OMC, ce principe permet de comprendre qu'il n'y a pas d'antinomie absolue entre les deux perspectives en ce qui concerne la circulation internationale des produits culturels et, ouvre la porte à la recherche d'un terrain d'entente où les deux accords se compléteraient mutuellement en vue d'assurer la préservation de la diversité culturelle.