

Note pour l'Agence intergouvernementale de la Francophonie

Etat des négociations de la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles et perspectives pour la troisième session d'experts intergouvernementaux

Hélène Ruiz Fabri

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne

1. La convocation d'une troisième réunion intergouvernementale d'experts, du 23 mai au 3 juin 2005, avait été dès l'origine, au moins informellement, envisagée. Le fait qu'elle soit prévue pour deux semaines montre cependant que beaucoup reste à négocier. Cela ne remet pas en cause, en l'état, le calendrier initialement souhaité. Il est néanmoins prévisible qu'un certain nombre de délégations risque de soulever la question et il est évident que la troisième session est tout particulièrement soumise à un impératif d'efficacité.

Dans cette perspective, les délégations disposeront de deux documents, comme bases de travail. En effet, il a été décidé, à la fin de la deuxième session, que le Président de la Conférence préparerait en collaboration avec le Secrétariat de l'UNESCO un texte consolidé qui amalgame l'ensemble des propositions en tenant compte des tendances dégagées lors des débats. Ce texte consolidé, dont on ne dispose pas encore, et qui s'ajoute à un autre document qui rend compte de l'état d'avancement des travaux, devrait faciliter le déroulement des négociations. Celles-ci vont cependant nécessiter un travail préalable afin d'identifier les points sur lesquels il faut tout particulièrement concentrer ou recentrer l'effort de négociation, que ce soit pour éviter des blocages ou parce qu'il s'agit de dispositions essentielles pour l'économie de la convention et qui conditionnent son efficacité. Il importe, à cet égard, de bien à garder à l'esprit les objectifs du texte.

Celui-ci vise avant tout à garantir la possibilité pour les Etats de maintenir et/ou développer des politiques et mesures destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles, que ce soit au plan national ou dans le cadre d'une coopération internationale. S'il ne s'agit pas d'ignorer les droits ou besoins d'autres acteurs, le texte n'a cependant pas, tel qu'il résulte du mandat de la Conférence générale, pour vocation de les proclamer ou les protéger directement. Les dispositions centrées sur les droits et moyens d'action des Etats constituent donc le cœur de la convention et celles qui méritent le plus d'attention.

2. Le degré d'avancement des négociations est assez inégal. Des progrès significatifs ont été accomplis sur certaines parties, mais c'est au prix d'un certain nombre de points non réglés, en particulier les questions dites « transversales ». Celles-ci peuvent aisément devenir des facteurs d'enlisement des discussions, d'autant que, tout en faisant l'objet de discussions propres qui justifient l'emploi systématique de crochets dans le texte actuel, elles peuvent aussi être le prétexte pour prolonger la discussion sur chacune des dispositions dans lesquelles l'une d'entre elles apparaît. Dans le même ordre d'idées, la duplication dans un certain nombre de dispositions de mentions telles que le nécessaire respect des autres obligations internationales, sera un facteur de répétition de débats identiques et, donc, de ralentissement. On ne peut que rappeler, à cet égard, que le règlement de la question des relations de la convention avec les autres instruments dans le cadre de l'article 19 rend en principe inutile ce type de mentions supplémentaires, *a fortiori* leur répétition. Si elles (ou certaines d'entre

elles) devaient être maintenues, il faudrait veiller à la cohérence de l'ensemble. Il convient également de signaler que la Charte des Nations Unies est dans une situation tout à fait particulière dans la mesure où sa primauté sur toute autre convention internationale est d'ores et déjà établie.

3. De façon logique, les articles sur lesquels le Comité de rédaction avait travaillé lors de sa session de décembre 2004 sont ceux dont la négociation est la plus avancée. Il s'agit des articles 1 à 11, à l'exception de l'article 8 sur les formes vulnérables d'expressions culturelles, dont la discussion a été différée. Cela couvre les objectifs, les principes directeurs, les définitions et le champ d'application de la convention, ainsi que les droits et obligations des Etats, en ce qui concerne les règles générales et le niveau national. Sur tous ces points, le Comité de rédaction est arrivé pour l'essentiel à des formules de consensus dans des termes préservant apparemment l'esprit général qui guidait l'avant-projet de texte. Il subsiste cependant certains points préoccupants.

3.1. Il en est ainsi évidemment des questions dites transversales dont la solution est appelée à se diffuser dans l'ensemble de la convention. Elles ne sont pas toutes du même registre :

- **concernant le terme d'expressions culturelles** : les auteurs de l'avant-projet avaient proposé de retenir ce terme compris comme couvrant à la fois les contenus culturels et les expressions artistiques mentionnés dans le mandat de la Conférence. Il ne s'agissait donc pas de changer le fond mais de simplifier la forme. Certains Etats préféreraient les termes de « contenus et expressions culturelles ». Trois éléments de vigilance à cet égard : d'une part, il faut veiller à ce qu'il y ait coïncidence des termes retenus avec les définitions ; d'autre part, les options de définition proposées ne sont pas d'une égale cohérence. Ainsi, la formule figurant dans l'option 2 et selon laquelle « les expressions culturelles comprennent les biens, services et activités ... » semble-t-elle curieuse dans la mesure où il semblerait plus logique de considérer que ce sont les biens, services et activités qui servent de support à des expressions culturelles. Enfin, cette définition est, plus que d'autres, sujette à des glissements de sens qui viseraient à couvrir des dimensions anthropologiques ou religieuses de la culture que le projet ne visait initialement pas.

- **concernant la notion de biens et services culturels** : il s'agit évidemment d'une notion importante pour la mise en œuvre de la convention dans la mesure où elle influence son champ d'application. L'enjeu de la négociation est donc le caractère plus ou moins restrictif de la définition, voire la possible substitution de termes plus restrictifs que ceux de biens et services culturels. L'arrière-plan est le possible effet sur le commerce de mesures visant les biens et services culturels et le problème est donc moins la définition en tant que telle que la garantie d'une application raisonnable de la convention. Cela explique la jonction du groupe informel qui travaillait sur cette définition au cours de la deuxième session avec celui chargé de la notion de protection. Au-delà de la discussion sur une éventuelle connotation commerciale des termes, on sent bien qu'est en cause une opposition fondamentale entre ceux qui conçoivent que la protection et la promotion de la diversité culturelle puissent justifier des mesures de contrôle ou de limitation des échanges culturels et ceux qui ne le veulent pas. Les résultats sur ce point vont lier ceux relatifs à la définition des industries culturelles, ce qui suppose un certain ordre dans la négociation.

- **concernant la notion de protection** : le terme de protection est d'usage extrêmement courant en langage juridique et il n'est habituel de le définir spécifiquement. De manière générale, quand un texte se réfère à la notion de protection, celle-ci se définit par son objet et par ses modalités tels que le texte en question les aménage. Le fait que le groupe informel qui a travaillé sur la question d'une définition n'ait pu progresser dans cette tâche n'est pas surprenant. Il s'agit surtout de répondre à la volonté de quelques délégations de voir exclure explicitement toute idée de protectionnisme au sens commercial. Le problème est alors l'utilisation des définitions comme moyen d'introduire des restrictions à la portée de la convention que les règles sur les droits et obligations ne poseraient pas. Il convient de rappeler que toute protection n'est pas du protectionnisme mais aussi que tout protectionnisme n'est pas illégitime. Y compris en droit international du commerce, on admet que les Etats sont fondés à prendre des mesures restreignant les échanges dès lors qu'il s'agit de défendre un but légitime.

- **concernant la notion d'Etats parties** : la question à régler ici est en réalité celle de la possible adhésion de la Communauté européenne, en tant que telle et en surplus de ses Etats membres, à la convention. La mise en œuvre de la convention supposera en effet à la fois l'exercice de compétences transférées à la Communauté et de compétences restées nationales. Ceci n'affecte pas en principe les droits des Etats tiers mais conditionne la participation de la Communauté et des Etats membres à la convention. Il s'agit donc de choisir si on rend ou non celle-ci possible mais il faut bien dire que l'exclure constituerait un choix politique plutôt radical.

La demande de la Communauté européenne d'introduire dans la convention une clause dite de déconnexion pose un problème un peu différent. En effet, il s'agit de faire reconnaître que les relations entre les pays membres de la Communauté européenne seront en priorité régies par le droit communautaire. En revanche, les relations de la Communauté et de ses Etats membres avec les Etats tiers seront régies par la convention.

- **concernant les références aux minorités et aux peuples autochtones** : le problème est là essentiellement de formulation, un certain nombre d'Etats craignant que certains types de mentions n'induisent une reconnaissance de droits collectifs ou de situations qu'ils refusent par ailleurs. La référence aux membres de minorités et des peuples autochtones, plutôt qu'aux minorités et peuples autochtones en tant que tels, devrait permettre de surmonter la difficulté dans la plupart des cas.

- **concernant les références aux pays en transition** : ce terme, familier en Europe où il sert à désigner les pays issus des bouleversements politiques en Europe de l'Est dans les années 90, suscite les réticences d'un certain nombre d'Etats, en particulier des pays en développement qui s'interrogent sur la légitimité d'une telle mention spécifique. Il convient donc surtout de déterminer si le maintien d'une telle mention est utile dans le cadre de la convention.

3.2. Par ailleurs, il faut prêter attention à la **double référence à la souveraineté nationale** que comporte désormais le texte. Certaines délégations ont vivement souhaité que l'expression du droit souverain d'adopter des politiques et mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur leur territoire figure parmi les principes. Mais la réaffirmation de ce droit est aussi l'objet de l'article 5 § 1.

D'une part, la formulation est, dans ce deuxième cas, infiniment plus compliquée et sujette à de très nombreux crochets. Certains de ces crochets couvrent des mentions qui auraient pour effet de restreindre considérablement la portée du texte et ont en outre pour

caractéristique de recouper l'objet d'autres dispositions de la convention. Il en est ainsi notamment des précautions relatives à l'articulation de la convention avec d'autres instruments internationaux. Selon le devenir de l'article 19, la négociation risque d'en être plus ou moins difficile, certaines délégations pouvant être tentées d'obtenir par le biais de l'article 5 ce qu'elles n'auraient éventuellement pas obtenu dans le cadre de l'article 19, en particulier le respect de toutes les autres obligations internationales existantes.

D'autre part, la présence d'une double mention du droit souverain d'adopter des politiques et mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles peut susciter des remises en cause de l'utilité de l'article 5, alors qu'il commande toute la section III de la convention. La répétition ne pose cependant pas de problème dès lors que la cohérence est assurée.

3.3. Parmi les autres dispositions de la section III, celle dont la négociation risque d'être la plus difficile est l'**article 6 § 2 a)** dans la mesure où elle induit la possibilité de systèmes de quotas auxquels certains pays sont radicalement opposés. Or, l'article 6 § 2 est une liste exemplative qui se borne à illustrer les types de mesures que l'article 6 § 1 reconnaît aux Etats le droit d'adopter. Une telle liste, même sans être limitative, est facteur de sécurité juridique dans la mesure où elle précise, et donc encadre dans une certaine mesure, la manière dont les Etats pourront exercer leurs prérogatives. En outre, la possibilité de mesures restrictives est à apprécier dans un cadre qui prévoit une ouverture équitable aux autres cultures.

3.4. A côté des ces remarques essentielles, on peut relever plus ponctuellement la présence d'un certain nombre de formules obscures ou inadéquates.

- Ainsi, le texte du chapeau de l'article 1 proposé en option, comme alternative au texte initial, ne s'emboîte pas bien avec les objectifs tels que formulés ensuite.
- Le nouvel objectif d'interculturalité a certes été complété par une définition mais le concept n'a néanmoins pas la même familiarité pour tous les pays.
- De même, dans le principe 3 de l'égalité et du respect de toutes les cultures, l'introduction d'une formule (pour l'instant entre crochets) qui aboutirait à parler de « personnes appartenant à des cultures autochtones » est curieuse.
- On peut aussi attirer l'attention sur les deux options proposées pour le principe d'ouverture et d'équilibre. L'option 1 a une formulation lourde (la dernière partie de la phrase revient à dire que les Etats « devraient veiller... à s'assurer que ») et ne vise pas seulement, contrairement à l'option 2, les mesures prises pour favoriser la diversité des expressions culturelles au niveau national.
- Le principe 8 ne peut certainement pas rester intitulé « *nouveau* principe de souveraineté ».

4. La section III.2, consacrée à **la coopération internationale**, a été remodelée grâce aux travaux d'un groupe informel auquel la participation a été assez large. L'état d'avancement des travaux sur ce chapitre, auquel nombre de pays en développement attachent une particulière importance, peut être considéré comme encourageant. Les articles 12 à 14 ont fait l'objet d'un consensus. Mais certains points tels que la mise en place d'un Fonds international de la diversité culturelle et ses modalités d'alimentation seront certainement rediscutés. Le nouvel article 15 ne peut non plus être considéré comme quasiment acquis, en raison de plusieurs notions ou mentions qui ont suscité des réserves. La difficulté éventuelle viendra de ce que cette négociation sera liée à celle de l'article 8, dont la discussion a été

réservée, et qui met également en cause la notion de formes vulnérables d'expression culturelle.

5. Le reste de la convention n'a pour l'instant fait l'objet que de commentaires au sein de la plénière. Dans ce cadre, quelques dispositions doivent focaliser l'attention dans la mesure où elles vont susciter d'importantes négociations.

5.1. Il en est ainsi, en tout premier lieu, des **dispositions relatives aux relations avec les autres instruments**. L'ex-article 13 consacré à la concertation internationale ne suscite pas en soi de difficulté mais son sort est largement lié à celui de l'article 19, dont la présence dans la convention semble avoir acquis une grande importance politique et pas seulement technique. Si la tendance des débats est de vouloir sortir de l'alternative entre les deux variantes proposées et de trouver une formule assurant la complémentarité ou la conciliation des différents instruments internationaux, il reste que les attentes sont contradictoires. La volonté de certains Etats de faire inscrire à plusieurs reprises et dans plusieurs dispositions de la convention le nécessaire respect des obligations internationales existantes, voire de toutes les autres obligations internationales existantes et futures (ce qui reviendrait à une subordination totale de la convention) traduit clairement le désir d'éviter que la convention ne puisse avoir pour effet de limiter les engagements pris ou à prendre dans d'autres cadres, en particulier l'Organisation mondiale du commerce. Il convient sans doute de rappeler que la convention ne pourrait en toute hypothèse permettre de remettre en cause les engagements existants. Mais il faut aussi tenir compte du fait que les accords internationaux, sans être formellement révisés ou complétés, sont susceptibles d'évoluer par le biais de leur interprétation, en particulier s'ils sont assortis d'un mécanisme de règlement des litiges producteur de jurisprudence. Dès lors, on ne peut exclure que des situations de concurrence de normes, non perceptibles au moment de la conclusion de la convention, se révèlent ultérieurement. Même si les Etats n'entendent pas modifier l'état de leurs engagements existants en concluant la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles, il leur faut faire un choix entre la subordination de la convention et sa non-subordination, laquelle conduit à une solution de conciliation et à la nécessaire prise en compte à l'avenir de la convention. Les attentes exprimées majoritairement en plénière étant orientées vers une formule de conciliation, plusieurs propositions de ce type (en particulier de la Suisse, de la Communauté européenne et de l'Argentine) ont été adressées à la plénière. Il convient de rappeler qu'en l'absence d'une telle obligation de conciliation, les dispositifs qu'aménage la convention pourront aisément se trouver marginalisés au prétexte d'autres accords. C'est d'autant plus vrai que le texte ne prévoit pas, en l'état, de mécanisme obligatoire de règlement des différends à issue contraignante.

5.2. **Le mécanisme de règlement des différends** n'a pas encore été discuté (article 24 et annexes 3 et 4). On ne peut donc que renvoyer sur ce point aux analyses de l'avant-projet pour rappeler que le mécanisme proposé est de conception assez classique en aménageant une progressivité dans les modes de règlement proposés (négociations, médiation, puis soit règlement juridictionnel facultatif, soit conciliation obligatoire). Il n'impose pas le recours à un mode de règlement à issue contraignante en cas d'échec de tout autre mode de règlement. Il est certes possible d'utiliser alternativement l'arbitrage ou le règlement judiciaire mais il y faut l'accord de toutes les parties au différend, ce qui renvoie vers une situation de juridiction dite facultative. Or, on sait très bien que les Etats ne sont pas enclins à utiliser les mécanismes de juridiction facultative. Certes, l'avant-projet prévoit, dans l'hypothèse où il n'y a ni règlement arbitral, ni règlement judiciaire, une procédure obligatoire de conciliation, donc une

procédure qui peut être actionnée unilatéralement. Mais son issue n'est pas contraignante, ce qui la prive de toute efficacité. Ce type de mécanisme ne fonctionne en pratique quasiment pas. Dans le même temps, on sait que les Etats sont très réticents à admettre des mécanismes de juridiction obligatoire, à l'exception notable du droit de l'OMC. Si le mécanisme prévu par l'avant-projet devait, malgré sa faiblesse structurelle, être conservé, il faudrait veiller à améliorer l'adéquation technique entre l'article 24 § 3 et l'Annexe 3.

5.3. La discussion concernant **les organismes et mécanismes de suivi** s'est surtout orientée vers une tendance à les alléger. La question de la composition du Comité intergouvernemental est celle qui risque de susciter le plus d'attention.

5.4. Concernant les dispositions finales, classiques dans une convention internationale, deux points vont retenir l'attention.

Il s'agit, d'une part, de **l'article 25** dans le cadre duquel s'insère la question de savoir si on accepte que des organisations d'intégration économique puissent être parties à la convention, à côté d'Etats. La question recoupe celle, évoquée plus haut, de la substitution des termes « parties contractantes » aux termes « Etats parties » dans l'ensemble de la convention. En l'état actuel des choses, il s'agit donc de déterminer si les Etats membres de l'UNESCO acceptent que la Communauté européenne puisse devenir partie, en tant que telle, à la convention (v. *supra*).

Il s'agit, d'autre part, de **l'article 29 sur les régimes constitutionnels fédéraux ou non unitaires** qui introduit dans le texte une « clause fédérale ». Ce type de clause est devenu aujourd'hui assez rare, même si on peut faire état de précédents au sein de l'UNESCO. Une des raisons principales en est qu'elle suscite généralement la réticence des Etats co-contractants dans la mesure où elle a pour effet d'amoindrir la portée de l'engagement pris par les Etats fédéraux (ou à régime non-unitaire) et, finalement, à créer une discrimination entre les Etats parties en fonction de leur organisation interne. C'est bien le cas de figure qu'illustre le projet d'article 29 puisque, pour les dispositions dont l'application relève des compétences réservées par la constitution nationale aux entités fédérées ou infra-étatiques, l'obligation du gouvernement central se limite à les porter à leur connaissance en les incitant à les mettre en œuvre. On doit donc comprendre que l'Etat pourrait se prévaloir de son organisation constitutionnelle nationale pour justifier la non-exécution de certaines dispositions de la convention. Non seulement les Etats unitaires ne peuvent se prévaloir d'une telle marge de manœuvre (on peut se demander qui classera les Etats ?) mais le dispositif peut servir à couvrir des politiques ou mesures d'entités infra-étatiques qui iraient directement à l'encontre des objectifs de la convention. Cela peut sembler paradoxal alors que la convention se soucie de préserver les expressions culturelles non seulement des individus mais aussi de groupes tels que les minorités ou les peuples autochtones.

La mise en place d'un groupe de travail informel sur la question témoigne de l'intérêt qu'un certain nombre d'Etats ont pour cette question qui peut susciter des discussions difficiles. On peut rappeler, à toutes fins utiles, qu'une clause fédérale conduit à écarter les solutions du droit international général, tant en matière de droit des traités que de droit de la responsabilité. En effet, l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités indique qu'un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne (dont fait partie l'organisation institutionnelle) pour justifier la non-exécution d'un traité. De même, selon le droit commun de la responsabilité, l'Etat est responsable de tout manquement au droit

international commis par un de ses organes, étant considérées comme tels les entités infra-étatiques quelle que soit leur nature.

6. Au total, la production dans les délais souhaités d'un texte conforme aux objectifs initialement fixés va supposer une grande vigilance dans la négociation mais aussi une réflexion préalable pour déterminer les points sur lesquels des compromis sont admissibles et les seuils de concession en deçà desquels il n'est pas souhaitable de descendre. La tentation sera grande de soutenir qu'il vaut mieux prendre davantage de temps pour négocier un texte de meilleure qualité. Evidente pour les Etats qui ne sont guère favorables à la convention, cette position peut être également partagée par des Etats qui y sont favorables mais prennent essentiellement en compte le calendrier d'autres négociations multilatérales, en particulier les négociations commerciales qui ont pris du retard. Cela fait cependant peu de cas du grand nombre de négociations actuellement en cours concernant des accords de portée plus restreinte. C'est particulièrement le cas d'accords bilatéraux de commerce, qui visent également les échanges de biens et services culturels. On sait qu'un certain nombre d'entre eux, dont la portée n'est mesurable qu'après coup, sont désormais le moyen de négocier une libéralisation qui est pour l'instant hors d'atteinte au plan multilatéral et de créer des faits accomplis dans ce secteur. Dans cette perspective, on ne peut que souligner l'intérêt d'une entrée en vigueur rapide de la convention. Celle-ci constituera un point d'appui important pour les Etats en les aidant à mieux définir leurs objectifs en matière de culture et les moyens dont ils souhaitent garder la maîtrise à cette fin.