

LE RENOUVELLEMENT DE L'EXCEPTION CULTURELLE A L'ERE DU NUMERIQUE

Rapport présenté au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles

**à l'occasion du Colloque organisé le 25 octobre 2015 à Mons
pour célébrer le dixième anniversaire de la
Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles**

**Véronique Guèvremont
Ivan Bernier
Géraud de Lassus Saint-Geniès
Rostam J. Neuwirth
Lilian Richieri Hanania
Ivana Otasevic
Hélène Ruiz Fabri**

Membres du Réseau International des Juristes pour la Diversité des Expressions Culturelles



Octobre 2015

AVANT-PROPOS

Le présent rapport est l'œuvre collective de sept Membres du **Réseau international des juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC)**, sous la direction de **Véronique Guèvremont** (Professeure, Faculté de droit et Institut des hautes études internationales de l'Université Laval, titulaire de la nouvelle Chaire UNESCO sur la diversité des expressions culturelles).

Bien que la préparation de ce rapport ait donné lieu à des échanges de vues entre les auteurs à plusieurs étapes du processus, incluant la formulation des recommandations, l'implication particulière de certaines personnes dans la rédaction de sections spécifiques mérite d'être soulignée, à savoir : **Hélène Ruiz Fabri** (Professeure, Directrice du Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law), auteure de la section I.1 ; **Ivana Otasevic** (Doctorante, Faculté de droit de l'Université Laval), co-auteure de la section I.2 ; **Géraud de Lassus Saint-Geniès** (Docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université Laval), auteur de la section I.3 ; **Lilian Richieri Hanania** (Avocate, Chercheure associée à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne et à l'Université de Rouen, Chercheure auprès du Centre d'études Société et Technologie (CEST) de l'Université de São Paulo - USP), auteure des sections II.1 et II.3 ; **Rostam J. Neuwirth** (Professeur, Faculté de droit de l'Université de Macao), auteur de la section II.2 et **Véronique Guèvremont**, co-auteure de la section I.2 et auteure de la section II.4. **Ivan Bernier** (Professeur émérite, Faculté de droit de l'Université Laval) a contribué à l'ensemble de la démarche, tout particulièrement à la formulation des recommandations figurant à la fin du rapport. Il est aussi l'auteur de l'introduction de ce rapport.

Ce rapport est disponible en ligne : <https://www.fd.ulaval.ca/accueil-rijdec>.

Les auteurs tiennent à remercier le **Ministre-Président du Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles (FWB)**, **Monsieur Rudy DEMOTTE**, et particulièrement les **Ministres successives de la Culture**, **Mesdames Fadila LAANAN** et **Joëlle MILQUET** (ainsi que l'Administration de la FWB et sa **Direction des Relations Internationales (DRI)**, en la personne de **Monsieur Etienne GILLIARD**, et la **Cellule Diversité/Exception culturelle**), pour le financement de ce rapport.

La directrice de ce dernier tient également à remercier **Monsieur Henri BENKOSKI**, **Chargé de Mission, Expert auprès de la Ministre de la Culture, DRI – Exception culturelle**, grand défenseur de l'exception culturelle, indéfectible promoteur de la **Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles**, et fidèle ami du Québec et de la Faculté de droit de l'Université Laval.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| Introduction | 4 |
| I. L'incorporation de références explicites à la CDEC dans les accords de commerce : état des lieux et bonnes pratiques | 11 |
| I.1 Les implications juridiques entourant l'incorporation de références explicites à la CDEC dans les accords de commerce – enjeux traditionnels/nouveaux enjeux à l'ère du numérique..... | 11 |
| I.2 État des lieux des références explicites à la CDEC dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux conclus entre 2005 et 2015..... | 16 |
| I.3 Compendium des clauses de relations entre les traités | 23 |
| II. La prise en compte de la spécificité des produits et services culturels à l'ère du numérique..... | 39 |
| II.1 Le traitement du commerce électronique dans les accords commerciaux et ses défis pour la diversité des expressions culturelles | 39 |
| II.2 La convergence économique et ses défis pour les secteurs culturels | 45 |
| II.3 L'extension de l'exception culturelle aux secteurs issus des nouvelles technologies | 52 |
| II.4 Au-delà de l'exception culturelle : la possibilité de promouvoir les objectifs et principes de la CDEC par le biais d'autres techniques | 64 |
| Recommandations | 75 |

INTRODUCTION

Une décennie s'est écoulée déjà depuis l'adoption de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*¹. Au terme de ces dix premières années, on ne peut que se réjouir du dynamisme évident qui a animé la mise en œuvre de celle-ci. Dans le domaine de la coopération pour le développement, qui est un des deux grands volets de la CDEC, on a assisté à la mise en place de plusieurs programmes d'importance en vue de favoriser l'émergence d'un secteur culturel dynamique dans les pays en développement, sans parler de la mise en place du Fonds international pour la diversité culturelle. En ce qui concerne par ailleurs l'interface commerce/culture, qui est le second volet de la CDEC, le changement peut-être le plus important qui s'est produit a été l'incorporation de références explicites à la Convention dans un nombre relativement important d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux et, de façon plus générale, le développement d'un nouveau discours davantage culturel qu'économique sur la relation commerce/culture. Dorénavant, il sera plus difficile de débattre de cette relation en ignorant la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens.

Mais en même temps, force est de constater que les préoccupations concernant le droit souverain des États « de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et préserver la diversité des expressions culturelles »², loin de s'atténuer, ont pris encore plus d'ampleur avec le développement accéléré du numérique. À tel point que dans un rapport de 2013 portant sur l'avenir de l'exception culturelle dans le contexte numérique³, élaboré à la demande de la ministre française de la Culture, Aurélie Filippetti, on retrouve cet avertissement :

Pour garantir cette capacité d'intervention, il convient de défendre avec force, dans les négociations commerciales bilatérales et multilatérales, la spécificité du traitement des services culturels. Cette spécificité est à la fois la traduction de l'exception culturelle, consacrée en 1994 lors de la création de l'Organisation mondiale du commerce, et la condition de la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles,

¹ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, (2010) 2440 R.T.N.U. 311 (ci-après « CDEC » ou « Convention de 2005 »). Pour une analyse critique du texte de

² Article 5.1 de la CDEC.

³ Le rapport en question est désigné plus souvent sous le nom de Rapport Lescure ou Mission Lescure, voir : France, Ministère de la Culture et de la Communication, *Mission « Acte II de l'exception culturelle ». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, rapport par P. Lescure, t. 1 et 2, mai 2013.

dont la Convention de l'UNESCO signée en 2005 souligne le caractère essentiel. Les négociations commerciales à venir, et notamment celles qui visent à la conclusion d'un partenariat transatlantique entre l'Union européenne et les États-Unis, ne doivent pas être l'occasion d'une remise en cause de ces principes. Les services audiovisuels doivent rester exclus, de manière absolue et inconditionnelle, de tout engagement de libéralisation⁴.

Tel que rédigé, toutefois, ce passage du rapport Lescure soulève une ambiguïté qu'il importe de clarifier. Hormis l'article IV du GATT de 1947 qui autorise à certaines conditions les contingents à l'écran pour les films cinématographiques, il n'existe, juridiquement parlant, aucune exception culturelle dans les accords de l'Organisation mondiale du commerce⁵. Ce que l'on a appelé « l'exception culturelle de l'OMC » n'est rien d'autre que la possibilité offerte aux membres, dans l'Accord général sur le commerce des services, de ne prendre d'engagements que dans les secteurs de leur choix, y compris dans le secteur des services culturels. Dans les faits, très peu de membres de l'OMC, au moment de signer cet accord, ont pris des engagements dans le secteur des services culturels. Ce comportement, ajouté au fait que l'Union européenne a elle-même adopté comme position que le secteur audiovisuel devait être exclu de ses engagements commerciaux internationaux, a fait qu'on a pu parler d'une exception culturelle de l'OMC ou d'une exception culturelle européenne. Mais rien n'empêche les membres de l'OMC ou l'Union européenne, dans le cadre de nouvelles négociations, de modifier leur position et d'accepter de prendre des engagements qui limitent leur liberté d'action dans le secteur culturel. Or, c'est précisément ce qui semble se dessiner dans les plus récents accords commerciaux bilatéraux et régionaux.

Un premier exemple est celui de l'*Accord économique et commercial global* (AECG) entre le Canada et l'Union européenne⁶. Lors des négociations qui ont conduit à la signature de ce dernier, le 5 août 2014, la question du traitement à accorder aux biens et services culturels a été abordée assez tôt par les Parties. L'Union européenne voulait bien d'une exception couvrant le secteur audiovisuel, mais seulement le secteur audiovisuel. Cela laissait de côté un secteur culturel très important, celui du livre et des périodiques. Malheureusement, le Canada est ressorti de cette négociation avec une protection moindre que celle qu'il avait dans ses accords antérieurs de libre-échange. Dans ces derniers, les industries culturelles (livres, périodiques, musique, cinéma, télévision) étaient exclues en totalité de la portée de ceux-ci. Dans l'accord signé entre le Canada et l'Union européenne, les exemptions culturelles portent sur des chapitres particuliers et non sur l'ensemble de l'Accord : on les retrouve dans les chapitres sur les subventions, sur les services, sur l'investissement et sur la réglementation intérieure (prescriptions et procédures en matière de licences et de qualifications). Mais on n'en trouve pas dans le chapitre 3 sur le traitement national et l'accès au marché pour les produits, ce qui laisse le secteur du livre sans protection dans le cadre de cet accord. Si des membres aussi impliqués dans la négociation de la CDEC que le Canada et l'Union européenne ont pu en arriver à un tel résultat, on ne peut que s'inquiéter de ce qui arrivera dans d'autres négociations commerciales à venir intégrant des pays comme les États-Unis et le Japon.

⁴ *Ibid.*, t. 1, p. 14.

⁵ Ci-après l'« OMC ».

⁶ Pour le texte intégral de l'*Accord économique et commercial global* entre le Canada et l'Union européenne, voir : www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=fra (consulté le 18 octobre 2015).

Un autre sujet d'inquiétude dans cet Accord est l'inclusion d'un chapitre sur le commerce électronique où les Parties énoncent d'entrée de jeu, à l'article 1, « l'application des règles de l'OMC au commerce électronique ». Bien que peu contraignant dans son contenu actuel (il ne comporte pas d'engagements explicites en matière de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée), ce chapitre ouvre la porte à une éventuelle extension de ces principes aux biens et services culturels susceptibles d'être échangés par voie électronique, c'est-à-dire à la quasi-totalité des biens et services culturels.

Un second accord également préoccupant de ce point de vue est l'*Accord de partenariat transpacifique*⁷ qui vient tout juste d'être signé, le 5 octobre 2015, et qui rejoint pas moins de douze États, à savoir le Canada, les États-Unis, le Mexique, le Pérou, le Chili, le Japon, la Malaisie, Singapour, le Brunei Darussalam, le Vietnam, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Même si le texte de celui-ci n'est pas encore disponible, des informations concernant le traitement de la culture sont accessibles grâce au résumé que certaines parties à l'accord en ont fait. C'est ainsi qu'on apprend, dans le résumé fait par le ministère des Affaires étrangères du Canada, que le chapitre sur le commerce transfrontalier des services et le chapitre sur l'investissement comprennent « une réserve générale s'appliquant dans les domaines des services et de l'investissement en ce qui touche les programmes et politiques (en vigueur ou adoptés dans l'avenir) qui concernent les industries culturelles, visant à promouvoir, de façon directe ou indirecte, les activités de création, de développement ou d'accessibilité de l'expression artistique et son contenu canadien ». Dans le chapitre sur le commerce électronique, par ailleurs, le résumé énonce que les parties ne pourront pas « imposer de droits de douane ou d'autres taxes sur les produits numériques en ligne ou exercer une discrimination à leur égard ».

On pourra se féliciter du fait que le Partenariat transpacifique introduise ainsi des réserves importantes concernant le traitement des industries culturelles dans les chapitres sur les services et l'investissement. Mais tout comme dans l'accord Canada/Union européenne, on peut constater que les biens culturels, contrairement aux services culturels, n'y sont pas protégés. Et ce qui est plus inquiétant, il semblerait que dans le chapitre concernant le commerce électronique, les engagements des parties incluent cette fois la non-discrimination, ce qui risque de réduire sérieusement le pouvoir des parties d'adopter les politiques et mesures qu'ils jugent nécessaires pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

Un troisième accord important dont la négociation n'est toujours pas complétée, mais qu'il faudra examiner de près lorsque que le texte de celui-ci sera rendu public, est le *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* entre l'Europe et les États-Unis. La France, d'entrée de jeu, avait demandé que les services audiovisuels soient totalement exclus des négociations, en conformité avec une position constante de l'Union européenne, celle qui garantit le principe de l'« exception culturelle ». Mais si le Parlement européen, les ministres de la culture d'une quinzaine de pays et nombre d'artistes prestigieux ont appuyé cette position, peu de capitales étrangères ont manifesté leur appui à Paris⁸. En fin de compte, la

⁷ Pour un résumé de cet accord qui n'est pas encore public, voir : www.international.gc.ca/media/comm/news-communiqués/2015/10/02a.aspx?lang=fra (consulté le 18 octobre 2015).

⁸ Voir J.-J. Mevel, « Libre échange : Paris obtient gain de cause sur la culture », *Le Figaro.fr*, Économie, 14 juin 2013.

France a obtenu que les services audiovisuels soient exclus du mandat de négociation accordé à la Commission européenne, mais avec cette réserve que l'audiovisuel pourrait y être ajouté « plus tard » si unanimité entre les Etats membres. Il est difficile de prédire exactement quel sera le sort réservé à la culture dans cet accord. Mais à en juger par la position défendue avec acharnement par les États-Unis depuis une décennie, il y a fort à parier qu'aucune exception culturelle ne sera acceptée en ce qui concerne le commerce électronique des produits audiovisuels.

Si tel devait être le cas, des interventions gouvernementales qui visent à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles pourraient se retrouver fragilisées. Une loi comme la *Loi relative au prix du livre numérique*⁹ adoptée par le parlement français le 17 mai 2011, par exemple, serait-elle à l'abri d'une contestation ? Difficile à dire. Celle-ci oblige tous les éditeurs de livres situés en France à fixer le "prix de vente au public" des versions numériques des livres qu'ils éditent, et oblige tous les marchands à s'y conformer dès lors qu'ils vendent des livres à des acheteurs situés en France (théoriquement, la loi pourrait donc s'appliquer aussi aux sites Internet étrangers de livres électroniques qui vendent des livres français aux internautes français). Cette dernière obligation, décrite comme une clause d'extraterritorialité, a fait l'objet de débats importants en France même. Pour l'Assemblée nationale, l'adoption de cette clause pouvait fragiliser l'ensemble du projet. Elle s'inquiétait en particulier du fait qu'elle paraissait assez nettement incompatible avec le principe de la libre prestation des services. Le Sénat, pour sa part, a fait valoir que si la Commission européenne, dans ses avis sur la *Loi relative au prix du livre numérique* de la France, avait émis de fortes réserves concernant celle-ci, elle n'avait pas « fermé la porte » puisqu'elle avait posé au Gouvernement français une série de questions qui nécessitaient « des réponses très argumentées afin de lever ces réserves »¹⁰. Il s'agissait donc de sensibiliser les États membres et les institutions européennes à la nécessité de mieux prendre en compte la CDEC en révisant à cette fin les directives invoquées dans les avis de la Commission. Il fallait, en d'autres termes, en arriver à convaincre les instances communautaires que la mesure incriminée répondait à une exigence impérative d'ordre public susceptible de justifier des restrictions à la libre circulation des services. Ultimement, la *Loi relative au prix du livre numérique* a été adoptée avec son exigence concernant les sites Internet étrangers et est toujours en vigueur¹¹.

Ainsi qu'on peut le constater à l'examen de ces récents accords de libre-échange, la préservation de la diversité culturelle à l'ère numérique est loin d'être un acquis. Tout se passe comme si beaucoup d'États qui ont signé la CDEC, dès lors qu'ils embarquent dans de nouvelles négociations multilatérales, régionales ou bilatérales, perdent de vue la nécessité de préserver intégralement leur droit souverain de formuler et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles. Si on cherche à comprendre pourquoi il en est ainsi, deux explications viennent immédiatement à l'esprit. La première concerne l'absence de transparence dans la

⁹ *Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique*, J.O.R.F. du 28 mai 2011, p. 9234.

¹⁰ France, Sénat, *Rapport fait au nom de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, relative au prix du livre numérique*, par C. Mélot, session ordinaire de 2010-2011, n° 339, p. 9, www.senat.fr/rap/l10-339/l10-3391.pdf (consulté le 18 octobre 2015).

¹¹ Une plainte a bien été déposée récemment auprès de la Cour de justice concernant cette loi, mais elle ne concerne qu'un aspect secondaire de celle-ci, à savoir le taux réduit de TVA appliqué au livre numérique : *Commission européenne c. République française*, Affaire C-479/13, 5 mars 2015 (CJUE).

conduite de ces négociations. Ce manque de transparence se manifeste d'abord au sein même des appareils gouvernementaux. Très souvent, en effet, les ministères économiques responsables des négociations sont réticents à impliquer dans les négociations les autres ministères et agences concernés, y compris ceux à vocation culturelle. C'est ainsi que sous prétexte de confidentialité, les engagements pris dans le secteur culturel ne sont révélés parfois qu'au terme des négociations, laissant très peu de place à une prise en compte sérieuse des préoccupations culturelles. L'absence de transparence se manifeste aussi dans les échanges entre les gouvernements et la société civile. Peu d'États ont pris la peine d'instaurer des mécanismes de consultation avec les acteurs de la société civile dans le cadre de telles négociations. Le Canada l'avait fait dans les années 1990 avec la mise en place des groupes de consultation sectoriels sur le commerce extérieur. Parmi les groupes créés, il s'en trouvait un sur les industries culturelles qui alla jusqu'à rédiger un projet de convention sur la protection de la diversité culturelle. L'ensemble de ce processus de consultation devait toutefois être démantelé au début des années 2000.

La seconde explication va au-delà de ces considérations procédurales : elle met en cause la volonté même des États. Toute défense sérieuse de la capacité des États de préserver leur pouvoir d'adopter les politiques et mesures qu'ils jugent nécessaires pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles implique au départ une conviction sans faille du bien-fondé de l'objectif et une volonté réelle de le réaliser. La France, comme on l'a vu dans le Rapport Lescure ainsi que dans sa prise de position ferme concernant le mandat de négociation de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis, peut être vue comme un modèle à cet égard. Malheureusement, rares sont les États signataires de la CDEC qui sont prêts à aller aussi loin dans la défense de la diversité des expressions culturelles. Même le Canada, qui a joué un rôle de premier plan dans les démarches qui ont mené à l'adoption de celle-ci, n'a pas su protéger entièrement le secteur du livre dans ses négociations de libre-échange avec l'Union européenne. La défense de « l'exception culturelle canadienne », celle qui consistait à exclure toutes les industries culturelles de la portée des accords de libre-échange qu'il signait, a cédé devant les pressions commerciales de l'Union européenne. Pour contrer cet engagement timide des États dans la défense de la diversité des expressions culturelles et faire pression sur ces derniers, il sera important que la société civile, et plus particulièrement les coalitions nationales sur la diversité culturelle ainsi que la Fédération internationale des coalitions sur la diversité culturelle, qui ont joué un rôle fort important lors des négociations de la CDEC, interviennent plus vigoureusement auprès des Parties à la CDEC. Malheureusement, plusieurs de ces coalitions nationales, faute de ressources, ont cessé d'exister. Il faudra enfin que les Parties à la CDEC adoptent des directives sur la protection et la promotion de la diversité culturelle à l'ère du numérique qui insistent, entre autres choses, sur la nécessité d'une plus grande transparence dans la négociation des accords commerciaux susceptibles d'affecter la marge de manœuvre des États dans le domaine culturel.

Enfin, il importe de rappeler que les industries culturelles sont souvent divisées lorsque vient le temps de mettre en place des mesures de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles. Plusieurs d'entre elles souhaitent tirer profit des possibilités qu'offre le numérique et veulent pouvoir agir à leur guise sans intervention gouvernementale. C'est ainsi que des entreprises françaises, à la recherche de nouveaux modèles de distribution et de rémunération des auteurs face à des géants comme Amazon, ont commencé récemment à offrir leurs ouvrages numériques en *streaming*, c'est-à-dire comme Netflix le fait pour les séries télévisées et les films. Confrontée à ce développement, Fleur Pellerin, ministre de la Culture et de la Communication au sein du gouvernement français a saisi alors la médiatrice du livre de la question de savoir s'il y avait lieu d'autoriser sur le territoire français l'abonnement illimité pour les livres numériques (*streaming*), considérant que cette offre n'était pas conforme à la *Loi relative au prix du livre numérique*. Le 19 juin 2015, la médiatrice du livre donnait son accord pour la diffusion des modèles d'abonnement en *streaming* pour les livres numériques après avoir obtenu des principales plateformes de lecture en *streaming* qu'elles changent leurs offres pour les rendre compatibles avec les exigences de la *Loi relative au prix du livre numérique*. Mais cette décision ne règle pas tous les problèmes¹². Elle laisse de côté d'autres aspects de ce mode de diffusion qui demeurent encore problématiques pour l'industrie du livre qui craint la disparition de certains intermédiaires et surtout le pouvoir dominant des nouveaux entrants. En optant pour aller de l'avant avec ce modèle de diffusion, la France semble avoir voulu préciser les limites de ses interventions en laissant entendre que le numérique pourrait aussi avoir ses côtés positifs pour la culture et que la préservation de la diversité des expressions culturelles n'était pas synonyme de préservation des modèles d'affaires traditionnels dans le domaine culturel.

Ainsi, au terme de cette première décennie de la CDEC, on peut affirmer sans hésitation qu'elle a contribué positivement à faire reconnaître le droit des États de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et préserver la diversité des expressions culturelles. Mais des nuages sombres s'amoncellent à l'horizon. Trois grandes négociations de libre-échange bilatérales ou régionales auront suffi à faire comprendre que rien n'était définitivement acquis à cet égard.

Au contraire, des signaux inquiétants donnent à croire que le message de la CDEC pourrait être en voie de s'effriter. Confrontés à une convergence économique croissante elle-même dopée par le développement accéléré du numérique, les États tendent à baisser la garde lorsque vient le temps de protéger les intérêts culturels face aux intérêts économiques. Ce ne sont pas tous les États qui sont en mesure de s'opposer à des demandes qui viennent limiter leur capacité d'intervenir dans le champ culturel. Comme les négociations de libre-échange se sont multipliées depuis l'entrée en vigueur de la Convention, on peut s'attendre à ce qu'un certain nombre d'entre eux, surtout parmi les pays en développement, prennent des engagements irréversibles qui vont à l'encontre des objectifs de la Convention. Il est donc urgent d'agir immédiatement en vue de prévenir un tel développement.

¹² Voir S. Michaux, « Le livre en abonnement streaming, opportunité ou menace ? », *Lettres numériques*, 7 février 2014, www.lettresnumeriques.be/2014/02/07/le-livre-en-abonnement-streaming-opportunit%C3%A9-ou-menace/ (consulté le 18 octobre 2015).

Dans les pages qui suivent, diverses options pour raffermir l'« exception culturelle » dans les négociations commerciales seront examinées. Dans un premier temps, on se penchera sur les références explicites à la CDEC dans les accords de commerce pour en dresser d'abord un état des lieux, identifier ensuite les bonnes pratiques et enfin faire des recommandations. Dans un deuxième temps, notre attention se portera sur le traitement du commerce électronique dans les accords commerciaux et sur les implications de ce dernier pour la diversité des expressions culturelles. En conclusion, nous ferons valoir que le débat sur l'interface commerce-culture va au-delà de l'audiovisuel et de l'exception culturelle. Tout ce qui pourra être fait pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles viendra en appui à l'exception culturelle.

I. L'INCORPORATION DE REFERENCES EXPLICITES A LA CDEC DANS LES ACCORDS DE COMMERCE : ETAT DES LIEUX ET BONNES PRATIQUES

Au cours des dernières années, des États et groupes d'États Parties à la CDEC ont développé une nouvelle pratique : l'incorporation de références explicites à cet instrument juridique dans une multitude de textes et de documents élaborés aux niveaux local, national, régional et international, dans divers secteurs d'activité¹³. Ce rapport s'intéresse spécifiquement à l'incorporation de telles références dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux conclus depuis l'adoption de la CDEC. Suite à une brève analyse des implications juridiques entourant l'incorporation de ces références (I.1), un état des lieux des références explicites à la CDEC dans les accords de commerce est présenté (I.2). Donnant suite à l'une des recommandations du rapport du RIJDEC publié en décembre 2013¹⁴, cette section se termine sur la présentation d'un compendium des clauses de relations entre les traités que l'on retrouve en droit international et qui pourraient inspirer l'élaboration de nouvelles formes de référence à la CDEC dans les accords de commerce (I.3).

I.1 Les implications juridiques entourant l'incorporation de références explicites à la CDEC dans les accords de commerce – enjeux traditionnels/nouveaux enjeux à l'ère du numérique

La construction même de l'ordre juridique international, qui tient bien davantage de l'archipel ou du réseau que de la pyramide, explique que les questions d'articulation entre les normes qui le composent y aient une acuité bien supérieure à celles qui concernent les règles des droits internes ou, même, du droit européen. Lorsqu'un ordre juridique est organisé selon la logique pyramidale de la hiérarchie des normes, les relations entre ces normes sont essentiellement envisagées sous l'angle de la subordination (la règle A doit être conforme à la règle B, si cette dernière lui est supérieure) et de la validité (si la règle A ne respecte pas la règle B qui lui est supérieure, la règle A doit être invalidée). Il n'existe pas de tels principes organisateurs dans l'ordre international qui, sous réserve de quelques normes impératives que tous les traités internationaux doivent respecter¹⁵, se caractérise surtout

¹³ Pour une liste non exhaustive des références à la CDEC dans l'ensemble de ces textes et documents, voir l'inventaire en cours d'élaboration sur le site de l'UNESCO : www.unesco.org/culture/cultural-diversity/2005convention/en/internationalcoordination/documentlist/ (consulté le 18 octobre 2015).

¹⁴ Voir la 12^e recommandation du rapport : RIJDEC, *La mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique : enjeux, actions prioritaires et recommandations*, par V. Guèvremont (dir.), I. Bernier, M. Burri, M. Cornu, L. Richieri Hanani et H. Ruiz Fabri, rapport présenté au Comité intergouvernemental de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 7^e sess. ord., Paris, 10-13 décembre 2013, 15 novembre 2013, 76 p.

¹⁵ Normes de *Jus Cogens*, dont l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 dispose que la méconnaissance par un traité entraîne la nullité de ce dernier. Une autre question est de savoir si l'on dispose des procédures qui permettraient de garantir ce respect.

par son « horizontalité », c'est-à-dire une absence de hiérarchie générale non seulement entre ses sources (pas de hiérarchie entre droit écrit et droit non-écrit) mais aussi entre ses normes (règles issues de traités et règles coutumières ont par exemple la même valeur).

S'agissant plus précisément de l'articulation entre règles conventionnelles – c'est-à-dire issues de traités internationaux – qui est plus particulièrement en cause dans le présent rapport, la question peut se poser de deux manières un peu différentes, d'une part, sous l'angle de l'application, d'autre part, sous l'angle de l'interprétation. Les deux peuvent se mêler partiellement, mais il importe néanmoins de distinguer les hypothèses. Il existe quelques règles de référence dans les deux cas mais, comme on va le voir, elles sont loin de fournir de grandes certitudes au regard de cas concrets et ne sont au surplus que supplétives. La conjugaison de ces éléments permet d'entrevoir l'intérêt de références explicites à la CDEC dans des accords ultérieurs, en particulier dans les accords de commerce et d'investissement.

*

Si l'on prend d'abord la perspective du droit applicable à une situation particulière, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* contient deux dispositions qui visent l'articulation entre normes conventionnelles et fournissent quelques éléments de réponse : les articles 30 et 41.

L'article 30, intitulé « Application de traités successifs portant sur la même matière », dispose que :

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies¹⁶, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.
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 l'emportent.
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 :

¹⁶ « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

- a. Dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ;
 - b. Dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.
5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.

L'article 41, intitulé « Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement », dispose que :

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :
 - a. Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou
 - b. Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :
 - i. Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et
 - ii. Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.
2. A moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a) du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité.

La première remarque qu'appellent ces dispositions est leur caractère supplétif, qui signifie qu'elles ne s'appliquent qu'à défaut de stipulation spécifique et différente contenue dans les traités qu'il faut articuler. Il est important de le souligner car c'est souligner en même temps tout l'intérêt de références particulières et explicites à la CDEC dans des conventions ultérieures. Même si, comme on le verra plus loin, les types de références susceptibles d'être faits peuvent être très variés et inégalement efficaces en fonction de l'objectif

recherché, l'existence d'une référence particulière et explicite a quand même toutes les chances de produire un résultat plus clair et efficace que les règles supplétives dont le caractère général et l'ambition d'embrasser le maximum de situations conduisent à un certain nombre d'incertitudes et d'inévitables difficultés d'interprétation.

Ainsi, l'une des difficultés liées à la mise en œuvre de l'article 30, précité, est la notion de traité portant sur la même matière. Il pourrait dès lors y avoir des controverses sur la question de savoir si la CDEC et un accord de commerce postérieur peuvent être considérés comme des traités portant sur la même matière, la question subsistant même si les deux traités régissent un même objet (en l'occurrence les biens et services culturels). On se rappellera, à cet égard, les débats qui ont entouré l'élaboration même de la CDEC, dont il était contesté qu'elle soit un accord culturel relevant comme tel de la compétence de l'UNESCO dès lors qu'elle visait aussi les échanges internationaux de biens et services culturels. L'établissement de sa nature d'accord culturel a été une des conditions de sa négociation. Sans doute, nul n'est-il complètement dupe de ce type d'argumentation, qui peut sembler formaliste, mais qui a néanmoins son importance, s'agissant d'établir des compétences dans un premier temps, puis d'articuler les textes conventionnels entre eux dans un second temps. Il pourrait être difficile, même si pas impossible (c'est une question d'argumentation), de soutenir que la CDEC et un accord de commerce et d'investissement sont des traités portant sur la même matière au sens de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, alors que le contraire a été soutenu pour négocier la CDEC (par rapport notamment au droit de l'OMC). On en retiendra surtout que la présence d'une référence explicite à la CDEC, en particulier lorsqu'elle vise à protéger les objectifs de cette dernière, voire, mieux encore, à en intégrer les principes ou des dispositions précises, évite le genre de discussion à laquelle donnerait lieu une invocation de l'article 30.

En outre, si l'on admet que deux traités portent sur la même matière, l'article 30 conduit à donner, à identité de parties, la priorité au traité le plus récent, ce qui est logique puisqu'il s'agit de la manifestation de volonté la plus récente. Dans cette perspective, l'absence de toute référence à la CDEC peut produire des effets délétères, en particulier dès lors que les récents traités de commerce semblent s'avérer particulièrement libéraux en matière de commerce électronique.

Quant à l'article 41, il est moins directement menaçant mais pourrait néanmoins être utilisé pour miner les relations entre parties à la CDEC, au gré de prétentions selon lesquelles des accords ultérieurs en modifieraient la portée. Il est donc clair, là aussi, que la présence d'une référence explicite à la CDEC dans les accords de commerce et d'investissement ultérieurs permet de conjurer un tel effet.

*

Si l'on prend ensuite la perspective de l'interprétation, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* contient également des dispositions qui sont très généralement utilisées tant par les États que par les juges internationaux ou les divers mécanismes de règlement des différends, en particulier l'article 31 qui prescrit qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Le reste de l'article est dédié à définir plus avant ce

qu'est le contexte d'un traité qui inclut non seulement tout accord complémentaire de ce traité lors de sa conclusion mais aussi les accords ou pratiques ultérieurs des parties concernant l'interprétation de ce traité et, même, « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

Ces énoncés de principes et méthodes d'interprétation tiennent cependant essentiellement de la boîte à outils et ne disent *a priori* rien sur le résultat de l'interprétation dont l'auteur a une marge d'autant plus large que la ou les dispositions à interpréter sont vagues et/ou ambiguës. Il importe alors d'insister sur le fait qu'un traité ne s'interprète pas dans le vide. Néanmoins, le premier mouvement est toujours de s'intéresser à sa lettre et à ce qu'il contient. Et, s'agissant du contexte, les interprètes, en particulier les juges, tendent à procéder par cercles concentriques, en ne portant leur regard sur ce qui est à l'extérieur du traité à interpréter qu'en dernier ressort. Au vu de ces éléments, il est évident que la présence d'une référence explicite à la CDEC ne peut que faciliter sa prise en compte lors de l'interprétation d'une disposition d'un accord de commerce, même si son degré d'influence sur l'interprétation dépendra, comme on le verra plus loin, de la teneur de cette référence, voire de sa localisation. Une telle référence peut être d'autant plus importante que cela montre que la CDEC garde son actualité et reste un élément pertinent du contexte de l'interprétation. Là encore, on pense aux effets de l'expansion du numérique qui, s'ils n'étaient pas inconnus lors de la négociation de la CDEC, sont plus spectaculaires qu'on ne l'envisageait, ce qui donne d'ailleurs lieu à de nouveaux discours sur le caractère dépassé d'un certain nombre de principes posés par la CDEC, tel le principe de neutralité technologique. Une référence explicite à la CDEC neutralise ce type de prétention.

Au surplus, on n'oubliera pas que les références explicites à la CDEC ont pour effet de la renforcer. Plus elle est citée, plus sa légitimité comme instrument de référence est établie, et ce sera d'autant plus vrai qu'elle continuera à recevoir des ratifications. Au-delà de cet aspect politique, se trouve également un effet juridique. En principe, les États qui y sont parties ne pourraient en toute hypothèse pas l'ignorer dans la mise en œuvre de leurs autres engagements internationaux puisqu'elle est, comme toutes les conventions internationales, assortie de force obligatoire. De plus, les États ne sont pas censés prendre des engagements contradictoires, sauf à ce que l'engagement plus récent veuille précisément remettre en cause l'engagement plus ancien. Néanmoins, une référence explicite a le mérite de clarifier la situation en évitant d'ouvrir la porte sur une interprétation plus ou moins hasardeuse de ce que peut avoir été réellement l'intention des parties. Elle est, en outre, un message adressé aux acteurs privés dont le rôle très important, déjà perçu au moment de la négociation de la CDEC, est encore plus crucial avec le développement du numérique. Si l'on sait, comme on le verra plus loin, que leurs intérêts ne sont pas univoques, on n'oubliera néanmoins pas que nombre d'accords de commerce et d'investissement de la nouvelle génération contiennent des mécanismes de règlement des différends qui les intéressent aussi et qu'ils peuvent, de ce fait, également bénéficier directement de références à la CDEC.

Une étude plus précise des différentes références explicites à la CDEC permet de l'apercevoir.

I.2 État des lieux des références explicites à la CDEC dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux conclus entre 2005 et 2015

Depuis l'adoption de la CDEC en 2005, plusieurs dizaines d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux ont été conclus. Certains de ces accords incorporent une ou plusieurs références explicites à la Convention de 2005. Dans tous les cas, ces accords ont été conclus par l'Union européenne avec un total de vingt-six États. L'Union européenne rassemblant vingt-huit États membres, les accords concernés touchent cinquante-quatre États ainsi que l'Union européenne. Cinq États du CARIFORUM n'ayant pas ratifié la CDEC, cinquante Parties à cette Convention sont impliquées dans les sept accords commerciaux contenant une référence explicite à cet instrument.

Les sept accords peuvent être regroupés en trois catégories. La première catégorie comprend les trois accords conclus par l'Union européenne avec la République de Corée, les États du CARIFORUM et les États d'Amérique centrale. La principale caractéristique de ces accords est de comprendre, outre un important dispositif visant à libéraliser les échanges entre les Parties, un cadre de coopération prenant la forme d'un Protocole de coopération culturelle (ci-après « PCC »). Dans certains cas, des références à la CDEC apparaissent dès l'accord principal qui s'intéresse essentiellement aux aspects économiques et commerciaux de la relation entre les Parties. En ce qui concerne spécifiquement les trois PCC, ils se réfèrent tous explicitement, et à plusieurs reprises, à la CDEC, soit en renvoyant à l'acte de ratification de cet instrument par les Parties, ou encore, en faisant mention d'articles spécifiques, tels que l'article 14 (Coopération pour le développement), l'article 15 (Modalités de collaboration) ou encore l'article 16 (Traitement préférentiel pour les pays en développement). Dans certains cas, le PCC renvoie aux définitions de l'article 4 (Définitions) de la CDEC.

La deuxième catégorie rassemble trois accords d'association conclus entre l'Union européenne et la Géorgie, la République de Moldavie et l'Ukraine respectivement. Ces trois accords, quasi identiques, ne contiennent pas de PCC, mais incorporent néanmoins des références à la CDEC dans un chapitre consacré à la Coopération en matière de culture, d'audiovisuel et de média. Dans ce cas, aucun article de la CDEC n'est spécifiquement visé, les parties se contentant d'affirmer leur volonté de promouvoir la coopération culturelle en tenant compte ou en se conformant aux principes de cette Convention.

Le septième et dernier accord en date à se référer explicitement à la CDEC est l'*Accord économique commercial global* (AECG) conclu entre l'Union européenne et le Canada. Dans ce cas, la seule référence à la Convention se trouve dans le préambule. Les Parties y réaffirment de manière générale les engagements contractés en vertu de ce traité.

Le tableau ci-dessous énumère ces accords selon l'ordre chronologique décroissant, tout en citant les passages qui se réfèrent explicitement à la CDEC.

Accords commerciaux contenant une ou plusieurs références explicites à la CDEC

| Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne ¹⁷ | |
|--|--|
| Préambule, al. 11 | Affirmant les engagements qu'elles ont contractés en vertu de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et reconnaissant que leurs États ont le droit de maintenir, d'établir et de mettre en œuvre leurs propres politiques culturelles et de soutenir leurs industries culturelles dans le but de renforcer la diversité des expressions culturelles et de préserver leur identité culturelle, y compris par le recours à des mesures de réglementation et de soutien financier. |
| Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part ¹⁸ | |
| Titre VI « Other Cooperation Policies », chap. 17 « Cooperation in the Cultural Field », art. 362 | The Parties will promote cultural cooperation taking duly into account the principles enshrined in the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005 . The Parties will seek a regular policy dialogue in areas of mutual interest, including the development of cultural industries in the EU and Georgia. Cooperation between the Parties will foster intercultural dialogue, including through the participation of the culture sector and civil society from the EU and Georgia. |
| Titre VI « Other Cooperation Policies », chap. 18 « Cooperation in the Audiovisual and Media Fields », art. 365 § 1 | The Parties shall develop a regular dialogue in the field of audio-visual and media policies and cooperate to reinforce independence and professionalism of the media as well as links with EU media in compliance with relevant European standards, including standards of the Council of Europe and the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005 . |
| Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part ¹⁹ | |
| Titre IV « Economic and Other Sectoral Cooperation », chap. 25 « Cooperation on Culture, Audio-visual Policy and Media », art. 130 | The Parties will promote cultural cooperation in accordance with the principles enshrined in the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (Unesco) Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005 . The Parties will seek a regular policy dialogue in areas of mutual interest, including the development of cultural industries in the EU and the Republic of Moldova. Cooperation between the Parties will foster intercultural dialogue, including through the participation of the culture sector and civil society of the EU and of the Republic of Moldova. |
| Titre IV « Economic and Other Sectoral Cooperation », chap. 25 « Cooperation on Culture, Audio-visual Policy and Media », | Cooperation could include, inter alia, the issue of the training of journalists and other media professionals, as well as support to the media, so as to reinforce their independence, professionalism and links with EU media in compliance with European standards, including standards of the Council of Europe and the 2005 Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions . |

¹⁷ L'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne a été conclu le 5 août 2014. Il est à noter que les informations se trouvant dans ce tableau sont celles contenues dans le texte de la version consolidée de l'AECG.

¹⁸ Accord signé le 27 juin 2014, J.O.U.E. L 261 du 30 août 2014, p. 4 (entré en vigueur le 1^{er} septembre 2014).

¹⁹ Accord signé le 27 juin 2014, J.O.U.E. L 260 du 30 août 2014, p. 4 (entré en vigueur le 1^{er} septembre 2014).

| | |
|---|---|
| art. 131 § 2 | |
| Annexe XIV du chap. 25 « Cooperation on Culture, Audio-visual Policy and Media » du Titre IV | The Republic of Moldova undertakes to gradually approximate its legislation to the following EU legislation and international instruments within the stipulated timeframes. [...] 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions Timetable: not applicable |
| EU-Ukraine Association Agreement²⁰ | |
| Titre V « Economic and Sector Cooperation », chap. 24 « Culture », art. 439 | The Parties shall endeavour to develop a regular policy dialogue on culture in order to foster the development of cultural industries in the EU and in Ukraine. To this end, the Parties shall implement properly the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005 . |
| Titre V « Economic and Sector Cooperation », chap. 24 « Culture », art. 440 | The Parties shall endeavour to develop a regular policy dialogue on culture in order to foster the development of cultural industries in the EU and in Ukraine. To this end, the Parties shall implement properly the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005 . |
| Accord établissant une association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Amérique centrale²¹, d'autre part²² | |
| AA, Titre VIII « Coopération culturelle et audiovisuelle », art. 74 « Coopération culturelle et audiovisuelle », § 3 | Les parties encouragent la coordination dans le cadre de l'UNESCO, en vue de promouvoir la diversité culturelle, notamment par le biais de consultations sur la ratification et l'application de la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles par la partie UE et les républiques de la partie Amérique centrale. La coopération inclut également la promotion de la diversité culturelle, notamment en ce qui concerne les populations autochtones et les pratiques culturelles d'autres groupes spécifiques, dont l'enseignement des langues autochtones. |
| PCC, Préambule, al. 1 ^{er} | AS SIGNATORIES to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions , adopted in Paris on 20 October 2005 (hereinafter referred to as the "UNESCO Convention"), which entered into force on 18 March 2007, the Parties intend to effectively implement the UNESCO Convention and to co-operate within the framework of its implementation, building upon the principles of the Convention and developing actions in line with its provisions, notably its Articles 14, 15 and 16. |
| PCC, art. 1 « Scope, Objectives and Definitions », § 3 | The UNESCO Convention constitutes the reference for all definitions and concepts used in this Protocol. In addition, for the purpose of this Protocol, and in particular its Article 3, "artists and other cultural professionals and practitioners", as referred to in Article 16 of the UNESCO Convention , covers natural persons that perform cultural activities, produce cultural goods or participate in the direct supply of cultural services. |

²⁰ Accord signé le 27 juin 2014 (non en vigueur).

²¹ Les États parties de l'Amérique centrale sont : Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama.

²² Accord signé le 29 juin 2012 (entré en vigueur le 1^{er} août 2013).

| | |
|--|--|
| PCC, Section C « Final Provisions », art. 9 « Final Provisions », § 1 | The provisions of this Protocol shall apply between the EU Party and each Republic of the CA Party from the first day of the month following the date in which that Republic of the CA Party has deposited its instrument of ratification of the UNESCO Convention . |
| PCC, Section C « Final Provisions », art. 9 « Final Provisions », § 2 | If all the Republics of the CA Party have deposited their instruments of ratification of the UNESCO Convention before the exchange of notifications referred to in paragraphs 2 and 3 of Article 353 of Part V (Final Provisions) of this Agreement, the provisions of this Protocol shall apply from the date of entry into force of this Agreement. |
| Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part ²³ | |
| ALE, art. 15.10 « Entrée en vigueur », § 3 | Indépendamment des paragraphes 2 et 5, les parties appliquent le protocole relatif à la coopération culturelle dès le premier jour du troisième mois suivant la date à laquelle la Corée dépose son instrument de ratification de la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée à Paris le 20 octobre 2005 (ci-après la « convention de l'Unesco ») auprès du secrétariat de l'Unesco à Paris, à moins que la Corée ne l'ait déposé avant l'échange de notifications visé aux paragraphes 2 ou 5. |
| PCC, Préambule, al. 1 ^{er} | AYANT RATIFIÉ LA CONVENTION DE L'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles , adoptée à Paris, le 20 octobre 2005 (ci-après la « convention de l'Unesco ») et entrée en vigueur le 18 mars 2007, conformément à la procédure prévue à l'article 15.10, paragraphe 3 (Entrée en vigueur), décidées à mettre effectivement en œuvre la convention de l'Unesco et à coopérer dans le cadre de cette mise en œuvre, en s'inspirant des principes de la convention et en menant des actions dans l'esprit de ses dispositions. |
| PCC, art. 1 « Champ d'application, objectifs et définitions », § 4 | Aux fins du présent protocole : les termes « diversité culturelle », « contenu culturel », « expressions culturelles », « activités, biens et services culturels » et « industries culturelles » s'entendent au sens de leurs définitions et de leur emploi dans la convention de l'Unesco ; on entend par « artistes et autres professionnels de la culture » les personnes physiques qui réalisent des activités culturelles, qui produisent des biens culturels ou qui participent à la prestation directe de services culturels. |
| PCC, Section B « Dispositions sectorielles », sous- section A « Dispositions relatives aux œuvres audiovisuelles », art. 5 « Coproductions audiovisuelles », § 6 (f) | Pour pouvoir bénéficier des régimes respectifs de promotion du contenu culturel régional ou local visés aux paragraphes 4 et 5, les coproductions doivent respecter les conditions suivantes : [...] f) la participation de producteurs de pays tiers ayant ratifié la convention de l'Unesco à une œuvre audiovisuelle coproduite est acceptée à concurrence de 20 pour cent au maximum, si possible, des coûts totaux de production et/ou de la contribution technique et artistique à l'œuvre audiovisuelle. |

²³ Accord signé le 6 octobre 2010, J.O.U.E. L 127 du 14 mai 2011, p. 6 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011).

| Accord de partenariat économique entre les États du CARIFORUM²⁴, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part²⁵ | |
|--|--|
| PCC, Préambule, al. 1 ^{er} | Ayant ratifié la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles , qui a été adoptée à Paris le 20 octobre 2005 et qui est entrée en vigueur le 18 mars 2007, ou ayant l'intention de la ratifier prochainement. |
| PCC, Préambule, al. 2 | Prévoyant de mettre efficacement en œuvre la convention de l'Unesco et de coopérer dans le cadre de cette mise en œuvre, en se basant sur les principes de la convention et en prenant des mesures conformes à ses dispositions, notamment ses articles 14, 15 et 16. |
| PCC, art. 1 « Champ d'application, objectifs et définitions », § 3 | Les définitions et principes utilisés dans le présent protocole correspondent à ceux de la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles , adoptée à Paris le 20 octobre 2015. |

Il ne fait aucun doute que le modèle d'accord assorti d'un PCC ou d'un cadre autonome de coopération culturelle constitue la meilleure pratique développée à ce jour par des Parties à la CDEC, malgré les critiques pertinentes exprimées par certains États membres de l'Union européenne à l'égard des PCC lors de leur négociation. Les trois accords comprenant un PCC démontrent en effet une volonté claire des Parties de mettre en œuvre les principes et objectifs de la CDEC, sans pour autant faire fi des considérations commerciales qui peuvent être associées à une coopération poussée dans le secteur de la culture. D'ailleurs, les PCC mettent notamment en œuvre l'article 16 de la CDEC en prévoyant un traitement préférentiel que les parties s'engagent à accorder à leurs partenaires en développement ou à s'accorder mutuellement, selon l'accord. De manière plus générale, les PCC touchent à plusieurs facettes de la coopération culturelle, en structurant les relations entre les Parties et en soutenant le développement de nouvelles initiatives conjointes.

La multiplication d'accords de ce type ou, plus généralement, d'accords où les dispositions commerciales et celles adressant la coopération culturelle sont traitées de manière complémentaire, ne peut être que souhaitable. En effet, rien ne s'opposerait à ce que ce modèle d'accord de libre-échange assorti d'un PCC soit repris par des États développés qui souhaitent conclure un accord commercial bilatéral ou régional et, simultanément, approfondir leur coopération dans le secteur de la culture. L'AECG conclu entre le Canada et l'Union européenne aurait pu s'engager sur cette voie. Considérant le rôle moteur que le Canada et plusieurs États de l'Union européenne ont joué lors de la négociation de la CDEC, il est même regrettable que cet accord se limite à l'incorporation d'une seule référence à la Convention dans le préambule et que certains chapitres omettent de souligner le caractère spécifique des biens culturels, par rapport aux autres biens visés par les engagements de libéralisation.

²⁴ Les États du CARIFORUM sont les suivants : Antigua-et-Barbuda, le Commonwealth des Bahamas, la Barbade, le Belize, le Commonwealth de Dominique, la République dominicaine, la Grenade, la République de Guyana, la République d'Haïti, la Jamaïque, Saint-Christophe-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, la République du Suriname, la République de Trinidad-et-Tobago.

²⁵ Accord signé le 15 octobre 2008 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 2008).

Enfin, il peut être utile de souligner qu'il existe d'autres modèles d'accords commerciaux qui, sans incorporer des références explicites à la CDEC, renvoient néanmoins à des notions qui sont intimement liées aux objectifs et principes de cet instrument international. À titre d'illustration, certains accords conclus entre l'UE et les pays africains, non assortis de PCC, se réfèrent aux notions de développement culturel²⁶ ou de diversité culturelle²⁷. C'est le cas également de plusieurs accords conclus par le Canada, dont le Préambule contient certaines mentions relatives aux politiques culturelles, à la diversité culturelle ou encore aux produits et services culturels²⁸. Un autre exemple pertinent est l'Accord de libre-échange conclu entre la Nouvelle-Zélande et le Taipei chinois, qui, dans son Préambule, met l'accent sur l'importance de la coopération culturelle et des échanges culturels entre les Parties²⁹. Bien que ces accords démontrent la volonté des Parties de mettre de l'avant certaines préoccupations d'ordre culturel, de telles références aussi générales ne permettent cependant pas de cibler spécifiquement l'ensemble des objectifs, des principes et des engagements découlant de la CDEC. Par conséquent, force est d'admettre que cette approche ne permet qu'une mise en œuvre limitée de l'article 21 de la CDEC qui demande explicitement aux Parties de promouvoir les objectifs et principes de cette convention dans les autres enceintes internationales.

Ainsi, il ressort ultimement de l'analyse qui précède que seule l'Union européenne a réussi à stimuler l'émergence d'un nouveau modèle d'accord de libre-échange qui incorpore une ou des référence(s) explicite(s) à la CDEC. En effet, non seulement les sept accords présentés dans le tableau de cette section ont été conclus par l'Union européenne, mais surtout, des États partenaires de l'UE liés par ces sept accords n'ont pas jugé bon de reproduire ce modèle dans leurs négociations commerciales subséquentes. La meilleure illustration de ce phénomène est certainement l'*Accord de libre-échange Canada – République de Corée* qui n'incorpore aucune référence explicite à la CDEC³⁰. Il serait intéressant de voir si l'*Accord de*

²⁶ Sur ce point, voir : *Stepping Stone Economic Partnership Agreement between Ghana, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part*, signé le 10 juillet 2008. Voir également : *Accord intérimaire établissant le cadre d'un accord de partenariat économique entre les États d'Afrique orientale et australe, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres d'autre part*, signé le 29 août 2009 et entré en vigueur le 14 mai 2012.

²⁷ Ainsi, l'*Accord d'étape vers un accord de partenariat économique* conclu entre la Communauté européenne et les pays de l'Afrique centrale, signé le 15 janvier 2009 et entré en vigueur le 1er octobre 2009, indique dans son Préambule que : « les Parties n'encourageront pas les investissements étrangers directs moyennant un affaiblissement de leurs législations et réglementations intérieures [...] ayant pour but de protéger et de promouvoir la diversité culturelle ».

²⁸ Au sein de ces accords, les Parties indiquent par exemple qu'ils sont « [d]écidés à collaborer en vue de faire reconnaître que les États doivent rester en mesure de préserver, d'élaborer et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles pour renforcer la diversité culturelle ». Voir notamment : *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, signé le 14 mai 2010 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2013 ; *Accord de libre-échange Canada-Honduras*, signé le 5 novembre 2013 (non en vigueur) ; *Accord de libre-échange Canada-Corée*, signé le 22 septembre 2014 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

²⁹ Voir : Préambule de l'*Agreement between New Zealand and Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Cooperation*, signé le 10 juillet 2013 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2013.

³⁰ *Accord de libre-échange Canada – République de Corée*, signé le 22 septembre 2014 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

libre-échange Canada-Ukraine (ALECU), conclu le 14 juillet 2015³¹, fait mention explicitement de la CDEC, au même titre que l'Accord d'association UE-Ukraine et l'AECG.

L'avenir de la CDEC repose pourtant sur la multiplication de références à celle-ci dans tous les forums et à tous les niveaux, mais en particulier dans les accords commerciaux négociés par les Parties. Ces références seront d'autant plus cruciales que la diversité des expressions culturelles tend de plus en plus à se manifester dans un environnement numérique où la réglementation visant à promouvoir et à protéger cette diversité tarde à voir le jour. Cette réalité pose de sérieuses difficultés aux États qui s'investissent dans un processus de libéralisation des échanges qui vise le commerce électronique. Certes, les États ont toujours le choix d'exclure la culture de leurs engagements commerciaux par l'incorporation d'une exemption culturelle. Mais à défaut d'opter pour une telle exemption, des engagements très contraignants peuvent résulter d'un accord et réduire considérablement la marge de manœuvre d'un État pour intervenir en faveur de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique. En outre, bien que la technique de la réserve puisse être utilisée pour exclure de la portée des engagements des politiques culturelles en vigueur ou à venir, les États qui ne se sont pas dotés de stratégie d'intervention visant spécifiquement l'environnement numérique peinent à identifier la marge de manœuvre qu'ils doivent protéger. On remarque ainsi, dans plusieurs accords conclus au cours de la dernière décennie, de nombreux accords contenant des engagements visant à libéraliser les « produits numériques » sans pour autant incorporer de clauses visant à prendre en compte la spécificité des « produits culturels numériques ». Il serait souhaitable qu'une référence explicite aux objectifs et principes de la CDEC figure dans de tels chapitres.

Les Parties à la CDEC doivent redoubler de vigilance à cet égard. Une pression devrait également venir de la société civile, dont les parties prenantes paieront le prix d'une libéralisation incontrôlée du commerce électronique. Les artistes et professionnels de la culture devraient se mobiliser pour exiger le respect des objectifs et principes de la CDEC dans l'environnement numérique et requérir une approche cohérente de leurs gouvernements lorsque ceux-ci sont engagés dans la négociation de nouvelles ententes commerciales. À cet égard, le silence de la société civile à propos de la récente conclusion du Partenariat Transpacifique, dont le chapitre sur le commerce électronique ne semble contenir aucune clause culturelle³², est plus que frappant.

³¹ Le texte de cet accord n'est pas disponible (en date du 15 octobre 2015). Pour plus de détails sur l'accord, voir : www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fta-ale.aspx?lang=fra (consulté le 18 octobre 2015).

³² Un « Résumé technique de cet accord » est disponible sur le site Internet d'Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/understanding-comprendre/13-E-Comm.aspx?lang=fra (consulté le 18 octobre 2015). Alors que ce résumé indique la présence d'une exception culturelle dans certains chapitres du PTP, le « Chapitre portant sur le commerce électronique » demeure silencieux à cet égard. On peut notamment y lire ce qui suit : « [a]u cours des dix dernières années, le nombre d'utilisateurs d'Internet partout dans le monde a fait un bond spectaculaire, passant de 1 milliard à 3,2 milliards [...]. Les produits numériques comme les jeux vidéo, la musique et les vidéos sont téléchargés directement par le consommateur [...]. Dans l'Accord du PTP, les États membres ont convenu d'un ensemble de règles qui faciliteront la croissance économique et les débouchés commerciaux au moyen du commerce électronique et atténueront les plus récents obstacles au commerce électronique. Ces règles comprennent des engagements à ne pas appliquer de droits de douane aux produits livrés électroniquement, à protéger les renseignements personnels et à collaborer sur des questions critiques en matière de sécurité des communications électroniques [...]. Le chapitre comprend des engagements pour

I.3 Compendium des clauses de relations entre les traités

Cette section vise à donner un aperçu de la pratique conventionnelle des États en matière de clauses de relations entre les traités. L'expression « clauses de relations entre les traités » est un terme générique qui sert à désigner toute disposition qui figure dans un traité et qui contient une « référence » à un autre élément du droit international conventionnel situé hors traité³³. Pour réaliser cette étude, une cinquantaine de traités internationaux a été examinée. Cet échantillon a été constitué de manière à avoir une certaine diversité d'instruments juridiques, tant du point de vue de leur portée géographique (traités multilatéraux, plurilatéraux, régionaux, bilatéraux) que de leur portée matérielle (traités en matière de commerce, d'environnement, de coopération et de sécurité, de culture, de gestion des espaces, de droits de la personne...) et de leur date d'adoption (de 1945 à 2013).

Ont toutefois été exclues du champ d'application de cette étude les clauses établissant des relations entre les traités relevant d'un même système conventionnel. Tel est notamment le cas des clauses de relations entre les différents accords de l'OMC ou encore, des clauses de protocoles d'application qui renvoient à la convention-cadre en vertu de laquelle ils ont été élaborés³⁴. Dans ces exemples, le lien de connexité entre les différents instruments mis en relation par les clauses apparaît sans doute trop marqué pour qu'il puisse présenter un réel intérêt dans le cadre du présent rapport.

Cette section est divisée en deux parties. Dans un premier temps, on exposera les observations générales qui se dégagent de l'examen de la pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités. Dans un second temps, on présentera les enseignements que l'on peut tirer de ces observations générales pour le contexte spécifique de la relation entre les accords commerciaux et la CDEC.

faciliter l'utilisation du commerce électronique comme outil d'échange [...]. *Il fait en sorte que les parties ne peuvent pas imposer des droits de douane ou d'autres taxes sur les produits numériques en ligne ou exercer une discrimination à leur égard* » (nos italiques).

³³ Dans l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, § 58 et suiv., la Cour internationale de Justice opère une distinction entre les clauses conventionnelles qui contiennent une simple « référence » aux autres règles du droit international et les « clauses de renvoi » qui ont pour effet d'obliger les parties à un traité à respecter des obligations existant à l'extérieur du traité pour se conformer au traité. On peut donc en déduire que la « clause de renvoi » est une forme particulière de clause de relation entre les traités (ou de clause de référence à d'autres traités).

³⁴ On peut penser aux références à la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, (1994) 1771 R.T.N.U. 107, 191 (entrée en vigueur le 21 mars 1994), qui figurent dans le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, (2005) 2303 R.T.N.U. 162, 235 (entrée en vigueur le 16 février 2005) ou aux références à la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 22 mars 1985, (1988) 1513 R.T.N.U. 293, 339 (entrée en vigueur le 22 septembre 1988), contenues dans le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, (1989) 1522 R.T.N.U. 3, 41 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989).

I.3.1 Observations générales sur la pratique des États en matière de clauses de relation entre les traités

L'examen de la pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités conduit à formuler deux observations générales.

En premier lieu, on remarque que le recours aux clauses de relations entre les traités est fréquent en droit international, et, de ce fait, ce type de clauses se retrouve dans la plupart des conventions internationales examinées pour cette étude. Les traités qui contiennent de telles clauses peuvent porter sur des questions diverses (environnement, commerce, santé, agriculture, paix et sécurité, culture, coopération régionale, droits de la personne...) et avoir une portée aussi bien multilatérale que bilatérale. En outre, on note que les clauses de relations entre les traités peuvent être insérées tant dans le préambule des traités que dans leur dispositif.

En second lieu, on constate qu'il existe une grande diversité de clauses de relations entre les traités. Cette diversité s'exprime essentiellement de deux façons. D'une part, ces clauses peuvent faire référence à une vaste gamme d'éléments de droit conventionnel. D'autre part, elles peuvent être utilisées par les États pour remplir différentes fonctions. On donnera à présent certains exemples de clauses de relations entre les traités qui permettent de prendre la mesure de cette double diversité.

A. Diversité des éléments de droit conventionnel visés par les clauses de relations entre les traités

Les clauses de relations entre les traités peuvent mettre un traité en relation avec différents éléments de droit conventionnel situés à l'extérieur du traité, par exemple :

a) D'autres règles du droit international, de façon indéterminée

| <i>Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles</i> | |
|---|--|
| Art. 20, § 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. |

b) D'autres règles du droit international dans un domaine de coopération spécifique, mais sans qu'aucune de ces règles ne soit précisément nommée

| <i>Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières des déchets dangereux et de leur élimination</i> | |
|---|---|
| Préambule, al. 15 | Notant qu'un certain nombre d'accords internationaux et régionaux ont porté sur la question de la protection et de la préservation de l'environnement lorsqu'il y a transit de marchandises dangereuses |

c) Une autre convention internationale, nommée

| Convention des Nations Unies contre la corruption | |
|---|--|
| Préambule, al. 14 | <i>Prenant acte avec satisfaction</i> des instruments multilatéraux visant à prévenir et combattre la corruption, tels que, entre autres, la Convention interaméricaine contre la corruption , adoptée par l'Organisation des États américains le 29 mars 1996 [...]. |

d) Un ensemble de conventions internationales, toutes individuellement nommées

| Accord de libre-échange Canada-Corée | |
|---|---|
| Art. 1.3 « Rapports avec des accords multilatéraux en matière d'environnement » et Annexe 1-A « Accord environnementaux multilatéraux » | <p>En cas d'incompatibilité entre les obligations d'une Partie au titre du présent accord et les obligations de cette Partie au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, une Partie n'est pas empêchée de prendre une mesure particulière qui est nécessaire au respect de ses obligations au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, à condition que la mesure ne soit pas appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable dans les cas où¹ les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international.</p> <p>[...]</p> <ul style="list-style-type: none"> 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, telle qu'elle a été amendée 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, tel qu'il a été amendé le 29 juin 1990, le 25 novembre 1992, le 17 septembre 1997 et le 3 décembre 1999. 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. d) 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, faite à Rotterdam le 10 septembre 1998. e) La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, faite à Stockholm le 22 mai 2001. |

e) Un ensemble de conventions internationales, précisément identifiables, mais non intégralement nommées

| Accord de libre-échange nord-américain | |
|---|---|
| Art. 103 « Rapports avec d'autres accords » | <ol style="list-style-type: none"> 1. Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres aux termes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties. 2. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaut dans la mesure de l'incompatibilité. |

f) Un article d'un traité international, nommé

| | |
|---|--|
| <i>Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes</i> | |
| Art. 14.6 | Le présent Traité sera enregistré par les gouvernements dépositaires conformément à l'Article 102 de la Charte des Nations Unies. |

g) Un article ou des articles d'un traité international, précisément identifiables, mais non nommés

| | |
|--------------------------------------|--|
| <i>Traité sur l'Union européenne</i> | |
| Art. 34, § 2, al. 2 | Les États membres qui sont membres du Conseil de sécurité des Nations unies défendront, dans l'exercice de leurs fonctions, les positions et les intérêts de l'Union, sans préjudice des responsabilités qui leur incombent en vertu des dispositions de la charte des Nations unies. |

h) Des principes et/ou objectifs d'un traité, sans que ceux-ci ne soient nommés

| | |
|--|--|
| <i>Acte constitutif de l'Union africaine</i> | |
| Préambule, al. 2 | Considérant les principes et les objectifs énoncés dans la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine et le Traité instituant la Communauté économique africaine [...] |

i) Des principes d'un traité, nommés et énoncés

| | |
|---|--|
| <i>Traité sur le commerce des armes</i> | |
| Préambule, al. 18 | Résolus à agir conformément aux principes suivants : <ul style="list-style-type: none"> – Le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, reconnu à tous les États à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies ; – Le règlement des différends internationaux par des moyens pacifiques, de manière à ne pas mettre en danger la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice, conformément à l'Article 2 (3) de la Charte des Nations Unies [...]. |

B. Diversité des fonctions remplies par les clauses de relations entre les traités

Les clauses de relations entre les traités sont utilisées par les États pour remplir différentes fonctions. Ainsi, elles peuvent par exemple servir à :

a) Souligner l'existence d'autres traités

| <i>Convention de Vienne sur le droit des traités</i> | |
|---|---|
| Préambule, al. 6 | Conscients des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies [...]. |
| <i>Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac</i> | |
| Préambule, al. 19 | Rappelant l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 [...]. |
| <i>Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique</i> | |
| Préambule, al. 16 | [R]econnaissant le rôle fondamental du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture [...]. |

b) Définir un élément substantiel ou procédural du traité

| <i>Statut de Rome de la Cour pénale internationale</i> | |
|---|---|
| Art. 8, § 2 a) « Crimes de guerre » | Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » : a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève [...]. |
| Art. 16 « Sursis à enquêter ou à poursuivre » | Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies [...]. |
| <i>Convention des Nations Unies sur le droit de la mer</i> | |
| Art. 279 « Obligation de régler les différends par des moyens pacifiques » | Les États Parties règlent tout différend surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention par des moyens pacifiques conformément à l'Article 2, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies et, à cette fin, doivent en rechercher la solution par les moyens indiqués à l'Article 33 , paragraphe 1, de la Charte. |
| <i>Accord de libre-échange Canada-Costa Rica</i> | |
| Art. II.1, al. 10 « Définitions d'application générale » | GATT de 1994 s'entend de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 qui fait partie de l'Accord sur l'OMC [...]. |

| <i>Convention relative à l'aviation civile internationale</i> | |
|---|--|
| Art. 80 | Chaque État contractant s'engage à dénoncer , dès l'entrée en vigueur de la présente Convention, la Convention portant réglementation de la navigation aérienne , signée à Paris le 13 octobre 1919, ou la Convention relative à l'aviation commerciale, signée à La Havane le 20 février 1928, s'il est partie à l'une ou l'autre de ces Conventions. |

c) Préciser la relation entre des traités

| <i>Traité sur l'Antarctique</i> | |
|---|--|
| Préambule, al. 4 | Persuadés qu'un Traité réservant l'Antarctique aux seules activités pacifiques et maintenant dans cette région l'harmonie internationale, servira les intentions et les principes de la Charte des Nations Unies [...]. |
| <i>Traité sur la Charte de l'énergie</i> | |
| Art. 4 « Non-dérogation au GATT et aux instruments connexes » | Aucune disposition du présent traité ne déroge , dans les relations entre parties contractantes qui sont parties au GATT, aux dispositions du GATT et des instruments connexes telles qu'elles sont appliquées entre ces parties contractantes. |
| <i>Convention des Nations Unies sur le droit de la mer</i> | |
| Art. 58, § 3 « Droits et obligations des autres États dans la Zone économique exclusive » | Lorsque, dans la Zone économique exclusive, ils exercent leurs droits et s'acquittent de leurs obligations en vertu de la Convention, les États tiennent dûment compte des droits et des obligations de l'État côtier et respectent les lois et règlements adoptés par celui-ci conformément aux dispositions de la Convention et, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie, aux autres règles du droit international. |
| Art. 138 « Conduite générale des États concernant la Zone » | Dans leur conduite générale concernant la Zone, les États se conforment à la présente partie, aux principes énoncés dans la présente partie, aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies [...]. |
| Art. 311 § 1 « Relation avec d'autres conventions et accords internationaux » | La Convention l'emporte , entre les États Parties, sur les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur le droit de la mer. |
| <i>Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture</i> | |
| Art. 1.1 « Objectifs » | Les objectifs du présent Traité sont la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire. |

| | |
|---|---|
| <i>Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique</i> | |
| Préambule, al. 9 | <i>Estimant</i> que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable [...]. |
| <i>Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international</i> | |
| Art. 15, § 4 | Aucune des dispositions de la présente Convention ne doit être interprétée comme limitant le droit des Parties de prendre, pour mieux protéger la santé des personnes et l'environnement, des mesures plus strictes que celles qui sont prévues dans la Convention, pourvu qu'elles soient compatibles avec les dispositions de la Convention et conformes aux règles du droit international. |
| <i>Convention internationale relative aux droits de l'enfant</i> | |
| Préambule, al. 1 | [C]onsidérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde [...]. |
| <i>Convention internationale contre le dopage dans le sport</i> | |
| Art. 6 « Relation avec d'autres instruments internationaux » | 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. |

d) Désigner un mécanisme de règlement des différends hors traité

| | |
|---|--|
| <i>Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique</i> | |
| Art. 25.3 « Règlement pacifique des différends » | Si aucune médiation n'est entreprise ou si la médiation ne permet pas d'aboutir à un règlement, les dispositions relatives au règlement des différends énoncées dans la Partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer s'appliquent mutatis mutandis à tout différend entre États parties à la présente Convention à propos de l'interprétation ou de l'application de celle-ci, que ces États soient ou non parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. |
| <i>Accord de libre-échange Canada Corée</i> | |
| Art. 21.3, § 1 « Choix de l'instance » | Sous réserve du paragraphe 2, les différends relatifs à une question soulevée à la fois au titre du présent accord et au titre d'un autre accord en matière commerciale auquel les deux Parties sont parties, y compris l'Accord sur l'OMC, peuvent être réglés dans le cadre de l'une ou l'autre instance , à la discrétion de la Partie plaignante. |

e) *Incorporer des dispositions hors traités*

| <i>Accord de libre-échange Canada-Costa Rica</i> | |
|--|---|
| Art. XIV.1 « Exceptions générales » | Aux fins de la Partie deux (Commerce des produits), l'article XX du GATT de 1994 et ses notes interprétatives, ou toute disposition équivalente d'un nouvel accord auquel les deux Parties auront adhéré, sont incorporés dans le présent accord et en font partie intégrante . |

I.3.2 Commentaires relatifs à l'usage de clauses de relations entre les traités dans le contexte de la relation entre les accords commerciaux et la CDEC

L'observation de la pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités permet de mettre en évidence deux éléments qui présentent un intérêt particulier dans le contexte de la relation entre les accords commerciaux et la CDEC.

Le premier élément est qu'il existe toute une gamme d'options pour faire en sorte qu'un traité fasse référence à du droit conventionnel situé hors traité (référence à d'autres accords internationaux ; référence à un traité ; référence à certains articles ou principes d'un traité ; etc.). Définir une clause de relations entre des traités suppose donc en premier lieu de déterminer « à quoi faire référence » dans la clause qui établira la relation entre ces traités. Ce premier élément justifie ainsi de présenter l'éventail des différentes options qui pourraient être envisagées pour faire référence à la CDEC dans les accords commerciaux, en précisant les implications juridiques de chacune d'entre elles.

Le second élément qui ressort de l'observation de la pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités est qu'en fonction de leur libellé, ces clauses peuvent définir différentes formes de relations entre les instruments juridiques qu'elles mettent en contact. L'élaboration d'une clause de relation entre des traités suppose donc également de préciser la nature de la relation que l'on souhaite établir entre les traités. Et ici, toute la question consiste à savoir « comment référer » au droit conventionnel situé hors traité, puisque le choix de la terminologie déterminera très largement le type d'articulation qui s'instaurera entre les deux traités mis en contact. Cette réalité conduit alors à donner un aperçu des diverses formules couramment employées dans les clauses de relations entre les traités, en précisant, là aussi, les implications juridiques de chacune d'entre elles.

Mais au préalable, trois remarques doivent encore être formulées. D'abord, même si la question du « à quoi référer » et du « comment référer » sont traitées de façon distincte dans le cadre de ce rapport, il convient de préciser que ces deux questions sont étroitement imbriquées dans la mesure où c'est au regard de la combinaison d'un objet de référence et d'une terminologie de mise en relation que la portée juridique d'une clause de relations entre les traités pourra ultimement être appréciée. Ensuite, il faut rappeler que l'emplacement de la clause de relations entre les traités n'est pas neutre, puisque les préambules n'ont, contrairement au dispositif des conventions internationales, qu'une valeur interprétative. Enfin, on doit admettre qu'il s'avère difficile, dans un contexte aussi

abstrait et incertain (notamment parce que les interprètes des textes disposent toujours d'une certaine marge de manœuvre), de fournir des indications précises et exhaustives sur les implications juridiques résultant du choix de telle ou telle clause de relations entre les traités. Les analyses qui suivent constituent donc davantage des éléments de réflexion juridique.

A. Analyse des différentes options pour *établir* une relation entre la CDEC dans les accords commerciaux – à quoi peut-on référer ?

Pour faire en sorte que les accords commerciaux établissent une relation avec la CDEC, plusieurs options peuvent être envisagées, parmi lesquelles :

| 1^{re} option | |
|------------------------------|---|
| <i>Variante A</i> | <i>Référence aux autres traités auxquels sont membres les parties aux accords de commerce</i> |
| <i>Variante B</i> | <i>Référence aux traités en matière de culture auxquels sont membres les parties aux accords de commerce</i> |

Commentaires au sujet de la 1^{re} option : La particularité de la 1^{re} option est qu'aucune référence n'est faite à la CDEC dans les accords de commerce. En ce sens, cette option ne va pas réellement au-delà du « contact » qui peut déjà « naturellement » être établi entre ces deux textes par le biais de la règle générale d'interprétation des traités énoncées à l'article 31 § 3 c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. En effet, cet article indique que lors de l'interprétation d'un traité, il doit être tenu compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Avec cette 1^{re} option, l'interprète (États parties ou organe de règlement des différends) dispose d'une marge de manœuvre très étendue pour choisir avec quels autres instruments juridiques les accords de commerce devraient être mis en relation. Cette marge est toutefois plus importante dans la variante A que dans la variante B, où le texte contient une balise qui amène l'interprète à rechercher les contacts entre les accords de commerce et les accords dans le domaine de la culture. L'option 1 semble offrir le plus faible niveau de garantie juridique pour assurer une mise en relation de la CDEC avec les accords commerciaux.

| 2^e option | |
|-----------------------------|---|
| <i>Variante A</i> | <i>Référence à la Convention de 2005 (dans son ensemble)</i> |
| <i>Variante B</i> | <i>Référence à certains articles de la Convention de 2005 (nommés, mais non énoncés)</i> |
| <i>Variante C</i> | <i>Références aux objectifs et principes de la Convention de 2005</i> |
| <i>Variante D</i> | <i>Référence à la Convention de 2005, « y compris » / « notamment » à certains articles</i> |

Commentaires au sujet de la 2^e option : La 2^e option consiste à faire référence à la CDEC dans les accords de commerce. Bien que cette référence puisse prendre des formes variées, il s'agit certainement dans tous les cas du meilleur moyen pour garantir une mise en relation de ces textes. Dans la variante A, l'interprète dispose encore d'une marge de manœuvre en ce qui concerne l'identification des articles de la CDEC à mettre en relation avec les accords de commerce. Il en résulte que certains articles de la CDEC particulièrement importants dans le cadre du rapport commerce/culture (articles 5, 6, 7, 16, 20 et 21 notamment) pourraient ne pas être directement mis en contact avec les accords de commerce. En revanche, dans la variante B, cette marge de manœuvre diminue puisque les articles sont précisément identifiés. La sécurité juridique s'en trouve certes renforcée, mais il existe alors un risque que les articles de la CDEC mis en relation avec les accords de commerce soient « décontextualisés » et interprétés sans que ne soit tenu compte de l'ensemble du traité dans lequel ils s'insèrent. La variante C présente quant à elle l'inconvénient de pouvoir gêner la mise en relation des articles de la CDEC et des accords commerciaux, puisque dans cette hypothèse la référence se limite à l'évocation des principes de la Convention. Finalement, la variante D offrirait une voie intéressante pour amener l'interprète à mettre les accords commerciaux en relation avec l'ensemble de la CDEC, tout en portant une attention particulière aux dispositions les plus pertinentes pour la relation commerce/culture.

| 3^e option | |
|-----------------------------|--|
| <i>Variante A</i> | <i>Réécriture dans les accords de commerce d'une norme figurant dans la Convention de 2005 sans référence à la Convention de 2005</i> |
| <i>Variante B</i> | <i>Réécriture dans les accords de commerce d'une norme figurant dans la Convention de 2005 avec une référence à la Convention de 2005</i> |

Commentaires au sujet de la 3^e option : La 3^e option consiste en une réécriture de certaines dispositions figurant dans la CDEC dans les accords de commerce. La variante A de cette option ne permet certes pas une mise en relation directe de la Convention avec les accords commerciaux, mais elle conduit à ce que ces accords fassent « écho » au contenu de la Convention, les accords de commerce et la Convention contenant des dispositions « miroirs ». Cette option peut être intéressante pour garantir qu'une norme de la Convention fasse partie intégrante des accords de commerce. En revanche, elle présente l'inconvénient de nuire au rayonnement de la CDEC au sein de l'ordre juridique international, puisque cet instrument n'est ici plus mentionné dans les accords commerciaux. L'identification de la source demeure bien sûr possible, mais elle n'est en tout cas plus explicitement indiquée. La variante B permet de limiter cet inconvénient en rappelant l'origine de la disposition réécrite dans les accords commerciaux.

B. Analyse des différentes options pour *définir* une relation entre la CDEC dans les accords commerciaux – comment peut-on y référer ?

De nombreux termes ou expressions pourraient être utilisés dans les accords de commerce pour référer à la CDEC. On donnera ici certains exemples de formules :

| 1 ^{re} option | |
|------------------------|--|
| | Rappelant l'existence de la [Convention de 2005 / de l'article X de la Convention de 2005 / des principes X de la Convention de 2005] ³⁵ |
| | Soulignant l'existence de la Convention de 2005 |

Commentaires au sujet de la 1^{re} option : Dans ces exemples, les accords de commerce font simplement prendre acte de l'existence de la CDEC. Du point de vue de la question de l'articulation normative, ces formules demeurent neutres puisqu'elles ne précisent pas la nature de la relation entre la Convention et les accords commerciaux. *Stricto sensu*, de telles formules semblent même aller moins loin que la règle générale d'interprétation posée à l'article 31 § 3 c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, dans la mesure où souligner l'existence de la CDEC ne signifie pas en tenir compte lors de l'exécution des obligations contenues dans les accords commerciaux. Bien sûr, on peut considérer que ces exemples constituent, d'une certaine manière, une déclaration implicite de compatibilité. De plus, l'interprète pourra toujours voir dans ces formules une invitation à la prise en compte de la CDEC. La pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités tend à démontrer que l'usage de ces formules neutres sert surtout à rappeler les traités qui ont déjà été adoptés dans un domaine de réglementation similaire ou connexe à celui sur lequel porte un nouveau traité.

| 2 ^e option | |
|-----------------------|---|
| Variante A | Ayant à l'esprit la Convention de 2005 |
| Variante B | Guidés par la Convention de 2005 |
| Variante C | Tenant compte de la Convention de 2005 Prenant en compte les dispositions de la Convention de 2005 |

³⁵ Pour faciliter la lecture du texte, les exemples suivants feront simplement référence à la CDEC.

Commentaires au sujet de la 2^e option : Chacune des variantes de la 2^e option véhicule l'idée d'un « engagement de nature procédurale »³⁶, qui obligerait l'interprète à *s'intéresser* à la CDEC lors de l'exécution ou de l'interprétation des accords de commerce, sans qu'aucun résultat ne soit prescrit. L'importance de cet intérêt pour la Convention diffère toutefois dans chacune des trois variantes. *Avoir à l'esprit* est sans doute moins contraignant qu'être *guidé par*. Et être *guidé par* est à son tour moins contraignant que devoir *tenir compte* ou *prendre en compte*. En dépit de cette gradation, on doit souligner que ces formules ne vont pas véritablement au-delà de la règle générale d'interprétation posée par l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En outre, elles ne définissent pas non plus un modèle d'articulation entre la CDEC et les accords de commerce. Du point de vue de la question de l'articulation normative, ces formules sont donc là aussi neutres, même si elles semblent quand même inviter l'interprète à rechercher une forme de conciliation des engagements commerciaux avec les engagements culturels.

| 3 ^e option | |
|-----------------------|---|
| Variante A | Les accords commerciaux ne modifient pas les droits et obligations que les parties ont en vertu de la Convention de 2005 |
| Variante B | Sans subordonner la Convention de 2005 aux accords commerciaux |
| Variante C | Les accords commerciaux sont mis en œuvre en harmonie avec la Convention de 2005 |
| Variante D | Les accords commerciaux et la Convention de 2005 devraient se soutenir mutuellement |

Commentaires au sujet de la 3^e option : Dans la 3^e option, chacune des variantes peut être analysée comme une directive d'interprétation et/ou d'application qui invite les États et, le cas échéant, un organe de règlement des différends, à respecter les engagements à la fois commerciaux et culturels. Ici, les formules prescrivent donc bien un modèle d'articulation normative, ainsi qu'un résultat (et non plus seulement un processus). On notera que cette option présente l'intérêt de reconnaître l'égale légitimité des préoccupations commerciales et culturelles. En conséquence, l'interprète pourra y voir un appel à ne pas instaurer une hiérarchie entre les normes. Cela étant, le sens de ces variantes diffère sensiblement au regard de leur niveau de contrainte. Les variantes A « ne modifie pas les droits » et B « sans subordonner » sont sans doute les moins contraignantes. Elles indiquent simplement que les engagements devront être interprétés de manière à ce que ceux-ci produisent leurs pleins effets. Certes, la variante B se limite seulement à indiquer que les textes ne devraient pas être hiérarchisés. Mais concrètement, cela peut signifier que l'exécution d'un engagement commercial ne justifie pas de modifier la portée d'un engagement culturel. Dans les deux cas, les engagements culturels bénéficient d'un haut niveau de protection dans la relation

³⁶ I. Bernier, « 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 », Québec, 2009, p. 7, www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/FR_Relations_entre_Convention_Unesco_instruments_internationaux.pdf (consulté le 18 octobre 2015).

commerce/culture, puisque leur portée n'a pas à être modifiée pour en permettre une éventuelle conciliation. Cela dit, dans l'hypothèse où l'application des engagements commerciaux ne pourrait se faire sans « modifier » et/ou « subordonner » un engagement contenu dans la CDEC, reste à savoir de quelle manière les directives énoncées dans les variantes A et B pourraient pleinement produire leurs effets. La voie d'une hiérarchisation des textes au profit de la CDEC ne peut être exclue. La directive se fait en revanche plus précise dans la variante C « en harmonie », puisqu'une conciliation des engagements est ici recherchée et peut-être même davantage. L'harmonie suppose en effet une « attitude bienveillante » à l'égard de quelque chose qui relève d'un autre état d'esprit que la conciliation. Quoiqu'il en soit, cette variante ne garantit pas que les engagements culturels et commerciaux produiront intégralement leurs effets lors de l'exécution. Car l'interprète pourra toujours préciser le sens des engagements pour parvenir à ce qui constitue, selon lui, une mise en œuvre harmonieuse des deux textes. Enfin, la variante D apparaît comme la plus contraignante. L'idée du « soutien mutuel » peut en effet impliquer que la mise en œuvre des engagements commerciaux assure la promotion des objectifs de CDEC et crée des conditions propices à une effectivité de ses engagements, et vice-versa.

| 4^e option | |
|-----------------------------|--|
| <i>Variante A</i> | <i>D'une manière compatible</i> avec la Convention de 2005 <i>Dans le respect de</i> la Convention de 2005 |
| <i>Variante B</i> | <i>Conformément à / en conformité</i> avec la Convention de 2005 <i>En application</i> de la Convention de 2005 |

Commentaires au sujet de la 4^e option : La 4^e option permet de recourir à la CDEC pour préciser le sens et la portée des engagements contenus dans les accords commerciaux. Bien que cette option n'établisse pas formellement de hiérarchie entre les accords, elle produit un effet similaire en garantissant un respect des droits et obligations de la Convention. On notera toutefois que les notions de « conformité » (ou d'« application ») et de « compatibilité (ou de « respect ») ne sont pas synonymes. En effet, « [l]a conformité est la qualité de ce qui est, juridiquement, l'exacte application de la norme de référence [note omise] ; la compatibilité, en revanche, renvoie à un degré de correspondance entre un comportement et une norme [...]. [L]'identité signifie que le comportement est ce que la norme prescrit qu'il soit, la correspondance que le comportement se situe dans le champ de ce que la norme tolère »³⁷. La variante A offrirait donc une marge de manœuvre plus étendue aux États dans l'exécution de leurs engagements commerciaux puisque les mesures d'exécution devraient uniquement être « compatibles » avec les dispositions de la CDEC.

³⁷ A. Hamann, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Boston, Brill / Nijhoff, 2013, p. 40.

5^e option

La Convention de 2005 l'emporte (ou prime) sur les accords commerciaux

*Dans l'exécution des accords commerciaux, les Parties **ne peuvent déroger** aux dispositions de la Convention de 2005*

Commentaires au sujet de la 5^e option : La 5^e option instaure une hiérarchie entre les accords commerciaux et la CDEC. Ici, l'égalité des préoccupations commerciales et culturelles est rompue, au profit des engagements culturels. Cette option apparaît donc comme la plus favorable pour garantir que la portée des engagements culturels ne puisse être restreinte au nom d'une application des engagements commerciaux. Dans une telle option, l'interprète voit sa marge de manœuvre réduite, puisque le modèle d'articulation prévu par les textes est sans équivoque. En revanche, la défense d'une telle option peut être politiquement difficile, précisément parce qu'elle conduit à ne plus placer les préoccupations culturelles et économiques sur un pied d'égalité.

6^e option

*Les dispositions de la Convention sont **intégrées** dans les accords commerciaux et **en font partie intégrante***

Commentaires au sujet de la 6^e option : La 6^e option peut être analysée comme une clause de renvoi, qui a pour effet d'obliger les États parties aux accords de commerce à exécuter certaines dispositions de la CDEC, pour se conformer aux accords de commerce. *A priori*, une telle clause de renvoi présente l'avantage de garantir que l'exécution des engagements commerciaux ne pourra pas entraver l'exécution des engagements culturels. Cela dit, il ne faut pas oublier que dans cette option, on change de perspective, puisque l'on passe de la question de l'articulation entre des conventions à la question de l'articulation entre les normes d'une même convention. Or, un interprète des accords de commerce contenant une telle clause de renvoi pourrait procéder à des ajustements pour concilier les engagements commerciaux et les engagements culturels contenus dans l'accord de commerce. En revanche, la 6^e option peut représenter une avenue intéressante pour étendre le champ d'application des obligations culturelles énoncées dans la CDEC dans l'ordre juridique international.

II.3.3 Conclusions

Les principales conclusions qui se dégagent d'un examen de la pratique des États en matière de clauses de relations entre les traités sont les suivantes :

1. Le recours aux clauses de relations entre les traités ne représente pas un phénomène marginal en droit international et leur utilisation s'observe dans la plupart des domaines de coopération.
2. Il existe une grande diversité de clauses de relations entre les traités. Cette diversité concerne aussi bien leur formulation, que les éléments de droit conventionnel hors traité auxquels elles réfèrent, que les fonctions qu'elles visent à remplir.
3. Il existe toute une gamme de nuances entre les différentes formules qui peuvent être utilisées dans les clauses de relations entre les traités, tant en ce qui concerne leur signification (compatible / conforme) que leur force contraignante (noter / prendre en compte / conformément).
4. Le choix de la terminologie dans la rédaction d'une clause de relations entre les traités n'est jamais neutre et requiert une attention particulière. Il s'agit d'un choix qui a des implications juridiques importantes et qui détermine très largement la nature de la relation qui s'établira entre les deux traités mis en contact.

Conclusion – Section I

L'incorporation de références explicites à la CDEC dans les accords de commerce est sans aucun doute l'une des plus belles manifestations de son rayonnement. Certes, la mise en œuvre de la CDEC doit s'étendre bien au-delà du simple cadre de la relation culture/commerce. On ne peut cependant perdre de vue l'historique de cet instrument juridique qui a d'abord été voulu et pensé pour créer un contrepoids aux accords de commerce et stimuler l'émergence d'un modèle alternatif de libéralisation, trop souvent exclusivement économique. C'est donc dans cette perspective que la réaffirmation du droit souverain des États d'intervenir en faveur de la diversité des expressions culturelles a été initialement formulée. C'est également dans cette perspective que la double nature des biens et des services culturels a été reconnue. Enfin, c'est notamment pour rééquilibrer les échanges de biens et des services culturels qu'un dispositif de coopération et de solidarité internationale a été introduit dans la CDEC. On comprend dès lors l'importance de se référer explicitement à cette Convention lorsqu'un nouvel accord commercial est négocié. Non seulement l'atteinte des objectifs et le respect des principes de la CDEC en dépendent, mais la légitimité de l'instrument y est intimement liée.

En ce sens, il faut se réjouir de la pratique qui s'est développée au cours des dernières années consistant à incorporer une ou plusieurs références explicites à la CDEC dans des accords de commerce. Cette avancée significative traduit un mouvement unidirectionnel au sein de l'ordre juridique mondial, qui consiste en la reconnaissance d'un nouveau traité s'immiscant progressivement dans un réseau normatif déjà relativement dense, mais indéniablement en quête de perfectionnement. À ce titre, ce mouvement doit poursuivre son oscillation en faveur d'une reconnaissance sans cesse plus importante des objectifs et principes de la CDEC et seule une multiplication des références à celle-ci, dans tous les instruments juridiques pertinents, mais en particulier dans les accords commerciaux régionaux et bilatéraux, pourra maintenir ce dynamisme naissant.

Cette section a permis d'esquisser le portrait de la pratique des États en la matière, qui se concentre actuellement autour de sept accords de commerce, tous négociés par l'Union européenne, avec vingt-six États. Au total, cinquante parties à la CDEC sont concernées par ces sept traités. Ce constat, plus qu'encourageant, est cependant assombri par la faible volonté politique démontrée par les parties autres que l'Union européenne et ses vingt-huit États membres dans la reproduction de ce modèle lorsqu'elles négocient leurs propres ententes commerciales. Un changement d'approche de ces autres Parties ne peut donc qu'être souhaitable.

C'est dans ce contexte que le RIJDEC a souhaité inclure dans ce rapport un compendium des clauses de relations entre les traités, lequel présente un large éventail d'options qui s'offrent aux Parties pour référer à la CDEC lorsqu'elles négocient des ententes commerciales. Sur la base de l'étude qui précède, la section finale de ce rapport présentera les recommandations du RIJDEC concernant les clauses de relations auxquelles les parties devraient idéalement recourir pour instituer, de manière explicite, une passerelle entre leurs accords de commerce et la CDEC.

II. LA PRISE EN COMPTE DE LA SPECIFICITE DES PRODUITS ET SERVICES CULTURELS A L'ERE DU NUMERIQUE

L'incorporation de références explicites à la CDEC dans les accords de commerce devrait s'accompagner de clauses reflétant la nature spécifique des biens et des services culturels. Il est vrai que des modèles dignes d'intérêt se sont développés non seulement avant, mais aussi depuis l'adoption de la CDEC. Néanmoins, la libéralisation du commerce électronique (II.1) et les défis véhiculés par la convergence d'une pluralité de secteurs maintenant associés à la production, la distribution et la dissémination de contenus culturels (II.2), incitent à envisager une redéfinition et une extension de l'exception culturelle afin de la rendre mieux adaptée à la réalité du numérique (II.3). À titre complémentaire, il peut par ailleurs être utile de réfléchir à d'autres techniques permettant de promouvoir les objectifs et principes de la CDEC, de manière à assurer une prise en compte effective de la spécificité des biens et des services culturels dans les accords de commerce (II.4).

II.1 Le traitement du commerce électronique dans les accords commerciaux et ses défis pour la diversité des expressions culturelles

La libéralisation du commerce électronique présente un lien flagrant avec la libéralisation des produits et services culturels. À titre d'illustration, sur le site de l'OMC, lorsque des exemples sont donnés de produits distribués électroniquement, sont immédiatement indiqués « les livres, les œuvres musicales et les vidéos transmis par le biais des lignes téléphoniques ou par Internet »³⁸.

Un Programme de travail sur le commerce électronique a été établi dès 1998 par le Conseil général de l'OMC³⁹. Aux fins de ce programme, « commerce électronique » renvoie à la production, la distribution, la commercialisation, la vente ou la livraison de produits et services par des moyens électroniques (§ 1.3 du Programme de travail). Depuis, les discussions entre les Membres de l'OMC à ce sujet se déroulent au sein des conseils de l'Organisation traitant du commerce des marchandises, du commerce des services, de la propriété intellectuelle, et du commerce et du développement. Parmi les sujets débattus, figurent *inter alia* la classification du contenu des transmissions électroniques, l'impact fiscal du commerce électronique, la participation des pays en développement au commerce électronique et ses effets, ainsi que l'imposition de droits de douane sur les transmissions électroniques. Sur ce dernier sujet, les Membres ont convenu de conserver leur pratique de ne pas imposer de tarifs douaniers sur ces transmissions (§ 34 de la Déclaration de Doha), en

³⁸ Voir : OMC, « Commerce électronique », www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/bey4_f.htm (consulté le 18 octobre 2015).

³⁹ Pour plus d'informations, voir : OMC, « Programme de travail sur le commerce électronique », 25 septembre 1998, www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/wkprog_f.htm (consulté le 18 octobre 2015).

reconnaissant qu'il « importe de créer et de maintenir un environnement favorable au développement futur du commerce électronique »⁴⁰.

Tandis que la question de l'application ou de la non-application de droits de douane est plus aisément perceptible et significative dans un contexte de commerce des marchandises, le commerce des services par voie électronique est de fait traité au sein des listes des Membres de l'OMC en tant que modalité de fourniture d'un service, chaque Membre pouvant s'il le souhaite s'abstenir de prendre des engagements relatifs à cette modalité de fourniture pour un secteur donné de sa liste d'engagements. L'extension naturelle du mode de fourniture transfrontière à la fourniture d'un service par voie électronique est considérée conforme au postulat de « neutralité technologique », soutenu de manière générale par les Membres de l'OMC. En effet, il est utile de rappeler que « [l]a notion de "neutralité technologique" dans l'AGCS [*Accord général sur le commerce des services*] a été défendue dans l'affaire *Chine – Publications et services audiovisuels*⁴¹ par [l'Union européenne] lors de sa soumission en tant que tierce partie, et également par les États-Unis, pour qui, comme le rappelle le Groupe spécial, "le principe de neutralité technologique est compatible (...) avec l'idée que l'AGCS est suffisamment dynamique pour que les Membres n'aient pas besoin de renégocier l'Accord ni leurs engagements compte tenu de l'évolution constante de la technologie" (Rapport du Groupe spécial, § 7.1160). Tout en se référant au Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux*⁴² (où le principe de neutralité technologique avait été considéré comme paraissant être "largement partagé parmi les Membres de l'OMC"), le Groupe spécial constitué pour traiter cette affaire a considéré ne pas avoir besoin d'invoquer un tel principe pour interpréter l'engagement de la Chine concernant les services de distribution d'enregistrements sonores (§ 7.1258) »⁴³. L'incertitude quant à la classification des contenus numériques comme des produits ou des services demeure, néanmoins, une pierre d'achoppement dans toute tentative de simplification à des fins de détermination de la règle de droit applicable. Les difficultés de classification des nouveaux produits et services permis par les nouvelles technologies ajoutent à la complexité du sujet⁴⁴.

Dans le cadre des accords bilatéraux ou régionaux de commerce, tant les États-Unis que l'Union européenne ont tenté de promouvoir le commerce électronique avec leurs partenaires commerciaux en établissant des principes d'ouverture des marchés. Leurs accords diffèrent toutefois et reflètent en définitive leurs positionnements respectifs concernant la spécificité des produits et services culturels.

⁴⁰ *Déclaration ministérielle de Doha*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm#electronic (consulté le 18 octobre 2015).

⁴¹ *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/R, 12 août 2009, (ci-après « *Chine – Publications et produits audiovisuels* »).

⁴² *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004.

⁴³ L. Richieri Hanania, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, CERIC, Paris, La Documentation française, 2009, p. 195, à la note 402 ; *Accord général sur le commerce des services*, annexe 1B de l'*Accord instituant l'OMC*, 15 avril 1994, (1995) 1869 R.T.N.U. 219, (1994) 33 I.L.M. 1167 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 ; ci-après « AGCS »).

⁴⁴ Voir la sous-section II.2 du présent rapport.

Les accords négociés par les États-Unis⁴⁵ démontrent l'intention manifeste de cet État de consolider sa position déjà prédominante sur le marché des produits numériques. La « fourniture de services par voie électronique » y est distinguée du « commerce des produits numériques ». Le chapitre sur les services fournis par voie électronique renvoie aux dispositions de libéralisation énoncées dans d'autres chapitres de l'accord. Dans l'accord avec Singapour, par exemple, ces dispositions sont celles relatives au commerce transfrontalier des services, aux services financiers, aux investissements, ainsi qu'aux réserves et exceptions que les parties ont pu établir au titre de ces chapitres. Quant au commerce des produits numériques, ces accords les définissent comme une catégorie à part, comprenant « *computer programs, text, video, images, sound recordings, and other products that are digitally encoded and transmitted electronically, regardless of whether a Party treats such products as a good or a service under its domestic law* » (nos soulignés). L'application des réserves ou exceptions adoptées par les États parties à ces accords, dans le chapitre sur le commerce des services, afin de maintenir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle dans des secteurs comme celui des services audiovisuels, peut ainsi être immédiatement écartée lorsqu'il s'agit des produits numériques, notamment si ces réserves ne mentionnent pas expressément la fourniture en format numérique. Notons que la définition des produits numériques qui est intégrée au chapitre sur le commerce électronique incorpore d'ailleurs des services traditionnellement considérés comme appartenant au secteur de l'audiovisuel, ce qui peut être une source de confusion et d'insécurité juridique pour les Parties.

En effet, un régime juridique particulier s'applique à ces produits. Premièrement, l'imposition de tarifs douaniers sur les transmissions électroniques est interdite. Ensuite, les parties assument l'obligation de traitement national quant à ces produits. À ce sujet, une évolution dans le texte des accords peut être observée. L'accord avec le Chili, signé en juin 2003, prévoit à son article 15.4, § 1 : « *[a] Party shall not accord less favorable treatment to a digital product than it accords to other like digital products, on the basis that: (a) the digital product receiving less favorable treatment is created, produced, published, stored, transmitted, contracted for, commissioned, or first made available on commercial terms in the territory of the other Party; or (b) the author, performer, producer, developer, or distributor of such digital products is a person of the other Party* ». Dans les accords signés par la suite, la discrimination entre produits nationaux et étrangers est également interdite selon un critère plus large, correspondant mieux aux types de mesures et politiques culturelles adoptées généralement par les pays et qui visent à bénéficier aux produits nationaux, plutôt qu'à défavoriser les produits d'un pays étranger en particulier. Ce critère se lit : « *so as otherwise to afford protection to the other like digital products that are created, produced, published, stored, transmitted, contracted for, commissioned, or first made available on commercial terms in its territory* » (voir, par exemple, l'article 14.3, § 3 de

⁴⁵ Pour un examen des accords de libre-échange conclus par les États-Unis avec la Jordanie, le Chili, Singapour, les pays ALECA+ (Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica et République Dominicaine), l'Australie et le Maroc, ainsi que leurs dispositions pouvant avoir un impact sur la diversité culturelle (incluses dans les chapitres sur le commerce des services, les investissements, la propriété intellectuelle et le commerce électronique), voir L. Richieri Hanania, *op.cit.*, note 43, p. 210-220. Sur le commerce électronique, voir *ibid.*, p. 212, 218 et 219. Voir également L. Richieri Hanania, « Cultural Diversity and Regional Trade Agreements: The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks », *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 7, n° 2, septembre 2012, p. 423-456, aux pages 430-435, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2087639 (consulté le 18 octobre 2015).

l’ALECA). Enfin, le régime juridique applicable aux produits numériques dans les accords bilatéraux commerciaux récents avec les États-Unis prévoit également le traitement de la nation la plus favorisée. Toute préférence accordée aux produits numériques provenant d’un pays donné doit ainsi être étendue à ceux originaires des parties à ces accords. Si des réserves à ces obligations pouvaient être exigées par les partenaires commerciaux des États-Unis lors de la négociation de ces accords, en pratique les pays de l’Amérique centrale et le Maroc, par exemple, ne l’ont pas fait. Il sera intéressant de connaître sur ce point la position des États parties au Partenariat Transpacifique (PTP). Compte tenu du fait que les États-Unis ont participé à la négociation de ce partenariat impliquant douze États des Amériques, de l’Asie et du Pacifique, on peut s’attendre à ce que l’approche décrite ci-dessus soit reprise. C’est d’ailleurs ce qu’on peut déduire des informations diffusées jusqu’à présent, lesquelles laissent entendre que le chapitre sur le commerce électronique contient une obligation de non discrimination applicable aux produits numériques, sans pour autant exclure du champ d’application de ce chapitre les produits culturels numériques⁴⁶.

En écartant la distinction entre produits et services et l’application des règles qui y correspondent respectivement (généralement plus souples en ce qui concerne le commerce des services), et en étendant ainsi l’application des principes de libéralisation commerciale à la nouvelle catégorie de « produits numériques », les accords conclus avec les États-Unis réduisent fortement la marge de manœuvre en matière de politique culturelle des États concernés pour le marché du numérique. Les exceptions culturelles éventuelles qu’un partenaire commercial pourrait établir se limitent en substance aux secteurs culturels traditionnels. Par ailleurs, cette nouvelle catégorie de produits numériques remet en question non seulement la distinction entre le contenu distribué par voie électronique (les *core services*, couvrant les services les plus divers, y compris ceux présentant un contenu culturel) et le transport de ce contenu, mais aussi le postulat de neutralité technologique des accords commerciaux, défendu, on l’a vu, également par les États-Unis à l’OMC.

Quant aux accords de commerce négociés par l’Union européenne, les principes applicables au commerce électronique couvrent généralement⁴⁷ : la coopération accrue entre les partenaires commerciaux sur les sujets relatifs au commerce électronique (y compris en matière de réglementation), l’appel à l’application de standards internationaux élevés en matière de protection de données et le fait que la livraison ou fourniture par voie électronique n’est pas sujette à des tarifs douaniers.

Quant à l’engagement des Parties à coopérer en matière de commerce électronique, les accords avec l’Union européenne comprennent, entre autres, des sujets comme la reconnaissance de certificats de signature électronique, la responsabilité des fournisseurs de service dans la transmission ou le stockage d’informations, le traitement des

⁴⁶ *Op. cit.* note 32.

⁴⁷ Voir, par exemple, les articles 119 et 120 du chapitre 6 de l’Accord de partenariat économique (APE) avec les États du CARIFORUM ; les articles 7.1, 7.48 du chapitre 7 de l’Accord UE-Corée du Sud ; le Titre IV de l’Accord signé avec le Pérou et la Colombie, et notamment les articles 107, 109, 162-166 ; le Titre III de la Partie IV de l’Accord avec les pays d’Amérique centrale, et notamment les articles 159, 201-202, ainsi que l’article 56 du Titre VI de la Partie III de ce même accord, qui mentionne également la coopération et l’assistance technique entre les Parties en matière de commerce électronique ; le chapitre 18 de l’Accord UE-Canada ; et les articles 8.1, 8.57-8.61 du chapitre 8 de l’Accord UE-Singapour.

communications commerciales en format électronique, la protection des consommateurs, la protection des données personnelles et la sécurité des transactions électroniques.

Dans certains accords, le principe de non-imposition de droits de douane est expliqué du fait que la livraison par voie électronique doit être considérée comme de la fourniture de services, soumise ainsi aux règles applicables au commerce des services au titre de l'accord⁴⁸. Tous les partenaires commerciaux de l'UE ne semblent toutefois pas partager l'avis sur la qualification de la livraison électronique en tant que commerce de services ou tout au moins n'ont pas souhaité trancher cette question dans le texte de l'accord commercial. Par exemple, l'Accord UE-Corée du Sud se limite à indiquer que les Parties conviennent de ne pas imposer des droits de douane sur les livraisons par voie électronique, une note de bas de page à l'article 7.48.3 expliquant que « *[t]he inclusion of the provisions on electronic commerce in this Chapter [sur le commerce des services, l'établissement et le commerce électronique] is made without prejudice to Korea's position on whether deliveries by electronic means should be categorised as trade in services or goods* ». L'article 201.3 de la Partie IV de l'Accord UE-Amérique Centrale et l'article X-01 du chapitre 18 de l'AECG entre l'UE et le Canada contiennent une disposition similaire qui se contente d'affirmer que les Parties n'imposeront pas de droits de douane sur les livraisons ou transmissions électroniques, sans toucher à la question de la nature de ces transmissions en tant que produits ou services. Selon l'AECG, la « 'livraison par voie électronique' s'entend « d'un programme informatique, texte, vidéo, image, enregistrement audio ou autre produit à codage numérique » alors que le « 'commerce électronique' s'entend du commerce qui se fait soit exclusivement par voie de télécommunications, soit par voie de télécommunications et d'autres technologies de l'information et des communications » (article X-06). La distinction produit-service numérique demeure ainsi assez floue dans cet accord.

Cependant, les risques identifiés plus haut pour la marge de manœuvre des États en matière de politique culturelle, résultant des accords signés avec les États-Unis, semblent pouvoir être écartés dans le cadre des accords négociés par l'UE. Tout d'abord, les obligations de libéralisation applicables au commerce électronique dans les accords européens restent bien plus limitées que dans les accords négociés par les États-Unis : il n'y a pas d'obligation de traitement national ou de traitement de la nation la plus favorisée dans les chapitres sur le commerce électronique des accords négociés par l'Union européenne. Ensuite, l'applicabilité des droits de douane au commerce des services peut être considérée contestable par principe, y compris lorsqu'ils ne sont pas fournis en ligne. Enfin, la portée des exceptions culturelles (par exemple, pour le secteur des services audiovisuels) contenues dans ces accords a souvent été explicitement étendue aux dispositions sur le commerce électronique. Ainsi, dans l'AECG, les Parties ont souhaité clarifier l'applicabilité de leurs exceptions culturelles au commerce électronique. Le chapitre sur le commerce électronique est en effet subordonné aux autres chapitres de l'Accord, l'article X-01 affirmant qu'en cas de contradiction, ces derniers prévalent sur le premier. Cela implique que les exceptions culturelles introduites par les Parties dans d'autres chapitres de l'Accord, comme pour les industries culturelles (Canada) ou les services audiovisuels (UE), sont applicables en ce qui

⁴⁸ Voir l'article 119.3 de l'APE avec le CARIFORUM, ainsi que l'article 162.3 de l'Accord avec le Pérou et la Colombie et l'article 8.59 de l'Accord avec Singapour.

concerne la fourniture de ces produits ou services par voie électronique⁴⁹. L'Accord aurait pu, toutefois, être plus clair, particulièrement lorsqu'il indique que les exceptions générales de l'accord (comprises dans le chapitre 32) s'appliquent également au chapitre sur le commerce électronique, alors que ces exceptions générales ne font que « rappeler les exceptions culturelles » établies ailleurs dans l'AECG et ne mentionnent pas explicitement le commerce électronique.

Si l'article 8.58 de l'Accord UE-Singapour reprend également la formule raccourcie susmentionnée, se limitant à affirmer la non-application des droits de douane, un article spécifique sur la fourniture électronique des services (article 8.59) clarifie que « *[f]or greater certainty, the Parties affirm that measures related to the supply of a service using electronic means falls within the scope of the obligations contained in the relevant provisions of this Chapter [sur le Commerce des services, l'établissement et le commerce électronique] subject to any exceptions applicable to such obligations* ». Ces exceptions couvrent, entre autres, les services audiovisuels (articles 8.3 et 8.9). L'Accord UE-Singapour contient par ailleurs un complément intéressant à l'engagement des Parties de coopérer sur les sujets soulevés par le commerce électronique, en indiquant que « *both Parties should avoid imposing unnecessary regulations or restrictions on electronic commerce* » (article 8.57.2). La promotion et la facilitation du commerce électronique ne devraient toutefois pas empêcher les Parties à la CDEC de reconnaître la spécificité des produits et services culturels dans leurs accords commerciaux via des techniques juridiques d'exception des dispositions de libéralisation de ces accords, ce qui a été fait, au demeurant, dans le cadre spécifique de l'Accord UE-Singapour pour les services audiovisuels.

Enfin, dans l'Accord UE-Corée du Sud, si l'extension des exceptions culturelles au numérique peut sembler plus subtile, aucune disposition juridique de l'accord ne peut conduire à la conclusion selon laquelle l'intention des Parties aurait été de limiter ces exceptions aux services audiovisuels traditionnels. Tout d'abord, les dispositions sur le commerce électronique de l'accord ne créent pas d'obligation de libéralisation commerciale autre que celle de non-imposition de droits de douane commentée précédemment. Ensuite, lorsque les services audiovisuels sont exclus du champ d'application de la section de l'accord sur le commerce des services (article 7.4 (a)) et sur l'établissement (article 7.10 (c)), une note de bas de page (n.b.p. 8 et 17) indique que « *[t]he exclusion of audiovisual services from the scope of this Section is without prejudice to the rights and obligations derived from the Protocol on Cultural Cooperation* » (nos soulignés). Aucune référence similaire à celle-ci n'est faite à la section sur le commerce électronique de l'accord. Enfin, la déclaration de la Commission européenne sur le Protocole de coopération culturelle rappelle l'engagement de la Commission aux principes et dispositions de la CDEC, ainsi que « *the EU's policy that trade negotiations on cultural and audiovisual services should not affect the Union's cultural and linguistic diversity* ». Cette politique a toujours été associée par l'UE au principe de neutralité technologique des engagements adoptés dans le domaine des services et peut servir à interpréter l'intention de l'UE lors de la négociation de cet accord.

⁴⁹ Pour un aperçu des exceptions dans l'AECG, voir L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique : quelle application pour la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles au sein de l'économie créative ? », avril 2015, p. 5 et 6, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600647 (consulté le 18 octobre 2015).

Bien que l'on puisse, certes, souhaiter plus de clarté de certaines dispositions examinées plus haut afin que le principe de neutralité technologique et la marge de manœuvre des États en matière de politique culturelle soient réaffirmés et consolidés dans la pratique de négociation d'accords commerciaux à l'ère du numérique, il est possible de voir la progression des accords européens dans cette direction, tout au moins en comparaison avec les accords nord-américains. L'approche fondée davantage sur la coopération que sur la libéralisation en matière de commerce électronique dans les accords de l'UE susmentionnés semble encore appropriée pour permettre que les Parties, tout en s'impliquant via le dialogue dans ce thème et dans la solution des problèmes pratiques qu'il peut soulever, demeurent libres d'établir des exceptions dans les autres chapitres de l'accord commercial et maintenir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle. Elles permettent ainsi de prendre en compte et de promouvoir les objectifs et principes de la CDEC dans les accords internationaux de commerce, tel que prescrit par son article 21. Il reste la question de savoir de quelle manière le numérique et les nouvelles technologies en général peuvent se répercuter sur le choix des secteurs d'intervention étatique et, par conséquent, des secteurs où des exceptions peuvent être considérées nécessaires dans un accord commercial, afin de garantir une telle marge de manœuvre. Cette question est d'autant plus complexe que les nouvelles technologies bouleversent continuellement le fonctionnement des marchés, en promouvant non seulement la convergence entre secteurs économiques divers, mais également l'offre de produits et services tout à fait nouveaux.

II.2 La convergence économique et ses défis pour les secteurs culturels

D'un point de vue juridique, l'article 20 de la CDEC – « Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination » – illustre parfaitement l'état de l'interface commerce-culture à ce jour. D'une manière générale, le problème fondamental de ce débat est de concevoir un cadre juridique international qui permet de concilier avec succès les objectifs liés à la libéralisation du commerce international d'une part, avec ceux de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles d'autre part. En réalité, le problème tient au fait que le débat commerce-culture demeure fragmenté. Cette fragmentation résulte notamment d'une absence de communication entre les protagonistes du libre échange et leurs antagonistes du domaine culturel, et vice-versa. En outre, la fragmentation résulte de l'absence de dialogue au niveau international (par exemple entre l'OMC et l'UNESCO), au niveau régional (par exemple entre l'OMC et des forums commerciaux régionaux (ACR), ou entre la Commission européenne, le Conseil des ministres et le Parlement européen) et au niveau national (par exemple, entre le ministère du commerce et le ministère de la Culture). La même fragmentation existe aussi entre les différentes autorités publiques à différents niveaux, entre elles et/ou entre celles-ci et les acteurs privés.

Pour ces raisons, le débat commerce-culture se décompose en de multiples débats distincts et isolés. Ceci explique non seulement la coexistence parallèle de différents régimes juridiques visant simultanément la libéralisation du commerce dans le cadre de l'OMC et la promotion de la diversité des expressions culturelles en vertu de l'UNESCO, mais aussi les

énormes difficultés que soulève la conciliation de ces objectifs. En outre, les paramètres de ce débat ne sont pas stables, mais plutôt soumis à une évolution constante et à des changements rapides, notamment sur les plans économiques, culturels et juridiques. Les changements se concrétisent dans l'émergence de nouvelles technologies, qui sont intrinsèquement liées à l'économie, la culture et le droit.

Dans un tel contexte, marqué par des changements constants et l'absence d'un cadre institutionnel cohérent pour la gouvernance mondiale, l'élaboration d'un système de droit international apte à atténuer les tensions entre le commerce et la culture semble particulièrement difficile. Lorsque les protagonistes se réunissent pour tenter de trouver une solution, les discussions aboutissent souvent à un compromis juridique, comme ce fut le cas du fameux « accord sur le désaccord » relatif au traitement des services audiovisuels lors des négociations du Cycle d'Uruguay (1986-1994)⁵⁰. D'un point de vue historique, l'une des causes de ce type de compromis tient sans doute à l'approche réglementaire dominante en droit international, qui doit composer avec la séparation générale des domaines de coopération commerciale et de la culture. Le même type de compromis est reflété par l'article 20 de la CDEC⁵¹.

En fait, ce débat commerce-culture a toujours été fortement caractérisé par une certaine perception voulant que les objectifs liés à la libéralisation du commerce international ne soient pas toujours facilement conciliables avec ceux de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles. Cette perception a influencé l'évolution du cadre juridique international, en dépit de la conclusion de multiples accords pouvant tendre à se rapprocher de l'un ou l'autre de ces deux pôles. Ces variations ont aussi été influencées par des innovations technologiques et scientifiques, qui ont abouti à l'émergence de nouvelles catégories de biens et de services, considérés comme des objets de commerce dans les forums de libéralisation, ou encore comme des vecteurs d'identités, de valeurs et de sens selon les termes de la CDEC.

Ainsi, le processus d'innovation technologique se voit confronté à une forme de conflit entre les lois actuellement en vigueur, souvent soumises à un processus d'amendement long et fastidieux, et la vitesse croissante de ces innovations. Le rythme de ces dernières posera certainement de nouveaux défis dans l'avenir, particulièrement au vu des caractéristiques dynamiques des technologies numériques. Ces caractéristiques spécifiques et leur impact sur la réglementation des produits culturels sont étroitement liés au problème de leur qualification, à la fois économiques et culturels. Leur classification en tant que « biens » ou « services » présente également certaines difficultés. Celles-ci seront décrites de manière générale (A), avant d'être abordées spécifiquement sous l'angle des industries culturelles (B).

⁵⁰ Voir L. Elliott et E. Luce, « US and Europe Clear Obstacles to GATT Deal », *The Guardian (London)*, 15 décembre 1993, p. 1.

⁵¹ Cf. la version finale de l'article 20 CDEC avec la version préliminaire. Voir : UNESCO, *Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, Doc. 171 EX/INF.18, appendice 2, 21 avril 2005, p. 15.

A. Les difficultés de classification des biens et services

Surtout entraînée par une évolution rapide des technologies numériques, la convergence, comme en témoigne le concept de *convergenomics*⁵², est devenue l'une des caractéristiques déterminantes de l'économie d'aujourd'hui. Cette « convergence » n'est pas un phénomène nouveau, surtout quand elle est comprise comme « *human intelligence in putting things together in new ways* »⁵³. L'avènement de l'ère numérique ne fait qu'accélérer et renforcer la convergence des produits, des fonctions, des organisations, des technologies et des industries⁵⁴. En réalité, les soi-disant « produits de convergence » sont simplement des produits qui combinent en un seul produit les caractéristiques d'un ou plusieurs produits autrefois séparés. À l'ère numérique, un produit de convergence a été décrit comme « *a digital-platform product bundle that physically integrates two or more digital platform technologies into a common product form* »⁵⁵. L'intégration de plusieurs technologies et fonctions en un seul produit est actuellement bien illustrée par les « Smart phones » (téléphones intelligents), qui combinent un grand nombre de produits et de fonctions au-delà de la fonction traditionnelle de faire un appel téléphonique. Ces fonctions incluent la prise des photos, l'enregistrement des vidéos, l'accès à la radio et à la télévision ainsi que l'accès à l'Internet⁵⁶.

Pendant que ces tendances se concrétisent sur le plan économique et conduisent à l'émergence de nouveaux produits, leurs conséquences sur le plan juridique sont moins bien comprises et se trouvent confrontées à des instruments réglementaires inadéquats⁵⁷. Une question importante est celle de la corrélation entre les tendances de la convergence économique et la divergence réglementaire, notamment en raison du pluralisme juridique et de la fragmentation générale de droit évoquée précédemment⁵⁸. Par conséquent, la mise en place de politiques et de stratégies pour faire face efficacement aux effets de la convergence est d'une grande importance.

Par ailleurs, cette problématique se manifeste aussi de manière très concrète par la classification tarifaire qui guide l'élaboration des listes de concessions (art. II du GATT et de l'art. XX AGCS). Par exemple, en vertu du GATT de 1947, les problèmes de classification des produits de convergence ont surgi entre les États-Unis et le Japon au début des années 1990

⁵² Voir : S.M. Lee et D.L. Olson, *Convergenomics. Strategic Innovation in the Convergence Era*, Londres, Gower, 2010.

⁵³ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Voir : J.K. Han, S.W. Chung et Y.S. Sohn, « Technology Convergence: When Do Consumers Prefer Converged Products to Dedicated Products? », *Journal of Marketing*, vol. 73, n° 4, juillet 2009, p. 97-108, à la page 97.

⁵⁶ Voir également V. Gustafsson et E.J. Schwarz, « Business Modelling and Convergence », in S. Diehl and M. Karmasin (dir.), *Media and Convergence Management*, Berlin, Springer, 2013, p. 9-23, à la page 10.

⁵⁷ Voir, par exemple : K.N. Nichols, « Nutraceuticals: In the Realm of Consumer Protection, Is the United States' Regulation Too Much or Not Enough? », *Journal of Medicine and Law*, vol. 9, n° 2, 2005, p. 369-388 ; P. Coppens, M. Fernandes da Silva et S. Pettman, « European Regulations on Nutraceuticals, Dietary Supplements and Functional Foods: A Framework Based on Safety », *Toxicology*, vol. 221, n° 1, 2006, p. 59-74 ; C.M. Hasler (dir.), *Regulation of Functional Foods and Nutraceuticals. A Global Perspective*, Iowa, Blackwell Publishing, 2005.

⁵⁸ Voir R.J. Neuwirth, « Global Market Integration and the Creative Economy: The Paradox of Industry Convergence and Regulatory Divergence », *Journal of International Economic Law*, vol. 18, n° 1, 2015, p. 21-50.

dans le cas des mini-fourgonnettes (*minivans*) et les véhicules utilitaires sport (SUV – *sports utility vehicles*), qui ont abouti à la fusion des catégories de voitures et des autobus ou des voitures de sport et les camions. Suite à la création de l'OMC, des problèmes similaires de classification ont surgi dans le cadre de l'application des deux accords généraux, soit le GATT de 1947 (applicable aux biens) et l'*Accord général sur le commerce des services*.

Par rapport aux « biens », l'Organe de règlement des différends de l'OMC a été confronté à un problème semblable dans le contexte de la classification de l'équipement informatique, notamment en ce qui a trait à la distinction entre matériels de réseau local (« LAN ») et ordinateurs personnels multimédias (« PC multimédia »)⁵⁹. Quant aux services, un exemple bien connu concerne la distinction entre les services sportifs (*sporting*) et les services de jeux et paris (*gambling and betting services*)⁶⁰. De plus, il existe un nombre croissant de différends qui impliquent des problèmes de qualification d'un produit comme bien ou service, ce qui est source d'incertitude juridique quant à l'applicabilité du GATT et/ou de l'AGCS⁶¹, l'un et l'autre de ces deux accords généraux comportant des obligations distinctes.

D'une manière générale, les difficultés liées à la classification des nouveaux produits issus de la convergence nécessitent une adaptation permanente des systèmes de classification des marchandises et des services. Concernant les marchandises, l'adaptation du système harmonisée a été jugée nécessaire pour faire face aux défis suivants :

Bien que certains problèmes de classement rencontrés dans ce secteur aient été résolus lors du 3^{ème} Cycle de révision (SH 2007), le classement des produits fabriqués par les industries de l'informatique, de l'électronique grand public et de la communication continue de créer des situations difficiles et complexes du fait de la convergence de ces industries et du développement de nouveaux produits capables de remplir plusieurs fonctions, par exemple :

- un lecteur multimédia portable, capable de lire, afficher et enregistrer des vidéos, du son et de la voix, des images, des photographies, du texte ;
- les "Smart phones" ou téléphones "intelligents", dotés de fonctions telles que l'enregistrement ou la reproduction de vidéos, la réception d'émissions de télévision, la lecture de jeux vidéos, la connexion à l'Internet sans fil, la transmission et la réception de messages électroniques, etc.

D'autres secteurs du SH, tels que les produits pharmaceutiques, les produits chimiques et les textiles, pourraient également se prêter à une clarification et contribuer ainsi à une plus grande simplification des tarifs douaniers nationaux et donc du commerce international. Simplifier le Système harmonisé consiste également à le rendre plus convivial et plus facile à appliquer⁶².

⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998.

⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005.

⁶¹ Voir également : F. Smith et L. Woods, « A Distinction Without a Difference: Exploring the Boundary Between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union », *Yearbook of European Law*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 463-510, à la page 473.

⁶² Voir Organisation mondiale des douanes (OMD), « Focus sur le processus de révision du Système harmonisé », *OMD Actu*, vol. 65, juin 2011, p. 43-44, à la page 44.

En dépit de certaines révisions effectuées en 2014⁶³ et qui entreront en vigueur en 2017, les actuelles difficultés liées à la classification des biens, d'une part, et des services, d'autre part, non seulement persistent, mais risqueront aussi de s'aggraver dès lors que leur classification concernera les deux catégories simultanément. Une approche cohérente n'existe toujours pas étant donné que la classification des marchandises et des services n'a jamais été harmonisée et demeure donc fragmentée entre le Système harmonisé (SH) pour les marchandises et la Classification sectorielle des services, ainsi que la classification centrale des produits des Nations unies (CPC)⁶⁴. En l'absence d'une meilleure coordination dans ce domaine, les problèmes de classification des deux catégories, marchandises ou services, séparément ainsi que conjointement, continueront de s'aggraver en raison d'une convergence accélérée et des différents niveaux de libéralisation du commerce obtenus dans le cadre du GATT et de l'AGCS. D'autant que, si le SH est obligatoire et que les listes d'engagements pour les marchandises doivent le suivre, la CPC ne l'est pas et les Membres de l'OMC peuvent en diverger dans leurs listes, ce qui accroît la fragmentation. En revanche, les différences entre les règles applicables aux biens et aux services tendant à s'atténuer dans les nouveaux accords régionaux et bilatéraux, en particulier dans les textes qui couvrent le commerce électronique et les produits numériques, le problème pourrait progressivement perdre de son importance.

B. Les difficultés spécifiques aux produits issus des industries culturelles et créatives

La convergence ne pose pas seulement un défi réglementaire pour la poursuite de la libéralisation du commerce international sous l'égide de l'OMC. Elle pose un défi encore plus grand lorsqu'elle est abordée en lien avec la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles telles qu'on les retrouve dans la CDEC. Pour répondre à ce défi dans le domaine du droit et de la réglementation, il est nécessaire de se prévaloir d'une compréhension claire et d'une classification précise de certains produits économiques portant également des caractéristiques culturelles, comme c'est le cas avec les biens et services produits par les industries culturelles au sens de la CDEC⁶⁵.

La question de la reconnaissance de la double nature, économique et culturelle, des biens culturels, remonte juridiquement à l'article IV du GATT 1947. Cet article a été motivé par l'émergence de l'industrie du film et l'importance croissante des films cinématographiques. Au moment de la rédaction du GATT, les mesures relatives aux films ont néanmoins été considérées comme appartenant plutôt à la sphère des politiques culturelles nationales, et

⁶³ Voir OMD, *Amendements applicables à partir du 1er janvier 2017*, www.wcoomd.org/fr/topics/nomenclature/instrument-and-tools/hs-nomenclature-2017-edition/amendments-effective-from-1-january-2017 (consulté le 18 octobre 2015).

⁶⁴ Voir OMD, *Nomenclature du SH édition 2012*, www.wcoomd.org/fr/topics/nomenclature/instrument-and-tools/hs_nomenclature_2012.aspx (consulté le 18 octobre 2015) ; OMC, *Classification sectorielle des services. Note du secrétariat*, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991 ; Nations Unies, *Central Product Classification (CPC) Version 2.1*, http://unstats.un.org/unsd/cr/downloads/CPCv2.1_complete%28PDF%29_English.pdf (consulté le 18 octobre 2015).

⁶⁵ Voir le 18^e alinéa du préambule et l'article 4 aux paragraphes 4 et 5 de la CDEC.

non à celle du commerce international⁶⁶. Pendant les années 1960, la question de la double nature des films a été soulevée en rapport avec le problème de l'applicabilité de l'article IV du GATT aux programmes de télévision et à leur qualification comme marchandises ou services⁶⁷.

De nos jours, cette qualification reste problématique au sein du système commercial international. La difficulté est devenue encore plus accentuée à l'ère numérique, alors que les lignes de démarcation entre les biens et les services liés aux produits économiques sont floues ou changent en fonction des différentes étapes de la chaîne économique de production. De fait, c'est la nature dynamique et mouvante des biens et des services qui caractérise l'économie numérique d'aujourd'hui. Cette dynamique se constate dans la qualification du film cinématographique, considéré comme un bien au titre du GATT, mais dont la production, la distribution et la diffusion peuvent également être considérées comme des services⁶⁸. Un problème similaire existe quant à la distinction entre des livres imprimés, des livres homothétiques et des livres numériques (ou électroniques), ces derniers ayant été considérés par la Cour de justice de l'Union européenne comme une prestation de services, plutôt qu'une livraison de biens⁶⁹.

Un tel processus de convergence se manifeste également dans la fusion des technologies des télécommunications et de l'audiovisuel. Juridiquement, on pouvait déjà voir une annonce de cette tendance à la convergence dans la définition des industries culturelles retenue dans les accords de libre-échange conclus par le Canada depuis l'Accord Canada – États-Unis (ALE) de 1988, ainsi que dans la clause d'intégration culturelle que l'on retrouve dans le traité sur l'Union européenne de 1992⁷⁰. Même plusieurs rapports adoptés dans le cadre de différends portés devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC ont reflété une tendance vers une plus grande convergence sectorielle. Ceci se manifeste tout particulièrement lorsqu'on compare l'affaire sur les périodiques à tirage dédoublé de 1996 avec celle sur les publications et produits audiovisuels traitée en 2010 et touchant à l'ensemble du secteur de l'audiovisuel et du divertissement⁷¹.

En définitive et pour ces raisons, un défi pour l'avenir de l'élaboration des politiques culturelles dans le contexte numérique revient à établir un consensus sur les objectifs associés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles au niveau mondial. Plus spécifiquement, il sera nécessaire de porter une attention particulière

⁶⁶ Voir J.H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Indianapolis, Bobbs Merrill Company, 1969, p. 293.

⁶⁷ Voir GATT, *Application of GATT to International Trade in Television Programmes*, L/1615, 16 novembre 1961, p. 1 et GATT, *Application of GATT to International Trade in Television Programmes*, L/1646, 21 novembre 1961, p. 2.

⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, § 58 (ci-après « Chine – Publications et produits audiovisuels »).

⁶⁹ *Commission européenne c. République française*, Affaire C-479/13, 5 mars 2015, J.O.U.E. C 138 du 27 avril 2015, p. 9 (CJUE).

⁷⁰ Voir l'article 2012 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE), *International Legal Materials*, vol. 27, 1988, p. 281 et l'article 128 (4) du *Traité instituant la Communauté européenne* (TCE), J.O. C 224 du 31 août 1992, p. 62 (version consolidée Maastricht).

⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada — Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997 et Rapport de l'Organe d'appel, *Chine — Publications et produits audiovisuels*, *op. cit.*, note 68.

aux moyens de préserver la marge de manœuvre des États qui souhaitent intervenir en faveur de la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique. L'accélération des processus parallèles de numérisation et de convergence de l'économie pose un sérieux défi pour la planification et la réglementation en général ainsi que le respect des principes de sécurité et prévisibilité juridiques en particulier. Concrètement, les États se trouvent face à un double défi dans les domaines de la politique et du droit culturel : du point de vue interne, le premier défi concerne la réglementation efficace des buts associés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles ; le deuxième défi consiste en la poursuite des mêmes objectifs dans la négociation de futurs accords commerciaux internationaux.

Afin de maîtriser ce double défi, il est tout d'abord indispensable de créer des conditions susceptibles de garantir un maximum de cohérence des politiques nationales relative à la régulation de la diversité des expressions culturelles. Cette tâche nécessite un mécanisme efficace de coordination des politiques non seulement entre les différents ministères ou départements, mais aussi un dialogue continu entre les institutions publiques et privées, ainsi qu'entre les responsables de la culture et de l'économie. Ce dialogue doit permettre de suivre de près les tendances et les innovations technologiques qui influencent la création, la production, la diffusion et la dissémination des contenus culturels plus spécifiquement. Le dialogue pourrait être accompagné par l'utilisation de méthodes de prévision technologique (*technology forecasting*) comme système d'alerte précoce en cas de changements drastiques susceptibles de menacer la diversité des expressions culturelles (y compris au titre de l'article 8 de la CDEC)⁷².

En ce qui concerne le commerce international, c'est conformément à l'article 21 de la CDEC que les objectifs de politique nationale doivent être dûment pris en considération aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral, en vue d'assurer une cohérence optimale des politiques et un soutien mutuel entre les différents traités auxquels un État est partie. Dans ce contexte, la réalisation des objectifs formulés au niveau national exige un choix minutieux des instruments juridiques internationaux. À cet égard, deux techniques juridiques sont principalement utilisées afin de permettre une conciliation de la réglementation des préoccupations culturelles et commerciales : il s'agit, en premier lieu, des exceptions culturelles et ; en second lieu, des clauses d'intégration culturelle. La première technique peut d'être caractérisée et considérée comme un outil davantage défensif, mais elle peut également permettre le recours à la seconde technique, par exemple l'établissement d'autres dispositions de promotion des échanges de biens et services culturels, comme l'illustre les trois accords conclus par l'UE au cours des dernières années contenant des protocoles de coopération culturelle. Bien que les deux techniques puissent être utilisées conjointement et simultanément, la prochaine section explore surtout la possibilité d'étendre la portée de l'exception culturelle classique à de nouveaux secteurs.

⁷² Voir par exemple : J.P. Martino, *Technological Forecasting for Decision Making*, 3^e éd., New York, McGraw Hill, 1993.

II.3 L'extension de l'exception culturelle aux secteurs issus des nouvelles technologies

La complexité liée à la classification des produits et services fournis en format numérique, ainsi que les difficultés de transposition des politiques culturelles traditionnelles à la réalité des nouvelles technologies, ont servi d'argument majeur pour que des pays comme les États-Unis contestent la pertinence du dispositif d'exception culturelle dans les accords commerciaux à l'ère du numérique (II.3.1). Les objectifs, les principes et la neutralité technologique consacrés par la CDEC permettent toutefois d'asseoir l'utilité d'un tel mécanisme (II.3.2).

II.3.1 Les tentatives de sujétion des produits et services culturels numériques à la libéralisation commerciale

En décembre 2000, les États-Unis présentaient à l'OMC une Communication qui visait à promouvoir la libéralisation du secteur des services audiovisuels dans le cadre du Cycle de négociations commerciales de Doha⁷³. Parmi les propositions avancées, figuraient la révision de la classification des services audiovisuels actuellement existante dans la Classification sectorielle des services de l'OMC (MTN.GNS/W/120) face aux technologies du numérique, ainsi que la négociation d'un cadre pour les subventions à l'audiovisuel comme moyen primordial de politique culturelle.

La première proposition, consistant en la révision du document W/120, visait à conduire à la prise de nouveaux engagements dans le secteur de l'audiovisuel ou des secteurs « liés à l'audiovisuel » (« *audiovisual-related services* ») par les Membres de l'OMC, fondée sur la possibilité pour ces Membres d'insérer dans leurs listes d'engagements des limitations et conditions spécifiques pour les nouveaux sous-secteurs. Tandis que les États-Unis y énuméraient « *the complex, diverse set of activities that may be considered to form part of today's audiovisual sector* » (nos soulignés), ils ne considéraient pas pour autant que toutes ces activités devraient être classées comme des « services audiovisuels » dans le document W/120⁷⁴. En fin de compte, l'idée serait vraisemblablement de distinguer entre, d'une part, les services audiovisuels traditionnels, qui resteraient soumis aux listes positives d'engagements adoptées par les Membres (avec les limitations et conditions éventuelles indiquées par chaque Membre pour le secteur audiovisuel) et, d'autre part, les nouveaux services audiovisuels permis par les nouvelles technologies et couverts par d'autres catégories sectorielles de l'AGCS ou encore par les règles de libéralisation applicables au commerce électronique. Bien que les États-Unis y soulignent qu'une telle révision doit respecter le principe de neutralité technologique de l'OMC, reconnu explicitement dans la communication nord-américaine comme principe fondamental de l'OMC (« *a fundamental*

⁷³ OMC, « Communication from the United States - Audiovisual and Related Services », S/CSS/W/21, 18 décembre 2000. Voir, pour des commentaires sur cette Communication, L. Richieri Hanania, *op.cit.*, note 43, p. 194-197.

⁷⁴ OMC, « Communication from the United States - Audiovisual and Related Services », *ibid.*, p. 4.

tenet of the WTO »)⁷⁵, une telle proposition semble difficilement soutenir ce principe, lequel permet précisément aux Membres, comme mentionné précédemment, de ne pas devoir renégocier leurs obligations en raison de l'évolution technologique. Alors que les propositions nord-américaines de décembre 2000 ont été rejetées au niveau multilatéral par les Membres de l'OMC⁷⁶, les États-Unis ont pu finalement les mettre en pratique au niveau bilatéral.

En effet, dans les accords bilatéraux récents signés par les États-Unis et examinés à la sous-section II.1, en parallèle à la libéralisation du commerce de la catégorie des « produits numériques », les États-Unis ont accepté que leurs partenaires commerciaux excluent les mécanismes de soutien financier à la culture (subventions) de l'application des chapitres sur le commerce des services et sur les investissements. Ils ont également accepté, dans une plus ou moins grande mesure, que leurs partenaires commerciaux introduisent des réserves ou exceptions à la libéralisation de secteurs comme les services audiovisuels ou de communication traditionnels. Ces réserves sont énumérées par chaque partenaire commercial dans deux types d'annexes : une annexe couvrant des mesures existantes incompatibles avec les obligations de l'accord (Annexes A ou I, selon l'accord) et une deuxième annexe comprenant de nouvelles mesures ou des mesures plus contraignantes que la Partie en question souhaite pouvoir adopter à l'avenir (Annexes B ou II, selon l'accord). En pratique, la plupart des réserves établies par les partenaires commerciaux des États-Unis ayant trait aux produits ou services culturels apparaissent dans le premier type d'annexe⁷⁷. Des restrictions autres ou plus élevées que celles expressément indiquées dans la liste de chaque partenaire sont désormais interdites pour ces pays dans leurs relations avec les États-Unis. Par conséquent, si d'autres restrictions ou des exigences plus strictes ou différentes de celles prévues (parfois n'étant pas envisageables au moment de la négociation de l'accord) s'avèrent nécessaires à l'avenir, notamment face à la réalité du numérique, les pays concernés se trouveront privés de la possibilité de les adopter.

L'ouverture des marchés dans de nouveaux secteurs a été également recherchée par les États-Unis via la libéralisation de services regroupés au sein de la catégorie « services de la technologie de l'information et de la communication » (services TIC)⁷⁸. Malgré les approches divergentes identifiées plus haut entre les États-Unis et l'Union européenne quant au

⁷⁵ *Ibid.*, p. 3, § 10.1.

⁷⁶ Il reste à voir comment cette question sera traitée au sein des négociations plurilatérales de l'Accord sur le commerce des services (ACS) à l'OMC, l'idée étant que certaines obligations, comme le traitement national, soient applicables de manière *top-down*, laissant aux parties le soin de s'assurer que toute exclusion est énumérée explicitement dans leurs listes respectives d'engagements. Le commerce électronique fait, entre autres, partie des thèmes de négociation. Voir : European Commission, *Negotiations for a Plurilateral Agreement on Trade in services*, MEMO/12/107, Bruxelles, 15 février 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150552.pdf (consulté le 18 octobre 2015).

⁷⁷ Voir, pour une liste des réserves adoptées dans les accords récents avec les États-Unis par leurs partenaires commerciaux : L. Richieri Hanania, *op.cit.*, note 43, p. 213-217.

⁷⁸ À ce sujet, voir : L. Richieri Hanania et H. Ruiz Fabri, « European Media Policy and Cultural Diversity at the International Level: The EU's role in Fostering the Implementation of the 2005 UNESCO Convention », dans K. Donders, C. Pauwels et J. Loisen (dir.), *The Palgrave Handbook on European Media Policy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, p. 493-508, aux pages 497-500 ; A. Vlassis et L. Richieri Hanania, « Effects of the CDCE on Trade Negotiations », dans L. Richieri Hanania (dir.), *Cultural Diversity in International Law. The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, New York, Routledge, 2014, p. 25-39, à la page 33.

commerce électronique dans leurs accords commerciaux, des principes de libéralisation commerciale ont été établis dans le domaine des services TIC entre ces deux partenaires commerciaux en 2011 et pourraient, d'ailleurs, influencer les négociations en cours dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP). Dans les *Trade Principles for Information and Communication Technology Services*, adoptés en avril 2011 dans le cadre du *Transatlantic Economic Council* (TEC)⁷⁹, l'UE et les États-Unis ont exprimé leur intention de promouvoir ces principes non seulement dans leurs rapports économiques bilatéraux, mais également vis-à-vis d'autres pays. Le paragraphe qui introduit la liste des principes affirme, de manière générale, que « *[g]overnments seeking to enhance their national regulatory capacity and support the development of ICT networks and services should embrace the following principles and, as appropriate, work to integrate them, in a technologically neutral manner, into bilateral and multilateral trade disciplines* ». La libéralisation des produits et services audiovisuels ne fait pas directement l'objet de ces principes, mais certains d'entre eux pourraient les affecter, notamment si l'on considère les tentatives des États-Unis de s'assurer du libre commerce dans les secteurs touchés par les nouvelles technologies et du potentiel économique de ces secteurs pour les entreprises nord-américaines.

Certes, les politiques culturelles que les États membres de l'UE pourraient souhaiter établir en faveur de la diversité des expressions culturelles à l'ère du numérique semblent avoir été protégées dans ce document par un certain nombre de dispositions. Tout d'abord, par l'incorporation d'une mention relative à la neutralité technologique. Ensuite, par l'affirmation selon laquelle ces principes sont sans préjudice « *to the policy objectives and legislation of the European Union and the United States in areas such as the protection of intellectual property, the protection of privacy and of the confidentiality of personal and commercial data, and the enhancement of cultural diversity (including through public funding and assistance)* » (nos soulignés). L'utilisation du terme « *including* » témoigne de la non-exhaustivité des deux moyens de promotion de la diversité cités dans cette disposition, à savoir le financement public (souvent considéré par les États-Unis, on l'a vu, comme une forme d'intervention acceptable dans le secteur audiovisuel) et d'autres mesures de soutien par l'État.

Cependant, le « renforcement de la diversité culturelle » reste un objectif assez vague qui, selon des pays comme les États-Unis, pourrait à la rigueur être recherché précisément par la libéralisation commerciale des secteurs culturels. La capacité de cette disposition de contrecarrer des tentatives de libéralisation des secteurs de produits et services culturels numériques est en soi assez faible, dépendant essentiellement de la volonté politique des parties. Par ailleurs, le document ne fait pas de distinction entre les services de contenu et les services d'infrastructure pour transporter ce contenu, la catégorie *Information and communication technology services* n'étant au demeurant pas définie. En raison de la convergence technologique et de l'interdépendance des secteurs des médias, les principes qui y sont établis pourraient avoir des effets sur des secteurs de contenu, en empêchant une Partie d'adopter, à des fins de diversité culturelle, des mesures considérées plus efficaces dans des secteurs connexes (e.g. des obligations de *must-carry* imposées à des fournisseurs de services de télécommunications). De nombreux principes de ce document visent, en

⁷⁹ *European Union-United States Trade Principles for Information and Communication Technology Services*, 4 avril 2011, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/april/tradoc_147780.pdf (consulté le 18 octobre 2015).

effet, l'accès aux marchés, comme celui de « *Open Networks, Network Access and Use* » (« *[g]overnments should not restrict the ability of suppliers to supply services over the Internet on a cross-border and technologically neutral basis* »), « *Local Infrastructure* » (« *[g]overnments should not require ICT service suppliers to use local infrastructure, or establish a local presence, as a condition of supplying services. In addition, governments should not give priority or preferential treatment to national suppliers of ICT services in the use of local infrastructure, national spectrum, or orbital resources* ») et « *Foreign Ownership* » (« *[g]overnments should allow full foreign participation in their ICT services sectors, through establishment or other means* »). Un principe de transparence encourage également la publication de tout acte législatif ou administratif pouvant affecter le commerce des services TIC, ainsi que des notifications publiques et la mise en place de procédures permettant la soumission de commentaires. Cela ouvre la voie à la participation (ou à l'intervention) d'autres États dans l'évolution législative d'un pays dans ce domaine, ce qui n'est pas anodin pour des sujets complexes comme celui touchant à la manière d'intervenir en faveur de la diversité des expressions culturelles dans le contexte du numérique.

En somme, la libéralisation des services TIC peut aller au-delà des questions d'infrastructure et avoir des effets sur des industries de contenu culturel, avec pour corollaire un impact sur la diversité et le pluralisme culturels. Cela exige d'autant plus de vigilance que les nouveaux secteurs des médias ont une importance grandissante pour la promotion des valeurs de démocratie et de pluralisme auprès des jeunes générations.

L'engagement des Parties à la CDEC en faveur de la diversité des expressions culturelles doit se traduire par un positionnement solide et cohérent en faveur de la spécificité des produits et services culturels lorsqu'elles négocient des engagements commerciaux bilatéraux, y compris si nécessaire en dehors des secteurs traditionnellement considérés comme culturels. En effet, si des Parties comme l'UE et le Canada se sont efforcés de maintenir leurs exceptions culturelles (pour les services audiovisuels, dans le cas de l'UE, et plus généralement pour les industries culturelles, du côté canadien⁸⁰) dans leurs accords commerciaux négociés récemment, force est de se demander si la dynamique promue par

⁸⁰ Les « industries culturelles » se réfèrent aux secteurs suivants: « (a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications ; (b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo ; (c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo ; (d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine ; ou (e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite » (article 2107 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, Canada, Mexique et États-Unis, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994)). La même définition a été reprise dans les accords suivants négociés par le Canada, y compris l'AECG, qui se réfère à « *the publication, distribution or sale of books, magazines, periodicals or newspapers in print or machine-readable form, except when printing or typesetting any of the foregoing is the only activity; the production, distribution, sale or exhibition of film or video recordings; the production, distribution, sale or exhibition of audio or video music recordings; the publication, distribution or sale of music in print or machine-readable form; or radiocommunications in which the transmissions are intended for direct reception by the general public, and all radio, television and cable broadcasting undertakings and all satellite programming and broadcast network services* » (article X.01, chap. 32 de l'AECG).

les nouvelles technologies en termes de produits et services proposés est bien prise en compte par ces exceptions traditionnelles ou si le libellé de ces exceptions ne mériterait pas d'être revu afin que cette dynamique soit pleinement reflétée dans les futurs accords commerciaux. Sur la base des dispositions de la Convention, la section suivante revisite le concept d'exception culturelle et la notion de spécificité des produits et services culturels dans les accords commerciaux afin de s'interroger sur les secteurs et les politiques à viser lorsqu'une Partie souhaite mettre en œuvre son obligation de promouvoir les principes et objectifs de la Convention dans des enceintes commerciales au titre de l'article 21.

II.3.2 La pertinence de l'exception culturelle pour les produits et services culturels numériques

Le concept de diversité culturelle tel que compris par la CDEC renvoie à la présence, sur un marché donné, de produits et services culturels provenant d'une multitude d'origines. Contraire à la fermeture à d'autres cultures et au protectionnisme commercial (avec lequel la « protection légitime » d'intérêts publics ne doit pas être confondue), la diversité appelle à l'échange et à l'interculturalité. C'est afin de promouvoir la diversité de l'offre culturelle que de nombreux États ont considéré important d'adopter des politiques publiques permettant de corriger les dysfonctionnements du marché des produits et services culturels⁸¹. La légitimité de cette intervention étatique est reconnue par la CDEC dans ses articles 1 (h)⁸², 2.2⁸³, 5⁸⁴ et 6,⁸⁵ ainsi que dans l'affirmation de la spécificité des produits et services culturels vis-à-vis d'autres produits et services⁸⁶. La reconnaissance de cette légitimité peut soutenir politiquement les Parties à la CDEC qui le souhaitent à refuser de réduire leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle par l'acceptation d'engagements de libéralisation des secteurs culturels dans leurs accords internationaux de commerce. Sur la base de la CDEC, ces Parties peuvent ainsi défendre, au sein de leurs

⁸¹ A ce sujet, voir L. Richieri Hanania, *op.cit.*, note 43, p. 29-61.

⁸² Parmi les objectifs de la CDEC, figure celui de « (h) de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire ».

⁸³ Cet article rappelle le « Principe de souveraineté », selon lequel « [l]es États ont, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, le droit souverain d'adopter des mesures et des politiques pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire » (nos italiques).

⁸⁴ L'article 5.1 de la CDEC se lit comme suit : « 1. [l]es Parties réaffirment, conformément à la Charte des Nations Unies, aux principes du droit international et aux instruments universellement reconnus en matière de droits de l'homme, leur droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale afin d'atteindre les objectifs de la présente Convention » (nos italiques).

⁸⁵ L'article 6.1 de la CDEC rappelle : « 1. [d]ans le cadre de ses politiques et mesures culturelles telles que décrites à l'article 4.6, et compte tenu des circonstances et des besoins qui lui sont propres, chaque Partie peut adopter des mesures destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire » (nos italiques).

⁸⁶ Le Préambule de la CDEC affirme que « les activités, biens et services culturels ont une double nature, économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale ». L'article 1 (g) indique, parmi les objectifs de la Convention, celui « de reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens ».

accords de commerce, qu'un traitement juridique spécial soit accordé aux produits et services culturels en raison de leur spécificité.

Afin de maintenir leur marge de manœuvre la plus large possible dans les secteurs culturels, les Parties peuvent avoir recours à différentes techniques juridiques servant à exclure de leurs engagements commerciaux les secteurs dans lesquels elles souhaitent conserver la possibilité d'adopter des mesures et politiques culturelles, ou du moins à exclure de ces accords certains types de mesures et politiques culturelles. Une première technique apparaît dans les exceptions générales introduites dans un accord commercial ou au sein de chapitres spécifiques de ce type d'accord (*e.g.* pour le Canada, dont l'exception couvre les industries culturelles, et l'UE, dont les exceptions couvrent généralement uniquement le secteur des services audiovisuels). Un autre moyen d'excepter certains secteurs et/ou mesures spécifiques figure dans les réserves introduites par chaque partenaire commercial dans sa liste d'engagements, dans les cas où ces engagements sont adoptés par listes négatives (libéralisation *top-down*, lorsque les principes de libéralisation s'appliquent de manière générale, à l'exception de ce qui est indiqué explicitement dans les listes de réserves ou limitations de chaque pays). Il s'agit, par exemple, de la technique utilisée dans les accords bilatéraux négociés par les États-Unis. Lorsque les engagements de libéralisation commerciale sont établis par voie de listes positives (*bottom-up*, la libéralisation commerciale se limitant à ce qui est explicitement inclus dans des listes d'engagements de chaque partenaire commercial), il suffit à chaque partie à l'accord de s'abstenir d'indiquer un secteur dans sa liste d'engagements pour que ledit secteur en soit exclu. À titre d'illustration, il s'agit de l'approche adoptée par un grand nombre de Membres de l'OMC pour le secteur des services audiovisuels dans leurs listes d'engagements à l'AGCS, ainsi que par l'UE dans une grande partie de ses accords bilatéraux et régionaux de commerce. Selon une connotation large et dans le langage courant, renvoyant à la reconnaissance de la spécificité des produits et services culturels dans un accord commercial, toutes ces techniques peuvent être considérées comme des démarches d'« exception culturelle ».

Dans un contexte d'économie créative, marqué par l'évolution et la convergence technologiques, ainsi que par l'importance de la créativité et de l'innovation dans un grand nombre de secteurs, allant au-delà des secteurs traditionnellement considérés comme culturels, il est pertinent de s'interroger sur les conditions d'applicabilité du traitement juridique spécifique pour les secteurs culturels tel qu'il découle des dispositions de la CDEC. L'évolution rapide des nouvelles technologies exige d'autant plus un traitement spécifique pour les produits et services culturels que la dynamique du numérique peut demander une plus grande réactivité, adaptabilité et flexibilité des États pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

Les dispositions de la CDEC répondent à ce besoin de flexibilité. Elles sont très souples quant aux mesures et politiques que les Parties peuvent adopter pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles. La CDEC ne limite pas non plus les secteurs que les Parties pourraient considérer comme nécessitant des politiques ayant des objectifs principalement culturels. Au contraire, conformément à son article 13, qui rappelle la dimension culturelle du concept de développement durable, la culture devrait être intégrée

de manière générale dans les politiques de développement des Parties⁸⁷. Par ailleurs, la neutralité technologique de la CDEC a été démontrée à plusieurs reprises⁸⁸. La spécificité des produits et services culturels vis-à-vis d'autres produits et services incorporée à la CDEC continue ainsi de justifier le recours à des techniques d'exception culturelle dans les accords commerciaux à l'ère du numérique et cela est sans doute un moyen pour les Parties de promouvoir les objectifs et principes de la Convention dans les enceintes internationales commerciales tel que prescrit par l'article 21.

Toutefois, le numérique soulève ou renforce de manière particulière certaines questions. Tout d'abord, il est utile de s'interroger sur les politiques et mesures devant être protégées dans le contexte numérique, alors que les États s'efforcent encore de comprendre la réalité créée par les nouvelles technologies pour pouvoir y intervenir de manière effective. Ensuite et précisément afin de conserver la possibilité pour les États d'y intervenir, il se pose la question de savoir quels secteurs doivent être exclus des accords commerciaux dans l'environnement numérique. Par ailleurs, les nouvelles technologies ayant apporté des situations auparavant inconnues, certaines Parties pourraient se demander ce qu'elles peuvent faire lorsque des secteurs pouvant être touchés par des objectifs culturels aujourd'hui ont déjà été libéralisés dans leurs accords commerciaux précédemment négociés, que ce soit à l'OMC ou aux niveaux bilatéral et/ou régional. Les sous-sections suivantes apportent des éléments de réponse et de réflexion à ces questions.

A. Quelles politiques et quels secteurs ?

La CDEC s'applique « aux politiques et aux mesures adoptées par les Parties *relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* » (article 3 de la CDEC, nos italiques). L'article 4.6 définit les « politiques et mesures culturelles » comme celles « *relatives à la culture, à un niveau local, national, régional ou international, qu'elles soient centrées sur la culture en tant que telle, ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, groupes ou sociétés, y compris sur la création, la production, la diffusion et la distribution d'activités, de biens et de services culturels et sur l'accès à ceux-ci* » (nos italiques). Par ailleurs, l'article 6.2 fournit une liste non exhaustive de politiques et mesures, laquelle n'offre aucune limitation en termes de types de mesures ou de secteurs pouvant être concernés. Par conséquent, des mesures et politiques ciblant primordialement la culture ou les expressions culturelles (« centrées sur la culture » ou

⁸⁷ L'article 13 se lit comme suit : « [I]es Parties s'emploient à intégrer la culture dans leurs politiques de développement, à tous les niveaux, en vue de créer des conditions propices au développement durable et, dans ce cadre, de favoriser les aspects liés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles ».

⁸⁸ Voir notamment V. Guèvremont, *Réflexion préliminaire sur la mise en œuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique*, juin 2013, 27 p., ainsi que les précédents rapports du RIJDEC : *Les directives opérationnelles et autres techniques de mise en œuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles dans un contexte numérique*, 9 juin 2015, 48 p., présenté à l'UNESCO lors de la Conférence des Parties de la CDEC de l'UNESCO en juin 2015 et *La mise en œuvre de la Convention...*, *op. cit.*, note 14. Les trois études sont disponibles sur www.fd.ulaval.ca/accueil-rjidec. Voir également : L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique... », *op. cit.*, note 49 et L. Richieri Hanania, « The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions as a Coordination Framework to Promote Regulatory Coherence in the Creative Economy », *International Journal of Cultural Policy*, 2015, DOI: 10.1080/10286632.2015.1025068.

« destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles ») et en accord avec les principes et objectifs de la CDEC peuvent être considérées comme légitimées et justifiées sur la base de cette dernière⁸⁹.

Au sein de l'économie créative, nombreux sont toutefois les secteurs ayant un lien plus ou moins significatif avec la culture et la créativité. Sans modifier ou étendre le champ d'application de la CDEC (ce qui pourrait créer des confusions sur son objet et ses objectifs et, en fin de compte, nuire à sa crédibilité et à son effectivité), les défis et les opportunités apportés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication peuvent exiger des mesures étatiques innovantes qui, tout en ciblant primordialement la culture ou les expressions culturelles, dépassent les secteurs traditionnellement classés comme culturels. Afin de promouvoir un plus grand équilibre dans les échanges des produits et services culturels, une Partie à la CDEC pourrait ainsi souhaiter impliquer davantage les fournisseurs d'accès à l'Internet, les opérateurs de téléphonie mobile, les plateformes de diffusion en ligne, ou d'autres futurs nouveaux acteurs dans les efforts en faveur de la diversité des expressions culturelles. Le champ de la notion d'« industries culturelles » telle que définie à l'article 4.5 (« industries produisant et distribuant des biens ou services culturels ») semble en pratique s'être élargi depuis l'émergence de ces nouveaux acteurs⁹⁰.

Par ailleurs, la coordination et la cohérence entre différents domaines politiques exigées par le concept de développement durable renforcent cette conclusion. Afin de faire profiter au plus grand nombre des opportunités offertes par le numérique en termes de diversité et d'accès à une offre culturelle diversifiée, un État pourra ainsi souhaiter, par exemple, adapter ses politiques d'éducation, en introduisant des politiques et des programmes de développement des capacités, de sensibilisation à la diversité et de formation d'esprit critique des citoyens. Des politiques de promotion de l'innovation et de la créativité dans les secteurs économiques les plus divers pourraient également en théorie viser fondamentalement l'épanouissement de la richesse culturelle d'un pays⁹¹. Ceci est d'ailleurs compatible avec l'approche économique de la diversité culturelle contenue dans la CDEC, centrée sur les échanges des produits et services culturels et le développement des industries culturelles. L'article 21 a un rôle majeur à jouer afin que cette coordination entre différents domaines politiques réclamée par la CDEC soit répandue, reconnue comme nécessaire et mise en œuvre au niveau international, notamment au sein d'autres forums internationaux agissant en faveur du développement durable.

Il est toutefois impraticable et d'ailleurs peu souhaitable d'établir une liste figée de secteurs méritant l'utilisation d'une exception culturelle dans un accord commercial ou de définir une liste exhaustive de produits et services culturels ou ayant un lien avec la culture, surtout

⁸⁹ L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique... », *op. cit.*, note 49, p. 4.

⁹⁰ Voir sur ces questions *ibid.*, p. 6-8.

⁹¹ Les liens entre la créativité et la diversité culturelle sont flagrants et ont été reconnus de manière explicite par la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001, Doc. UNESCO 31 C/Rés. 25, dans *Actes de la Conférence générale. 31^e sess., Paris, 15 octobre – 3 novembre 2001*, vol. 1 « Résolutions », Paris, UNESCO, 2002, p. 73. La diversité culturelle y est reconnue comme « source d'échanges, d'innovation et de créativité » (art. 1) et une section (art. 7-9) y est dédiée à la corrélation entre la diversité culturelle et la créativité.

dans le contexte dynamique de l'évolution technologique⁹². La flexibilité des dispositions de la CDEC, le droit souverain des Parties en matière de politiques et de mesures culturelles réaffirmé à son article 5, les circonstances particulières des marchés des produits et services culturels de chaque Partie et l'étendue variée de leurs engagements commerciaux déjà existants conduisent à affirmer qu'il revient à chacune d'entre elles de sélectionner les secteurs où un traitement juridique spécifique lui semble nécessaire dans le cadre d'un accord commercial. Tout en prenant en compte les engagements qu'elles auront pu assumer précédemment, il leur incombera de rédiger soigneusement toute exception ou réserve pouvant leur garantir la plus grande marge de manœuvre possible dans le contexte des nouvelles technologies, en leur permettant d'adopter des mesures et politiques adaptées et efficaces dans un tel contexte. Cela dépendra bien évidemment de la volonté et de la stratégie politiques de chaque Partie, ainsi que de son pouvoir de négociation face à différents partenaires.

Il n'existe donc pas un modèle ou libellé unique d'exception ou de réserve d'ordre culturel applicable à toutes les Parties de la CDEC. Il est toutefois possible d'avancer quelques réflexions qui pourraient leur servir de source d'inspiration. Un premier exemple pouvant étayer ces réflexions est celui de l'exception canadienne traditionnelle touchant aux industries culturelles. Alors que cette exception couvre une gamme plus large de secteurs culturels⁹³ que l'exception européenne, par exemple, ce qui peut être considéré comme étant très positif, l'on peut s'interroger sur sa capacité à prendre pleinement en compte la réalité continuellement changeante des nouvelles technologies. Ainsi, lorsque l'exception canadienne mentionne « la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine », peut-on déduire que l'expression « exploitable par machine » couvre toute sorte de moyens technologiques ? Les produits auxquels cette exception se réfère, couvrent-ils les publications en ligne qui n'adoptent pas le format des livres, revues, périodiques et journaux traditionnels, comme les livres multimédias et/ou interactifs ? La « production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo » ou encore « d'enregistrements de musique audio ou vidéo », couvrent-elles toutes les activités économiques présentes aujourd'hui sur le marché et impliquant la mise à disposition du public de films, enregistrements vidéo et de musique ? Que dire des produits multimédias comprenant texte, image et musique à la fois ? Enfin, peut-on dire que le secteur des « radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite » englobe toutes les formes de transmission de contenu, comme les émissions radio sur Internet ou les services audiovisuels non linéaires, par exemple ? L'évolution technologique complexifiera progressivement les réponses à ces questions.

Les accords signés par la Nouvelle-Zélande fournissent un autre exemple de formulation d'exception culturelle méritant d'être examinée ici. Bien que certains éléments de cette exception demeurent problématiques, son libellé tente de répondre aux défis soulevés par les nouvelles technologies. À titre d'illustration, dans l'Accord de libre-échange ASEAN-

⁹² Voir à ce sujet L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique... », *op. cit.*, note 49, p. 8 et 9.

⁹³ Voir *supra*, à la note 55.

Australie-Nouvelle Zélande (AANZFTA), l'exception figurant à l'article 1^{er} du chap. 15 de l'accord se lit : « *[f]or the purposes of Chapter 8 (Trade in Services) and Chapter 11 (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services or investment, nothing in these Chapters shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a Party of measures necessary to protect national treasures or specific sites of historical or archaeological value, or measures necessary to support creative arts of national value » (nos soulignés). D'un côté, le qualificatif « *of national value* » et l'exigence de « nécessité » semblent réduire la portée des mesures pouvant soutenir les « arts créatifs » au titre de cette exception. De même, les conditions exigées par cet article quant à la manière dont ces mesures peuvent être appliquées, similaires aux chapeaux de l'article XX du GATT et de l'article XIV de l'AGCS, peuvent présager d'une mise en pratique peu profuse. D'un autre côté, la définition de « *creative arts* » contenue dans une note de bas de page couvre de manière large le contenu culturel numérique : « *“Creative arts” include the performing arts - including theatre, dance and music - visual arts and craft, literature, film and video, language arts, creative on-line content, indigenous traditional practice and contemporary cultural expression, and digital interactive media and hybrid art work, including those that use new technologies to transcend discrete art form divisions. The term encompasses those activities involved in the presentation, execution and interpretation of the arts, and the study and technical development of these art forms and activities* » (nos soulignés). Les concepts de « contenu créatif en ligne », de « médias interactifs », ou d'« œuvre d'art hybride » ayant recours aux nouvelles technologies sont autant de notions qui pourraient être explorées par d'autres Parties à la CDEC lors de la rédaction de leurs exceptions culturelles à l'ère du numérique.*

B. Quelles perspectives pour les futurs accords commerciaux ?

Lorsque des engagements commerciaux ont été précédemment adoptés pour des secteurs où une Partie souhaite intervenir en vue d'objectifs culturels fondés sur la CDEC, il demeure nécessaire de s'interroger sur les possibilités concrètes de mise en œuvre de cette dernière et en particulier de son article 21 lors de la négociation de nouveaux accords commerciaux.

Afin de déterminer l'étendue sectorielle d'une exception culturelle dans un accord commercial, un premier élément à conserver à l'esprit est le fait que la CDEC ne fait pas de distinction entre des secteurs culturels lorsqu'elle affirme la spécificité des produits et services culturels. Tous les activités, produits et services culturels véhiculent des identités, des valeurs et des sens et « ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale » (Préambule de la CDEC). Certes, il incombe aux Parties de déterminer les secteurs à l'égard desquels elles souhaitent établir des exceptions (voir *supra*), sur la base des intérêts publics valorisés par leurs sociétés respectives, leur stratégie politique, leur pouvoir de négociation, ainsi que les liens qui seront établis avec d'autres secteurs commerciaux au long de la négociation d'un accord international de commerce. La distinction entre secteurs ne provient, néanmoins, pas des dispositions de la CDEC elles-mêmes.

Une question qui peut se poser est donc celle de savoir si, sur la base de cette convention et depuis son entrée en vigueur, une Partie pourrait élargir son exception culturelle dans ses accords futurs⁹⁴, en l'étendant à d'autres secteurs pour lesquels elle n'avait pas exigé une exception dans le cadre d'accords commerciaux précédents. A titre d'exemple, l'exception européenne touchant exclusivement les services audiovisuels pourrait aujourd'hui paraître insuffisante, ne prenant pas en compte d'autres secteurs culturels dont la spécificité a été également reconnue par la CDEC depuis son adoption en 2005. L'on sait que cette position traditionnelle de l'UE est justifiée par la reconnaissance de la double nature (culturelle et économique) du secteur audiovisuel et de son importance particulière d'un point de vue à la fois économique et social pour les sociétés contemporaines. Il faut se rappeler, par ailleurs, que certains États membres tiennent à défendre leurs intérêts économiques dans des secteurs autres que l'audiovisuel (*e.g.* le secteur du livre), ce qui justifie leur souhait de libéralisation de ces secteurs de la part des partenaires commerciaux de l'UE. Un argument juridique souvent mis en avant est également celui selon lequel certains États membres de l'UE ont déjà adopté des engagements de libéralisation commerciale (souvent assortis de limitations et conditions) dans d'autres secteurs culturels (*e.g.* services de divertissement ou d'agences de presse) dans le cadre de l'AGCS à l'OMC ou d'accords bilatéraux⁹⁵. Restreindre les engagements de l'UE lors de la négociation de nouveaux accords commerciaux, en étendant son exception culturelle à d'autres secteurs, a ainsi souvent été considéré comme inacceptable par certains États membres et par la Commission européenne.

On peut néanmoins s'interroger si, par exemple, dans un accord comme l'AECG entre l'UE et le Canada, l'exception canadienne pour les industries culturelles n'aurait pas pu tout simplement être applicable aux deux parties à l'accord. En excluant uniquement les services audiovisuels des chapitres de l'accord, l'UE offre en fin de compte à son partenaire canadien des engagements qu'elle n'exige pas en contrepartie⁹⁶. Certes, l'UE est tenue de respecter ses engagements en la matière au titre de l'AGCS et cela à l'égard de tous les Membres de l'OMC, y compris le Canada. Cependant, dans une perspective de renforcement politique et de visibilité de la CDEC, et précisément, car juridiquement les engagements existants demeurent, il n'aurait sans doute pas été inutile de profiter de la négociation avec l'un des États les plus engagés en faveur de la mise en œuvre de la CDEC pour affirmer plus largement la spécificité des secteurs culturels⁹⁷. Cela n'irait vraisemblablement pas à l'encontre des exigences de l'OMC à l'égard des accords régionaux de commerce au titre de l'article XXIV du GATT (élimination des barrières « pour l'essentiel des échanges commerciaux ») ou de l'article V de l'AGCS (couverture d'« un nombre substantiel de secteurs »), étant donné que de telles exigences peuvent être respectées par la libéralisation

⁹⁴ Quant aux traités déjà existants, l'article 20.2 de la CDEC est clair lorsqu'il affirme que « [r]ien 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 ». Les engagements pris par les Parties dans le cadre de traités précédents demeurent applicables dans les relations entre les parties à ces traités tant qu'elles n'auront pas convenu de les amender.

⁹⁵ L. Richieri Hanania et H. Ruiz Fabri, *op. cit.*, note 78, aux pages 495 et 496.

⁹⁶ Et cela bien que l'on puisse soutenir que la technique utilisée dans cet accord pour l'établissement des exceptions culturelles (consistant en des exceptions chapitre par chapitre) a fini par permettre à l'UE d'obtenir un certain niveau de libéralisation de la part du Canada dans le secteur du livre.

⁹⁷ L. Richieri Hanania et H. Ruiz Fabri, *op. cit.*, note 78, à la page 496.

d'autres secteurs que les secteurs des produits et services culturels⁹⁸. La mise en œuvre de la CDEC justifierait ainsi que des discussions soient mises en place au sein de l'UE avec des représentants des secteurs culturels autres que l'audiovisuel en vue de la préparation d'une stratégie politique consistante pour ces autres secteurs dans les futurs accords commerciaux. La même démarche pourrait être utilement entreprise par d'autres Parties à la CDEC.

Une autre manière de mettre en œuvre l'article 21 de la CDEC lorsque les Parties ont auparavant adopté des engagements commerciaux dans des secteurs où elles peuvent souhaiter agir aujourd'hui dans un contexte de nouvelles technologies est celle de la coopération culturelle internationale.

En effet, la CDEC adopte une approche systémique et globale qui dépasse la reconnaissance de la spécificité des produits et services culturels vis-à-vis d'autres produits et services couverts par des accords commerciaux. Tout en incorporant la notion d'« exception culturelle » en matière de politique commerciale des Parties, la CDEC appelle à des actions complémentaires également fondamentales pour l'objectif ultime de diversité culturelle, notamment dans les domaines de la coopération internationale et du développement⁹⁹. De telles actions ne passent pas nécessairement par la libéralisation commerciale et des engagements d'accès aux marchés, bien qu'elles puissent jouer un rôle majeur dans le rééquilibrage des échanges des produits et services culturels, en contribuant à la promotion de la diversité des expressions culturelles en accord avec les dispositions de la CDEC. Au sein de cette dernière, la promotion des échanges de produits et services culturels via la coopération internationale figure comme un volet interdépendant, et non pas contradictoire, par rapport à la spécificité des produits et services culturels dans le domaine commercial¹⁰⁰. Un exemple de tentative de mise en œuvre du volet de la CDEC sur la coopération internationale dans le domaine culturel lors de la négociation d'accords commerciaux est celui des protocoles ou accords de coopération culturelle négociés par l'UE avec certains de ses partenaires commerciaux¹⁰¹. Tandis que, dans la partie commerciale de ces accords, l'UE indique son exception habituelle pour les services audiovisuels, un protocole intégré au traité de commerce ou un accord indépendant de ce dernier contiennent des dispositions de coopération culturelle inspirées de la CDEC¹⁰².

⁹⁸ Par ailleurs, la pratique montre que ces exigences sont interprétées avec une certaine flexibilité et ont été peu appliquées par les Membres de l'OMC. Voir : OMC, *The Future of the WTO. Addressing Institutional Challenges in the New Millennium. Reinforcing the WTO to Meet its Institutional Challenges*, par P. Sutherland (dir.), Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, OMC, Genève, 2004, p. 21, https://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.htm (consulté le 18 octobre 2015).

⁹⁹ Voir L. Richieri Hanania (dir.), *Cultural Diversity in International Law...*, *op. cit.*, note 78 ; L. Richieri Hanania, « The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions as a Coordination Framework... », *op. cit.*, note 88 ; L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique... », *op. cit.*, note 49.

¹⁰⁰ Voir L. Richieri Hanania, « Le débat commerce-culture à l'ère numérique... », *op. cit.*, note 49, p. 5 et 6.

¹⁰¹ Voir L. Richieri Hanania, « Cultural Diversity and Regional Trade Agreements... », *op. cit.*, note 45, aux pages 430-435, ainsi que C. Souyri-Desrosier, « EU Protocols on Cultural Cooperation. An Attempt to Promote and Implement the CDCE within the Framework of Bilateral Trade Negotiations », dans L. Richieri Hanania (dir.), *Cultural Diversity in International Law...*, *op. cit.*, note 78, p. 209-224.

¹⁰² L'option d'un protocole, partie intégrante de l'accord commercial, ne s'est justifiée que lorsque les dispositions de coopération avaient des effets d'ouverture des marchés et que leur inclusion dans l'accord commercial bilatéral ou régional permettait d'écarter l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée déjà assumée à l'OMC par certains partenaires, par exemple les pays du CARIFORUM et la Corée du Sud. En

Des dispositions de coopération culturelle sans effet d'accès aux marchés ou de libéralisation commerciale dans des secteurs culturels peuvent être adoptées indépendamment de tout engagement assumé dans le cadre d'accords commerciaux existants entre les parties. Le potentiel de ce type de dispositions pour la promotion de la diversité des expressions culturelles est immense et les possibilités de communication et d'échange accrues offertes par les technologies du numérique peuvent être grandement mises à profit pour favoriser la coopération culturelle¹⁰³. Les Parties ayant déjà adopté des engagements d'ouverture commerciale dans des secteurs culturels dans le cadre de l'OMC ou dans un accord précédent avec des partenaires commerciaux ont ainsi sans doute un champ d'action à développer dans ce domaine. Enfin, la coopération culturelle internationale est également un moyen de promouvoir les échanges et l'interculturalité pour des Parties qui ne souhaitent pas s'engager davantage à libéraliser leurs marchés, afin de maintenir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle face au contexte évolutif des nouvelles technologies.

La section suivante examine des moyens juridiques supplémentaires permettant aux Parties de prendre en compte la spécificité des produits et services culturels consacrée par la CDEC dans le contexte des accords internationaux de commerce.

II.4 Au-delà de l'exception culturelle : la possibilité de promouvoir les objectifs et principes de la CDEC par le biais d'autres techniques

De nombreux accords commerciaux n'accordent aucun traitement spécifique aux biens et aux services culturels des Parties et ne contiennent aucune exception culturelle permettant de préserver la marge de manœuvre des États en matière de culture. Les raisons peuvent être multiples : pression d'un partenaire commercial plus puissant pour ouvrir le marché culturel, stratégie de négociation consistant à ouvrir ce marché en échange de certaines concessions dans le même secteur ou dans d'autres secteurs du commerce, manque d'information ou de ressources afin de cibler les politiques culturelles qui méritent d'être préservées, inexistence de politiques culturelles à préserver au moment de la négociation de l'accord de libre-échange, manque de volonté politique, etc. Dans tous les cas, la marge d'intervention en faveur de la diversité des expressions culturelles se voit considérablement réduite pour les États concernés. En outre, quel que soit le changement de circonstances qui pourrait être allégué pour chercher à modifier la portée de certains engagements, la pratique démontre qu'une telle renégociation ne se matérialise tout simplement pas.

effet, puisque les dispositions de coopération culturelle négociées avec ces partenaires établissent un accès préférentiel pour des coproductions audiovisuelles, leur inclusion dans un accord régional de commerce permettait qu'elles soient couvertes par l'article V de l'AGCS et, par conséquent, exemptées de l'application du traitement de la nation la plus favorisée au titre de cet accord. Voir à ce sujet L. Richieri Hanania, « Cultural Diversity and Regional Trade Agreements... », *op. cit.*, note 45, aux pages 440 et 441.

¹⁰³ Voir, pour des exemples et propositions concrètes de coopération culturelle en faveur des pays en développement à l'ère du numérique, le rapport *La mise en œuvre de la Convention...*, *op. cit.*, note 14, p. 11-20.

La révolution numérique qui s'est opérée au cours des vingt dernières années n'a pas permis aux accords commerciaux d'échapper à cette constante. Au contraire, au nom du principe de neutralité technologique, les engagements contractés avant même qu'Internet ne voit le jour doivent aujourd'hui être respectés et ce, quel que soit l'environnement au sein duquel les biens et services culturels s'échangent, ce qui inclut la sphère numérique. En outre, tel que souligné précédemment, un nouveau modèle d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux promu par les États-Unis incorpore un chapitre sur le commerce électronique qui contient des engagements très contraignants applicables au commerce des produits numériques, ce qui peut inclure divers produits culturels comme les films, les livres ou encore la musique.

Face à de tels accords commerciaux, il est essentiel d'identifier des voies alternatives de prise en compte des considérations d'ordre culturel dans l'application et l'interprétation des règles auxquelles les Parties se sont soumises, que ces règles s'appliquent à des échanges traditionnels de biens ou de services culturels, ou encore par à la transmission de contenus culturels numériques¹⁰⁴. Trois voies sont ici explorées : le concept de développement durable ; le principe de non-discrimination et ; l'exception de moralité publique. Il est à noter que ces trois voies ne sont pas mutuellement exclusives et pourraient donc être appelées à se chevaucher.

II.4.1 Le concept de développement durable

L'inclusion de l'article 13 dans la CDEC marque une étape fondamentale dans l'évolution du droit international¹⁰⁵. Elle traduit une volonté, clairement exprimée par les Parties, d'intégrer la culture dans l'ensemble de leurs politiques de développement, une telle intégration se présentant comme une condition essentielle à la poursuite d'un développement durable. Ainsi le concept de développement durable posséderait-il, au-delà des ses piliers économique, social et environnemental, une autre composante fondamentale ou transversale : une dimension culturelle¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ces modes de prises en compte, qui constituent de nouvelles voies de pénétration des considérations d'ordre culturel dans les accords de commerce, sont devenues accessibles notamment grâce au principe d'interprétation évolutive, reconnu par plusieurs juridictions internationales. Ce principe permet d'interpréter une norme à la lumière des valeurs et conceptions modernes de la société internationale, ce qui pourrait inclure les objectifs et principes consacrés par la CDEC. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* tient partiellement compte de cette réalité puisqu'elle « évoque la pluralité des règles et des principes dans le contexte de l'interprétation des traités », en particulier à l'article 31, § 3 c) qui « exprime ce que l'on peut appeler le principe de "l'intégration systémique" ». Voir : Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, par Martti Koskeniemi, 58^e sess, 13 avril 2006, DOC. N.U. A/CN.4/L.682, à la page 227. L'article 31, § 3 c) suggère en effet à l'interprète la prise en compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Le principe d'interprétation évolutive est d'ailleurs consacré dans la jurisprudence de l'OMC. Au-delà de la prise en compte d'une « règle », ce sont aussi les valeurs qui président à l'élaboration de celle-ci qui sont concernées par l'intégration systémique.

¹⁰⁵ En vertu de l'article 13, « [l]es Parties s'emploient à intégrer la culture dans leurs politiques de développement, à tous les niveaux, en vue de créer des conditions propices au développement durable et, dans ce cadre, de favoriser les aspects liés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles ».

¹⁰⁶ Certains vont même jusqu'à évoquer l'idée d'un quatrième pilier : le pilier culturel du développement durable. Voir : Cités et Gouvernements Locaux Unis, *La culture : quatrième pilier du développement durable*, 17

La CDEC crée donc indéniablement des liens juridiques entre les notions de « culture » et de « développement durable »¹⁰⁷. L'article 13, qui figure dans la partie IV de la Convention consacrée aux « Droits et obligations des parties », doit en outre être interprété à la lumière des principes énumérés à l'article 2 de cet instrument, notamment le Principe 6 qui affirme que « [l]a protection, la promotion et le maintien de la diversité culturelle sont une condition essentielle pour un développement durable au bénéfice des générations présentes et futures ». La complémentarité et l'interdépendance des aspects économiques, culturels, sociaux et environnementaux du développement durable sont ainsi reconnues¹⁰⁸ et les directives opérationnelles de l'article 13 précisent que la mise en œuvre de cette disposition exige l'« intégration » de la culture dans les politiques de développement durable¹⁰⁹, dans tous les secteurs et à tous les niveaux (local, régional, national et international)¹¹⁰.

Ainsi, en vertu de leurs engagements au titre de la CDEC, les Parties doivent déployer les moyens nécessaires à la réalisation d'une véritable intégration de la culture dans l'ensemble de leurs politiques de développement. En outre, le développement durable étant lié au « principe de soutien mutuel », cette notion invite non seulement à l'articulation d'une pluralité de normes, mais également des diverses valeurs, toutes interdépendantes, associées au développement durable. De cette imbrication, de cet entrelacement, entre ces piliers/valeurs du développement durable doit dès lors découler une dynamique de renforcement des engagements contractés par les États de manière à ce que la poursuite d'un objectif fondé sur l'une de ces valeurs soit simultanément favorable à la poursuite des objectifs fondés sur d'autres valeurs du développement durable. Dans cette perspective, l'article 13 de la CDEC a pour conséquence de faire entrer les considérations d'ordre culturel dans tous les systèmes qui incorporent la notion de développement durable.

Enfin, on ne peut faire abstraction du lien étroit qui existe entre l'article 13 et l'article 21 de la CDEC qui engage les Parties « à promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales ». À ce titre, les accords commerciaux multilatéraux, régionaux et bilatéraux ont notamment été identifiés par les Parties comme des « enceintes internationales » visées par cette disposition¹¹¹. L'article 13 relatif à l'intégration de la culture dans le développement durable permet ainsi l'édification de

novembre 2010 ; Commonwealth Secretariat, *Culture as the Fourth Pillar of Sustainable Development*, par K Nurse, Londres, juin 2006 ; Cultural Development Network, *The Fourth Pillar of Sustainability : Culture's Essential Role in Public Planning*, par J. Hawkes, Melbourne, Common Ground, 2001 ; Assemblée Parlementaire de la Francophonie, *La culture comme outil de développement durable*, Réunion de la Commission de l'éducation, de la communication et des affaires culturelles, Québec, janvier 2011, p. 2 et 3.

¹⁰⁷ Ainsi peut-on lire, dans le *Projet de directives opérationnelles pour l'intégration de la culture dans le développement durable (article 13 de la Convention)*, Doc CE/08/2. IGC/5, 25 septembre 2008, que « pour la première fois, un instrument juridique international engage les Parties à s'employer à intégrer la culture dans le développement durable ».

¹⁰⁸ UNESCO, *Article 13 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Directives opérationnelles. Intégration de la culture dans le développement durable*, Conférence des Parties, 2^e sess, Paris, juin 2009, § 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 5.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 6.

¹¹¹ Voir UNESCO, Comité intergouvernemental pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, *Concertation et coordination internationales : état des lieux sur l'article 21 de la Convention*, 5^e sess, point 8, Doc. UNESCO CE/11/5.IGC/213/8REV2, 18 novembre 2011, p. 5.

nouvelles passerelles entre des systèmes de normes poursuivant des objectifs en apparence divergents.

Ce constat est d'autant plus important que les références au développement durable se sont multipliées au cours des trois dernières décennies à une vitesse telle qu'aucun système de normes ne semble aujourd'hui pouvoir échapper à l'incorporation de ce concept. Souvent inscrit dans le préambule, dans les objectifs ou dans les principes directeurs d'un accord, le développement durable guide alors l'interprétation de toutes les dispositions d'un texte. Les normes commerciales n'échappent pas à cette tendance et l'exemple du système OMC démontre à quel point l'incorporation du concept de développement durable peut avoir des effets considérables sur l'interprétation des normes. L'objectif de développement durable est en effet inscrit dans le Préambule de l'Accord sur l'OMC. Plus spécifiquement, le paragraphe 2 énumère les objectifs poursuivis par ses Membres, lesquels doivent agir « conformément à l'objectif de développement durable » et « d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». Cette référence au développement durable dans la charte constitutive de l'Organisation est cruciale puisque toutes les dispositions des accords de l'OMC doivent être interprétées conformément à ce texte fondateur.

À cet égard, la jurisprudence de l'OMC a déjà pu témoigner du potentiel de la notion de développement durable pour stimuler l'ouverture du système à la prise en compte de considérations autres que strictement commerciales. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, c'est notamment par ce biais que la valeur environnementale a exercé son influence sur l'interprétation de l'article XX g) du GATT. L'Organe d'appel a tenu compte de cet objectif pour interpréter la notion de « ressources naturelles épuisables » inscrite dans cette exception, en considérant que le Préambule, qui incorpore le concept de développement durable, devait « éclairer, ordonner et nuancer [son] interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC »¹¹². Sur cette base, une mesure ayant pour effet de restreindre le commerce de certains produits a été jugée conforme aux conditions posées par le paragraphe g) de l'article XX consacré aux exceptions générales¹¹³.

Le recours à cette approche, conforme au droit des traités¹¹⁴, pourrait guider l'interprétation d'autres exceptions, et même s'étendre à l'ensemble des règles et principes sur lesquels se fonde la libéralisation des échanges. Une telle approche pourrait surtout être la voie du renouvellement de la relation commerce/culture. Inscrite dans les normes qui composent les deux systèmes, culturel et commercial, la notion de développement durable peut en effet devenir une importance passerelle d'accès des valeurs culturelles au système commercial multilatéral et influencer l'interprétation des principes fondamentaux des accords de l'OMC, en particulier la non-discrimination. Cette dynamique ne saurait d'ailleurs être affectée par l'environnement, matériel ou immatériel, traditionnel ou numérique, au sein duquel les échanges culturels se déroulent.

¹¹² Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, § 153 (ci-après « *États-Unis – Crevettes* »).

¹¹³ La mesure a néanmoins été sanctionnée par l'Organe d'appel, sa mise en œuvre ayant été jugée non conforme aux prescriptions du chapeau de l'article XX (voir *États-Unis – Crevettes*, *ibid.*, p. 59-81).

¹¹⁴ Bien que le préambule ne possède pas de force obligatoire, il constitue un élément d'interprétation du traité (voir P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 146).

II.4.2 Le principe de non-discrimination

En droit international économique, le principe de non-discrimination repose généralement sur la mise en œuvre de deux règles : le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national. Dans les accords de l'OMC, tout comme au sein de multiples accords commerciaux bilatéraux et régionaux, ces règles s'appliquent aux biens et services jugés « similaires » (ou, dans certains cas, « directement concurrents ou substituables »). Ainsi, en présence de biens ou services qui partagent un certain nombre de caractéristiques¹¹⁵, les États ne peuvent établir de discrimination entre ces derniers. En d'autres mots, les biens et services d'un Membre ne doivent pas être soumis à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires en provenance du territoire d'autres Membres ou encore fabriqués sur le territoire national de l'État importateur.

De précédents différends ont témoigné du refus du juge de prendre en compte la spécificité des biens et services culturels dans l'analyse de la similarité, analyse pouvant inclure un examen du rapport de concurrence entre deux biens ou services sur un marché donné. À cet égard, l'affaire *Canada – Périodiques*¹¹⁶ a bien illustré la difficulté de concilier, à une époque antérieure à la CDEC, le test de similarité avec la prise en compte des valeurs culturelles associées à certains produits. Il peut être utile de rappeler que dans cette affaire, les États-Unis contestaient notamment l'imposition d'une taxe canadienne sur la publicité payée par des annonceurs canadiens dans les périodiques américains à tirage dédoublé¹¹⁷, et attaquaient le Canada sur la base de l'article III:2 du GATT consacré à l'application du traitement national en matière de taxe et autres formes d'imposition intérieure.

L'un des points fondamentaux du différend consistait à déterminer si un périodique canadien et un périodique américain à tirage dédoublé sont des produits similaires ou substituables¹¹⁸. Le gouvernement canadien défendait la thèse que « [b]ien que pouvant être des supports publicitaires substituables », les deux périodiques n'étaient pas pour autant « des supports d'information concurrents ou substituables »¹¹⁹. Selon le Canada, « substitution » signifiait « interchangeabilité » ; or, « [u]ne fois que le contenu est accepté en tant qu'élément entrant en ligne de compte, il semble évident que des magazines créés

¹¹⁵ Les critères de similarité, développés dans la jurisprudence sur le test de similarité de l'article III du GATT, sont les utilisations finales du produit sur un marché donné ; les goûts et habitudes des consommateurs, les propriétés, la nature et la qualité du produit, ainsi que le classement tarifaire des produits. Voir GATT, *Report by the Working Party on Border Tax Adjustments*, GATT Doc L/3464, 1970, § 18 (uniquement disponible en anglais sur le site de l'OMC). Ces critères furent ultérieurement repris par de nombreux groupes spéciaux appelés à se prononcer sur la similarité de deux produits.

¹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997 (ci-après « *Canada – Périodiques* »).

¹¹⁷ Un périodique à tirage dédoublé est un périodique dont le contenu rédactionnel (textes et photographies) est généralement le même que l'édition d'origine (dans ce cas-ci, l'édition américaine), mais dont la publicité variera en fonction du pays vers lequel le magazine est exporté (dans ce cas-ci, le Canada). Les périodiques à tirage dédoublé permettent donc, à ceux qui les produisent et les distribuent, de faire du profit sur un périodique déjà amorti sur le territoire national.

¹¹⁸ Une note interprétative liée à la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT précise que le traitement national en matière de taxes et autres impositions intérieures interdit non seulement les discriminations entre produits similaires, mais également entre produits directement concurrents ou substituables.

¹¹⁹ *Canada – Périodiques*, *op. cit.*, note 116, p. 29.

pour des marchés différents ne sont pas interchangeables »¹²⁰. Le raisonnement du Canada impliquait donc que soient pris en compte dans l'analyse de la similarité ou de la substituabilité non seulement les caractéristiques physiques du produit, par définition matérielles, mais également leur contenu, de nature immatérielle. La question des produits similaires n'a cependant pas été tranchée par l'Organe d'appel¹²¹. Quant à savoir si les périodiques canadiens et périodiques dédoublés américains pouvaient être considérés comme « directement concurrents ou directement substituables », il en a conclu que « les périodiques à tirage dédoublé sont en concurrence avec les périodiques de production entièrement nationale au niveau des recettes publicitaires, ce qui démontre qu'ils se disputent le même marché »¹²². Ainsi, en considérant les périodiques américains et canadiens comme des produits concurrents sur le « marché » canadien, les juges ont fait fi des valeurs culturelles véhiculées par ces derniers et n'ont tenu compte que de leur dimension économique¹²³.

Or, à l'heure où 139 États ainsi que l'Union européenne reconnaissent « la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens »¹²⁴, il serait difficilement envisageable qu'une telle interprétation puisse être réitérée advenant l'éclatement d'un litige de même nature entre deux Parties à la CDEC. En outre, puisque par le biais de l'article 13, les Parties reconnaissent qu'il est essentiel d'intégrer la culture dans leurs politiques de développement en vue de promouvoir un développement durable, et puisque l'objectif de développement durable inscrit dans le Préambule de l'Accord sur l'OMC doit guider l'interprétation des accords de l'OMC, le juge serait légitimé à revoir la traditionnelle liste des critères de similarité du traitement de la nation la plus favorisée et du traitement national de manière à prendre en compte la spécificité de certains produits culturels.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ L'Organe d'appel a rejeté les conclusions du Groupe spécial sur ce point au motif que ce dernier n'avait pas analysé les trois critères de similarité que sont les utilisations finales du produit sur un marché donné, les goûts et les habitudes des consommateurs, ainsi que les propriétés, la nature et la qualité du produit. Il a considéré que le Groupe spécial n'avait pas fondé ses constatations sur les pièces à conviction et les éléments de preuve qui lui avaient été fournis et nota « qu'en l'absence d'une analyse suffisante de [la première phrase de l'article III:2] dans le rapport du Groupe spécial, il n'est pas possible d'établir une détermination de l'existence de produits similaires ». L'Organe d'appel a par conséquent infirmé les constatations du Groupe spécial sur la question des « produits similaires », sans toutefois reprendre cette analyse. Il a plutôt choisi d'examiner directement la compatibilité de la taxe avec la deuxième phrase de l'article III:2 (voir *Canada – Périodiques*, *op. cit.*, note 116, p. 24-26).

¹²² *Ibid.*, p. 29. Il admit néanmoins qu'il s'agissait dans ce cas d'une « imparfaite substituabilité », mais déclara que cela ne pouvait modifier son jugement (*ibid.*, p. 32). Il considéra alors que les « périodiques importés à tirage dédoublé et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé sont des produits directement concurrents ou directement substituables dans la mesure où ils font partie du même segment du marché canadien des périodiques » (*ibid.*, p. 32).

¹²³ Une réflexion émise par le Groupe spécial mérite d'être rapportée : « [a]vant 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 1994 » (Rapport du Groupe spécial, *Canada – Périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997, § 5.45).

¹²⁴ Article 1 g) de la CDEC.

En d'autres mots, la notion de similarité devrait être dotée d'un contenu permettant aux États de poursuivre, notamment par le biais de politiques susceptibles de se répercuter sur les flux commerciaux si cela est nécessaire, l'objectif de développement durable auquel les valeurs culturelles sont désormais clairement associées. Ainsi, des biens et des services culturels, en apparence similaires ou présumés en concurrence sur un marché donné, pourraient se voir accorder un traitement différent, puisque jugés non similaires ou non substituables lorsque leur contenu culturel est réellement pris en compte. L'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* a d'ailleurs permis de franchir un pas important dans cette direction, un point qui sera approfondi ci-dessous (voir *infra*, II.4.3).

L'examen du rapport de concurrence entre deux produits à la lumière du concept de développement durable, présent dans de multiples accords commerciaux, doit donc se réaliser dans une logique de conciliation et de mise en balance des valeurs qui y sont associées¹²⁵, ce qui inclut les valeurs culturelles. Dès lors, il semble difficilement justifiable d'examiner un tel rapport de concurrence dans une logique purement économique, alors que d'autres types de considérations (environnementales, sociales, culturelles par exemple) sont susceptibles de l'affecter¹²⁶. Une telle vision restrictive du rapport de concurrence entre des biens et des services soumis aux règles du libre-échange va à l'encontre de l'objectif de développement durable. Une prise en compte effective de l'objectif de développement durable exige en effet que l'essence même des biens et des services culturels soit considérée à part entière dans l'analyse de leur similarité. Cette essence renvoie à la dimension intangible d'un produit, résultat de la créativité des individus et porteuse de valeurs, d'idées, d'identités et de sens. À ce titre, la dimension intangible mérite au moins la même attention que sa dimension tangible, laquelle figure parmi les traditionnels critères de similarité utilisés jusqu'à présent par le juge de l'OMC.

Qui plus est, le commerce de biens et de services culturels numériques étant par définition intangible, la prise en compte des « contenus » culturels dans l'analyse de la similarité de deux produits numériques doit être un élément central et déterminant de l'application du principe de non-discrimination. Le droit des États de traiter distinctement des produits culturels nationaux et étrangers devrait être préservé, de manière à ce que des mesures puissent légalement être appliquées en vue de soutenir une mise en valeur et une meilleure accessibilité aux expressions culturelles nationales. Il va sans dire que dans un environnement numérique, où la notion d'espace ne connaît pas de frontière, et où les quotas traditionnellement appliqués dans les secteurs de cinéma, de la radio ou de la télévision sont plus difficilement transposables, des mesures de promotion et d'accessibilité aux œuvres nationales seront déterminantes pour l'épanouissement de la diversité des expressions culturelles et l'atteinte d'échanges culturels plus équilibrés.

¹²⁵ M.-P. Lanfranchi, « L'Organisation mondiale du commerce et la protection de l'environnement », dans S. Maljean-Dubois (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, aux pages 127 et 128. Selon l'auteur, le Préambule de l'Accord sur l'OMC soulève « la question de la balance le libre-échange et la protection des intérêts légitimes des États ».

¹²⁶ Les effets sur la santé des personnes de la consommation de certains produits ont été jugés pertinents dans l'application du test de similarité (voir Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001).

II.4.3 L'exception de moralité publique et d'ordre public

La jurisprudence récente démontre l'ouverture du juge de l'OMC à la reconnaissance et à la prise en compte de la dimension immatérielle des biens et des services culturels dans l'interprétation de certaines dispositions. Le rapport *Chine – Publications et produits audiovisuels* a en effet franchi un pas important dans cette direction¹²⁷ puisqu'un lien a été établi entre le contenu immatériel de certains produits culturels tombant dans le champ d'application du GATT et l'objectif de protection de la moralité publique énoncé au paragraphe a) de l'article XX consacré aux exceptions générales. Prônée par la Chine, cette reconnaissance d'un lien entre le contenu d'un bien culturel et la moralité publique a d'ailleurs été influencée par le texte de la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*¹²⁸. Bien que ce rapport ait fait l'objet d'un appel, ce lien n'a pas été remis en cause par les Parties au différend, soit la Chine et les États-Unis.

Cette prise en compte de considérations d'ordre culturel dans l'exception de moralité publique est un développement important dans l'évolution du droit international économique. En effet, l'exception de moralité publique est présente dans une vaste majorité d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux. Dans de nombreux cas, l'exception couvre non seulement les mesures de protection de la moralité publique, mais également celles visant le maintien de l'ordre public. L'interprétation formulée dans l'affaire *Chine – Produits audiovisuels* pourrait donc influencer le règlement d'autres litiges portés devant diverses juridictions commerciales.

Certes, les concepts de moralité publique et d'ordre public demeurent ambigus et sujets à diverses interprétations. Dans un différend récent, également porté devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, le groupe spécial a eu l'occasion de rappeler qu'il faut concevoir la « "moralité publique" telle qu'elle est "définie et appliquée" par un Membre qui réglemente "sur [son] territoire [...] selon [ses] propres systèmes et [ses] échelles de valeurs" »¹²⁹. La marge d'appréciation laissée à un État semble donc considérable, ce qui ne peut qu'être bénéfique pour l'affermissement du lien entre la protection de la moralité publique et le maintien de l'ordre public d'une part, et la préservation de la diversité des expressions culturelles d'autre part.

Cette relation doit être explorée et approfondie. Considérant le rôle essentiel que joue la culture dans les sociétés, l'accès à une diversité d'expressions culturelles qui inclut notamment une offre culturelle locale constitue à la fois un facteur de cohésion sociale, une condition de la préservation d'une paix sociale et un gage du maintien de l'ordre public. En outre, face aux nouveaux modes de consommation culturelle qui touchent toutes les

¹²⁷ Voir Rapport du Groupe spécial, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, WT/DS363/R, 12 août 2009.

¹²⁸ Dans cette affaire, le Groupe spécial a noté « l'affirmation de la Chine selon laquelle les types de contenus qui sont prohibés au titre des mesures [visées] peuvent avoir une incidence négative sur la moralité publique en Chine » (§ 7.758). En note de bas de page, il a souligné « la référence faite par la Chine à la *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle* ». Sur ce point, le Groupe spécial a observé « que la Chine [...] a [...] 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 ». Le Groupe spécial conclut qu'il n'avait « aucun problème à accepter cette affirmation générale ».

¹²⁹ Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/R et WT/DS401/R, 25 novembre 2013, § 7.383.

générations, mais en particulier les jeunes en quête de repères identitaires, l'accès à des contenus culturels diversifiés sur les plateformes numériques fréquentés par ces nouveaux publics est définitivement un objectif indissociable de l'atteinte d'un développement durable. À cet égard, de telles réflexions ne peuvent que faire écho au préambule de la CDEC au sein duquel les Parties soulignent que la diversité culturelle « crée un monde riche et varié qui élargit les choix possibles, nourrit les capacités et les valeurs humaines, et qu'elle est donc un ressort fondamental du développement durable des communautés, des peuples et des nations », tout en « [r]appelant que la diversité culturelle, qui s'épanouit dans un cadre de démocratie, de tolérance, de justice sociale et de respect mutuel entre les peuples et les cultures, est indispensable à la paix et à la sécurité aux plans local, national et international »¹³⁰.

¹³⁰ Voir les 4^e et 5^e paragraphes du Préambule de la CDEC.

Conclusion – Section II

L'un des grands objectifs de la CDEC est de « de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire ». Le principe 2.2 de la CDEC, intitulé *Principe de souveraineté*, fait écho à cet objectif et l'article 5 qui énonce la *Règle générale concernant les droits et obligations* des Parties à la CDEC réaffirme le « droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale afin d'atteindre les objectifs de la présente Convention ». Les droits et obligations des parties énoncés aux articles 6 à 19 de la CDEC précisent cette règle générale. Enfin, les articles 20 et 21 de la CDEC traitent des *Relations avec les autres instruments*, lesquels doivent être envisagés dans un esprit de complémentarité, de soutien mutuel et de non-subordination. À cette fin, les parties s'engagent notamment à promouvoir les objectifs et principes de la CDEC dans les autres forums internationaux, ce qui inclut les forums de négociations commerciales.

Lorsque des États engagés dans la négociation d'un nouvel accord de commerce cherchent le moyen de préserver leur marge d'intervention en faveur de la diversité des expressions culturelles, l'exception culturelle est certainement la technique qui offre le plus de sécurité juridique. La montée en puissance du numérique dans le champ des industries culturelles, la convergence des secteurs des médias et des télécommunications, de même que la place qu'occupe le commerce électronique dans les échanges de biens et de services culturels, doivent cependant inciter les États à exercer une plus grande vigilance dans la formulation de cette exception et la détermination de son champ d'application. Des exemples récents, tels que l'AECG et le PTP, semblent en effet refléter une tendance à l'effritement de l'exception culturelle dans les accords de commerce, alors que l'environnement mouvant au sein duquel les contenus culturels sont échangés milite plutôt pour une extension de la portée de cette exception. L'atteinte de certains objectifs de la CDEC se voit ainsi menacée et seule une volonté forte exprimée par ses Parties, ce qui pourrait requérir une pression accrue des représentants de la société civile, permettra de renverser cette tendance.

Par ailleurs, le recours à l'exception culturelle, qui demeure somme toute une mesure défensive, n'exclut aucunement le développement d'autres approches susceptibles de ramener la culture à l'avant-scène dans l'application et l'interprétation des règles des accords de commerce. Au contraire, ces autres approches ne viennent que conforter les efforts qui sont faits par les États pour préserver leur pouvoir d'intervention en faveur de la diversité des expressions culturelles, toutes les démarches visant la prise en compte des considérations d'ordre culturel dans les accords de commerce étant nécessairement complémentaires et favorables à cette diversité.

Enfin, il faut souligner que l'essentiel des remarques formulées dans ce rapport se fonde sur une analyse des accords bilatéraux et régionaux conclus de 2005 à 2015. Néanmoins, il ne faudrait pas perdre de vue les développements qui se sont produits au sein de l'OMC, même si le cycle de négociations commerciales de Doha lancé en 2001 n'est toujours pas conclu. En effet, l'OMC conserve toute son actualité en matière de règlement des différends et une décision récente¹³¹ pourrait conduire à une remise en cause des exceptions culturelles incorporées dans les accords de libre-échange bilatéraux et régionaux. Dans cette affaire, une des questions posées a été de savoir, entre autres, si un accord de libre-échange peut modifier la portée des engagements découlant de l'OMC entre les membres de cet accord. La décision laisse planer de sérieux doutes à cet égard.

Les Parties devraient donc non seulement redoubler de vigilance dans la négociation de nouvelles ententes commerciales, mais également suivre de près l'évolution de la jurisprudence de l'OMC qui est susceptible d'influencer la prise en compte des considérations culturelles dans l'interprétation de leurs engagements. Les recommandations qui concluent ce rapport tiendront aussi compte de cette réalité.

¹³¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Pérou – Droit additionnel visant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS457/AB/R, 20 juillet 2015.

RECOMMANDATIONS

Sur la base des analyses présentées dans le cadre de ce rapport, les auteurs formulent les recommandations qui suivent.

D'une manière générale :

1. Afin de favoriser une prise en compte réelle et effective des préoccupations d'ordre culturel lors des négociations commerciales, particulièrement lorsqu'elles touchent le commerce électronique et les échanges de contenus culturels numériques, les Parties devraient veiller à ce que celles-ci se déroulent dans un contexte de transparence ;
2. Dans le cadre de telles négociations, la société civile devrait insister pour que des mécanismes de consultation appropriés soient mis en place par les Parties concernées.

Concernant l'articulation entre la CDEC et les accords de commerce :

3. Lorsque des Parties négocient un accord de commerce, elles devraient veiller à ce qu'une ou plusieurs références explicites à la CDEC figurent dans cet accord. Elles devraient orienter l'interprétation d'une manière favorable aux objectifs et principes de la CDEC, notamment par l'insertion d'une clause de relation entre les traités qui s'inspirerait du libellé de l'article 20.1 b) de la Convention et préciserait que « 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 [CDEC] ». Pour assurer par ailleurs le respect intégral de leur droit d'adopter et de mettre en œuvre des politiques de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles, elles devraient préciser qu'« en cas d'incompatibilité entre le présent accord et la CDEC, cette dernière prévaut dans la limite du conflit » ;
4. Si les Parties intègrent dans un accord de commerce des clauses visant à protéger leur droit d'adopter et de mettre en œuvre des politiques de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles, elles devraient prévoir pour l'interprétation de celles-ci un mécanisme spécial de règlement des différends faisant appel à des experts des politiques culturelles. De plus, une disposition devrait exclure toute possibilité d'avoir recours à un mécanisme commercial de règlement des différends à l'extérieur de l'accord visé.

Relativement aux dispositions sur le commerce électronique figurant dans les accords de commerce :

5. Les Parties devraient clairement affirmer le postulat de neutralité technologique ;
6. En s'appuyant sur le modèle développé par l'Union européenne, les Parties devraient privilégier une approche fondée davantage sur la coopération entre elles pour favoriser le développement du commerce électronique et les discussions sur les problématiques culturelles soulevées par ce dernier, plutôt que sur la libéralisation pure et simple de ce marché.

Quant à l'application de la spécificité des biens et services culturels aux secteurs issus des nouvelles technologies :

7. Toute exception, réserve ou autre clause culturelle devrait être rédigée de manière à préserver la marge de manœuvre des Parties pour adopter et mettre en œuvre des mesures et politiques efficaces et adaptées au contexte numérique ;
8. Dans leurs accords de commerce, les Parties devraient affirmer la spécificité des secteurs culturels de façon large et évolutive, afin de renforcer politiquement la CDEC et sa visibilité.
9. Les Parties devraient se positionner de manière cohérente en faveur de la spécificité des produits et services culturels lorsqu'elles négocient des engagements commerciaux, y compris, lorsque la convergence des secteurs économiques le justifie, en dehors des secteurs traditionnellement considérés comme culturels ;
10. Les Parties devraient engager des discussions avec les représentants des secteurs culturels et des secteurs ayant un lien avec la culture afin de définir une approche spécifiquement culturelle pour la négociation de futurs accords commerciaux, en particulier ceux qui touchent le commerce électronique ;
11. Les Parties devraient privilégier la coopération culturelle internationale pour promouvoir les échanges culturels et l'interculturalité. Elles devraient procéder en dehors des accords de commerce et/ou indépendamment des dispositions de libéralisation commerciale. Cette approche leur permettrait non seulement d'agir en faveur de la diversité des expressions culturelles dans des secteurs où elles ont éventuellement déjà adopté des engagements commerciaux dans le cadre d'accords existants, mais également de maintenir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle face au contexte évolutif des nouvelles technologies ;
12. Lorsqu'elles élaborent de nouvelles politiques culturelles, les Parties devraient prendre en compte le rôle des entreprises privées et leur impact sur la diversité des expressions culturelles ;

13. Afin de mieux appréhender la dynamique et les implications culturelles, sociales et économiques de la numérisation des contenus culturels, les Parties devraient développer la coopération interinstitutionnelle, en soutenant particulièrement la recherche interdisciplinaire.

Considérant la position vulnérable des pays en développement dans les négociations d'accords incorporant des dispositions sur le commerce électronique :

14. Les Parties développées devraient concevoir de nouvelles formes de traitement préférentiel adapté aux besoins spécifiques des pays en développement dans l'environnement numérique, tout en préservant le droit de ces derniers de prendre toute mesure nécessaire à la protection et à la promotion de leurs propres expressions culturelles.

Lorsqu'une politique visant à soutenir la diversité des expressions culturelles est contestée :

15. Si le différend est porté devant une instance commerciale, la Partie défenderesse devrait insister pour que les aspects culturels du différend soient pleinement pris en compte ;
16. Si le différend implique deux Parties à la CDEC, celles-ci devraient recourir au mécanisme de conciliation prévu par cet instrument pour parvenir à un règlement de leur litige.

En conclusion :

17. Considérant que tout ce qui peut être fait pour prendre en compte la spécificité des biens et des services culturels est susceptible de conforter l'exception culturelle à l'ère du numérique, les Parties devraient tirer profit de toutes les occasions qui se présentent pour élargir le débat sur l'interface commerce-culture au-delà du secteur de l'audiovisuel et de l'exception culturelle.
