

**LES RELATIONS ENTRE LA CONVENTION DE L'UNESCO SUR LA PROTECTION
ET LA PROMOTION DE LA DIVERSITÉ DES EXPRESSIONS CULTURELLES
ET LES AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX :
L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE DANS L'INTERFACE
ENTRE LE COMMERCE ET LA CULTURE**

Ivan Bernier

Bien que la partie V de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles¹, qui traite des relations avec les autres instruments, comporte seulement deux articles, en l'occurrence les articles 20 et 21, c'est indéniablement celle qui a provoqué le plus de débats lors des négociations. En effet, sa rédaction a donné lieu à de vifs échanges au sein de la Conférence plénière et du Groupe de travail mis sur pied par cette dernière en vue de réaliser un consensus sur la question des relations à établir entre la Convention et les autres instruments internationaux. Pour tout dire, plusieurs des problèmes de fond s soulevés lors de ces négociations étaient reliés d'une façon ou d'une autre à la question des relations entre la Convention et les autres instruments². Il n'est donc pas surprenant que le texte définitif des articles 20 et 21 ait été adopté à la toute fin de celles-ci³.

Deux visions opposaient les États. Voyant dans l'avant-projet de convention qui leur était soumis une tentative déguisée en vue de soustraire le champ de la culture des préoccupations de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), un certain nombre de pays ont exprimé le souhait qu'il soit explicitement stipulé, dans la future convention, que les engagements en matière commerciale l'emporteraient en toutes circonstances sur les engagements en matière culturelle. Mais, pour la vaste majorité des États, les biens et les services culturels, parce qu'ils sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, ne pouvaient pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres. À leurs yeux, la culture devait trouver sa place légitime parmi les autres préoccupations de l'OMC. Pour ce faire, il fallait que le texte de la convention officielle établisse nettement l'absence de tout lien de subordination entre elle et les autres accords internationaux. En d'autres termes, un nouvel équilibre devait être trouvé entre le commerce et la culture.

Ces positions en apparence irréconciliables ont donné lieu à un difficile travail de rapprochement juridique. Le texte finalement adopté, comme nous le verrons, n'est pas dépourvu d'ambiguïté mais reflète fidèlement la volonté de la vaste majorité des États d'exclure tout lien de subordination entre la Convention et les autres traités auxquels ils sont parties sans pour autant remettre en cause les engagements pris aux termes de ces derniers.

Dans les pages qui suivent, nous analyserons d'abord le contenu de l'article 20, intitulé « Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination », pour en souligner le caractère évolutif, puis celui de l'article 21, titré « Concertation et coordination internationales », qui vient compléter le premier en prescrivant aux Parties de s'engager à promouvoir les objectifs et les principes de la Convention dans d'autres enceintes internationales et de se consulter, s'il y a lieu, à ce sujet. À cet égard, nous explorerons plus particulièrement le rôle du Comité intergouvernemental et nous nous interrogerons sur les

¹ La Convention a été adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 20 octobre 2005. Elle est entrée en vigueur le 18 mars 2007 et 98 États l'avaient ratifiée le 25 juin 2008. [En ligne] www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention (Consulté le 7 juillet 2009).

² C'est le cas des débats qui ont entouré l'examen des articles 5, 6 et 8.

³ Pour en savoir davantage à ce sujet, voir Ivan BERNIER, « La négociation de la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 43, 2005, p. 3-43.

procédures et autres mécanismes qui pourraient être mis en place afin de remplir ces engagements.

1 L'ARTICLE 20 : UNE DISPOSITION INTERPRÉTATIVE

Dans un premier temps, nous procéderons à l'analyse détaillée du texte de l'article 20 afin d'en comprendre la signification et de voir quel rôle il joue dans la mise en œuvre de la Convention. Par la suite, nous nous questionnerons sur l'avenir de cet article, dont le sens sera déterminé par la pratique des États et par l'intervention éventuelle des organes de règlement des différends appelés à statuer sur celle-ci.

1.1 L'analyse de l'article 20

L'article 20 de la Convention se lit comme suit :

1. Les parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités,

(a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties; et

(b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention.

2. Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties.

La signification concrète de cette disposition ne saute pas immédiatement aux yeux. Dans le premier paragraphe, qui demande une lecture attentive, on semble vouloir établir les éléments pertinents pour interpréter le second. Cette impression se confirme davantage lorsqu'on se penche sur l'historique de la négociation de l'article 20. Le texte initial, soit l'Avant-projet déposé par les experts indépendants, comportait deux variantes. L'une, empruntée à la Convention de Rio sur la diversité biologique⁴, énonçait que « [l]es disposition 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 constituait pour elles une sérieuse menace⁵ ». L'autre stipulait simplement que « [r]ien, dans la présente Convention, ne modifie les droits et obligations des États parties au titre d'autres instruments internationaux existants ». D'entrée de jeu, une division assez nette se manifesta entre les Parties qui privilégiaient la première variante, selon laquelle la Convention pouvait dans certaines circonstances modifier les droits et obligations découlant d'autres accords internationaux, et celles qui préféraient la seconde, qui écartait toute possibilité de ce genre. Pour sortir de cette impasse, une nouvelle approche clairement s'imposait.

Ce n'est que plus tard dans la négociation qu'une proposition visant à rallier le plus grand nombre possible de Parties fut présentée. Le texte en question empruntait cette fois au langage du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique⁶ dont l'approche de base concernant les relations avec les autres traités reposait sur trois propositions. Ces dernières sont groupées dans le préambule du

⁴ [En ligne]. [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#RESERVESttp://www.cbd.int/convention/convention.shtml (Consulté le 7 juillet 2009).

⁵ Voir l'article 19 de l'avant-projet de convention, variante A, paragraphe 2.

⁶ Le Protocole de Cartagena adopté en 2000 est entré en vigueur en 2003. [En ligne] [www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf] (Consulté le 7 juillet 2009)

Protocole. On y déclare successivement « que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue d'un développement durable », que le Protocole « ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur » et que le « préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux ». Exception faite de l'alinéa (b) de l'article 20.1, ce sont là les éléments essentiels de l'article 20 de la Convention.

Par ailleurs, il est intéressant de signaler que le Protocole de Cartagena empruntait en la matière l'approche adoptée par les négociateurs de la Convention de Rotterdam de 1998⁷. Il a été suivi lui-même du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de 2001⁸ prévoyant une solution identique pour régler le problème lié aux relations avec les autres accords internationaux. L'article 20 de la Convention semble donc s'inscrire dans une tendance relativement nouvelle en matière de gouvernance internationale qui affirme l'égalité légitimité des préoccupations non commerciales et des préoccupations commerciales en ce qui a trait à la réglementation internationale⁹. Toutefois, l'alinéa 2 du paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention va un peu plus loin en proposant une façon concrète d'assurer une plus grande complémentarité à cet égard. En fait, il prescrit que les Parties, « lorsqu'elles interprètent ou appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres à d'autres obligations internationales », doivent prendre en compte les dispositions pertinentes de la Convention. Reste à voir maintenant ce qui découle de la juxtaposition des propositions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 20. Pour ce faire, il faut revenir sur chacun d'eux.

1.1.1 Le paragraphe 1 de l'article 20

Dans la première phrase du paragraphe 1 de l'article 20, on énonce un principe universellement reconnu du droit coutumier international, celui de la bonne foi dans l'exécution des engagements internationaux. Ce principe est repris dans la Convention de Vienne sur le droit des traités à l'article 26 qui édicte que « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». En soi, le fait de rappeler ce principe au début de l'article 20 n'ajoute rien aux engagements que les Parties doivent remplir en vertu de la Convention. Mais il souligne l'importance à lui accorder pour comprendre le contenu de l'article 20, ce qui se confirme à la lecture de la seconde phrase qui débute par le mot *Ainsi* et dans laquelle on précise, dans deux alinéas, le comportement attendu des Parties lorsque la Convention est mise en relation avec d'autres accords internationaux. La seconde phrase illustre de façon concrète la portée du principe énoncé dans la première. Cependant, avant de nous pencher sur les comportements en question, nous verrons quelle signification il faut attribuer aux mots *sans subordonner cette Convention aux autres traités* qui précèdent immédiatement les alinéas (a) et (b).

Ce dernier membre de phrase vise manifestement à qualifier la portée de ces alinéas, et du paragraphe 2, en prescrivant que les mesures préconisées n'impliquent aucune forme de subordination de la Convention aux autres traités. Comment faut-il interpréter alors les mots *subordonner à d'autres accords*? L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui traite de l'application de traités successifs portant sur une même matière, nous permet d'en savoir un peu plus à ce sujet. Nous pouvons effectivement y lire ce qui suit au paragraphe 2 : « Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci

⁷ Il s'agit de la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, négociée sous les auspices du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et de l'Organisation des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation. Cette convention a été adoptée en 1998 et est entrée en vigueur en 2004. [En ligne] [http://www.pic.int/home_fr.php?type=s&id=79] (Consulté le 7 juillet 2009).

⁸ Ce traité, négocié sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO), a été adopté en 2001 et est entré en vigueur en 2004. [En ligne] [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=1988] (Consulté le 7 juillet 2009).

Ces conventions ont pour caractéristique commune de soulever un problème d'interface entre les préoccupations commerciales et les préoccupations non commerciales. Ce problème a été abordé en 1998 par Jeffrey L. Dunoff dans un excellent article intitulé « The Death of the Trade Regime », *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 733, 1998

l'emportent. » Un exemple d'une clause de ce genre est fourni dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). En voici le contenu :

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,

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.

Pour décrire une disposition d'un traité comme une clause de subordination, il faut que la volonté de le subordonner à d'autres traités se dégage clairement des termes utilisés. On dira alors de ce dernier « qu'il est subordonné », « qu'il ne peut aller à l'encontre » ou « qu'il ne sera pas considéré comme incompatible » ou encore des autres traités, « qu'ils l'emporteront » ou « qu'ils prévaudront ». Une clause de non-subordination, *a contrario*, impliquera que les situations décrites précédemment n'existent pas. Mais les termes employés en pratique ne sont pas toujours aussi clairs. Comment interpréter par exemple la réserve prise par le Mexique à l'occasion de sa ratification de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Celle-ci se lit ainsi :

Les États-Unis du Mexique émettent la réserve suivante en ce qui concerne l'application et l'interprétation de l'article 20 de la Convention:

(a) La présente Convention sera mise en œuvre en conformité et d'une manière compatible avec les autres traités internationaux, en particulier l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et les autres traités commerciaux internationaux.

(b) En ce qui concerne le paragraphe 1, le Mexique reconnaît que la présente Convention n'est pas subordonnée à d'autres traités et que les autres traités ne le seront pas davantage à la présente Convention.

(c) S'agissant de l'alinéa (b) du paragraphe 1, le Mexique ne préjuge pas de sa position lors de futures négociations de traités internationaux¹⁰.

Dans la mesure où le paragraphe (b) qualifie la portée du paragraphe (a), nous serions enclins à penser que la réserve place la Convention et les autres accords sur un pied d'égalité. Un autre exemple de clause ambiguë est l'article 6 de la Convention internationale contre le dopage dans le sport de 2005, intitulé « Relation avec d'autres instruments internationaux » qui prescrit ce qui suit :

La présente Convention ne modifie en rien les droits et obligations des États parties qui découlent d'autres accords préalablement conclus et compatibles avec son objet et son but.

¹⁰ UNESCO, *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles 2005 : déclarations et réserves* [En ligne] [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#RESERVES] (Consulté le 8 juillet 2009).

Cela ne porte atteinte ni à la jouissance par d'autres États parties de leurs droits au titre de la présente Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci.¹¹

À première vue, il semble ressortir de celle-ci que la Convention contre le dopage dans les sports l'emporte sur les autres accords.

Ces remarques étant faites, revenons au premier alinéa du paragraphe 1 qui demande aux Parties, dans leur mise en œuvre de bonne foi de la Convention, d'encourager le soutien mutuel entre cette dernière et les autres accords auxquels elles sont parties, sans pour autant la subordonner aux traités en question. Le choix du verbe *encourager* pour déterminer le niveau d'engagement n'est pas accidentel. Le recours à un terme plus contraignant, comme *assurer* par exemple, aurait été difficilement conciliable avec l'obligation de ne pas subordonner la Convention aux autres accords internationaux. S'agissant de l'expression *soutien mutuel*, nous avons vu précédemment, qu'elle est utilisée telle quelle dans le préambule du Protocole de Cartagena. Dans la Convention de Rotterdam, la disposition équivalente prévoit plutôt que « les politiques commerciales et environnementales devraient être complémentaires afin d'assurer l'avènement d'un développement durable ». Il en va de même pour le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, dans lequel les Parties reconnaissent que « le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents devraient être complémentaires en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire ». Mais que l'on y traite de soutien mutuel ou de complémentarité il ressort assez clairement des dispositions en question que le rapprochement envisagé entre la Convention et les autres accords internationaux n'est pas à sens unique. Suggérer, comme le fait Michael Hahn, que les Parties à la Convention, en cas de conflit entre celle-ci et d'autres accords internationaux, devraient convaincre les autres Parties de l'interpréter et de l'appliquer d'une manière compatible avec lesdits accords, sans prendre en considération la possibilité que le rapprochement se fasse également en sens inverse comme le sous-entend l'article 20.1 (b), relève du parti pris et est fondé sur une vision réductrice de l'article 20.1 (a)¹².

Toujours en ce qui a trait à l'alinéa (a), il importe de souligner que la notion de soutien mutuel n'est pas étrangère aux débats qui ont cours au sein même de l'OMC sur un thème apparenté à celui du commerce et de la culture : celui des liens entre les accords environnementaux multilatéraux (AEM) et l'OMC. Dans un rapport daté du 28 juin 2004, le président de la session extraordinaire du Comité du commerce et de l'environnement portant sur l'état d'avancement des négociations sur le commerce et l'environnement se penche sur un aspect particulier du mandat de négociation confié au Comité, soit de s'interroger sur « la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncés dans les accords environnementaux multilatéraux¹³ ». On y fait état de deux communications importantes reçues depuis la tenue de la Conférence ministérielle de Cancun, l'une émanant des Communautés européennes sur les principes de la gouvernance internationale et l'autre, des États-Unis sur la négociation et la mise en œuvre des AEM. La première communication offre un grand intérêt, car on y suggère d'examiner certains principes de la gouvernance mondiale tels :

[s]ouligner l'importance et la nécessité des AEM; élaborer la politique environnementale dans le cadre des instances environnementales multilatérales; assurer une coopération étroite et intensifier le flux des renseignements aux niveaux national et international pour que les politiques commerciales et environnementales s'épaulent mutuellement; reconnaître l'égalité des AEM et de l'OMC en tant que corps de règles de droit international; et ne pas interpréter

¹¹ UNESCO, Convention internationale contre le dopage dans les sports, 2005 [En ligne] [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html] (Consulté le 9 juillet 2009)

¹² Michael HAHN, « A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 9, 2006, p. 515-541.

¹³ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, COMITÉ DU COMMERCE ET DE L'ENVIRONNEMENT, *Rapport du Président de la session extraordinaire du Comité du commerce et de l'environnement au Comité des négociations commerciales*, Document TN/TE 9, Genève 28 juin 2004.

les règles de l'OMC en les « isolant cliniquement » des autres corps de règles de droit international.

S'y trouvent en filigrane les grandes lignes de ce qui constitue maintenant l'article 20 de la Convention. La seconde communication, celle des États-Unis, traite de la coordination, de la transparence et de l'obligation de rendre des comptes, à l'échelle nationale, en ce qui a trait à la négociation et à la mise en œuvre des AEM. On y met l'accent sur l'importance de la coordination nationale et internationale entre les experts du commerce et de l'environnement, tout en présentant un certain nombre de caractéristiques souhaitables dans la conception et la mise en œuvre des obligations commerciales contribuant à une application efficace des AEM. Bien que les approches proposées dans ces communications diffèrent passablement, elles accordent l'une et l'autre beaucoup d'importance à la coordination et à l'échange de renseignements, préoccupations aussi exprimées à l'article 21 de la Convention.

Le second alinéa de l'article 20.1 de la Convention complète en quelque sorte le premier en prévoyant une façon concrète d'assurer une plus grande complémentarité entre elle et les autres accords internationaux. À première vue, la source de cette disposition n'est pas évidente, mais si nous considérons le rôle très actif qu'a joué l'Union européenne dans la rédaction de l'article 20, nous arrivons facilement à établir un parallèle entre l'alinéa 2 et l'article 151 du Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne qui énonce ce qui suit au paragraphe 4 : « La Communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures¹⁴. »

Le second alinéa se démarque du premier en ce qu'il fait devoir aux Parties de prendre en compte les dispositions pertinentes de la Convention au moment d'interpréter et d'appliquer les autres traités auxquels elles sont parties ou de souscrire à d'autres obligations internationales. Selon Hélène Ruiz Fabri, l'expression *prendre en compte* peut sembler plutôt vague :

It is weaker than an obligation "to comply" but the use of this term would have produced a barely conceivable state of subordination to the Convention. It would have gone far beyond the usual formulas of international law and the ordinary rule of equality between conventions. Moreover, the "taking into account" formula should also, and again, be read in the light of non-subordination. This presupposes an effective "taking into account" within a context of conciliation¹⁵.

L'obligation n'en est pas une de résultat, mais les Parties doivent néanmoins prendre en compte les dispositions pertinentes de la Convention dans les circonstances énoncées. À cet égard, l'analyse que fait un Groupe spécial de l'OMC, dans l'affaire Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, de l'obligation qu'impose l'article 31.3 (c) de la Convention de Vienne est intéressante :

Il importe de noter que l'article 31 3) c) impose à celui qui interprète un traité de tenir compte d'autres règles de droit international (« [i]l sera tenu compte »); il ne donne pas simplement à celui qui interprète un traité la possibilité de le faire¹⁶. Il est vrai que l'obligation consiste à « tenir compte » de ces règles, et aucun résultat particulier n'est donc prescrit. Toutefois, l'article 31 1) indique clairement qu'un traité doit être interprété « de bonne foi ». Ainsi, dans les cas où l'examen de tous les autres éléments d'interprétation énoncés à l'article 31 aboutit

¹⁴ *Journal officiel des Communautés européennes*, Document C 340, 10 novembre 1997.

¹⁵ Hélène RUIZ FABRI, « Reflections on Possible Future Legal Implications of the Convention », *UNESCO'S Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making It Work*, dans Nina OBULJEN et Joost SMIERS, sous la dir. de, Institute for International Relations, Zagreb (*Culture Link Joint Publication*, n° 9), 2006, p.84.

¹⁶ Ce point de vue est confirmé par la Commission du droit international qui dit, dans son commentaire sur l'article 27 du projet de Convention de Vienne dont le libellé était identique à celui de l'article 31 actuel de la Convention de Vienne, ce qui suit : « Les trois éléments [les trois alinéas de ce qui est maintenant l'article 31 (3)] présentent tous un caractère obligatoire et, de par leur nature même, ils ne sauraient être considérés comme des normes d'interprétation inférieures en quoi que ce soit à celles qui les précèdent. » Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 240, paragraphe 9.

à plus d'une interprétation admissible, celui qui interprète un traité en suivant les instructions de l'article 31 3 c) de bonne foi devrait à notre avis opter pour l'interprétation qui est plus en accord avec les autres règles de droit international applicables¹⁷.

Les remarques concernant le caractère contraignant de l'expression *tenir compte de* s'appliquent tout à fait à l'obligation de prendre en compte énoncée à l'alinéa 20.1 (b) de la Convention.

Dans le même sens, nous soulignons les propos de l'avocat général Kokott dans l'affaire Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) entendue devant la Cour de justice des Communautés européennes. Après avoir cité plusieurs dispositions de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, M^e Kokott a rappelé que « [l]a Communauté et les États membres parties à la convention Unesco se sont engagés à tenir compte de cette convention dans le cadre de l'interprétation et de l'application d'autres traités, y compris du traité CE¹⁸ ». Sans accorder autant d'intérêt aux dispositions de la Convention mentionnées par l'avocat général, la Cour de justice elle-même, dans son arrêt, s'est pourtant appuyée sur cette dernière pour affirmer ce qui suit :

En effet, la langue et la culture étant intrinsèquement liées, ainsi que le rappelle, notamment, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée lors de la Conférence générale de l'Unesco tenue le 20 octobre 2005 à Paris et approuvée au nom de la Communauté par la décision 2006/515/CE du Conseil, du 18 mai 2006 (JO L 201, p. 15), qui énonce au quatorzième alinéa de son préambule que « la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle », il ne saurait être considéré que l'objectif, poursuivi par un État membre, consistant à défendre et à promouvoir l'une ou plusieurs de ses langues officielles doit nécessairement être assorti d'autres critères culturels pour qu'il puisse justifier une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité¹⁹.

Cette toute première ouverture à la prise en compte de la Convention dans la jurisprudence communautaire donne à penser que l'engagement pris par les Parties à l'article 20.1 (b) de la Convention n'est pas dépourvu de poids.²⁰

Les remarques précédentes touchant davantage le caractère contraignant de l'expression *prendre en compte* que sa signification, il nous reste à voir ce qu'elle veut dire en droit international. À l'examen, nous constatons que cette expression, fréquemment employée, véhicule l'idée d'un engagement de nature procédurale, dont la portée peut varier passablement d'un cas à l'autre. Nous trouvons un premier exemple de son utilisation, tiré du droit de l'OMC, à l'article 3 du Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT) qui se lit ainsi :

Pour déterminer quels Membres ont un intérêt comme principal fournisseur (aux termes du paragraphe 1 ci-dessus ou du paragraphe 1 de l'article XXVIII) ou un intérêt substantiel, seul le commerce du produit visé effectué en régime NPF sera pris en considération. Toutefois, le commerce dudit produit effectué dans le cadre de préférences non contractuelles sera aussi pris en considération si le commerce en question a cessé de bénéficier de ce traitement préférentiel, se déroulant alors en régime NPF, au moment de la négociation en vue de la modification ou du retrait de la concession, ou cessera d'en bénéficier à l'issue de cette négociation.

¹⁷ OMC, WT/DS291-293, paragraphe 7.69.

¹⁸ CJCE, « Conclusions de l'avocat général », *Affaire C-222/07*, 2008, paragraphe 99.

¹⁹ CJCE, « Arrêt de la Cour », *Affaire C-222/07*, 2009, paragraphe 33.

²⁰ Pour un commentaire dans le même sens de cette décision de la CJCE, voir Anne Peigné, « La convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle, un nouvel instrument pour déroger au principe communautaire de la libre circulation? », *Interactions entre le droit international et le droit européen*, mai 2009 : <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/category/Jurisprudence>. (Consulté le 30 juin 2009)

Toujours dans le cadre de l'OMC, on en retrouve plusieurs autres exemples à l'article 5 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Ainsi, le paragraphe 5.3 prescrit que :

Pour évaluer le risque pour la santé et la vie des animaux ou pour la préservation des végétaux et déterminer la mesure à appliquer pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre ce risque, les Membres tiendront compte, en tant que facteurs économiques pertinents : du dommage potentiel en termes de perte de production ou de ventes dans le cas de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie; des coûts de la lutte ou de l'éradication sur le territoire du Membre importateur; et du rapport coût-efficacité d'autres approches qui permettraient de limiter les risques.

Pour sa part, l'article 5.3 de l'Accord sur les mesures relatives aux investissements et liées au commerce prévoit que :

Si demande lui en est faite, le Conseil du commerce des marchandises pourra proroger la période de transition prévue pour l'élimination des MIC notifiées conformément au paragraphe 1 pour un pays en développement Membre, y compris un pays moins avancé Membre, qui démontrera qu'il rencontre des difficultés particulières pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord. Lorsqu'il examinera une telle demande, le Conseil du commerce des marchandises tiendra compte des besoins individuels du Membre en question en matière de développement, de finances et de commerce.

Un dernier exemple en matière d'environnement est tiré de l'article 15.1 du Protocole de Cartagena : « Les évaluations des risques entreprises en vertu du présent Protocole le sont selon des méthodes scientifiques éprouvées, conformément à l'annexe et en tenant compte des méthodes d'évaluation des risques reconnues. »

Force est de constater à la lecture de ces divers exemples que les expressions *prendre en compte*, *tenir compte de* ou *prendre en considération* sont presque toujours complétées par des précisions sur l'objet de la prise en compte ou en considération et le contexte dans lequel elle doit se faire. Le niveau de précision des informations alors fournies contribue à définir la portée de l'engagement des Parties.

Dans le cas de l'article 20.1 (b) de la Convention, on demande aux Parties de prendre en compte « les dispositions pertinentes » de la Convention. L'objet de l'engagement n'est cependant pas très précis, ce qui laisse place à différentes interprétations. Ainsi, dans l'affaire Unión de Televisión Comerciales Asociadas (UTECA) portée devant la Cour de Justice des Communautés européennes, l'avocat général Kolkott avait cité, dans ses conclusions, comme dispositions pertinentes de la Convention, les alinéas (9), (10), (11) et (12) du préambule, les alinéas (a) et (h) de l'article 1, l'article 2.2, l'article 5.1, l'article 6.1, l'article 6.2, alinéas (a) et (b), et l'article 20 au complet²¹. Quant à elle, la Cour s'était contentée de faire état de l'alinéa 14 du préambule²². En revanche, les circonstances dans lesquelles cette prise en compte intervient sont mieux définies dans la Convention. En effet, c'est lorsqu'e les Parties « interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales » que l'obligation prévue par l'article 20.1 (b) s'applique. Nous examinerons brièvement les deux situations envisagées.

Il s'agit d'abord de la mise en œuvre d'accords existants. Dans ce cas, les Parties sont censées, en toute logique, avoir interprété leurs engagements et avoir défini, le cas échéant, des actions en vue de les remplir. Pour déterminer s'il y a eu prise en compte des dispositions de la Convention dans l'interprétation et l'application des autres accords, il faudra interroger la pratique des Parties. La prise en compte pourra ressortir des déclarations gouvernementales, des lois et règlements de mise en œuvre des autres accords ou encore du texte même de ces accords. Advenant une telle prise en compte, il faudra établir si elle a débouché sur des actions

²¹ *Supra*, note 18, paragraphes 14-19.

²² *Supra*, note 19

compatibles avec lesdits accords. En cas de divergence de vue à ce sujet, il pourra être nécessaire de recourir à des mécanismes pertinents de règlement des différends pour régler la question. Par ailleurs, si une pratique uniforme devait se généraliser autour d'une interprétation donnée, la question pourrait se soulever de savoir si l'on ne se trouve pas en présence d'une pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité au sens de l'article 31.3(b) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Nous examinerons plus loin ces hypothèses.

Dans le second cas, la prise en compte des dispositions de la Convention intervient lorsque les Parties souscrivent à d'autres obligations internationales. Ce dernier langage est généralement compris comme situant la prise en compte dans le contexte de la négociation de nouveaux accords, mais il pourrait aussi s'appliquer à l'adhésion à un accord existant. La prise en compte a alors un caractère plus politique que juridique dans la mesure où elle porte sur des accords à venir. Elle résulte initialement de l'action des États pris individuellement, mais, pour qu'elle soit efficace, il faut qu'une action collective mène à des consensus. Cette dernière préoccupation a semblé importante aux négociateurs de la Convention, puisqu'ils en ont fait l'objet d'un article distinct, l'article 21, sur lequel nous reviendrons dans la seconde partie de la présente étude. Dans la mesure où la prise en compte intervient au stade de la négociation, il va de soi que le résultat de cette dernière ne pourra être présenté comme une modification de l'accord éventuellement conclu²³.

1.1.2 Le paragraphe 2 de l'article 20

Le paragraphe 2 de l'article 20, dans lequel il est dit que « [r]ien dans la Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties », est une application concrète du principe de base énoncé au paragraphe 1, à savoir que les Parties doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la Convention et des autres traités auxquels elles sont parties. Le premier effet en découlant est d'écarter toute interprétation de la Convention qui présenterait cette dernière comme un accord ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines Parties seulement au sens de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui envisage cette hypothèse. Le second effet est de supprimer la possibilité que la Convention, si elle est postérieure à d'autres traités, l'emporte sur ces derniers dans les conditions prévues aux paragraphes 3 et 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces dispositions se lisent comme suit :

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a)

dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b)

dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

Reste cependant la possibilité que le paragraphe 2 de l'article 20 subordonne juridiquement la Convention aux autres traités au sens de l'article 30.2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette dernière disposition, comme nous l'avons vu précédemment, prescrit que « [l]orsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ». Mais ce n'est pas ce que prévoit l'article 20.2 de la Convention, puisque les

²³ Voir Hélène RUIZ FABRI, *supra*, note 15, p. 85.

termes *subordonné à* ou *incompatible avec* n'y sont pas utilisés pour décrire la relation entre la Convention et les autres traités. On y lit plutôt que la Convention ne modifiera pas les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties. En d'autres termes, elle ne prévaudra pas sur eux. Or, ce n'est pas dire que la Convention leur est subordonnée, comme l'affirment certains auteurs²⁴. Lorsque nous lisons les paragraphes 1 et 2 de l'article 20 conjointement, il devient parfaitement clair que si la Convention ne prévaut pas sur les autres traités, ces derniers ne l'emportent pas davantage sur celle-ci. En réalité, ils sont sur un pied d'égalité. De fait, c'est seulement lorsque la Convention et les autres traités sont considérés de la sorte que la notion de soutien mutuel énoncée au paragraphe 1 (a) de l'article 20 prend tout son sens.

Enfin, tel qu'il est rédigé, l'article 20 se présente comme une disposition qui pourrait être qualifiée d'évolutive, pour reprendre les termes de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Namibie (Conséquences juridiques)* avis consultatif, en ce sens que son « interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue [...] »²⁵. S'appuyant sur cette décision de la Cour internationale de justice, l'Organe d'appel de l'OMC a lui-même reconnu, dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*²⁶, que l'expression *ressources naturelles* avait un contenu plutôt évolutif. Aussi y a-t-il lieu de nous pencher maintenant sur les facteurs susceptibles d'influer sur l'évolution de cette disposition.

1.2 L'avenir de l'article 20

L'avenir de l'article 20 est lié à l'application qu'en feront les Parties ainsi qu'à l'interprétation qu'en donneront, le cas échéant, les instances de règlement des différends, soit dans le contexte de la Convention, soit dans d'autres contextes tel celui de l'OMC.

1.2.1 L'article 20 appliqué

Lorsqu'une politique ou une mesure culturelle qu'entend mettre en œuvre une Partie afin de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire paraît susceptible d'entrer en conflit avec les engagements qu'elle a pris en vertu d'autres traités auxquels elle est partie ou encore avec des engagements qu'elle envisage prendre dans des négociations en cours, il lui revient de déterminer, selon sa propre interprétation de l'article 20 de la Convention et des autres traités auxquels elle est partie, quel comportement elle adoptera dans les circonstances. À moins que ladite politique ou mesure ne soit contestée par les autres Parties à la Convention ou les Parties à d'autres accords, elle sera présumée conforme à ses engagements.

Si un nombre important de Parties adoptent des mesures plus ou moins semblables sans que cela entraîne de réactions négatives de la part des autres Parties, on peut éventuellement se retrouver dans une situation du type de celle envisagée à l'article 31.3 (b) de la Convention de Vienne. Ce dernier prescrit que, aux fins de l'interprétation d'un traité, il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Bien entendu, une telle interprétation ne se dégage implicitement d'une pratique commune que si cette dernière est à la fois convergente et claire quant aux effets en découlant sur le plan juridique. Au surplus, une telle interprétation ne pourra valoir en principe qu'à l'égard de l'article 20 de la Convention. Toutefois, dans la mesure où l'interprétation de celui-ci concerne le lien entre la Convention et les autres accords, elle appelle par la force des choses une réaction de la part des

²⁴ Michael HAHN, *supra*, note 12, p. 546.

²⁵ *Recueil de la C.I.J.*, 1971, p. 31.

²⁶ Voir *infra*, note 46.

Parties à ces autres accords. Dans ce contexte, la notion de pratique ultérieurement suivie ne peut faire abstraction de cette réaction.

Pour voir maintenant comment la pratique suivie dans l'application de la Convention peut influencer sur l'interprétation de l'article 20, il peut être utile de se pencher sur deux exemples de situations susceptibles de donner lieu à une application concrète de l'article 20. Les situations en question sont d'abord celle où une Partie à la Convention choisit de s'abstenir de prendre des engagements internationaux susceptibles d'entraver sa capacité de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles, puis celle où une Partie s'emploie à conclure des accords de coproduction et de codistribution au plan international en vue de créer des conditions propices à la promotion de la diversité des expressions culturelles. L'examen des deux cas nous permettra de mettre en évidence l'importance de la pratique dans la mise en œuvre de l'article 20 de la Convention.

Le droit d'une Partie à la Convention de s'abstenir de prendre des engagements internationaux susceptibles d'entraver sa capacité de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire est un droit inhérent à la souveraineté de l'État. La Convention elle-même n'exige pas que les Parties s'abstiennent de prendre de tels engagements bien qu'elle le suggère implicitement à l'article 5 lorsqu'elle réaffirme le droit souverain des Parties de formuler et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles. Dans l'esprit de la Convention, il est difficile de comprendre qu'une Partie veuille restreindre volontairement sa capacité de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire. Toutefois, l'OMC demande aux mêmes Parties de s'engager à éliminer graduellement les restrictions existantes aux échanges dans l'ensemble des secteurs, y compris le secteur culturel. Ainsi, l'article XIX de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) prévoit que des négociations commerciales successives seront menées en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation des services, aucun secteur n'étant exclu d'emblée de la portée des négociations²⁷. Toutefois, la procédure de négociation prévue et utilisée jusqu'à maintenant dans les négociations de l'AGCS n'exige pas des Membres de l'OMC qu'ils prennent des engagements dans tous les secteurs d'activité, leur laissant plutôt le soin de décider dans quels secteurs ils entendent le faire. On pourrait donc croire que ces derniers ont toute la latitude voulue pour refuser en permanence de prendre des engagements de libéralisation dans le secteur culturel. Mais cette conclusion ne fait pas l'unanimité.

Ainsi, Tania Voon, dans un article paru en 2006, émet des doutes à ce sujet. Elle affirme d'abord qu'un État membre de l'OMC qui ne prend pas d'engagements concernant les services audiovisuels dans le cadre des négociations concernant l'AGCS

would be unlikely to violate any WTO obligations. The design of GATS is intentionally flexible, so that no WTO Member is legally bound under the WTO agreements to make commitments in any particular services sector, whether or not they have committed to do so or to refrain from doing so under another international instrument²⁸.

Mais elle fait ensuite valoir que l'exercice de ce droit par un grand nombre de Parties pourrait aller à l'encontre de l'objectif déclaré de l'OMC de libéraliser progressivement le commerce des services, ce qui laisse croire que ce droit ne serait pas absolu. Abordant la même question en 2006, Michael Hahn souligne que l'article XIX de l'AGCS

requires the member's general commitment to progressive liberalization, but not an undertaking to liberalize each and every services sectors in each and every future trade round. Any other interpretation would be un-reconcilable with the clearly expressed wish of

²⁷ GATS, article XIX.1.

²⁸ Tania VOON, « UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures? », *ICLQ*, n° 55, 2006. p.643. Voir aussi de la même auteure, *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 151.

the contracting parties to treat services fundamentally different from goods and therefore not compatible with the Vienna Convention's mandate to read a provision in its context²⁹.

Dans un tel contexte, le fait que la vaste majorité des membres de l'OMC aient refusé lors des négociations de l'Uruguay Round de prendre de tels engagements dans le secteur audiovisuel, sans que cela soit contesté comme allant à l'encontre de l'objectif déclaré de l'OMC de libéraliser progressivement le commerce des services, vient confirmer, croyons-nous, la justesse du point de vue de Hahn. En fait, non seulement les Parties à la Convention peuvent s'abstenir de prendre des engagements dans le secteur des services, mais elles peuvent par surcroît se consulter pour défendre ce droit au fil des négociations commerciales, comme on le suggère dans l'article 21 de la Convention. Ce faisant, les Parties donneraient tout simplement suite à leurs engagements, conformément à l'article 20.1 (b), de prendre en compte les dispositions de la Convention lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités ou souscrivent à d'autres obligations internationales.

En ce qui concerne les accords de coproduction et de codistribution, le problème se présente différemment dans la mesure où existe la possibilité d'un conflit entre les dispositions de la Convention et celles de l'OMC. En effet, alors que l'article 12 (e) de la Convention encourage la conclusion de tels accords, l'article II de l'Accord général sur le commerce des services interdit la mise en place de toute mesure incompatible avec le traitement de la nation la plus favorisée, sauf si cette mesure figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfait aux conditions qui y sont indiquées. Or, les accords de coproduction et de codistribution sont par nature incompatibles avec ce traitement, car seuls les États signataires peuvent bénéficier des avantages que procurent ceux-ci, ce qui explique que la plupart des membres qui avaient de tels accords en vigueur lors de l'entrée en vigueur de l'AGCS les ont effectivement inscrits dans l'annexe à l'article II. Pour les pays qui n'ont pas demandé de telles exemptions (surtout des pays en développement qui n'étaient pas parties à de tels accords), il leur est maintenant interdit en principe de conclure des accords de ce type, même si ceux-ci peuvent contribuer financièrement au développement de leur industrie cinématographique. Pour les Pays qui ont inscrits des exemptions concernant leurs accords de coproduction et de codistribution dans l'Annexe à l'article II, celles-ci devaient, aux termes de l'article 6 de l'annexe en question, être éliminées « en principe » après une période de dix ans. Mais ils n'avaient pas l'obligation stricte de les éliminer, même si certains auteurs font valoir que cela va à l'encontre de l'esprit de l'article II de l'AGCS ainsi que de l'Annexe à l'article II³⁰. Or, plus de treize ans se sont écoulés depuis l'inscription de ces réserves et la très vaste majorité, sinon la totalité d'entre elles, sont encore en vigueur. Qui plus est, il appert que de nouveaux accords de coproduction sont régulièrement négociés, certains impliquant même des membres des membres qui n'ont pas inscrit de réserves. À la lumière de ces développements, il pourrait être avancé que la pratique des membres de l'OMC concernant les accords de coproduction et de codistribution reflète une interprétation plutôt large du texte de l'article II de l'AGCS. Néanmoins, force est de constater que cette interprétation semble répondre à une préoccupation importante des Parties concernées, compte tenu du grand nombre d'accords bilatéraux de coproduction présentement en vigueur³¹ et de films réalisés en coproduction dans le monde chaque année. Il importe de souligner aussi l'encouragement donné à la coproduction dans des accords régionaux comme la Convention européenne sur la coproduction cinématographique³² ou le Protocole d'intégration culturelle du MERCOSUR³³.

L'industrie cinématographique elle-même semble s'être adaptée assez bien à cet essor. Déjà en 1998, McFadyen, Hoskins et Finn écrivaient ceci :

²⁹ Michael HAHN, *supra*, note 12, p. 542.

³⁰ Voir Tania VOON, *Cultural Products and the World Trade Organization*, op.cit, p. 116.

³¹ Au Canada, par exemple, plus d'une cinquantaine d'accords de ce genre sont en vigueur. La liste les concernant est accessible par Internet à l'adresse <http://www.telefilm.gc.ca/04/43.asp>. En fait, la majorité des pays développés et un nombre substantiel de pays en développement sont parties à des accords de coproduction, c'est-à-dire pas moins de 80 pays.

³² CONSEIL DE L'EUROPE, *Document STE/147*, (1992).

³³ MERCOSUR, *Décision MERCOSUR/CMC/Déc.*, n° 11/96, Protocole d'intégration culturelle, article IX.

In recent years, it has become increasingly difficult for national markets to support the cost of feature films and television drama production. Producers worldwide have increasingly turned to international co-productions (defined to include both official treaty co-productions and non-treaty co-ventures) in order to compete effectively³⁴.

En fait, tout se passe comme si la pratique des États en ce qui concerne les accords de coproduction venait tout simplement combler un besoin concret en prenant appui sur une interprétation évolutive plutôt que figée de l'article II de l'AGCS. L'hypothèse n'est peut-être pas aussi singulière qu'elle le paraît. En 1998, dans l'affaire États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, l'Organe d'appel de l'OMC soulignait qu'il fallait interpréter de façon dynamique l'expression *ressources naturelles épuisables*, apparue 50 ans plus tôt, et qu'elle devait « être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement³⁵ ». Fait intéressant, dans son approche interprétative de la même expression, cet organe n'hésitait pas à s'inspirer d'autres conventions internationales que celles de l'OMC.

Tout compte fait, il y a lieu de croire qu'un recours à l'article 20 de la Convention pour guider l'action des Parties en ce qui a trait aux accords de coproduction tendrait à appuyer une interprétation et une application de l'article II de l'AGCS allant dans le sens de la pratique suivie jusqu'ici par les membres de l'OMC eux-mêmes. En d'autres termes, en agissant ainsi, les Parties se placeraient dans une situation non pas de conflit avec l'OMC mais plutôt de soutien mutuel, comme le prescrit l'article 20.1 (a) de la Convention. Par ailleurs, il y a fort à parier qu'elles défendraient une position identique dans le cadre de futures négociations de l'OMC. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que dans la plupart des exemptions à l'article II demandées lors de la négociation de l'AGCS relativement aux accords de coproduction, on donnait, comme justification première, le besoin de protéger les identités nationales et régionales³⁶.

1.2.2 L'article 20 interprété dans le cadre d'un mécanisme de règlement des différends

Il est permis de penser que c'est d'abord et avant tout dans le cadre du mécanisme de règlement des différends mis sur pied par la Convention que le fonctionnement de l'article 20 sera mis à l'épreuve. Après tout, aux termes de l'article 25, il peut s'enclencher à la demande de la seule Partie plaignante, sauf si la Partie défenderesse a déclaré au moment de la ratification de la Convention qu'elle ne reconnaissait pas la procédure de conciliation prévue. Étant donné qu'à ce jour, seuls 3 États parmi les quelque 99 ayant ratifié la Convention ont accompagné leur ratification d'une telle déclaration³⁷, les possibilités de recours au mécanisme de l'article 25 sont très réelles en cas de conflits portant sur l'interprétation ou l'application de l'article 20 de la Convention. Néanmoins, lorsqu'une Partie à la Convention considère qu'un différend entre elle et une autre Partie à la Convention a trait à la violation d'obligations, à l'annulation ou à la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC, elle peut aussi, en vertu de la Convention – rien ne l'en empêche – et du Mémoire d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC, recourir au mécanisme de l'OMC. C'est dire que, suivant la nature du différend qui surgirait entre les Parties et en fonction des motifs juridiques avancés, l'une ou l'autre procédure de règlement des différends pourrait être utilisée, voire l'une et l'autre.

1.2.2.1 L'article 20 interprété dans le cadre de la Convention

³⁴ Stuart MCFADYEN, Colin HOSKINS et Adam FINN, « The Effects of Cultural Differences on the International Co-production of Television Programs and Feature Films », *Canadian Journal of Communication*, vol. 23, n° 4, 1998, p. 523.

³⁵ WTO DS58/AB/R, p. 51, paragraphe 129.

³⁶ Voir, à ce sujet, Ivan BERNIER, « Trade and Culture », dans *The World Trade Organization. Legal, Economic and Political Analysis*, sous la dir. de Patrick F. J. MACRORY, Arthur E. APPLETON et Michael G. PLUMMER, (New York/Heidelberg), Springer, 2008, p. 768, note 100.

³⁷ Il s'agit du Chili, du Mexique et du Vietnam.

Le mécanisme de règlement des différends prévu par la Convention étant basé sur la conciliation³⁸, il est important au départ de bien comprendre ce qui le caractérise et comment il se distingue d'un mécanisme de l'OMC qui est basé sur l'arbitrage. La conciliation a été définie comme une « intervention dans le règlement d'un différend international, d'un organe sans autorité politique propre, jouissant de la confiance des parties en litige, chargé d'examiner tous les aspects du litige et de proposer une solution qui n'est pas obligatoire pour les parties³⁹ ». Étant chargé d'examiner tous les aspects du litige, cet organe doit d'abord élucider les faits de la cause. Dans son examen des prétentions des Parties, il peut tenir compte non seulement des règles de droit applicables à l'espèce, mais aussi considérer tous les éléments non juridiques du conflit. Les propositions qu'il formulera peuvent être fondées en tout ou en partie sur le droit. Enfin, puisque l'application de la solution préconisée par l'organe n'est pas obligatoire, les Parties sont naturellement libres de les rejeter⁴⁰. L'arbitrage, à la différence de la conciliation, se caractérise d'abord par le fait qu'il en résulte toujours un jugement. Ce jugement est généralement rendu sur la base du droit, quoi qu'il soit parfois possible à l'arbitre de rendre jugement en équité si les Parties lui ont donné ce pouvoir. Enfin, ayant un caractère obligatoire⁴¹, la sentence arbitrale doit être mise en œuvre de bonne foi par les Parties.

L'intérêt de l'utilisation de la conciliation pour le règlement des différends dans le cadre de la Convention, c'est qu'elle permet de prendre en compte des considérations aussi bien juridiques politiques et économiques que sociales et culturelles et qu'elle débouche sur une solution tournée vers l'avenir. À vrai dire, on ne cherche pas à déclarer un vainqueur, mais plutôt à rapprocher les Parties. Dans le conflit frontalier opposant le Belize au Guatemala, par exemple, la commission de conciliation a su dépasser le conflit immédiat pour en arriver à des solutions basées sur le respect et la collaboration, comme la mise sur pied d'une commission régionale tripartite d'administration de la pêche, la formation d'un Parc écologique à usages multiples et la création d'un fonds fiduciaire de développement⁴². Appliquée à des différends qui soulèvent de façon concrète la question de la relation entre la Convention et les autres instruments internationaux, la procédure de conciliation prévue à l'article 25 ouvre la porte à une solution plus susceptible de prendre en compte la dimension proprement culturelle du différend. D'aucuns objecteront peut-être que, lorsque la solution proposée s'éloigne d'une interprétation strictement juridique des droits et obligations des Parties, elle a peu de chances d'être adoptée. Mais cela reste à démontrer. Dans le différend qui, à l'OMC, a opposé les États-Unis et le Canada sur la question des périodiques en 1997, la décision rendue, bien que favorable sur toute la ligne aux États-Unis, a fait l'objet de négociations entre les deux Parties quant à sa mise en œuvre. Les négociations ont abouti à un arrangement prenant en compte, jusqu'à un certain point, les préoccupations culturelles du Canada. Ce différend, qui s'est étalé sur plus de trois ans, aurait-il été mieux servi par une procédure de conciliation? Il est difficile de répondre à cette question, car elle suppose non seulement que les États-Unis auraient signé et ratifié la Convention, mais aussi qu'ils ne se seraient pas soustraits à l'application de l'article 25. Il est permis de croire néanmoins que l'entente à laquelle les Parties en sont arrivées n'aurait pas été hors de portée d'une commission de conciliation telle que celle envisagée par la Convention. De fait, si un conflit semblable survenait de nos jours entre deux Parties à la Convention, nous pouvons avancer que la procédure de conciliation aurait permis d'adopter un compromis équivalent et qu'elle l'aurait fait de façon plus rapide et moins coûteuse.

1.2.2.2 L'article 20 interprété dans le cadre de l'OMC

³⁸ L'article 25.1 prévoit d'abord que les Parties recherchent une solution à leur différend par voie de négociation. À défaut de s'entendre, elles peuvent également, d'un commun accord, recourir aux bons offices ou demander la médiation d'un tiers (article 25.2). L'article 25 est explicité dans l'annexe à la Convention portant sur la procédure de conciliation. .

³⁹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 173.

⁴⁰ Jean-Pierre COT, *La conciliation internationale*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968, p. 8 et 9.

⁴¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, note 31, p. 173.

⁴² ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, SECRÉTARIAT GÉNÉRAL, *Rapport annuel 2002*, Prévention des conflits, Doc.cap02a-3, p. 28.

Comme l'Organe de règlement des différends de l'OMC est appelé à se prononcer essentiellement sur l'interprétation et l'application des accords relevant de l'OMC⁴³, il semble *a priori* peu plausible qu'il emprunte à l'article 20 de la Convention pour décider d'une affaire portée à son attention. À cet égard, il importe de rappeler la remarque suivante du Groupe spécial dans l'affaire Canada – Certaines mesures concernant les périodiques :

Avant de conclure, nous tenons à souligner, afin d'éviter tout malentendu concernant la portée et l'incidence des constatations qui précèdent, que le présent différend ne portait pas sur la faculté qu'ont les Membres de prendre des mesures pour protéger leur identité culturelle. La seule tâche qui a été confiée au Groupe spécial était d'examiner si le traitement accordé aux périodiques importés dans le cadre des mesures mentionnées spécifiquement dans les allégations de la partie plaignante était compatible avec les règles du GATT de 1994⁴⁴.

Néanmoins, cette possibilité d'emprunt ne peut pas être écartée dans la mesure où l'Organe de règlement des différends de l'OMC a lui-même reconnu que des instruments juridiques hors OMC pouvaient, dans certains cas, jouer un rôle dans l'interprétation des accords de cette organisation. Il reste que la portée exacte de cette ouverture doit être précisée, car elle est loin d'être claire. Pour le moment, le moins que nous puissions dire est que la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends sur le sujet manque de cohérence.

C'est en 1996, plus précisément dans l'affaire États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, que l'Organe d'appel de l'OMC a ouvert pour la première fois la porte à un emprunt à des règles de droit hors OMC⁴⁵ pour interpréter les accords de cette organisation. Afin de justifier cet emprunt, il a affirmé qu'il ne fallait pas « lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public ». Deux ans plus tard, dans l'affaire États-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes⁴⁶, il élargissait sensiblement cette possibilité d'emprunt au droit international public en s'inspirant, pour interpréter l'expression *ressources naturelles*, de conventions autres que la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont une au moins n'avait pas été ratifiée par toutes les Parties au différend⁴⁷. En 2001, toujours dans la même affaire, la question est revenue sur le tapis dans le contexte du recours de la Malaisie à la procédure de l'article 21.5 du Mémoire de règlement des différends pour contester la mise en œuvre de la décision de l'Organe d'appel par les États-Unis. Le groupe spécial affirmait alors :

Enfin, nous relevons que l'Organe d'appel, comme le Groupe spécial initial, s'est référé à un certain nombre d'accords internationaux, dont bon nombre ont été ratifiés ou acceptés sous une autre forme par les parties au présent différend. L'article 31:3 c) de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Nous notons qu'à l'exception de la Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, la Malaisie et les États-Unis ont accepté ou se sont engagés à respecter tous les instruments internationaux mentionnés par l'Organe d'appel au paragraphe 168 de son rapport.⁴⁸

En 2006, toutefois, le Groupe spécial appelé à se pencher sur le différend opposant les États-Unis, le Canada et l'Argentine aux Communautés européennes dans l'affaire Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques⁴⁹ exprimait un point de vue sur les emprunts au droit international public qui refermait, de façon significative, l'ouverture faite dans l'affaire Crevettes. Prenant appui sur l'article 31 :3 c) de la Convention de Vienne, qui prescrit qu'il faut tenir compte, en même temps

⁴³ OMC, *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, articles 1 et 11.

⁴⁴ OMC, WT/DS31/R, 14 mars 1997, paragraphe 5.45.

⁴⁵ OMC, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, paragraphe 17.

⁴⁶ OMC, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998

⁴⁷ *Idem*, paragraphe 130.

⁴⁸ OMC, WT/DS58/RW, 15 juin 2001, paragraphe 5.58.

⁴⁹ OMC, WT/DS291-293/R, paragraphes 7.61-7.75

que du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », le Groupe spécial énonçait ce qui suit :

Il apparaît que les Communautés européennes suggèrent que nous devons interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce à la lumière d'autres règles de droit international même si ces règles ne lient pas toutes les parties au présent différend. En traitant cet argument, nous rappelons tout d'abord notre point de vue selon lequel l'article 31: 3 c) devrait être interprété comme prescrivant l'examen des règles de droit international qui sont applicables dans les relations entre toutes les parties au traité qui est interprété. Les parties à un différend portant sur la conformité avec un traité particulier sont, naturellement, parties à ce traité. En relation avec le présent différend, on peut donc dire que si une règle de droit international n'est pas applicable à l'un des quatre Membres de l'OMC qui sont parties au présent différend, la règle n'est pas applicable dans les relations entre tous les Membres de l'OMC⁵⁰.

Le rapport du Groupe spécial n'ayant pas été portée en appel, les Parties se trouvent donc en présence de deux points de vue en apparence contradictoires et d'une doctrine sur le sujet qui est elle-même divisée⁵¹.

Les chances de voir l'Organe de règlement des différends de l'OMC se prononcer sur l'article 20 de la Convention apparaissent donc assez minces pour le moment. Pourtant, il est venu bien près de le faire dans la récente affaire Chine – Mesures concernant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels⁵². De fait, dans leur présentation orale lors de la première rencontre sur le fond du Groupe spécial, les États-Unis, qui répondaient à un argument de la Chine voulant que la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles justifie le recours à des règles de protection spéciales pour les biens culturels à l'encontre des règles de l'OMC, ont fait valoir, dans un premier temps, ce qui suit :

However, China fails to note that the UNESCO Convention expressly provides: "Nothing in this Convention shall be interpreted as modifying the rights and obligations of the Parties under any other treaties to which they are partie"⁵³.

Revenant ensuite au texte de l'OMC, ils avancèrent un second argument ainsi formulé :

In any event, nothing in the text of the WTO provides for an exception from WTO disciplines in terms of "cultural goods", and China's Accession protocol likewise contains no such exception. China's reference to the work of UNESCO is thus unavailing, even without considering the fact that the United States and a number of WTO Members are not parties to the UNESCO Convention⁵⁴.

La question ne fût pas reprise dans les échanges subséquents entre les Parties et il n'y est pas fait référence dans les constatations du Groupe spécial. Toutefois, la Chine, en tentant de justifier certaines des mesures contestées sur la base de l'article XX (a) du GATT (mesures nécessaires

⁵⁰ *Idem*, paragraphe 7.71.

⁵¹ Voir, par exemple, Gabrielle MARCEAU, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties », *Journal of World Trade*, No 35 (2001), p. 1081; Joost PAUWELYN, « The UNESCO Convention on Cultural Diversity, and the WTO: Diversity in International Law-Making? », *Insights*, 15 novembre 2005; Michael HAHN, *supra*, note 12, p. 547; C.B. GRABER, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO », *Journal of International Economic Law*, n° 9, 2006, p. 553; Alex KHACHATURIAN, « The New Cultural Diversity Convention and its Implication on the International Trade Regime: A Critical Comparative Analysis », *Texas International Law Journal*, n° 46, 2006, p. 191 et 201-204.

⁵² Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, OMC, *Affaire DS363*, 2009.

⁵³ *Ibidem*, p. 33, paragraphe 4.207; voir aussi OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR), *China – United States, Oral Statement of the United States of America at the First Substantive Meeting of the Panel*, 22 juillet 2008, paragraphe 25. [En ligne] <http://www.ustr.gov/trade-topics/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/china-%E2%80%94-measures-aff> (Consulté le 10 juillet 2009).

⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 26.

à la protection de la moralité publique), mit de l'avant l'argument suivant qui n'est pas dénué d'intérêt :

La Chine estime que les matériels de lecture, les publications électroniques et les produits audiovisuels finis sont ce qu'il est convenu d'appeler des "biens culturels", c'est-à-dire des marchandises ayant un contenu culturel. Elle estime qu'il s'agit de produits d'un type unique qui sont susceptibles d'avoir une incidence négative importante sur la moralité publique. Elle explique que, du fait qu'ils sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, les biens culturels jouent un rôle essentiel dans l'évolution et la définition d'éléments tels que les particularités de la société, les valeurs, les modes de vie en groupe, l'éthique et les comportements. Elle note à cet égard la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* qui, dit-elle, a été adoptée par tous les membres de l'UNESCO, y compris les États-Unis. L'article 8 de la *Déclaration* dit que les biens culturels sont "porteurs d'identité, de valeurs et de sens" et qu'ils "ne doivent pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres". Selon la Chine, il est donc clair que, selon leur contenu, les biens culturels peuvent avoir une incidence majeure sur la moralité publique⁵⁵.

Il est intéressant de souligner que l'article 8 de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle auquel fait référence la Chine est repris textuellement dans la Préambule de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et apparaît également à l'article 1 (g) de la Conventions parmi les objectifs de celle-ci. L'argument fut reçu positivement par le Groupe spécial qui déclara ce qui suit :

Nous notons la référence faite par la Chine à la *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle*. Nous observons à cet égard que la Chine n'a pas invoqué la *Déclaration* comme moyen de défense contre ses manquements aux engagements en matière de droits de commercialisation qu'elle a pris dans son Protocole d'accession. La Chine a plutôt fait référence à la *Déclaration* à l'appui de l'affirmation générale selon laquelle l'importation de produits du type en cause en l'espèce pourrait, selon leur contenu, avoir une incidence négative sur la moralité publique en Chine. Nous n'avons aucun problème à accepter cette affirmation générale, mais nous faisons observer, comme nous l'avons indiqué, que nous devons nous concentrer de façon plus spécifique sur les types de contenus qui sont effectivement prohibés au titre des mesures chinoises pertinentes⁵⁶.

À la lumière de ces propos, il est permis de penser qu'un argument utilisant la Convention pour interpréter l'article XX (a) du GATT aurait été recevable si les États-Unis avaient été parties à la Convention. Mais aurait-il été recevable si l'ensemble des Membres de l'OMC n'avait pas ratifié la Convention? Si un argument basé sur l'article 20 de la Convention lui avait été soumis par exemple dans ces conditions, le Groupe spécial aurait pu se contenter de faire valoir que l'ensemble des membres de l'OMC n'y étaient pas parties et refuser de prendre en considération celui-ci, suivant en cela l'approche adoptée en 2006 dans l'affaire Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques. Mais il aurait pu tout aussi bien adopter, en s'appuyant sur les conclusions de l'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, une approche plus large et s'interroger sur la portée de l'article 20 de la Convention dans l'affaire en cause.

2 L'ARTICLE 21 : UNE DISPOSITION OPÉRATIONNELLE

Les Parties à la Convention, lorsqu'elles sont parties à des accords internationaux qui interfèrent avec celle-ci, ou lorsqu'elles négocient de nouveaux accords susceptibles d'avoir des répercussions sur la Convention, ont toujours la possibilité de faire valoir les objectifs et principes

⁵⁵ Voir supra, note 52, paragraphe 7.751 du Rapport

⁵⁶ Ibidem, note 538 du Rapport

de cette dernière dans ces forums. L'article 21, reconnaissant cette possibilité, les engage explicitement à agir en ce sens. Elles peuvent le faire individuellement, sans se consulter mais elles peuvent aussi le faire de façon plus collective, après s'être consultées entre elles, lorsque les circonstances s'y prêtent, ainsi que le suggère la deuxième phrase de l'article 21. Nous examinerons ces deux possibilités.

2.1 L'engagement individuel des Parties dans le contexte de leur pratique diplomatique

L'engagement en question en est un de moyen : il demande aux Parties de « promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales » mais il leur laisse le choix des moyens pour y arriver. Il n'est pas sans intérêt de souligner à cet égard que dans la version originale de cet article, que l'on retrouve à l'article 13 de l'Avant-projet de convention, les Parties s'engageaient, *s'il y a lieu*, à promouvoir les principes et les objectifs de la Convention. Le fait que les mots *s'il y a lieu* aient été enlevés dans la version définitive donne clairement à entendre qu'il ne s'agit pas d'un engagement optionnel. En fait, cet engagement, qui en est un de bonne foi, pourrait aller jusqu'à exclure que les Parties défendent, dans d'autres enceintes internationales, des positions carrément à l'encontre des objectifs et des principes de la Convention et susceptibles de compromettre leur engagement aux termes de celle-ci.

L'expression *enceintes internationales* utilisée dans l'article 21 peut être comprise de diverses façons, comme il est possible de le constater à la lecture d'autres instruments internationaux qui y ont recours. Ainsi, dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie signé le 21 novembre 2008⁵⁷, l'article 504.2, qui énumère les diverses fonctions assignées au Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires créé par l'accord, mentionne à son alinéa (g) ce qui suit :

La promotion de consultations bilatérales sur les questions sanitaires et phytosanitaires faisant l'objet de discussions dans les enceintes multilatérales et internationales comme le Comité MSP de l'OMC, les comités de la Commission du Codex Alimentarius, la CIPV et l'OIE ainsi que dans d'autres enceintes internationales et régionales s'intéressant à la sécurité alimentaire et à la santé humaine, animale et végétale.

Il y a une disposition encore plus explicite sur le sujet dans une décision du Conseil international des bois tropicaux, organe décisionnel de l'Organisation internationale des bois tropicaux (OIBT), qui crée un groupe d'experts chargés d'élaborer des recommandations relativement au rôle de l'OIBT dans les organisations et enceintes internationales⁵⁸ :

Dans ses travaux, le Groupe d'experts prendra en compte les avis exprimés par les Membres et les développements en cours dans les organisations et enceintes internationales et régionales pertinentes, parmi lesquelles :

- Le Forum des Nations Unies sur les Forêts (FNUF)
- Le Partenariat de Collaboration sur les Forêts (PCF)
- L'Organisation Africaine du Bois (OAB)
- L'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO)
- La Banque mondiale
- Le Centre pour la Recherche Forestière Internationale (CIFOR)
- L'Union internationale des organisations de recherche forestière (IUFRO)
- Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE)
- L'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN)
- La Convention des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCCC)
- La Convention sur la Diversité Biologique (CDB)
- La Convention pour la Lutte contre la Désertification (CLD)

⁵⁷ [En ligne] [<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/andean-andin/can-colombia-colombie.aspx?lang=fra>] (Consulté le 9 juillet 2009).

⁵⁸ ITTO (OIBT), Conseil international des bois tropicaux, Décision 13(XXIX), Document ITTC(XXIX)/29, 4 novembre 2000.

- La Convention sur le commerce international des espèces menacées (CITES)
- Le Fonds pour l'Environnement Mondial (FEM)
- L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)
- La Fondation de l'ASEAN
- La Coopération économique Asie-Pacifique (APEC)
- Le Processus de Tarapoto.

Ce qui frappe l'attention dans ces deux exemples où l'expression *enceintes internationales* est employée, c'est le recours à une liste illustrative d'enceintes pertinentes pour faciliter la mise en œuvre des engagements pris. La technique pourrait certainement être utilisée avec profit pour clarifier la portée de l'article 21 de la Convention. Mais le langage utilisé dans ces exemples soulève néanmoins certaines interrogations concernant la portée à donner à l'expression *enceintes internationales* dans le cas de la Convention. Faut-il déduire par exemple de la distinction établie entre les organisations et les enceintes internationales dans la décision du Conseil international des bois tropicaux qu'il existe une différence évidente entre elles ou s'agit-il plutôt de deux termes synonymes recoupant une même réalité? L'article 21, comme nous le savons, ne fait pas explicitement référence aux organisations internationales. La même question peut être soulevée concernant la distinction faite entre les enceintes internationales, multilatérales et régionales dans l'un et l'autre texte. Comme l'article 21 de la Convention parle exclusivement « d'enceintes internationales », faut-il considérer que les enceintes multilatérales et régionales sont exclues? Faut-il considérer enfin, comme le suggère la mention d'une organisation internationale non-gouvernementale comme *l'Union internationale pour la Conservation de la Nature* dans la liste exemplative d'organisations et enceintes internationales et régionales annexée à la décision du Conseil international des bois tropicaux, que l'expression *enceintes internationales* couvre aussi bien des organisations gouvernementales internationales que des organisations non-gouvernementales internationales? Dans le cas de l'article 21 de la Convention, cela pose le problème de savoir quels types d'interventions pourraient être faites par les Parties dans ces organisations non gouvernementales.

Sous peine de lui donner un contenu largement dépourvu de signification, il nous paraît évident que l'expression *enceintes internationales* doit être interprétée, dans le contexte de la Convention, dans un sens relativement étendu, c'est-à-dire comprenant à la fois les organisations internationales gouvernementales, y compris des commissions et des comités spécialisés relevant de celles-ci, et des organisations internationales non gouvernementales, les unes et les autres pouvant être multilatérales régionales ou bilatérales. Il faut noter que, pour rendre cette expression, on utilise en anglais les mots *international forums*, dont le sens premier renvoie à des espaces publics de discussion. Dans les documents internationaux où on l'emploie, on fait effectivement référence à des organisations internationales de tout genre mais aussi à des conférences ou rencontres internationales où sont abordés des sujets de préoccupation communs à plusieurs États. L'utilisation du terme *forums* dans la version anglaise de la Convention vient donc appuyer une interprétation large du terme français *enceintes*. La seule limite qui s'impose à cet égard est celle de la pertinence des enceintes en question par rapport aux objectifs et au champ d'application de la Convention et à la possibilité offerte aux États intéressés d'y participer.

Est-ce que l'article 21 requiert des directives opérationnelles? Il ne faisait pas partie des articles, identifiés par la Conférence des Parties en 2007 comme devant recevoir un traitement prioritaire en ce qui concerne l'élaboration de telles directives. Mais, à en juger par les directives visant les articles 7, 11, 13, 14 et 15 par exemple⁵⁹, il est difficile de voir pourquoi il n'en irait pas de même pour l'article 21 qui pourrait bénéficier de certaines clarifications. Comme nous l'avons vu précédemment, il serait certainement utile, afin de faciliter la mise en œuvre de cet article, de dresser une liste illustrative d'enceintes pertinentes où les Parties pourraient faire valoir les objectifs et les principes de la Convention. Il pourrait y être fait mention, pour ce qui est du champ culturel, d'enceintes comme l'UNESCO, le Réseau international pour la politique culturelle

⁵⁹ Pour le texte de ces directives, voir UNESCO, *Diversité des expressions culturelles*, Conférence des Parties, 2^e session ordinaire, Paris, 15-16 juin 2009, Document CE/09/2.CP/Res., Résolution 2.CP7, Annexe.

(RIPC), l'Organisation des États Américains (OEA), l'ONU, le Conseil de l'Europe, le Convenio Andres Bello, l'Organisation intergouvernementale de la Francophonie, et en dehors du champ culturel, à des enceintes comme l'OMC, la CNUCED, le MERCOSUR, l'ASEAN, l'OCDE, l'OMPI, etc. Comme il revient essentiellement aux Parties de promouvoir les objectifs et les principes de la Convention dans les autres enceintes internationales, les directives opérationnelles pourraient également les inciter à établir leur propre liste en fonction de leurs engagements dans celles-ci. Pour constituer cette liste, on pourrait s'inspirer, tout en faisant les ajustements nécessaires, de l'énoncé de politique suivant du gouvernement de la Finlande concernant la coopération culturelle sous les auspices d'organisations internationales :

A key aspiration in international cultural policy, emerging as a result of growing globalisation, is to safeguard cultural diversity and to promote sustainable development in culture. This global issue is discussed within the EU, the Council of Europe, the World Trade Organisation and the UN organisation. The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions provides a basis for cultural cooperation in which the guiding principle is to recognise the value of cultural products and services both as cultural intermediaries and as commodities in international trade.

Important vehicles for the Ministry of Education in cultural cooperation are UNESCO, the Council of Europe, the Nordic Council of Ministers and the Nordic Cultural Fund, the Council of Baltic Sea States, the Barents Euro-Arctic Council and their cultural organs. Another important form of international interaction is cooperation with regions adjacent to Finland⁶⁰.

On pourrait également suggérer aux Parties, dans des directives visant l'article 21, des façons concrètes de promouvoir les objectifs et les principes de la Convention. Diverses avenues s'ouvrent aux Parties à cet égard. Ainsi, elles pourraient d'abord faire des déclarations en ce sens lors de conférences et de rencontres internationales où l'on traite de thèmes pertinents ou encore à l'occasion de rencontres bilatérales ou multilatérales entre chefs d'État⁶¹. En second lieu, les Parties pourraient insister, lorsqu'elles font des interventions sur la culture dans le cadre d'accords internationaux existants, sur l'importance de prendre en compte ces objectifs et principes ou encore demander, lorsqu'elles négocient de nouvelles ententes internationales, que des dispositions en ce sens soient insérées. Cette pratique semble s'instaurer, mais il est trop tôt pour dire ce qu'il en adviendra. Quelques développements récents méritent cependant d'être mentionnés à cet égard. À peine un mois après l'adoption de la Convention, en 2005, le Brésil prenait explicitement appui, dans le cadre de la négociation d'un nouveau traité de l'OMPI sur la protection des organismes de radiodiffusion, sur l'article 21 de la Convention pour demander l'insertion d'un article portant sur la protection et la promotion de la diversité culturelle. Son point de vue a été repris par le Pérou quelques mois plus tard⁶². En décembre 2007, l'Union européenne, Partie à la Convention, signait une entente de partenariat économique avec le Cariforum, dans laquelle elle invoquait la Convention de l'UNESCO pour inclure en annexe un protocole de coopération culturelle. Comme d'autres ententes de même nature sont en voie de négociation, il faut s'attendre à un accroissement des accords internationaux faisant référence à la Convention.

Malgré ces développements – ou peut-être à cause d'eux s'ils sont vus comme des indications que les Parties n'ont pas nécessairement besoin de directives pour agir en vertu de l'article 21 –, la Conférence des Parties a omis, lors de sa 2^e session ordinaire de juin 2009, de mentionner

⁶⁰ Voir Government of Finland, Ministry of Education, Cultural Policy, International Cultural Cooperation, [En ligne] <http://www.minedu.fi/OPM/Kulttuuri/kulttuuripolitiikka/?lang=en> (Consulté le 9 juillet 2009).

⁶¹ Sur le plan bilatéral, voir *Déclaration conjointe de M. Jacques CHIRAC, président de la République, et de M. Nambaryn ENKHBAYAR, président de la Mongolie*, 2008. [En ligne] [<http://www.ambassademongolie.fr/Article/65-declaration-conjointe.html>] (Consulté le 9 juillet 2009). Sur le plan multilatéral, voir ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Déclaration de Bucarest*, 29 septembre 2006, paragraphe 47. [En ligne] [<http://www.tlfg.ulaval.ca/axl/francophonie/Bucarest-decl2006.htm>] (Consulté le 9 juillet 2009).

⁶² Pour le Brésil, voir OMPI, Document SCCR/13/3Corr, 21 novembre 2005. [En ligne] [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=53241] (Consulté le 9 juillet 2009). Pour le Pérou, voir OMPI, Document SCCR/14/6, 28 avril 2006. [En ligne] [www.wipo.ch/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_14/sccr_14_6.doc] (Consulté le 9 juillet 2009).

l'article 21 parmi les directives que doit élaborer le Comité intergouvernemental d'ici 2011. Cependant, ce choix ne modifie en rien la tâche confiée à celui-ci d'établir des procédures et autres mécanismes de consultation, afin de promouvoir les objectifs et les principes de la Convention.

2.2 L'engagement collectif des Parties : la consultation

En vertu de l'article 21, non seulement les Parties s'engagent à promouvoir individuellement les objectifs et les principes de la Convention dans d'autres enceintes internationales, mais elles « se consultent, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes ». La version originale de cet article, dans l'Avant-projet de convention, prescrivait que « les États parties se consultent, au sein de l'UNESCO, en vue d'élaborer des approches communes »⁶³. Durant les négociations, on a supprimé la référence à l'UNESCO et laissé aux Parties le soin d'organiser la consultation, sans toutefois les livrer complètement à elles-mêmes. En effet, dans le texte actuel de la Convention, l'article 21 est complété par l'article 23.6 (e), dans lequel on confie au Comité intergouvernemental le mandat explicite « d'établir des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et principes de la Convention dans d'autres enceintes internationales ». Contrairement aux directives opérationnelles préparées à la demande de la Conférence des Parties et soumises à son approbation, ce mandat est prescrit par la Convention et son exécution est laissée à la discrétion du Comité intergouvernemental. Il lui revient donc de déterminer le moment opportun de le remplir et la manière d'y parvenir.

Bien que le titre de l'article 21 porte sur la concertation et la coordination internationales, on n'y fait référence nulle part dans le texte qui s'y rapporte ni dans celui de l'article 23.6 (e). Il n'y est question en fait que de consultation. Comme celle-ci n'est plus faite « en vue d'élaborer des approches communes », tel que le prévoyait l'article 13 dans l'Avant-projet de convention, il appert que l'article 21, en dépit de son titre, ainsi que l'article 23.6 (e), portent désormais exclusivement sur la consultation. Rien n'empêche cependant que celle-ci débouche en pratique sur une certaine forme de concertation et de coordination internationales.

Le mandat confié au Comité intergouvernemental, en vertu de l'article 23.6 (e), d'établir les « procédures et autres mécanismes de consultation » lui laisse toute la latitude pour choisir ceux qu'il préfère. Cette marge de manœuvre peut aller de la simple invitation lancée aux Parties de s'exprimer librement sur un sujet donné – oralement, à l'occasion d'une rencontre organisée à cet effet, ou par écrit, dans un délai prédéterminé – à l'envoi d'un questionnaire plus ou moins détaillé. La procédure à utiliser sera déterminée en fonction de chaque demande de consultation.

Compte tenu de la réticence bien connue des Parties à prendre des initiatives qui risquent d'alourdir le fonctionnement de la Convention, il semble évident qu'une approche simple, graduelle et pragmatique devra être mise au point en ce qui concerne la mise en place d'un tel mécanisme. Ce pourrait être une démarche semblable à celle que le Comité intergouvernemental et le Secrétariat ont adoptée pour élaborer des directives opérationnelles touchant les secteurs d'intervention prévus par la Convention. La démarche en question comporte généralement une première phase axée sur l'élaboration d'un état de la question, suivie d'une seconde phase où les Parties sont consultées dans le but d'obtenir le point de vue de chacune d'entre elles et d'une troisième phase où une approche consensuelle est recherchée. Particulièrement intéressante à cet égard est l'approche utilisée pour l'élaboration des directives opérationnelles concernant l'article 16 de la Convention car la question soulevée, soit celle de l'octroi d'un traitement préférentiel pour les pays en développement, était manifestement susceptible d'avoir des répercussions dans d'autres forums internationaux, en particulier celui de l'OMC. Lors de la première session ordinaire du Comité intergouvernemental, il fut d'abord décidé de confier à un groupe de 6 experts qualifiés la tâche d'élaborer chacun un document factuel sur le sujet abordé à l'article 16, soit le traitement préférentiel, dans le but de faire le point sur la question. Lors de sa

⁶³ Pour l'article 13 de l'Avant-projet de convention, voir UNESCO, Document CLT/CPD/2004/CONF.607/6, décembre 2004.

seconde session ordinaire, en décembre 2008, le Comité intergouvernemental, après discussion du rapport des experts, demanda au Secrétariat de préparer et soumettre aux Parties à la Convention ainsi qu'à la société civile un questionnaire concernant l'élaboration des directives opérationnelles relatives à l'article 16. Par la même occasion, il demanda au Secrétariat de préparer, pour la prochaine session du Comité intergouvernemental, un avant-projet de directives opérationnelles relatives à l'article 16 sur la base des réponses reçues. En mars 2005, enfin, à sa seconde session extraordinaire, le Comité intergouvernemental, après une discussion approfondie qui prenait en considération les propositions d'amendement présentées par les membres du Comité, un avant projet de directives opérationnelles concernant l'article 16 était adopté. Ainsi qu'on peut le constater, la consultation a joué dans ce dernier un rôle extrêmement important.

La mise en place de mesures et autres mécanismes de consultation, telle qu'envisagée à l'article 23.6 (e), exigera, comme première étape, que la question soit inscrite à l'ordre du jour d'une réunion du Comité. L'article 8 du Règlement intérieur du Comité intergouvernemental fournit à cet égard une liste de ce qui peut être inscrit à l'ordre du jour de celui-ci :

- 8.1 L'ordre du jour provisoire des sessions du Comité est préparé par le Secrétariat de l'UNESCO (article 24.2 de la Convention).
- 8.2 L'ordre du jour d'une session ordinaire du Comité peut comprendre :
 - (a) toute question dont l'inscription a été requise par la Convention ou par le présent règlement;
 - (b) toute question soumise par la Conférence des Parties à la Convention;
 - (c) toute question dont l'inscription a été décidée par le Comité lors d'une session précédente;
 - (d) toute question proposée par les membres du Comité;
 - (e) toute question proposée par les Parties à la Convention qui ne sont pas membres du Comité;
 - (f) toute question proposée par le Directeur général.
- 8.3 L'ordre du jour provisoire d'une session extraordinaire comprend uniquement les questions pour lesquelles la session a été convoquée.

À la lumière de l'article 8.2 (a) du Règlement intérieur, il semble raisonnable d'avancer que l'article 23.6 (e) de la Convention est un point qui doit être inscrit à l'ordre du jour du Comité intergouvernemental, bien que la procédure à suivre à cet effet ne soit pas claire. Comme il est difficile d'imaginer que le Secrétariat puisse prendre sur lui de le faire, nous présumons qu'il reviendra au Comité d'en décider. Celui-ci pourra être saisi par des membres du Comité ou par des Parties à la Convention non membres du Comité. Une fois prise la décision d'aller de l'avant, il faudra procéder à l'élaboration des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et les principes de la Convention dans les autres enceintes internationales⁶⁴.

Ces procédures et autres mécanismes devront répondre à un certain nombre de problèmes concrets. Le premier concerne la façon d'enclencher le processus de consultation. Il faudra tenir pour acquis au départ que rien n'empêche deux ou plusieurs Parties de se consulter informellement sur leurs approches en matière de promotion des objectifs et principes de la Convention. Cette façon de procéder devrait même être encouragée tout en suggérant aux Parties concernées d'informer le Comité intergouvernemental de leurs démarches. Toutefois, l'article 23.6 (e) va plus loin en prescrivant au Comité intergouvernemental d'établir la procédure à suivre lors de la consultation. Celle-ci sera actionnée à la demande d'un membre du Comité intergouvernemental ou encore à la demande de toute Partie à la Convention, la décision en tant que telle de procéder à une consultation étant adoptée à la majorité simple des membres du Comité. Une autre question importante qui devra être abordée est celle de l'objet de la

⁶⁴ Le Comité pourrait aussi décider que le temps n'est pas venu d'aller de l'avant avec l'article 23.6 (e). Mais si à la suite de nouvelles demandes d'inscription de cette question à l'ordre du jour du Comité, celui-ci devait systématiquement s'objecter à sa mise en œuvre, sans qu'aucune Partie ne s'objecte, la question d'un amendement implicite à la Convention se poserait

consultation. Celui-ci devra être suffisamment précis pour que la consultation produise des résultats et devra donner par surcroît une indication de son utilisation éventuelle, étant entendu que l'article 23.6 (e) vise la promotion des objectifs et des principes de la Convention dans les autres enceintes internationales. Une troisième question concerne la portée de la consultation. On semble indiquer, dans l'article 21 qui sous-tend l'article 23.6 (e), qu'elle concerne exclusivement les Parties à la Convention, excluant, de ce fait, les États qui n'en sont pas parties, les organisations internationales et la société civile. Une dernière question, non négligeable, est de savoir qui va se charger de lancer la consultation et d'en compiler les résultats. La solution la plus commode serait de confier cette tâche au Secrétariat de l'UNESCO, mais, comme nous l'avons vu, elle a été explicitement écartée lors de la négociation de l'article 21. Toutefois, comme le motif principal pour écarter la référence au Secrétariat de l'UNESCO semble avoir été de ne pas exclure la possibilité de consultations en dehors du cadre de cette organisation, on peut penser qu'un recours à celui-ci n'est pas exclu. Une autre hypothèse serait de recourir à une entreprise indépendante, à condition évidemment d'avoir les ressources nécessaires.

Ainsi donc, l'instauration d'un processus de consultation efficace visant la promotion des objectifs et des principes de la Convention dans les autres enceintes internationales va exiger des efforts de la part des Parties. Mais une fois en place, il ne fait aucun doute que cet instrument de travail leur sera fort utile. Il pourrait même s'avérer avec le temps un facteur déterminant du succès de la Convention.

CONCLUSION

Les articles 20 et 21 de la Convention, du fait de leur réunion dans la partie V de la Convention, doivent être perçus comme reliés et complémentaires. Leur rapprochement n'est pas le fruit du hasard car dans l'Avant projet de la Convention, ils étaient nettement séparés⁶⁵). Mais tout en étant complémentaires, ils poursuivent des objectifs très différents. L'article 20, ainsi qu'on a pu le constater, est une disposition interprétative qui vise à clarifier le lien entre la Convention et les autres accords internationaux. L'article 21 se présente pour sa part comme une disposition opérationnelle qui a pour but d'encourager et d'appuyer la prise en compte des objectifs et des principes de la Convention dans les autres enceintes internationales.

La conception du lien entre la Convention et les autres accords internationaux que véhicule l'article 20 emprunte dans une large mesure à trois conventions multilatérales environnementales adoptées entre 1998 et 2001 qui affirment très clairement que tout en ne modifiant en rien les droits et obligations des Parties en vertu d'autres accords internationaux, elles ne sont pas non plus subordonnées à ceux-ci. Reprise à l'article 20 de la Convention, cette affirmation ne fait que rappeler la position de base du droit international sur les rapports entre les traités, à savoir qu'ils doivent tous être exécutés de bonne foi et que, à moins de dispositions spéciales établissant un lien de supériorité ou d'infériorité entre les traités, ils ont juridiquement le même statut. Mais elle n'en demeure pas moins importante car elle vient contrer une perception assez répandue sur la scène internationale qui veut que les traités de commerce l'emportent automatiquement sur les autres traités. Toutefois, l'article 20 de la Convention ne fait pas qu'affirmer le principe de l'égalité de statut. Il prévoit également des façons positives de traiter de la relation entre la Convention et les autres accords en demandant aux Parties d'encourager le soutien mutuel et de prendre en compte les dispositions pertinentes lorsqu'elles interprètent et appliquent d'autres accords et lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales. En ce sens, l'article 20 peut être considéré comme une disposition évolutive dont la signification réelle se révélera dans la pratique des Parties.

L'article 21 complète l'article 20 en prescrivant aux Parties de faire la promotion des objectifs et des principes de la Convention dans les autres enceintes internationales. Bien que l'article s'intitule « Concertation et coordination internationales », il ressort assez clairement de son historique et de son contenu qu'il laisse les Parties individuellement responsables de sa mise en

⁶⁵ L'article 20 remplace l'ancien article 19 et l'article 21, l'ancien article 13.

œuvre, se contentant de leur suggérer de se consulter à ce sujet s'il y a lieu; il n'y est nullement question de concertation et de coordination. Faut-il regretter que la Conférence des Parties n'ait pas cru bon de mentionner l'article 21 parmi les dispositions qui devaient faire l'objet de directives opérationnelles? Cela aurait sans aucun doute contribué à en clarifier le sens et offert des pistes d'intervention intéressantes aux Parties en ce qui regarde sa mise en œuvre. Mais il faut croire que la Conférence des Parties avait de bonnes raisons d'agir de la sorte. e le faire. Toutefois, rien n'empêche qu'elle revienne plus tard sur ce choix, d'autant plus qu'elle n'a pas déterminé que l'article 21 ne requérait pas de directives opérationnelles, comme cela a été fait pour l'article 12. Il faut conserver à l'esprit par ailleurs qu'en vertu de l'article 23.6 (e), le Comité intergouvernemental doit élaborer des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et principes de la Convention.