

**La première réunion d'experts gouvernementaux sur l'avant-projet de
convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des
expressions artistiques de l'UNESCO :
Les implications pour la suite de la négociation**

Ivan Bernier

Du 20 au 24 septembre 2004 se tenait à l'UNESCO la première réunion des experts gouvernementaux sur l'avant-projet de Convention sur la protection des contenus culturels et des expressions artistiques. Dans son allocution d'ouverture lors de la première session, le Directeur général de l'UNESCO, M. Koïchiro Matsuura, soulignait combien cette première étape de négociation était importante pour l'Organisation, estimant que l'ébauche de l'avant-projet proposée constituait une bonne base de départ pour les discussions. Il ajoutait : «Je souhaite que cette première rencontre soit l'occasion d'un véritable débat à l'échelle internationale sur la question cruciale que pose la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dans le monde d'aujourd'hui». Au terme de cette première rencontre, qui n'a peut-être pas donné lieu à un véritable débat comme le souhaitait le Directeur général de l'UNESCO mais qui a certainement mis en place les éléments essentiels à la tenue de celui-ci, il nous est apparu opportun, plutôt que de chercher à dresser un portrait fidèle du déroulement de la rencontre, de mettre en lumière son apport concret à l'instauration d'une dynamique de négociation, et de faire ressortir, sur la base des premiers commentaires émis relativement à l'avant-projet de convention, certaines ambiguïtés dans ce dernier qui devront être clarifiées pour que les enjeux de la négociation soient clairement compris. En d'autres termes, ce qui nous intéresse plus particulièrement dans cette première réunion des experts gouvernementaux, ce sont ses implications pour la suite de la négociation.

1. L'apport de la première réunion à l'instauration d'une dynamique de négociation.

Trois développements sont intervenus durant cette réunion qui nous apparaissent de nature à orienter le cours futur de la négociation. Le premier développement a trait à la mise en place de la structure de négociation elle-même, c'est-à-dire à l'élection du Président de la Conférence, à la formation du Bureau ainsi qu'à la constitution d'un Comité de rédaction composé de 24 membres. Ces diverses structures et nominations ayant fait manifestement l'objet de discussions préalables entre divers groupes d'États, il n'est pas sans intérêt de les examiner de plus près afin de voir leurs implications pour la suite de la négociation. Le second développement est lié à l'apparition, lors du débat sur l'avant-projet, de conceptions assez différentes du type de convention à mettre en place. Ces conceptions, même si elles n'expriment pas des positions définitives sur le contenu de la convention, n'en demeurent pas moins de nature à influencer de façon importante le débat en l'entraînant dans des directions parfois assez opposées. Le troisième développement réside dans l'acceptation pratiquement unanime par les États de l'avant-projet de convention comme une base de discussion utile et leur accord pour travailler à partir de celui-ci. Ce consensus, un des rares qui ressorte de la première réunion des experts gouvernementaux, a donné à la négociation un cadre normatif qui pourrait contribuer à recentrer le débat si celui-ci devait s'engager dans des directions trop

divergentes. Mais pour mieux comprendre comment ces développements sont susceptibles d'orienter la négociation, il est nécessaire de revenir brièvement sur chacun d'entre eux.

- ***La mise en place de la structure de négociation***

La mise en place de la structure de négociation s'est effectuée en deux temps. Il y a d'abord eu l'élection du président de Conférence et la constitution du Bureau la toute première journée de la réunion, puis ensuite, sur la base d'une décision de ce dernier, la formation deux jours plus tard d'un Comité de rédaction.

Dans toute négociation, le poste le plus important à combler est celui de président de conférence car de l'autorité de ce dernier et de son habileté dans la conduite des discussions dépendra pour une part substantielle le succès des négociations. Il n'est donc pas surprenant que ce poste soit souvent convoité et que son choix fasse presque toujours l'objet de discussions préalables entre les États. Dans le cas présent, ce choix ne semble pas avoir soulevé de difficultés sérieuses. Proposée officiellement au nom du Groupe africain (groupe 6) par le représentant de Madagascar, l'élection de M. Kader Asmal de l'Afrique du Sud au poste de président de Conférence a été appuyée par les représentants d'Oman, du Mexique, des USA, de l'Afghanistan et du Sri Lanka au nom des cinq autres groupes. Dans son discours lors de la session d'ouverture, ce dernier a fait preuve d'une remarquable compréhension des enjeux de la négociation, rappelant, entre autres, que si la liberté d'expression et la libre circulation des idées et de la connaissance constituaient les bases de tout effort en vue de promouvoir et de protéger la diversité des expressions culturelles, il n'en demeurerait pas moins qu'en l'absence d'expressions culturelles multiples et distinctes, il ne pouvait y avoir de véritable dialogue interculturelle. Conjuguant fermeté et humour, M. Asmal s'est avéré dans les faits un président particulièrement soucieux d'efficacité, à tel point que la rencontre, qui devait durer originalement du 20 au 25 septembre 2004, s'est clôturée un jour plus tôt que prévu. Pareil résultat, remarquable lorsqu'on considère que 132 États membres, 19 OIG et 20 ONG/OING ont participé à cette rencontre et que près d'une centaine d'interventions orales ont été faites dans le cadre des discussions, peut être considéré de bon augure. Mais on peut regretter cependant que, compte tenu du temps disponible, des efforts supplémentaires n'aient pas été faits en vue d'établir des liens entre les différentes opinions exprimées de sorte que l'on se retrouve avec un ensemble de points de vue assez disparates qui peuvent parfois coïncider mais dont il est difficile de tirer quelque conclusion que ce soit relativement à l'existence ou non d'un consensus. L'impression qui se dégage de cette première réunion en fait est que les États, soit parce qu'ils n'étaient pas suffisamment prêts ou soit parce qu'ils considéraient qu'ils n'avaient pas assez de temps pour s'exprimer (pas moins de 45 ont même senti le besoin de fournir un texte écrit en complément de leur présentation orale), se sont contentés d'exposer sommairement leurs vues et d'observer pour le reste ce que les autres avaient à dire.

En ce qui concerne le Bureau, son rôle n'est pas précisément défini mais il est convenu qu'il doit veiller de façon générale au bon déroulement de la négociation dans le respect de la procédure établie. Appelé à évaluer sur une base régulière les progrès réalisés, il doit être en mesure d'intervenir, en particulier lorsque des difficultés surviennent. De ce point de vue, il constitue un rouage important de la négociation. Le Bureau comprend, outre le président de Conférence, un rapporteur dont le rôle est de noter le contenu des discussions lors des séances plénières pour en donner un compte rendu une fois les séances terminées. On compte typiquement sur le rapporteur pour mettre une cohérence dans les discussions et en tirer les conclusions qui s'imposent. Il est prévu également que le rapporteur de la Plénière officiera en tant que ressource technique pour le Comité

de rédaction afin de refléter les instructions de la Plénière. Dans cette fonction le rapporteur, assisté du Secrétariat, travaillera en étroite collaboration avec le président de la Plénière et le Bureau. Quatre vice-présidents complètent le Bureau de direction, pour un total de six postes qui doivent être pourvus en respectant les exigences en matière de représentation géographique. Le poste de rapporteur a été confié à M. Artur Wilczynski du Canada et les quatre postes de vice-présidents aux représentants de la Tunisie, de Ste-Lucie, de la Lituanie et de la République de Corée. Durant la première réunion des experts gouvernementaux, le Bureau s'est réuni à (4 ?) reprises pour traiter de questions liées essentiellement au déroulement du débat et à la structuration de la suite de la négociation. La décision la plus importante qu'il a été amené à prendre lors de ces rencontres est sans aucun doute celle de mettre sur pied un Comité de rédaction.

Le Comité de rédaction, comme on pourra le constater, est appelé à jouer un rôle crucial dans l'élaboration du texte de la convention. Son mandat, tel que défini par le Bureau et transmis à la Plénière, prévoit qu'il sera composé de quatre membres par groupe électoral régional et sera assisté du Secrétariat de l'UNESCO. Il lui reviendra plus spécialement de traduire en langage concret et en termes juridiques les instructions de la Plénière soumises par son Président. Ce dernier pourra demander au Comité de rédaction des recommandations linguistiques, de styles ou de formulation d'options au cas où la plénière n'atteindrait pas un consensus. Sa tâche dans un tel contexte peut s'avérer délicate et c'est pourquoi, dans un souci de transparence, il a été précisé dans son mandat que les observateurs seraient admis aux travaux du comité. La composition du Comité en tant que telle apparaît relativement équilibrée dans la mesure où elle reflète assez bien les principales tendances qui se sont exprimées durant le débat relativement au type de convention souhaitée. Pour mémoire, il peut être utile de rappeler ici que 24 États représentés sur le Comité de rédaction, soit quatre par groupe électoral régional sont les suivants : (1) la Finlande, la France, la Suisse et les États-Unis ; (2) l'Arménie, la Croatie, la Hongrie et la Russie ; (3) La Barbade, le Brésil, le Costa Rica et l'Équateur ; (4) la Chine, l'Inde, le Japon et la Corée ; (5) le Bénin, le Nigeria, Madagascar et le Sénégal ; (6) l'Algérie, le Liban, l'Arabie Saoudite et les Émirats Arabes Unis.

Le Directeur général de l'UNESCO convoquera la première réunion du Comité de rédaction en décembre 2004 (plus précisément du 14 au 17 décembre), après avoir reçu les commentaires écrits des États membres. Le Comité élira alors son président et décidera de son programme de travail en tenant compte des échéances établies par la Conférence générale. Sa première tâche sera de soumettre à l'intention de la session suivante de la Plénière une version révisée de la Convention incorporant les commentaires écrits des États membres. Toutes les propositions du Comité de rédaction seront soumises à la Plénière pour approbation. Le Comité pourra se réunir en même temps que la session plénière et recevra ses instructions de son président; mais il pourra aussi se réunir entre les sessions plénières, ce qui apparaît inévitable. Il reste à voir comment un comité de rédaction aussi large fonctionnera dans la pratique. Compte tenu des échéances fixées par la Conférence générale, il n'est pas impensable que celui-ci envisage le recours à des groupes thématiques officieux pour accélérer le travail. Dans la mesure par ailleurs où trois de ses membres font partie de l'Union européenne (la France, la Finlande et la Hongrie), il faudra attendre que soit connue le rôle que cette dernière entend jouer dans la négociation pour savoir ce qu'il adviendra de la participation de ceux-ci aux travaux du Comité de rédaction. Selon la réponse apportée, il se pourrait que la dynamique de travail au sein du Comité s'en trouve modifiée.

- *Les différentes conceptions concernant le type de convention à mettre en place*

Sauf circonstances exceptionnelles, la négociation d'une convention implique la réconciliation de points de vue parfois assez différents concernant le contenu de la convention. Les différences de vues les plus importantes concernent généralement l'objet précis, la portée des engagements et le niveau de contrainte de la convention. Dans le cas présent, de telles différences de vues se sont manifestées très rapidement lors de l'examen chapitre par chapitre de l'avant-projet de convention. Trois conceptions distinctes concernant le type de convention souhaité peuvent d'ores et déjà être identifiées à cet égard sur la base des commentaires oraux ou écrits des États membres, ce qui n'exclut pas que d'autres conceptions puissent encore se faire jour, considérant que 49 des 121 États membres qui étaient représentés lors de la première réunion ne se sont pas prononcés à cette occasion. Les deux premières conceptions tiennent pour acquis que la convention vise d'abord et avant tout la diversité des expressions culturelles mais divergent sur plusieurs aspects importants d'une telle convention. Une troisième conception recherche pour sa part un élargissement substantiel des objectifs et du champ d'application de la convention. Notre objectif, en examinant de plus près ces trois conceptions, n'est pas de les rattacher à des États identifiés nommément mais bien plutôt de montrer en quoi elles diffèrent les unes des autres dans leur appréciation de l'avant-projet et dans leur perception de la convention à mettre en place et de souligner l'impact qu'elles pourraient avoir lors des débats en Plénière et dans le travail du Comité de rédaction.

La première conception, qui rallie de façon assez lâche une majorité des États qui se sont exprimés lors du débat, accueille favorablement dans ses grandes lignes l'avant-projet de convention, même si elle questionne certains aspects de celui-ci et suggère des modifications et des ajouts. Elle se prononce en faveur d'un instrument juridique contraignant, égal en valeur aux autres accords internationaux, qui reconnaîtrait la spécificité des produits culturels ainsi que le droit des États de mettre en œuvre des mesures de préservation et de promotion de leurs expressions culturelles tout en demeurant ouvert aux autres expressions culturelles, inciterait ces mêmes États à prendre des mesures nécessaires en vue de préserver et promouvoir leurs propres expressions culturelles et les engagerait à renforcer concrètement la coopération pour le développement dans le domaine culturel. Afin que la convention ne demeure pas lettre morte et puisse évoluer avec le temps, elle se montre également favorable à l'incorporation d'un mécanisme de suivi et d'un mécanisme de règlement des différends, pourvu que l'on évite toute lourdeur bureaucratique et que les mécanismes en question demeurent peu coûteux. Enfin, on peut considérer comme un élément caractéristique de cette première conception le fait que les États qui la défendent considèrent important que la négociation procède dans les meilleurs délais.

La deuxième conception est partagée par un nombre nettement plus restreint d'États, mais cet apparent désavantage dans le débat à venir est compensé en bonne partie par l'importance économique et la cohésion idéologique des États en question. Tout en acceptant que l'avant-projet vise principalement la question des contenus culturels et des expressions artistiques et en reconnaissant le bien-fondé et la pertinence de plusieurs de ses dispositions (en particulier les dispositions relatives à la coopération pour le développement), cette conception entretient de sérieuses réserves sur plusieurs aspects importants de l'avant-projet de Convention. Ces réserves concernent d'abord le champ d'application de la Convention qui est considéré trop axé sur les biens et services culturels et sur la protection des expressions culturelles et pas suffisamment sur la promotion de la diversité culturelle ainsi que sur l'ouverture aux autres cultures. Elles concernent aussi le droit souverain des États d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des

expressions culturelles sur leur territoire jugé potentiellement incompatible avec les engagements des parties à l'OMC, l'engagement des États signataires à promouvoir les objectifs et les principes de la convention dans les autres enceintes internationales et de se consulter à cette fin; jugé dangereux : les mécanismes de suivi et de règlement des différends, qui devraient être réduits à leur plus simple expression sinon éliminés parce qu'inappropriés en matière culturelle, les accords de coproduction et le traitement de préférence pour les pays en développement, considérés incompatibles avec les engagements des parties à l'OMC; et enfin l'article article 19 sur les relations avec les autres instruments internationaux qui devrait établir clairement que la convention sera conforme aux autres accords internationaux. De façon générale, le modèle de convention envisagé en est un où les moyens de réaliser les objectifs fixés au plan international seraient axés davantage sur le dialogue et la coopération que sur une réglementation contraignante. Enfin, il faut souligner que les États qui s'identifient plus particulièrement à cette conception de la convention sont aussi ceux qui font valoir qu'il n'est pas essentiel que la Convention soit adoptée en 2005, qu'il faut prendre le temps nécessaire pour établir des consensus et donc faire attention aux échéances trop courtes.

Une troisième conception de la convention, soutenue pour le moment par un nombre très limité d'États mais susceptible de recevoir des appuis lorsque la véritable négociation débutera, questionne la pertinence de l'avant-projet de Convention pour le motif qu'il est trop centré sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et propose plutôt un instrument juridique d'une portée plus large qui mettrait l'accent sur le respect du droit des États d'adopter des politiques qui reflète leurs croyances, l'amélioration du respect interculturel ainsi que le développement de valeurs communes. Cette conception, qui remet en cause implicitement le mandat initialement confié au Directeur général de l'UNESCO par la Conférence générale, ouvre la porte à un élargissement du champ d'application de la convention plus en rapport avec la promotion de la diversité culturelle au sens large qu'avec la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles. Malheureusement, il faut reconnaître à cet égard que l'avant-projet de Convention ne définit pas très clairement ce qu'il faut entendre par expressions culturelles et ne précise pas vraiment la nature du lien qu'il y a lieu d'établir entre diversité des expressions culturelles et diversité culturelle. (*Voir Italie*) *Comité permanent pour le dialogue interethnique et des expressions religieuses*

L'existence de ces trois points de vue distincts concernant le type de convention que l'UNESCO devrait adopter peut difficilement, dans le contexte d'une négociation axée sur la recherche d'un consensus, ne pas avoir d'impact sur le résultat de la négociation. Cela est tout à fait normal et c'est précisément à travers la négociation que pourra s'opérer un rapprochement de ces différents points de vue et qu'une convention respectueuse des préoccupations de l'ensemble des membres pourra être conclue. Mais il est un danger malgré tout qu'il y a lieu de souligner et qu'il ne faudrait pas minimiser : si la négociation, en effet, doit aboutir à un texte qui ne soit rien d'autre que le plus petit commun dénominateur de l'ensemble des demandes formulées par les États membres, s'il doit en résulter un accord reflétant une série de compromis politiques n'ayant pas vraiment de signification légale et que la diversité des expressions culturelles en ressorte affaiblie plutôt que renforcée, alors il faudra malheureusement parler d'un échec. Toutefois, ce risque se trouve atténué du fait que la négociation est entreprise à partir d'un texte de base qui a déjà sa propre structure et sa propre logique, comme nous allons le voir maintenant.

- *L'avant-projet de Convention comme base de négociation*

Ainsi que le soulignait le rapporteur dans son Rapport oral, les délégations ont reconnu lors de la première réunion que l'avant-projet de Convention constituait une base valable de discussion et un instrument utile pour faciliter le débat à l'étape du processus intergouvernemental. De fait, l'ensemble du débat s'est déroulé lors de cette première rencontre sur la base de l'avant-projet. Plus important encore, le mandat confié au Comité de rédaction précise que le texte révisé de convention que celui-ci doit soumettre à la prochaine session de la Plénière sera basé sur l'avant-projet soumis par le Directeur général tout en incorporant à celui-ci les commentaires écrits soumis par les États membres.

L'utilisation de l'avant-projet comme base du texte révisé de convention qui sera soumis à la prochaine session de la Plénière a pour conséquence immédiate de structurer le débat autour d'une certaine conception de la convention qui a déjà sa structure et sa logique propre, même si les États demeurent totalement libres en théorie de faire ce qu'ils veulent du texte proposé, y compris le transformer en profondeur ou le rejeter pour repartir sur une toute autre base. De fait, si l'on en juge par les commentaires formulés par les délégations lors du débat sur l'avant-projet, il est permis de croire que la structure de base, de même qu'une partie substantielle des dispositions de l'avant-projet, demeureront dans le projet de convention finalement adopté, soit telles quelles, soit modifiées dans leur formulation ou encore complétées par d'autres dispositions. Les dispositions de l'avant-projet concernant la coopération pour le développement, par exemple, ou encore celles concernant l'éducation et la société civile semblent là pour demeurer, même si des améliorations leurs seront vraisemblablement apportées. Là où le texte de l'avant-projet soulève des problèmes plus importants, certaines pistes de solution concernant les modifications à apporter ont déjà été proposées. Ainsi, concernant les mécanismes de suivi, plusieurs délégations ont souligné qu'un allègement substantiel de ceux-ci pourrait être réalisé en transférant par exemple l'Observatoire sur la diversité culturelle prévu à l'article 15 à l'*Institut de statistique de l'UNESCO* et en remplaçant de même le Groupe consultatif prévu à l'article 22 par une liste d'experts susceptibles d'être consultés de façon ad hoc. Pour ce qui est du principe même d'un suivi, celui-ci semble assez largement accepté, la plupart des États ayant suggéré le maintien de l'Assemblée des États, avec des pouvoirs renforcés, le maintien du Comité intergouvernemental, avec des pouvoirs mieux définis, et le maintien d'un Secrétariat assumé par l'UNESCO. Comme on peut le voir, l'avant-projet agit comme un mécanisme intégrateur des différentes conceptions de la convention qui ont cours, même s'il est lui-même appelé à ressortir passablement transformé de la négociation.

Ceci dit, des choix devront malgré tout être faits si on veut en arriver à un texte qui réponde à un besoin clairement identifié et qui puisse faire l'objet d'une mise en application concrète. Certains de ces choix seront relativement faciles à faire dans la mesure où leur incidence est bien comprise. C'est le cas par exemple de la mise en place d'un mécanisme de partage et d'échange d'informations tel qu'envisagé à l'article 9 de l'avant-projet. On peut considérer qu'un tel mécanisme impose un fardeau trop lourd sur les États signataires et souhaiter pour cette raison son élimination ; mais on peut aussi vouloir le conserver parce qu'il est important pour le bon fonctionnement d'une convention au service de ses membres d'être dynamique. D'autres choix risquent de s'avérer beaucoup plus difficiles parce que les enjeux qui sous-tendent ceux-ci ne sont pas clairs dans l'avant-projet lui-même. Ce sont ces enjeux qu'ils nous faut examiner de plus près maintenant parce qu'ils sont au cœur du projet de convention.

2 Des enjeux encore à clarifier pour qu'un véritable débat prenne place

Les enjeux en question concernent trois questions dont le traitement dans l'Avant-projet demeure encore ambigu si l'on en juge par les commentaires des États sur ce dernier, soit : (1) l'objet propre de la Convention ; (2) le rapport de la Convention avec les autres accords internationaux ; (3) le caractère contraignant de la Convention.

- *L'objet propre de la Convention.*

Aux termes du mandat confié par la Conférence générale au Directeur général de l'UNESCO, la Convention doit porter sur «la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques». L'avant-projet de Convention présenté par le Directeur général est effectivement intitulé : «Avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques». L'objet propre de la Convention, tel qu'envisagé dans l'Avant-projet, n'est donc pas la protection de la diversité culturelle entendue au sens large (comme englobant des aspects aussi divers que l'ensemble des traits distinctifs qui caractérisent une société ou un groupe, ou si l'on veut la culture entendue dans un sens sociologique, les droits culturels, le patrimoine culturel sous toutes ses formes, le développement culturel, les droits d'auteur, l'expression culturelle, le multiculturalisme, les droits linguistiques), mais bien la protection d'un aspect précis de cette diversité culturelle qui est la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques.

Toutefois, malgré le titre donné à l'Avant-projet, on retrouve dans le texte même de ce dernier des références assez nombreuses à la diversité culturelle qui laissent sous-entendre que l'objet précis de la convention pourrait être plus large. Ces références, on les remarque entre autres dans le préambule où quatre considérants portent exclusivement sur la diversité culturelle, à l'article 2 (principes) où les paragraphes deux, trois et sept font référence à la diversité culturelle, à l'article 4 (définitions) qui donne une définition élaborée de la diversité culturelle, à l'article 15 qui propose l'établissement d'un Observatoire de la diversité culturelle, à l'article 16 (f) qui envisage l'établissement d'un Fonds international pour la diversité culturelle et enfin à l'Annexe II qui fournit une liste non exhaustive de politiques culturelles axées sur la promotion de la diversité culturelle au sens large. De telles références à la diversité culturelle entendue dans un sens large peuvent avoir leur place dans une convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques mais à la condition que le lien entre les deux soit bien compris. Or, cela n'est malheureusement pas le cas ainsi qu'il ressort des commentaires sur l'Avant-projet formulés par les États lors de la première rencontre.

Un examen sommaire de ces commentaires fait rapidement ressortir l'ampleur de la confusion qui entoure encore cette question. Plusieurs États, en effet, parlent de la Convention comme si elle avait pour objet propre la préservation de la diversité culturelle. C'est ainsi que dans les commentaires généraux de la première journée de la réunion, on présente la Convention comme un «instrument utile de promotion de la diversité culturelle», on espère que la Convention constituera «l'un des piliers juridiques de la diversité culturelle», on suggère que la Convention «insiste sur la promotion de la diversité culturelle» ou on énumère les conditions pour qu'une «Convention sur la diversité culturelle» ne devienne pas encore une autre Convention dépourvue d'effet concret. Ce qui n'empêche pas d'autres États de souligner que l'objet propre de la convention est la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques ou de demander que le contenu culturel apparaisse «comme le thème central et le fil conducteur de la Convention. La confusion demeure toute aussi évidente lorsqu'on discute plus spécifiquement du titre, des objectifs et de la portée de la

Convention. S'agissant du titre, par exemple, certains États se disent satisfaits du titre et demandent son maintien tel quel alors que d'autres suggèrent que pour éliminer toute ambiguïté et répondre aux aspirations des membres, le titre actuel devrait être remplacé par celui de «Convention sur la diversité culturelle». S'agissant de la portée, un État va même jusqu'à se plaindre du fait que l'Avant-projet ne porte que sur la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques. La confusion concernant l'objet propre de la Convention atteint un point tel alors que le président juge opportun de demander à l'UNESCO une clarification du mandat de négociation. Dans sa réponse, le Sous-directeur général pour la culture, M. Mounir Bouchenaki, rappelle les débats qui ont entouré la décision de la Conférence générale à l'automne 2003 d'aller de l'avant avec la négociation d'une convention portant spécifiquement sur «la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques» et explique que c'est sur la base de ce mandat tout à fait clair que le travail en vue d'en arriver à une convention a été entrepris depuis.

Toutefois, s'il est clair aux termes du mandat que la convention envisagée doit porter sur «la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques», force est de reconnaître que la signification exacte de cette dernière expression par rapport à celle de «diversité culturelle» ne saute immédiatement pas aux yeux. Pour éviter toute confusion, il faut donc se pencher sur la signification de l'une et de l'autre expression et clarifier le rapport qui existe entre les deux.

Pour ce faire, il apparaît indiqué de partir de la notion même de culture. La définition la plus largement acceptée de la notion de culture est sans aucun doute celle adoptée lors de la Conférence MONDIACULT, tenue à Mexico en 1982 et reprise dans la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, laquelle affirme que dans son sens le plus large, la culture peut être considérée comme « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances". Cet ensemble de traits distinctifs qui caractérisent une société ou un groupe social renvoie à ce que l'on désigne communément sous le vocable d'identité culturelle. Dans son sens premier et littéral, la diversité culturelle se rapporterait donc tout simplement à la multiplicité des cultures ou des identités culturelles.

Mais lorsqu'on examine de plus près cette définition de la culture proposée par l'UNESCO en 1982, on constate que celle-ci renvoie à deux réalités assez distinctes. Il y a d'abord une première conception plus restreinte centrée sur les arts et les lettres qui renvoie à l'expression culturelle d'une communauté ou d'un groupe et qui englobe la création culturelle sous toutes ses formes, aussi bien celle des individus que celle des entreprises culturelles. C'est à cette première conception que renvoie plus particulièrement l'expression «contenus culturels et expressions artistiques» de l'Avant-projet. Il y a ensuite les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances, qui renvoient à une perspective davantage sociologique et anthropologique de la culture, ou si l'on veut à la diversité culturelle entendue dans un sens large. La question qui se soulève alors est de savoir si la convention projetée vise la protection des cultures entendues dans le sens plus restreint d'expression culturelle d'une communauté (c'est-à-dire la création, la production, la distribution et la diffusion de contenus culturels, quels que soient leur support ou leur forme), ou la protection des cultures entendues dans un sens plus large renvoyant aux caractéristiques sociologiques et anthropologiques d'une société, y compris les aspects patrimoniaux, linguistiques, religieux etc., ou encore dans les deux sens. On connaît le choix qui a été fait par la Conférence générale de l'UNESCO.

L'expression culturelle répond à un besoin essentiel de toute communauté. Lorsqu'on affirme, comme le fait la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, que les biens et services culturels «parce qu'ils sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, ne doivent pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres»¹, on ne fait rien d'autre que de reconnaître cette importance capitale de l'expression culturelle dans la vie d'une communauté. Son importance est telle en fait que toute communauté qui en est privée voit sa survie menacée à long terme. Il en va de même de l'ouverture à l'expression culturelle des autres communautés. Une culture qui se replie sur elle-même et se ferme à l'apport des autres cultures est condamnée avec le temps à dépérir, incapable de s'adapter aux changements qui surviennent dans son environnement.

Mais il existe, comme on peut facilement l'imaginer, un lien étroit entre la préservation des cultures entendues dans un sens sociologique et anthropologique et la préservation des cultures entendues dans le sens d'expression culturelle d'une communauté. Il faut bien comprendre en effet que si la mondialisation et la libéralisation des échanges entraînent des changements importants dans les cultures entendues dans un sens anthropologique et sociologique, cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille rejeter toute initiative politique susceptible d'affecter d'une façon ou d'une autre le contenu des cultures en question. Affirmer le contraire serait donner un sens figé aux notions de culture et d'identité culturelle, un sens qui ne pourrait que servir ceux qui veulent en faire des instruments de contrôle politique. En réalité, toute culture, si elle doit demeurer vivante, est condamnée à s'adapter dans le temps à une variété de changements à la fois internes et externes. C'est là qu'intervient plus précisément l'expression culturelle.

Celle-ci est un élément clef de l'adaptation des différentes cultures aux transformations qu'imposent la mondialisation et la libéralisation des échanges. Les créateurs et les intervenants culturels, en effet, jouent à cet égard un rôle de premier plan dans la mesure où ils créent un espace de confrontation critique entre valeurs nationales et valeurs étrangères, entre valeurs et comportements du passé et perspectives d'avenir. En ce sens, on peut affirmer que la préservation de la diversité culturelle passe obligatoirement par la préservation de l'expression culturelle. Cette dernière n'est pas la seule façon d'assurer la préservation de la diversité culturelle – la préservation du patrimoine culturel et la protection des droits d'auteurs, par exemple, jouent également un rôle important à cet égard – mais elle a ceci de particulier qu'elle est à la fois la transposition concrète du droit fondamental de toute personne de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté et, dans la mesure où cette participation à la vie culturelle est elle-même la traduction, au plan des valeurs, de la participation de tous à la vie publique et au développement des sociétés, un véritable enjeu démocratique. Loin d'être une incitation au repli identitaire et au nationalisme exacerbé, comme certains États l'ont laissé entendre durant la première rencontre, la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles se présentent à cet égard comme un rempart contre de telles dérives. Ce n'est pas un hasard si la mise en place et le maintien de régimes dictatoriaux s'accompagnent d'un contrôle étroit sur l'expression culturelle. Ainsi comprise, la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles, loin d'être un mince enjeu, s'avèrent un des défis majeurs de notre époque.

Le fait que le projet de Convention présentement en négociation porte plus précisément sur cet aspect de la diversité culturelle ne diminue en rien l'importance des autres aspects de la diversité culturelle. Plusieurs de ces autres aspects de la diversité culturelle, faut-il le rappeler, sont déjà pris

¹ Voir UNESCO : http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_fr/decl_fr.shtml

en compte dans d'autres conventions (c'est le cas en particulier des aspects liés à la préservation du patrimoine, des aspects liés aux droits fondamentaux de l'être humain, et des aspects liés aux droits de propriété intellectuelle), et si des changements ou des ajouts doivent être faits à ces dernières, il ne revient pas à une future convention concernant la protection de la diversité des expressions culturelles de la faire. Ceci n'empêche pas que des liens soient établis avec ces autres aspects, ce que fait l'avant-projet de Convention lorsqu'il affirme dans son article sur les principes que «*nul ne peut invoquer les dispositions de la présente convention pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ou pour en limiter la portée*» ou lorsqu'il accorde priorité aux accords sur les droits de propriété intellectuelle comme nous le verrons dans la section qui suit.

- ***Le rapport de la Convention avec les autres accords internationaux***

Avant même que la Conférence générale de l'UNESCO ne décide à l'unanimité en octobre 2003 (32C/52), sur avis du Conseil exécutif (166EX/28), de confier au Directeur général le mandat (Rés.32C/34) de soumettre à la prochaine Conférence générale d'octobre 2005, un rapport préliminaire et un avant-projet de Convention internationale sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, la question du rapport de la convention avec les autres accords internationaux avait déjà acquis une valeur symbolique. En effet, le 11 avril 2003, lors de l'examen d'une proposition visant à faire 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, un vif débat s'engageait au Conseil exécutif de l'UNESCO 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 comme inacceptable par une quinzaine d'autres pays membres pour le motif que cela équivalait à subordonner en totalité et de façon définitive l'instrument en question à l'OMC, 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 inclue une référence aux instruments internationaux pertinents qu'une décision fut adoptée à l'unanimité, mais sans que ne soit réglé pour autant le conflit de fond.

Dix huit mois plus tard, au moment où débute la première session de la réunion d'experts gouvernementaux sur l'avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, le conflit est toujours aussi actuel. Il faut dire que l'avant-projet de Convention n'aide pas véritablement à le résoudre en offrant deux variantes sur le sujet (*article 19*). La *variante A* se lit ainsi :

1. *Rien, dans la présente Convention, ne peut être interprété comme portant atteinte aux droits et obligations des États parties au titre de tout instrument international existant relatif aux droits de propriété intellectuelle auxquels ils sont parties.*
2. *Les dispositions de la présente convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour un État partie d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité des expressions culturelles ou constituaient pour elle une sérieuse menace.*

La *variante B* de l'avant-projet de Convention quant à elle se lit ainsi :

«Rien, dans la présente Convention, ne modifie les droits et obligations des États parties au titre d'autres instruments internationaux existants».

Cette dernière variante, on le constatera, reproduit à peu de choses près le principe de base du *paragraphe 2* de la *variante A*. Si on compare ces deux variantes, on constate que la première est plus contraignante que la seconde en ce qu'elle subordonne la Convention aux instruments internationaux existant relatifs aux droits de propriété intellectuelle et moins contraignante en ce qu'elle autorise les États parties à déroger au principe de base lorsque de sérieux dommages à la diversité des expressions culturelles ou une sérieuse menace pour cette dernière pourraient découler de l'observance des accords internationaux existant.

Le débat sur cette question lors de la première rencontre est loin d'être concluant. Parmi les États qui se prononcent sur la question, une majorité se dit favorable à la variante A, mais ce choix est souvent accompagné de remarques qui laissent entrevoir une certaine hésitation sur la façon de régler le problème. Une minorité substantielle par ailleurs opte en faveur de la variante B, mais avec des commentaires qui laissent sous-entendre que des précisions supplémentaires pourraient être nécessaires. Entre les tenants de la variante A et les tenants de la variante B, l'opposition est assez marquée et on sent que pour les uns comme pour les autres, l'enjeu est majeur. Plusieurs États par ailleurs refusent de se prononcer en faveur de l'une ou de l'autre option en faisant valoir qu'il est trop tôt pour faire un choix ou qu'ils ne disposent pas de suffisamment d'informations pour ce faire. Enfin, symptôme manifeste d'une difficulté à saisir les implications des choix offerts, plus d'un tiers des États présents lors de la première session s'abstiennent de se prononcer sur la question. Ainsi, au terme de la première rencontre, on se retrouve avec un débat qui prend une importance croissante au plan politique, mais dont les enjeux, paradoxalement, demeurent encore mal compris. Dans ces conditions, un examen plus approfondi de ce qui est véritablement en cause derrière ce débat s'impose de toute évidence.

Une première question qui se pose dès le départ est celle de savoir ce que recouvre concrètement l'expression «autres instruments internationaux» car il est manifeste que ce ne sont pas tous les accords internationaux qui sont susceptibles d'entrer en conflit avec la Convention. Une indication assez claire des accords plus particulièrement visés par cette expression se retrouve dans la résolution de la Conférence générale de l'UNESCO d'octobre 2003 qui a confié au Directeur général le mandat (*Rés.32C/34*) de soumettre à la prochaine Conférence générale d'octobre 2005, un rapport préliminaire et un avant-projet de Convention internationale sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques. La résolution précise qu'il est important de conserver à l'esprit que le nouvel instrument normatif international en question doit être élaboré en tenant compte des instruments juridiques internationaux existants, et qu'à cette fin, il convient que le Directeur général mène des consultations avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). On peut donc présumer que c'est dans les secteurs d'activités couverts par ces organisations que les possibilités de conflit sont les plus susceptibles de se rencontrer. Aux accords en question, on peut également rajouter les accords relatifs au respect des droits de l'homme qui ont été mentionnés par plusieurs États lors du débat sur l'Avant-projet.

Même si on trouve une référence dans le *paragraphe 1* de l'*article 19* de l'Avant-projet aux instruments internationaux existants en matière de droits de propriété intellectuelle, il ne semble pas que ces accords soient à la base des divergences de vues constatées à propos de l'*article 19*. Cette

disposition a donné lieu à très peu de commentaires durant la première réunion, et ce malgré la prépondérance qu'elle accorde aux instruments internationaux existants en matière de droits de propriété intellectuelle sur la Convention. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) elle-même, dans son intervention à titre d'observateur lors de la première réunion, n'a pas révélé d'incompatibilités entre le contenu de l'Avant-projet et les accords régis par cette dernière organisation, bien au contraire. La même conclusion s'impose en ce qui concerne la CNUCED car cette dernière, si elle est un lieu de débats intergouvernementaux en ce qui concerne le commerce et le développement et si elle réalise des travaux de recherche et des analyses sur ce sujet, n'est pas directement impliquée dans la gestion d'accords internationaux multilatéraux. Il ne peut donc y avoir de conflits entre la CNUCED et la Convention. En ce qui concerne les accords relatifs aux droits de l'homme, la possibilité de conflits apparaît assez mince dans la mesure où un des principes de base de la Convention, comme nous l'avons vu, est précisément qu'elle «*ne peut porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ou pour en limiter l'accès*».

Il ne reste alors que l'OMC. De fait, lorsque la possibilité est soulevée que la Convention puisse déroger à des accords internationaux existants durant les débats sur l'Avant-projet, comme cela l'a été par les Etats-Unis par exemple, c'est essentiellement en rapport avec des questions visées d'une façon ou d'une autre par les accords commerciaux internationaux, et plus particulièrement par l'OMC. Ainsi donc, derrière le langage général de l'article 19 qui traite des relations de la Convention avec les autres instruments, ce qui semble faire problème d'abord et avant tout, c'est le rapport entre la Convention et les accords commerciaux internationaux, et plus particulièrement les accords de l'OMC.

Deux visions distinctes de l'interface commerce/culture sont en cause, l'une commerciale, l'autre culturelle, qui sont elles-mêmes le reflet de la double nature des produits culturels, à la fois produits échangés dans le commerce et langage de communication sociale.

La vision commerciale de l'interface commerce/culture, telle qu'elle s'exprime au sein de l'OMC, met l'accent sur la réduction des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et sur l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales comme moyen de favoriser le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services. Toutefois, l'OMC ne s'intéresse pas particulièrement à la culture ou à la diversité culturelle qui ne relèvent pas de son champ de compétence. Il en va différemment des mesures adoptées par les États en vue de promouvoir l'expression culturelle au plan national et la diversité culturelle au plan international. Dès lors que celles-ci entravent d'une façon ou d'une autre les échanges commerciaux et vont à l'encontre d'une obligation de l'OMC, elles donnent en principe ouverture à une plainte auprès de l'Organe de règlement des différends. Pour échapper à ces obligations, les œuvres culturelles ou, pour utiliser le jargon de l'OMC, les biens et services culturels, qui représentent l'expression dynamique d'une culture, doivent bénéficier soit d'une exemption complète, soit d'un traitement particulier. Or, sauf quelques rares exceptions (les quotas à l'écran pour les films (*Article IV du GATT*) et les mesures imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique (*Article XX f*) du GATT), de telles exceptions n'existent pas. En d'autres termes, dans le contexte de l'OMC, les biens et services culturels sont considérés a priori comme n'importe quels autres biens et services, sans égard à leur rôle au plan de la communication sociale et du fonctionnement démocratique de l'État. La règle de base qui prévaut dans les échanges entre producteurs de différents pays est celle de la concurrence où le meilleur, le plus compétitif ou le plus efficace l'emporte. Dans cette logique strictement commerciale, rien n'empêche des producteurs

d'un pays qui occupent déjà une part substantielle du marché du film ou de la télévision d'un autre pays de chercher à s'accaparer la balance de celui-ci.

La vision culturelle de l'interface commerce/culture est toute autre. La préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles, et plus généralement la préservation et la promotion de la diversité culturelle entendue dans un sens large, sont considérées comme «un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine» (*Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, article 4*). L'échange entre les cultures est envisagé non pas dans une perspective de compétition et de concurrence mais plutôt dans une perspective de dialogue qui implique à la fois que chaque culture a le droit de préserver et promouvoir sa propre expression culturelle tout en demeurant ouverte à l'expression culturelle des autres cultures. Ce qui est souhaité et recherché ultimement, c'est une situation où les diverses expressions culturelles interagissent et se complètent pour l'enrichissement commun de l'ensemble, un peu comme les différents instruments d'un orchestre qui contribuent, chacun à leur façon à la réalisation d'une œuvre commune.

Ces deux visions, avec leur logique propre, sont également légitimes. L'UNESCO est tout aussi en droit, d'un point de vue culturel, de se préoccuper des répercussions de la mondialisation de l'économie et de la libéralisation des échanges sur la préservation et le développement des expressions culturelles que l'OMC est en droit, d'un point de vue commercial, de se préoccuper des répercussions des mesures mises de l'avant dans une convention sur la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles. À moins donc que les États membres de l'UNESCO acceptent que les préoccupations culturelles soient moins importantes que les préoccupations commerciales, la solution à ce problème de gouvernance au plan international ne peut consister dans l'affirmation pure et simple de la prépondérance de la perspective commerciale sur la perspective culturelle. Il faut donc trouver une solution qui soit respectueuse à la fois de l'une et de l'autre perspective.

Pour ce faire, il importe d'abord de reconnaître clairement et explicitement à *l'article 19* que la Convention, sauf mentions explicites au contraire (présomption de conformité aux accords relatifs aux droits de la personne par exemple), n'est pas subordonnée aux autres accords internationaux. Autrement, il est difficile de voir comment les États signataires de la Convention pourraient en arriver à développer entre eux une vision proprement culturelle de l'interface commerce/culture. Différentes formulations peuvent être envisagées à cette fin mais l'important est que le statut d'égalité de la Convention soit reconnu de façon claire.

Ceci étant assuré, il faut en second lieu faire en sorte qu'une communication entre les deux perspectives puisse s'établir dans le but de trouver des solutions mutuellement acceptables et complémentaires. Dans le cas de la Convention, le mécanisme envisagé pour ce faire est celui de *l'article 13* qui demande aux États parties de défendre dans les autres forums internationaux les objectifs et les principes de la Convention. Une telle procédure pourrait déboucher plus rapidement qu'on le pense sur des résultats concrets. À titre d'exemple, si on considère que la vaste majorité des États, y compris les États-Unis, encouragent financièrement la production de biens et de services culturels à des degrés divers et que les aides financières ne sont pas présentement visées par le GATS (AGCS) et sont même exclues des dispositions relatives aux services dans pratiquement tous les accords de libre-échange conclus depuis une dizaine d'années, il n'est pas impensable qu'un consensus se réalise parmi les États parties à la Convention et parmi les Membres de l'OMC pour reconnaître explicitement le droit des États de soutenir financièrement le développement de l'expression culturelle sur leur territoire.

En troisième lieu, il faudrait accepter que certaines situations, couvertes sous un aspect par les règles de l'OMC, puissent l'être également sous un autre aspect par les dispositions de la Convention, pourvu qu'il n'en résulte pas une situation d'incompatibilité². Cette approche, qui emprunte à celle qu'a adoptée l'Organe de règlement des différends de l'OMC pour régler les cas de conflits apparents entre les différents accords commerciaux multilatéraux régis par l'OMC, pourrait très bien s'appliquer à l'avant-projet de Convention. Certaines dispositions de l'Avant-projet, en effet, peuvent être considérées à première vue comme entrant en conflit avec le droit de l'OMC. C'est le cas par exemple de l'Article 17 qui porte sur l'octroi d'un traitement préférentiel aux pays en développement, lequel est incompatible a priori avec le principe de la nation la plus favorisée. Mais si on considère que l'article 17 vise simplement à transposer, dans le domaine culturel, le concept de «*traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement*» développé dans le cadre du GATT et de l'OMC et qui, à Doha, a fait l'objet d'une déclaration officielle reconnaissant «*que les dispositions relatives au traitement spécial et différencié font partie intégrante des Accords de l'OMC*», le conflit n'est plus évident. Ce traitement «*spécial et différencié*», comme on le sait, se traduit entre autres par l'établissement de mesures d'assistance technique en faveur des pays en développement ainsi que par l'adoption de mesures concrètes par les pays développés en faveur des pays en développement, telles que les systèmes de préférence. Qu'un tel traitement préférentiel, octroyé dans le but spécifique de développer l'expression culturelle des pays en développement, soit reconnu nonobstant le fait que l'OMC ait ses propres dispositions sur le sujet, n'apparaît pas a priori comme quelque chose d'impossible.

Enfin, il faut reconnaître que rien n'oblige en droit un État à contester les politiques et mesures d'un autre État qui iraient par hypothèse à l'encontre des engagements de ce dernier en vertu de l'OMC si, pour des motifs culturels, il juge approprié de ne pas le faire. Or, en se reconnaissant mutuellement à l'article 5 (1) de l'Avant-projet le droit souverain d'adopter des politiques et des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire, les États parties à la Convention renoncent implicitement à contester les politiques et mesures adoptées par les autres États à ces fins, dès lors que celles-ci respectent les objectifs et principes de la Convention. Se ce n'était pas le cas, le principe énoncé à l'article 5 (1) n'aurait guère plus de signification dans les faits. Par ailleurs, une telle renonciation à contester les politiques et mesures culturelles des autres États dans certaines circonstances n'est pas quelque chose d'entièrement nouveau. Lorsque les États-Unis, par exemple, qui avaient porté plainte devant le GATT en 1988 contre la Communauté européenne à propos des quotas de la Directive «Télévision sans frontières», acceptent dans leurs récents accords de libre-échange d'entériner les quotas existants de leurs partenaires dans le domaine audiovisuels, ils renoncent manifestement, dans leurs rapports avec ces derniers aux termes des accords en question, à contester des mesures qu'ils avaient antérieurement considérées comme incompatibles avec le GATT

- ***Le caractère contraignant de la Convention***

Parler du caractère contraignant d'une convention, c'est énoncer à première vue une évidence car en droit international, toute convention lie par définition les parties signataires qui doivent y donner

² Pour un examen plus détaillé des incompatibilités possibles entre le texte de l'Avant-projet de Convention et l'OMC, voir Ivan Bernier, «Avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques – Analyse et commentaires», Octobre 2004 : <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/chronique.html>

suite de bonne foi. Toutefois, il faut comprendre que toutes les conventions ne comportent pas nécessairement le même degré de contrainte en pratique, celui-ci pouvant varier en fonction du contenu des normes elles-mêmes, des mécanismes mis en place pour en assurer la mise en oeuvre et enfin de l'approche adoptée en matière de règlement des différends. En ce qui concerne les normes elles-mêmes, par exemple, elles peuvent avoir un caractère essentiellement déclaratoire, imposer des obligations de moyens ou de «*meilleurs efforts*», ou encore imposer des obligations de résultats. Pour ce qui est de la mise en oeuvre de la Convention, celle-ci peut être laissée à la bonne foi des parties ou être stimulée par des mécanismes de suivi des engagements plus ou moins élaborés. Enfin, s'agissant des différends concernant l'interprétation ou l'application de la Convention, des mécanismes de règlement des différends plus ou moins contraignants allant de la médiation ou de la conciliation à l'arbitrage obligatoire avec ou sans sanctions peuvent être prévus. Donc, lorsqu'on parle du caractère contraignant d'une convention, on ne réfère pas à une réalité univoque. Une convention peut être plus ou moins contraignante selon les choix effectués par les parties à cet égard, lesquels sont liés à l'importance qu'elles accordent à la convention en question et à leur volonté d'en assurer l'efficacité.

Dans les interventions sur l'avant-projet de Convention, lors de la première réunion, il est fait mention à plusieurs reprises de la nécessité d'en arriver à une convention efficace qui aurait un caractère contraignant. Bon nombre d'États expriment des préoccupations relativement à la lourdeur et au coût des mécanismes de mise en oeuvre et de règlement des différends proposés, mais la plupart n'en souhaitent pas moins le maintien de tels mécanismes sous une forme ou une autre. Certains États par contre questionnent sérieusement la nécessité de doter la Convention de mécanismes de mise en oeuvre et de règlement des différends pour le motif que cela n'est pas approprié dans le domaine culturel. Dans l'ensemble, une conviction générale semble se dégager qu'il est trop tôt pour prendre position sur le sujet, les engagements précis des parties aux termes de la Convention n'étant pas encore connus.

Mais si la question du caractère contraignant de la Convention ne semble pas trop préoccuper encore les membres de l'UNESCO au terme de la première rencontre, il n'en va pas de même de certaines organisations non gouvernementales qui voient dans celle-ci un élément absolument fondamental de la Convention. C'est le cas, par exemple, de la *Fédération internationale des droits de l'homme* qui précise dans son commentaire écrit sur l'Avant-projet que le seul moyen d'assurer l'effectivité de la convention est de doter celle-ci d'un mécanisme de règlement des différends équivalent à celui de l'OMC, c'est-à-dire d'un mécanisme d'arbitrage obligatoire accompagné de sanctions, et qu'à défaut de ce faire, la convention risque de tomber dans le verbalisme. Il en va de même de l'*Institut international du théâtre* qui, dans ses remarques, commentaires et observations concernant l'avant-projet de Convention, signale que l'absence d'un régime de sanctions est susceptible de provoquer un déséquilibre par rapport à d'autres traités, notamment des traités commerciaux, qui prévoient un tel régime. De là à conclure qu'en l'absence d'un tel mécanisme, la Convention, privée de toute effectivité, deviendrait rapidement lettre morte, il n'y a qu'un pas que ces ONGs semblent prêtes à franchir.

Mais peut-on ramener ainsi toute la question du caractère contraignant de la convention à cette exigence d'un mécanisme de règlement des différends obligatoire et accompagné de sanctions ? Si tel devait être le cas, l'avenir de la Convention serait d'ores et déjà sérieusement compromis car il est difficile de voir quel type de sanctions pourrait être appliqué par l'UNESCO en matière culturelle (à moins d'autoriser l'État plaignant à suspendre la protection qu'il accorde aux droits de propriété intellectuelle de l'État trouvé coupable du non respect de ses engagements comme suggéré

par un auteur, mais ceci serait immédiatement condamné par les créateurs culturels eux-mêmes) et, surtout, il est loin d'être évident qu'une majorité d'États seraient disposés à accepter un arbitrage obligatoire accompagné de sanctions. Il n'est pas sans intérêt de mentionner à cet égard que c'est seulement en 1995, c'est-à-dire 67 ans après l'entrée en vigueur du GATT, qu'un mécanisme de règlement des différends véritablement obligatoire a finalement été instauré au sein des instances commerciales multilatérales. Ceci n'a pas empêché le GATT de fonctionner et de prendre graduellement sa place. En d'autres termes, dans toute négociation internationale, il est difficile d'aller plus vite que les États eux-mêmes sont prêts à le faire. Avant donc de conclure sur le caractère contraignant de la présente convention, il est important de comprendre ce que cherche à réaliser cette dernière.

Celle-ci se veut d'abord et avant tout un cadre de référence et un code de conduite pour tous les États qui considèrent la préservation d'expressions culturelles distinctes et de la diversité culturelle comme des éléments essentiels de la mondialisation. Comme cadre de référence et code de conduite, elle sera appelée à définir un ensemble de règles et de disciplines régissant l'intervention culturelle des États membres, lesquelles seront fondées sur une même conception de la diversité culturelle axée à la fois sur la préservation et la promotion des expressions culturelles existantes et l'ouverture aux autres cultures. Avec l'adhésion d'un nombre croissant d'États à ce cadre de référence, un nouveau régime juridique sera établi dans le domaine culturel qui reflètera une vision commune des échanges culturels, une vision où le développement des échanges culturels va de pair avec le développement des cultures, sans mettre en péril ces dernières. Ce cadre de référence, en plus de guider les actions des États membres à l'échelon national, pourra aussi leur servir d'approche commune dans les négociations internationales. Comme outil de coopération, la Convention fournira une assistance aux États membres qui ont de la difficulté à rencontrer leurs engagements, elle aidera à régler les différends qui pourront survenir entre eux et elle contribuera à établir des approches communes dans tous les domaines qui se rapportent à la préservation de la diversité des expressions culturelles. Loin d'être un instrument statique ou protectionniste, elle s'avérera au contraire déterminante pour le développement des cultures, des échanges culturels et de la diversité des expressions culturelles.

L'effectivité d'une telle convention, on le comprendra facilement, n'est pas liée à la seule question du règlement des différends. Deux autres facteurs, en fait, vont jouer un rôle encore plus important à cet égard. Le premier a trait au contenu normatif de la Convention qui doit faire place à des engagements fermes de la part des États signataires, particulièrement en ce qui concerne la reconnaissance du droit souverain de ces derniers de prendre les mesures qu'ils jugent appropriées en vue de préserver et promouvoir l'expression culturelle sur leur territoire et leur engagement concomitant de demeurer ouverts aux expressions culturelles des autres États. En d'autres termes, la Convention ne sera pas vraiment contraignante si elle se contente d'énoncer des souhaits. L'autre facteur concerne la mise en œuvre de la Convention. Si on ne veut pas laisser celle-ci à la seule bonne foi des États parties, un mécanisme de suivi doit être mis en place, mécanisme dont la composition demeure encore à déterminer mais qui pourrait, si l'on en juge par les commentaires des États lors de la première réunion, incorporer une assemblée générale des États parties, un conseil et un secrétariat. Un tel mécanisme en vérité est essentiel si l'on veut permettre à la Convention de remplir les rôles qui lui sont assignés au plan de la supervision des engagements, de la concertation et de l'assistance aux pays qui souhaitent obtenir de l'aide.

Reste la question du règlement des différends. Celle-ci est importante non pas parce que la mise en œuvre de la Convention risque de s'avérer difficile et conflictuelle, mais plutôt parce que la

possibilité de conflits dans l'interprétation et l'application de la Convention ne pouvant être écartée, il faut offrir aux parties impliquées dans un litige la possibilité d'avoir accès à un mécanisme de règlement des différends dont la décision serait fondée sur des considérations culturelles plutôt que commerciales. À défaut de ce faire, les parties en question seront tentées de s'en remettre au mécanisme de règlement des différends de l'OMC qui, comme on le sait, décide exclusivement sur la base de la logique commerciale sous-tendant l'ensemble des accords régis par cette dernière organisation.

Le choix en tant que tel du mécanisme, si l'on en juge par les interventions des parties lors de la première réunion, a de fortes chances de se rapprocher de la solution proposée dans l'Avant-projet de Convention. La procédure se présente ainsi :

S'il n'y a pas eu de bons offices ou de médiation ou si le différend n'a pu être réglé par négociation, bons offices ou médiation, les parties concernées peuvent avoir recours à l'un des moyens suivants de règlement des différends :

- a. *à la demande conjointe des parties, un arbitrage conformément à la procédure établie à l'annexe 3 à la présente Convention ; la sentence arbitrale a force exécutoire. Les parties appliquent la sentence arbitrale de bonne foi ;*
- b. *à la demande conjointe des parties, la soumission du différend à la Cour internationale de justice.*

Si les parties concernées n'ont accepté aucune des deux procédures prévues au paragraphe 3 ci-dessus, le différend est soumis à la conciliation conformément à la procédure figurant à l'Annexe 4 de la présente Convention. Les parties examinent de bonne foi la proposition de résolution du différend rendue par la commission de conciliation.

Les deux premières options, ainsi qu'on peut le constater, ne trouvent application qu'à la demande conjointe des deux parties. Pour des raisons faciles à comprendre, il est prévisible que ces deux options seront rarement utilisées en pratique. Mais il faut souligner ici que le texte de l'Avant-projet diffère sur ce point de celui de la *Convention sur la diversité biologique*. Ce dernier prescrit qu'au moment de ratifier, d'accepter ou d'approuver la Convention ou d'y adhérer, et à tout moment par la suite, tout État peut déclarer par écrit auprès du Dépositaire que, dans le cas d'un différend qui n'a pas été réglé autrement, il ou elle accepte de considérer comme obligatoire l'un ou l'autre des modes de règlement mentionnés. Une telle procédure, qui permet d'accepter à l'avance l'arbitrage ou de la soumission à la Cour internationale de justice, si elle devait être utilisée par un nombre relativement important d'États, pourrait contribuer à donner un caractère un peu plus contraignant à la procédure de règlement des différends de l'Avant-projet. Aussi croyons-nous qu'elle devrait être intégrée au texte de l'article 24. En d'autres termes, si l'on doit emprunter la procédure de règlement des différends de la Convention sur la diversité biologique, aussi bien l'emprunter au complet.

La faiblesse majeure de cette procédure est qu'elle n'est pas contraignante. Elle aboutit par défaut à un rapport de conciliation rédigé par une Commission de conciliation composée de cinq membres, rapport que les parties examinent de bonne foi. Pour que celui-ci ait un minimum d'impact, il faudrait exiger qu'il soit rendu public.

Même si l'hypothèse d'une procédure d'arbitrage obligatoire a été écartée dans l'avant-projet de Convention, il ne fait pas de doute qu'elle reviendra sur le tapis dans le cadre des négociations.

Différents arguments seront avancés alors dans le but de l'écartier définitivement, comme par exemple le coût exorbitant de cette procédure qui a pour effet de la rendre inaccessible pour la majorité des pays en développement. Mais la vérité est que si elle n'est pas retenue, ce sera d'abord et avant tout parce qu'une majorité des membres de l'UNESCO, y compris la quasi-totalité des pays développés, n'en veulent pas.

CONCLUSION

En mai 1998, Renato Ruggiero, alors Directeur général de l'OMC, avertissait les Membres de l'organisation qu'ils «*ne devaient pas sous-estimer la pression croissante qui s'exerce sur le système multilatéral pour qu'il apporte des réponses à des problèmes qui reflètent des préoccupations très réelles du public mais dont la solution ne peut venir du seul système commercial international*»; parmi ces problèmes, il mentionnait expressément celui de la préservation de la diversité culturelle.³ Derrière cet avertissement, on pouvait lire un appel à peine voilé au développement en dehors de l'OMC d'un ensemble de règles en vue de répondre à ces problèmes. Or, c'est précisément le but de la convention sur la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles d'apporter une réponse à ces préoccupations du public dans le domaine culturel.

L'importance de la question est telle que des observateurs avertis de la scène économique internationale y voit maintenant un obstacle majeur à la poursuite des efforts en vue de libéraliser le commerce international. C'est ainsi que dans un discours devant la Commission Trilatérale à Tokyo en mai 2001, Fred Bergsten, ancien assistant Secrétaire d'État américain au Trésor pour les affaires internationales, faisant référence aux manifestations à Seattle, Davos, Bangkok et Washington, qu'il considérait comme une manifestation superficielle d'un problème très réel, déclarait : «*L'économie mondiale fait face de nos jours à des défis plus importants que par le passé parce que la réaction anti-mondialisation ne concerne plus seulement l'économie. Elle a également une dimension culturelle très importante qui soulève une foule de problèmes litigieux et difficiles à résoudre*». Ce qu'il faut comprendre de ce propos, c'est que le système commercial international pourra de plus en plus difficilement à l'avenir ignorer les répercussions négatives qu'il peut avoir parfois sur la diversité des expressions culturelles et par delà ces dernières, sur la diversité culturelle comprise dans un sens sociologique et anthropologique.

Les négociations présentement en cours à l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles arrivent de ce point de vue à un moment tournant du développement du système de gouvernance internationale. Si celles-ci devaient échouer, les conséquences pourraient s'en faire sentir non seulement sur l'UNESCO et sur l'OMC mais aussi, de façon plus générale sur l'ensemble de ce système. La première réunion d'experts gouvernementaux sur l'avant-projet de Convention aura contribué à cet égard à mettre en place les éléments essentiels à la tenue d'un véritable débat «sur la question cruciale que pose la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dans le monde d'aujourd'hui», pour reprendre les mots du Directeur général de l'UNESCO. Mais en même temps, elle a fait ressortir des divergences parfois assez marquées sur cette question et mis en évidence l'importance de clarifier les enjeux sous-jacents qui demeurent encore souvent mal compris.

³ Opening statement by the Director-General, Mr. Renato Ruggiero, Ministerial Conference, Geneva, May 18, 1998 : http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/anniv_e/dg_e.htm

La seconde réunion de négociation ne sera manifestement pas de tout repos. Plusieurs questions encore très litigieuses dont celles qui ont été abordées ici, reviendront dans le débat. Mais aucune de ces questions, croyons-nous, n'est susceptible en soi de compromettre la négociation de la Convention si l'on conserve à l'esprit la finalité de celle-ci. Des pistes de solution et même des réponses à ces diverses questions existent, comme nous avons cherché à le montrer précédemment. Ce qui doit inquiéter davantage, c'est la possibilité que la négociation tourne en un débat sur le pour et le contre de la mondialisation et de la libéralisation des échanges, ou encore soit perçue comme une occasion inespérée de régler une foule de questions reliées de près ou de loin à la préservation de la diversité culturelle. On risque d'assister dans un tel cas à la mise en place de stratégies diverses en vue d'enlever toute signification concrète à la Convention, soit en diluant son objet ou soit en cherchant à rendre la Convention elle-même la plus inoffensive possible.