Synthèse résumée[*]
des analyses et commentaires de Madame Ruiz-Fabri et de Monsieur Bernier
sur l'avant projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques

I. Observations générales

1) L'avant-projet: atouts et faiblesses

Le texte constitue un ensemble abouti qui aborde l'essentiel des problèmes liés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles. Il est concret, souvent novateur et globalement consensuel. Il prend réellement en compte la situation des pays en développement et fournit un ensemble d'outils destinés à résoudre en profondeur les problèmes posés.

Cependant, l'avant-projet comporte des faiblesses dans plusieurs domaines:

- l'articulation avec les autres instruments juridiques internationaux reste sujette à controverse (cf. infra I.4 et II);
- le mécanisme de règlement des différends ne comporte pas d'issue contraignante;
- la structure organisationnelle à mettre en place risque de rebuter par sa lourdeur et son coût prévisible;
- certains engagements demandés, au plan national, aux Etats risquent d'être difficiles à réaliser;
- le champ d'application pourrait être contesté par les partisans de son élargissement comme par ceux de son rétrécissement. En outre, la définition du terme «expressions culturelles» prête à confusion;
- la «clause fédérale» (art. 29) pourrait fournir à certains Etats une échappatoire pour ne pas appliquer certaines dispositions de la Convention.

Le texte comporte aussi quelques lacunes:

- les notions d'«industries culturelles indépendantes» et d'«institutions de service public» ne sont pas définies;
- absence de disposition relative aux réserves.

---

[*] Ce document ne reprend pas les propositions de reformulation faites par les deux experts

2) La philosophie du texte

Elle traduit celle de la Déclaration universelle: une conception ouverte et dynamique de la diversité. Les échanges culturels sont facteurs de développement économique, social et humain mais leur spécificité et le profond déséquilibre de ces échanges justifient que ne leur soit pas appliqué le droit commun de la libéralisation commerciale. Celle-ci tend à priver définitivement les gouvernements de tout moyen d'intervention en faveur de la diversité.

Or, le droit souverain des Etats à prendre toutes mesures de protection et de promotion de la diversité culturelle doit être reconnu.

En contrepartie, ils ont une obligation de préservation de la diversité, en interne (protection des cultures en péril) et vers l'extérieur (rejet de l'enfermement).

La diversité est un terrain d'élection de la coopération internationale, tout particulièrement en direction des pays en développement, les plus directement concernés par l'avant-projet de Convention tant pour la préservation des cultures vulnérables que pour l'apport de la culture à un développement économique humanisé.

3) Le champ d'application du texte

Il est restreint à un aspect de la problématique générale de la diversité culturelle (la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques que les experts proposent de condenser en «protection de la diversité des expressions culturelles»).

Il concerne essentiellement les contenus (les messages et non les vecteurs) et ne s'applique qu'aux Etats.

En sont donc exclus:

- les pratiques religieuses (sous réserve d'un éclaircissement du terme «autres activités culturelles»),
- tous acteurs autres que les Etats (sous réserve du respect des Droits de l'Homme et notamment des libertés d'expression, d'information et de communication),
- les droits culturels (malgré leur mention dans la Déclaration universelle),
- les droits collectifs (sous réserve de «l'égal respect» (...)des minorités et des peuples autochtones, et des cultures qu'ils expriment),
- la définition d'un statut des créateurs.

L'avant-projet s'efforce de définir les principales notions pour ce qui concerne leur emploi dans le texte de la Convention: culture, diversité culturelle, expressions culturelles, capital culturel et politiques culturelles. Ces dernières font l'objet d'une liste non exhaustive (annexe 2) qui tend à élargir la portée de la Convention et pourrait susciter un débat.

4) Les consultations avec l'OMC, l'OMPI et la CNUCED

L'OMC consulte ses instances. Ses commentaires sont attendus pour la fin 2004. Ils ne constituent en rien un préalable à la poursuite du processus à l'UNESCO qui n'aura aucune obligation juridique d'en tenir compte.

Il est important que les Etats prennent des positions cohérentes à l'UNESCO et à l'OMC. Ils pourraient se contenter de faire valoir à l'UNESCO leur conception de la diversité culturelle dans le commerce international mais l'approche la plus intéressante consisterait à se situer d'emblée dans une logique de complémentarité qui ferait de la diversité culturelle l'égale de la biodiversité et favoriserait le développement d'une coordination entre l'OMC et l'UNESCO pour une maîtrise conjointe des effets de la mondialisation (cf. infra II 5 «procédés politiques»).

5) La négociation à venir

Si la qualité de l'avant-projet a le mérite de faire démarrer la négociation sur une base solide et claire, elle comporte aussi, paradoxalement, le risque de l'orienter vers un exercice négatif consistant à retrancher au texte ou à le modifier dans le sens d'un affaiblissement.

Plus généralement, il faudrait éviter que le débat se déplace vers le pour et le contre de la mondialisation et de la libéralisation des échanges ou la confrontation du commerce et de la culture. Les stratégies risquent alors de chercher à vider la Convention de son sens, d'en retarder indûment la négociation ou d'enlever à son contenu tout caractère contraignant. Il faut, au contraire, favoriser une approche positive tendant à faire de la Convention un cadre de référence et un code de conduite pour les Etats qui adopteraient ainsi une vision commune des échanges culturels et un nouveau régime juridique où le développement des échanges va de pair avec celui des cultures.

La Convention doit apparaître comme un outil de développement et non comme un instrument protectionniste.

II. Le contenu du texte

1) Les objectifs (art. 1er)

Il manque la reconnaissance du droit des Etats à prendre les mesures nécessaires à la protection de la diversité.

2) Les principes (art. 2)

Au nombre inhabituel de 9, ils conditionnent le fonctionnement de la Convention et affirment les valeurs fondamentales qui la sous-tendent. Les quatre premiers établissent la complémentarité entre Droits de l'Homme et diversité culturelle:
- respect des Droits de l'Homme
- libertés fondamentales
- libre accès et participation
- égale dignité de toutes les cultures
  Le traitement des minorités et des peuples autochtones risque de resurgir dans le débat.

Les principes 5 et 7 mettent à parité la culture et l'économie:
- complémentarité des aspects culturels et économiques du développement
- durabilité

Les principes 6, 8 et 9 visent la mise en œuvre des politiques de protection et de promotion de la diversité aux plans national et international:

- solidarité et coopération internationale
- équilibre, ouverture et proportionnalité
  Il s'agit d'éviter que les Etats prennent des mesures excessives. La notion d'équilibre mérite d'être précisée.
- transparence
  Favorise la mise en œuvre de bonne foi de la Convention.

3) Les droits et obligations des Etats (paragraphe 3 – art. 5 à 18)

Le cœur normatif de la Convention: les Etats se reconnaissent mutuellement le droit souverain de prendre des mesures en faveur de la diversité ainsi que leur obligation de la protéger et de la promouvoir en interne et à l'international.

Seule limite: la conformité aux dispositions de la Convention.

- **Au niveau national (art. 5 à 11)**

  - Le droit d'intervenir (art. 6)

Un droit souverain. L'utilisation du terme «adopte» (les mesures etc...) peut prêter à confusion.

La liste (indicative) de ces mesures (5 catégories) comprend notamment les aides financières publiques, la discrimination positive en faveur des industries culturelles indépendantes, mais aussi la promotion du libre échange et la libre circulation des idées.

Seules peuvent entrer en contradiction avec les règles de l'OMC, les mesures qui réservent une place aux biens culturels nationaux (quotas). En matière de biens, les restrictions sont interdites en principe mais il existe un certain nombre d'exceptions, notamment en faveur des pays en développement qui souhaitent protéger une industrie domestique naissante.

S'il s'agit de services, seuls les Etats qui ont pris des engagements d'ouverture (un sixième des membres de l'OMC) seraient concernés. Il suffit donc de s'abstenir de prendre ces engagements ou de les assortir des restrictions adéquates en faveur de la diversité. A noter que les «objectifs de politique nationale» (par exemple la «protection de la diversité») doivent être respectés dans le cadre du processus de libéralisation (art. XIX de l'accord OMC sur les services).

En fait, tout est question de proportionnalité: l'objet de la Convention n'est pas de restreindre le commerce des biens culturels.

Les autres types de mesures (non commerciales) ne soulèvent pas d'incompatibilité majeure avec l'OMC. Tout au plus, les Etats ne peuvent subventionner des biens à l'exportation ni imposer par ce biais l'utilisation de produits nationaux. En matière de services, les membres de l'OMC doivent appliquer la règle du traitement de la nation la plus favorisée qui interdit la discrimination entre fournisseurs étrangers.

Il est donc possible de concevoir des dispositifs compatibles, ce qui suppose des positions de négociations cohérentes à l'OMC et à l'UNESCO (cf. supra)

et ce qui montre l'intérêt des mécanismes de coordination prévus par l'avant-projet.

- L'obligation de promotion de la diversité (art. 7)

Le texte, nuancé, se limite à la nécessité d'offrir des possibilités de créer, d'avoir accès, etc... Cependant, des problèmes peuvent surgir: l'expression «tous les individus» semble sous-entendre que les étrangers installés sur le territoire national pourraient demander à bénéficier de ces possibilités; et surtout le texte établit là une obligation de résultat qui peut poser à certains Etats des difficultés insurmontables. Une obligation de moyens serait moins contraignante (mais moins efficace).

Le second paragraphe pose aussi problème: nombre d'Etats n'ont pas ratifié les instruments sur la propriété intellectuelle. Par ailleurs, l'ADPIC assure déjà la surveillance du respect par les Etats des droits de propriété intellectuelle.

- L'obligation de protection des formes vulnérables d'expression culturelle(art. 8)

Le groupe consultatif doit établir les critères. C'est le comité intergouvernemental qui est saisi, soit par un Etat, soit par le groupe consultatif (art. 22 – paragraphe 2b) et formule des recommandations.

Ce dispositif permet un encadrement multilatéral pour des mesures assez intrusives. Cependant, ce type d'intervention, surtout sur saisine par un Etat, risque d'être perçu comme une ingérence dans les affaires internes d'un Etat souverain. En outre, la double saisine (Etats ou groupe consultatif) peut faire craindre une multiplication des différends.

Enfin, le processus d'adoption définitive des critères pourrait être précisée.

- L'obligation d'information et de transparence (art. 9)

Le contenu et la périodicité des rapports seront peut-être perçus comme trop lourds.

- L'obligation d'éducation et de sensibilisation du public (art. 10)

- La responsabilité et la participation de la société civile sont empruntées à la Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel.

➢ **Au niveau international (III.2: art. 12 à 18)**

- Les objectifs de la coopération internationale (art. 12)

Le paragraphe d)«favoriser la libre circulation des artistes et créateurs» , est un problème ancien et particulièrement difficile à résoudre dans le contexte international actuel.

- Concertation et coordination internationale (art. 13)

«Une disposition importante qui tend à faire valoir, sur la scène internationale les principes de la convention. Les Etats se consultent, gardent à l'esprit les objectifs de la Convention au moment de prendre des engagements internationaux et promeuvent ces objectifs au sein des autres instances internationales.

Malgré son intérêt, cet article risque d'être perçu comme trop peu ambitieux: «garder à l'esprit» les objectifs de la Convention est bien loin de s'abstenir de souscrire des engagements néfastes à la diversité.

- Aides à la coproduction et à la diffusion (art. 14)

La référence exclusive aux œuvres cinématographiques semble oublier la coproduction et la codistribution des œuvres télévisuelles.

- Etablissement d'un observatoire de la diversité culturelle (art. 15)

La rareté des statistiques fiables en matière de diversité culturelle, notamment en ce qui concerne les industries culturelles des pays en développement, justifie particulièrement la création de cet organe. Son champ d'intervention élargi à l'ensemble de la diversité culturelle peut prêter à confusion dans une convention au champ d'application plus étroit.

- Coopération pour le développement (art. 16)

La liste pourrait être complétée. La création d'un fonds international n'est évoquée que comme piste de travail à approfondir au sein du Comité intergouvernemental. Il concerne la diversité culturelle, au sens large (même remarque que pour l'art. 15). C'est une approche qui ne manquera pas de soulever les réticences habituelles des éventuels contributeurs.

- Traitement préférentiel pour les pays en développement (art. 17)

Critiques à prévoir sur un article qui intervient dans le domaine commercial. Son objectif est cependant bien lié au développement et sa présence est justifiée.

- Partenariats pour le développement (art. 18)

Les pays en développement peuvent recevoir l'assistance en formulant une demande auprès du Comité intergouvernemental qui peut, notamment, les aider à trouver des partenaires. Les pays demandeurs doivent préalablement établir un inventaire des infrastructures et des politiques menées en faveur du développement des expressions culturelles. Le mécanisme responsabilise les Etats et en fait les acteurs de leur propre développement.

4) <u>Articulation du texte avec les autres instruments (art. 19)</u>

La multiplication des accords internationaux rend de telles dispositions de plus en plus nécessaires. Dans le cas d'espèce, le sujet est particulièrement brûlant. Trois approches étaient envisageables: donner la priorité à l'accord le plus récent (ex: Alena), subordonner le dernier traité aux accords antérieurs, ou placer l'accord sur un pied d'égalité avec les autres. C'est le seul point non consensuel de l'avant-projet qui propose deux variantes:

- Variante A

Le texte est subordonné aux accords antérieurs en matière de propriété intellectuelle

MAIS

il est placé sur un pied d'égalité avec tous autres accords

SAUF

en cas de dommage sérieux ou de sérieuse menace à la diversité, auquel cas ses dispositions prévalent.

Cette exception reprend les termes de la Convention sur la biodiversité. Elle est cependant un peu affaiblie par le fait que le dommage ou la menace doivent être «sérieux» (problème de l'appréciation de ce caractère).

- Variante B

Le texte est simplement placé sur un pied d'égalité: pas de subordination en faveur ou à l'encontre de la Convention.

➢ La variante A fait écho à l'obligation de protection des formes vulnérables d'expression culturelle. En instituant une clause de sauvegarde d'urgence, elle peut permettre aux Etats de justifier le non respect des droits et obligations contractés dans d'autres accords (sauf Droits de l'Homme). Elle ne permet cependant pas à l'Etat concerné d'échapper à ses responsabilités au titre des dispositions d'un autre accord qu'il aurait ainsi enfreintes.

Seule la variante A reflète l'importance des objectifs assignés à la Convention en permettant une action d'urgence. C'est d'autant plus important que les mécanismes de règlement des différends ne comportent pas d'issue contraignante.

La variante A est la plus à même de préserver l'efficacité et la crédibilité du projet. Son second paragraphe pourrait être assorti d'un mécanisme de vigilance analogue à celui de l'art.8.

➢ D'autres procédés peuvent être envisagés pour assurer l'articulation du texte avec le droit international.

- procédés juridiques (pour mémoire)
  - recourir à des références à un autre instrument
  - exclure ce qui relève d'un autre instrument
  - inscrire une disposition spécifique réglant la question globalement (variantes A et B de l'avant-projet)

- procédés politiques

Ils permettent de se recentrer sur les enjeux réels et de faire prévaloir une logique de complémentarité (cf. supra I.4). Du reste, l'avant-projet comporte déjà une disposition consacrée à la coordination et à la concertation internationale (art. 13).
L'idée est que l'articulation repose sur les Etats et les oblige à la cohérence. Les consultations expriment un point de vue collectif et leur donne ainsi plus de poids. Ce mécanisme ne concerne, dans le texte, que les Etats parties. Il pourrait être intéressant de l'étendre aux Organisations internationales comme le suggérait la procédure de consultation demandée au Directeur général de l'UNESCO. Un tel mécanisme de consultation réciproque répondrait aux décloisonnements engendrés par la mondialisation et permettrait de prendre en compte de façon coordonnée différents aspects d'une même question.

5) <u>Organes et mécanismes de suivi (art. 20 à 24)</u>

- Assemblée générale (art. 20) Comité intergouvernemental (art.21) Groupe consultatif (art.22) Secrétariat (art.23)

Ce dispositif institutionnel est largement emprunté à la Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel. Il peut paraître lourd, mais il est important de veiller à ce que les mesures nécessaires soient prises et à ce quelles soient équilibrées. Par ailleurs, il ne faut pas exagérer le problème du coût du fonctionnement: les instances nouvelles pourraient se réunir au même moment que les instances habituelles de l'UNESCO.

Le suivi est envisagé de manière constructive. Il repose sur les rapports de synthèse par les Etats, qui font ensuite l'objet d'une discussion publique sans que des recommandations de l'Assemblée générale soient prévues. Il

présente un aspect général plus technique que politique et privilégie une approche d'évaluation plutôt que de contrôle. Le comité intergouvernemental concentre les fonctions les plus opérationnelles mais le groupe consultatif constitue l'apport le plus original. Il conviendrait d'assurer la publication de ses avis, propositions et communications.

- Le règlement des différends (art. 24)

L'arbitrage obligatoire (à la demande d'une seule partie) a été écarté. C'est le mécanisme de la Convention sur la diversité biologique qui a été retenu: si la négociation ou la médiation n'ont pas donné de résultat, les parties peuvent demander conjointement un arbitrage où soumettre conjointement le cas à la Cour internationale de Justice. A défaut, le différend est soumis à la conciliation (annexe 4) dont les conclusions sont examinées «de bonne foi».

Les deux premières options, qui supposent l'accord des parties, seront rarement utilisées.

Le texte n'a pas repris complètement la formule de la Convention sur la biodiversité qui permet aux Etats qui le souhaitent, au moment d'approuver la Convention, de considérer comme obligatoire l'un ou l'autre des modes de règlement. Cette disposition aurait pu donner un caractère plus contraignant à la procédure.

Le dispositif risque donc d'aboutir dans la plupart des différends -c'est là son défaut majeur- à un rapport de conciliation non contraignant. Au moins celui-ci devrait-il être rendu public pour avoir un minimum d'effet.

Cependant, rien ne remplace une sentence arbitrale ou juridictionnelle. Il y a là une tendance générale en droit international qui tend à privilégier l'acceptation des dispositifs de suivi par les Etats au détriment de leur efficacité.

6) Dispositions finales (art. 25 à 31)

Elles sont empruntées à la Convention sur le patrimoine culturel immatériel. Le nombre d'instruments requis pour l'entrée en vigueur a été fixé à 30.

*
* *