

**Etude de Madame Hélène RUIZ FABRI**  
**Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne**



**Paris, 29 mars 2004**

Dans le mandat qu'elle a confié au Directeur général en vue de la préparation d'un avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques (dénommée ci-après convention sur la diversité culturelle), la Conférence générale de l'UNESCO indique « qu'il est fondamental que tout nouvel instrument normatif international soit élaboré en tenant compte des instruments juridiques internationaux existants, et qu'à cette fin, il convient que le Directeur général mène des consultations avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ».

La présente analyse juridique porte, d'une part, sur les objections qui pourraient être avancées dans le cadre de ces consultations et sur les arguments susceptibles d'apporter des réponses à ces objections, d'autre part, sur la nature et les conséquences des consultations en cause.

**I. Analyse juridique des objections qui pourraient être avancées dans le cadre de la consultation, par l'UNESCO, de l'OMC, de l'OMPI et de la CNUCED et des réponses susceptibles d'y être apportées**

**1. Objections générales quant à la compétence de l'UNESCO et à la pertinence de son intervention**

**1.1. La compétence de l'UNESCO**

*1 - La convention en projet n'est-elle pas en réalité un accord commercial qui, comme tel, sort du champ de compétence de l'UNESCO ?*

On rappellera, à ce propos, qu'il ne s'agit pas d'élaborer un accord de commerce, même si certains des dispositifs qu'il est susceptible d'aménager peuvent avoir des incidences sur les échanges de biens et services culturels.

L'objet de la convention en projet, « la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques », ne se limite pas, loin s'en faut, à la question des échanges commerciaux de biens et services culturels.

La diversité culturelle est déjà un « objet » de l'UNESCO qui y a consacré un certain nombre d'actes – comme la Déclaration universelle sur la diversité culturelle - et d'actions – comme l'Alliance globale pour la diversité culturelle. La convention en projet se situe dans la continuité de cette politique, qu'elle vient compléter en lui donnant une base normative consolidée au travers de l'énonciation d'un certain nombre de règles et principes de base rassemblés dans un instrument unique de façon à en montrer la cohérence et la complémentarité au regard de l'objectif poursuivi.

2 - *La convention en projet ne risque-t-elle pas d'entraver la circulation des biens et services culturels alors que la mission de l'UNESCO est de « faciliter la libre circulation des idées, par le mot et par l'image » ?*

La diversité culturelle, telle qu'habituellement comprise par l'UNESCO, ne se limite pas à la juxtaposition ou l'addition d'identités, pratiques et expressions culturelles nationales ou locales que chacun aurait le droit de protéger pour lui-même. Elle suppose au contraire l'échange et donc la circulation des biens et services culturels. La convention en projet a pour objectif de favoriser la participation de tous aux échanges culturels tant sur les marchés nationaux que sur le marché mondial, sur des bases équilibrées favorisant la diversité, de façon à ce que la mondialisation soit l'occasion d'un approfondissement des échanges interculturels et non de leur appauvrissement.

## **1.2. La pertinence de l'intervention de l'UNESCO**

1 - *Une convention sur la diversité culturelle ne va-t-elle pas contribuer à accroître la dispersion des instruments normatifs relatifs à une même question et compliquer la situation dès lors que peuvent se poser des problèmes d'articulation entre des normes d'origine différentes ?* (les questions particulières liées à l'OMC, la CNUCED ou l'OMPI seront abordées un peu plus bas).

\* En premier lieu, ce n'est pas parce que la très grande majorité des organisations internationales ont une compétence spécialisée que leurs champs d'intervention sont cloisonnés. Le principe de spécialité, qui interdit aux organisations internationales de sortir du champ de la compétence attribuée par leur charte constitutive, n'apporte que des éléments de réponse limités et peu opératoires en l'occurrence. Une même question comporte différents aspects qui peuvent chacun se trouver relever de la compétence d'une organisation différente qui le traitera en fonction de ses objectifs et de ses missions. Ainsi, l'accès aux produits ou services de santé intéresse aussi bien l'Organisation mondiale de la santé, dans sa dimension sanitaire, que l'OMC,

dans sa dimension commerciale. De la même façon, les biens et services culturels intéressent aussi bien l'UNESCO, dans leur dimension culturelle, que l'OMC, dans leur dimension commerciale.

C'est un problème connu de longue date. Dans la mesure où il n'existe pas une structuration centralisée et hiérarchisée des organisations internationales, mais au contraire un système de décentralisation fonctionnelle, la seule solution pour résoudre les questions d'interférence entre les champs d'intervention de différentes organisations internationales réside dans des principes de coordination. C'est au sein du système des Nations Unies<sup>1</sup> que de tels principes sont les plus développés. On constate néanmoins qu'ils restent de portée limitée. Si l'on met de côté la coordination administrative et de gestion, il n'existe en effet pas de mécanisme qui imposerait ou même inciterait fortement une organisation à prendre en compte les recommandations d'une autre organisation, au prétexte d'une interférence entre leurs activités.

La volonté de servir les objectifs assignés par leur charte constitutive explique le refus, par les organisations internationales (y compris lorsqu'elles font partie d'un système comme celui des Nations Unies), de mécanismes contraignants de coordination qui pourraient avoir pour effet de conférer un pouvoir de décision ou de veto à des organes peu préoccupés de ces objectifs ou qui en ignorent certaines implications. Afin de préserver la « souveraineté » de leurs organes dirigeants, les organisations ne s'engagent que très rarement à plus qu'à examiner sérieusement les recommandations ou demandes qu'elles reçoivent d'autres organisations. Cet élément doit être gardé à l'esprit, même si on considère parfois que le souci d'indépendance des organisations est poussé trop loin.

\* En deuxième lieu, compte tenu de ce qui a été indiqué précédemment, la prétention selon laquelle il y aurait une priorité ou une exclusivité de l'OMC et de son droit en ce qui concerne les échanges de biens et services culturels ne peut être tenue pour juridiquement valide. L'exercice par une organisation internationale de sa compétence ne saurait avoir pour effet de priver les autres organisations internationales de la leur dans le même domaine. Au surplus, la diversité culturelle n'a jamais été une priorité ou un axe de l'action de l'OMC. Elle y a certes déjà été mentionnée ponctuellement mais c'était comme un des éléments à prendre en compte dans la réflexion sur la gouvernance mondiale<sup>2</sup>. On peut d'ailleurs y voir la reconnaissance qu'il s'agit d'une question dépassant l'OMC.

- 
- 1 Qui regroupe l'ONU et les 16 institutions spécialisées qui lui sont liées et dont font partie l'UNESCO et l'OMPI mais pas l'OMC, la CNUCED ayant quant à elle le statut d'organe subsidiaire.
  - 2 Voir Renato Ruggiero, Directeur général de l'OMC, " Opening Remarks to the High Level Symposium on Trade and Development" 17 March 1999 ; 32nd Annual Meeting of the Joint Advisory Group of the International Trade Centre, Geneva, 19 April 1999 ; "Group of 77 Preparatory Committee for UNCTAD X", Geneva, 13 April 1999.

\* En troisième lieu, les problèmes d'articulation ne se posent pas seulement entre organisations internationales puisque des instruments normatifs peuvent aussi résulter de l'activité de conférences intergouvernementales. La réponse est alors essentiellement technique. Il est habituel d'insérer dans les conventions internationales une ou des dispositions destinées à régler la question de leur articulation avec les autres conventions existantes. Il appartient aux négociateurs de choisir la formulation et les modalités qui leur paraissent les plus adéquates en situation.

Plusieurs formules de clauses sont envisageables. L'une consiste à affirmer que la convention prévaut, entre les parties, sur tous leurs engagements antérieurs. Une autre consiste à considérer que la convention est sans préjudice de tous les engagements antérieurs, ce qui conduit à faire prévaloir ces derniers en cas de contradiction. Une troisième enfin consiste à prévoir, dans une perspective de compromis, que, sans remettre en cause, ni modifier les droits et obligations découlant des engagements antérieurs des parties, la convention ne leur est pas non plus subordonnée. Cette formule admet l'égalité entre les conventions auxquelles un Etat est partie et est donc celle qui préserve le mieux l'intégrité des différents engagements. Elle est particulièrement adaptée concernant l'articulation de conventions dont l'objet et le but sont différents et qui n'ont pas vocation à modifier les dispositions les unes des autres, ce qui est le cas d'une convention culturelle par rapport à un accord commercial, même si leurs champs se recoupent.

En l'absence de clause spécifique, la question de l'articulation de conventions internationales est renvoyée vers les règles contenues dans l'article 30 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui ne concernent cependant que les conventions portant sur la même matière.

2 - *L'élaboration d'une convention sur la diversité culturelle ne risque-t-elle pas d'interférer avec un certain nombre de processus de négociation en cours - en particulier au sein de l'OMC s'agissant des disciplines communes en matière de services en particulier (subventions, réglementations intérieures, etc) - et d'être, de ce fait source de confusion ?*

La réponse relève de la même problématique que celle évoquée au point précédent.

## **2. Objections spécifiques liées au risque de contradiction avec des instruments normatifs existants**

Les objections et les réponses proposées reposent sur des hypothèses quant au contenu du projet de convention sur la diversité culturelle. Le spectre d'objections retenu est volontairement large.

Il importe au surplus de rappeler que, comme l'indique l'*Etude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle* réalisée par le Directeur général de l'UNESCO à la demande du Conseil exécutif<sup>3</sup>, « l'instrument aurait plus pour vocation de fonder et garantir la possibilité d'utiliser un certain nombre de moyens d'action que d'en imposer l'usage, si bien qu'il ne saurait être par lui-même facteur de contradictions ». Ce ne serait le cas que s'il existait par ailleurs un accord en vigueur interdisant expressément l'usage de tels moyens d'action et qui lierait tous les Etats, ce qui n'est pas le cas. Tous les Etats n'ayant ni les mêmes engagements ni les mêmes politiques, il n'est pas possible d'exclure que l'un ou l'autre se trouve confronté à une contradiction mais cela n'est pas imputable en soi à l'instrument et ne compromet pas sa raison d'être.

## **2.1. Concernant les règles en matière de protection de la propriété intellectuelle**

La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle stipule dans son article 8 qu'« (...) une attention particulière doit être accordée ... à la juste prise en compte des droits des auteurs et des artistes... » et le Plan d'action qui l'accompagne mentionne, dans son point 16, l'objectif d' « assurer la protection des droits d'auteurs et des droits qui leur sont associés, dans l'intérêt du développement de la créativité contemporaine et d'une rémunération équitable du travail créatif ». L'Alliance globale pour la diversité culturelle inscrit également parmi ses objectifs la promotion de l'application des règles internationales du droit d'auteur et des droits voisins et la mise en œuvre de mesures effectives pour prévenir la piraterie. Le préambule de la résolution de la Conférence générale qui donne mandat au Directeur général pour préparer un avant-projet de convention sur la diversité culturelle « reconnaît l'importance, pour les artistes et les créateurs, de la protection de la propriété intellectuelle » (§ 7).

La démarche de l'UNESCO apparaît donc très homogène en ce qui concerne les liens entre la diversité culturelle et la protection de la propriété intellectuelle. La deuxième est toujours considérée comme allant de pair avec, voire comme conditionnant la réalisation de la première. Il n'y a donc pas de contradiction ni de logique, ni de principe entre la démarche d'élaboration d'une convention sur la diversité culturelle et les objectifs et dispositifs des différentes conventions et systèmes de protection de la propriété intellectuelle élaborés et administrés sous l'égide de l'OMPI, ni avec ceux de l'Accord ADPIC<sup>4</sup> de l'OMC. Au contraire, il faut souligner leur convergence. La protection de la propriété intellectuelle, en particulier de la propriété littéraire et artistique, apparaît

---

3 Document 166 EX/28

4 Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

comme l'une des conditions de la préservation, voire de la stimulation, de la diversité culturelle, en favorisant la créativité.

Au surplus, la convention sur la diversité culturelle n'étant pas spécifiquement dévolue à la propriété intellectuelle, n'a pas vocation à entrer dans le détail de sa réglementation. Tout au plus a-t-elle vocation à l'envisager comme un des moyens au service de la diversité culturelle.

Les questions éventuelles pourraient être les suivantes :

- 1 - *La future convention sur la diversité culturelle pourrait-elle autoriser les Etats parties à abaisser le niveau de protection des productions étrangères afin de protéger et promouvoir leurs propres industries culturelles ?*

Une telle possibilité pourrait susciter une objection de la part de l'OMC et de l'OMPI, en raison de sa contradiction potentielle avec la règle du traitement national qui interdit tout traitement discriminatoire des ressortissants d'autres Etats membres ou parties par rapport aux nationaux en ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle<sup>5</sup>. Dans le même temps, une telle possibilité correspondrait à une conception exclusivement défensive de la diversité culturelle et méconnaîtrait sa dimension d'ouverture aux autres cultures qui exige d'offrir la garantie d'une protection adéquate de leurs contenus et de leurs expressions artistiques. Une telle approche ne correspondrait nullement à l'esprit qui imprègne la démarche d'élaboration de la convention depuis son origine.

- 2 - *La future convention sur la diversité culturelle pourrait-elle promouvoir la dimension culturelle des indications géographiques et autoriser les Etats parties à octroyer un traitement différencié pour les biens qui en bénéficient ?*

En l'état actuel des choses, une telle disposition ne contrarierait l'Accord ADPIC que :

- si une indication géographique pouvait être obtenue dans des conditions plus libérales que celles prévues par l'Accord, ce qui permettrait d'en étendre la protection au-delà de ce qu'admet l'Accord, ou
- s'il était fait obstacle aux exceptions qu'admet cet Accord, en particulier au bénéfice de droits de marque acquis antérieurement de bonne foi<sup>6</sup>.

---

5 La propriété intellectuelle englobant, au sens de l'OMC, « les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien, des droits de propriété intellectuelle, les moyens de les faire respecter » ainsi que l'exercice des droits spécifiquement visés par l'Accord.

6 Article 24 de l'Accord ADPIC. .

Mais il convient d'ajouter que les indications géographiques constituent actuellement une question sensible au sein de l'OMC et des discussions sont en cours. L'Accord ADPIC prévoit une protection des indications géographiques pour les produits dont une caractéristique déterminée peut être attribuée essentiellement à son origine géographique<sup>7</sup>. Certains pays souhaitent un renforcement de cette protection tandis que d'autres, en particulier ceux qui préfèrent protéger par des marques, y sont défavorables. Dans une telle situation, il est clair qu'une disposition de la convention sur la diversité culturelle qui, appuyée sur la dimension culturelle des indications géographiques, en favoriserait le renforcement de la protection pourrait contrarier les positions de négociation de certains Etats dans d'autres enceintes de négociation, en particulier à l'OMC.

- 3 - La future convention sur la diversité culturelle pourrait-elle autoriser des mesures générales de contrôle à la frontière pour éviter les importations de copies illégales, alors que l'Accord sur les ADPIC n'envisage les mesures à la frontière que comme un moyen complémentaire des mécanismes internes qui doivent entraver à la source, c'est-à-dire sur le lieu de production, l'activité qui porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle ?

La réalisation d'une telle hypothèse signifierait que la convention sur la diversité culturelle autoriserait l'emploi de moyens plus exigeants et plus coercitifs que les textes spécialisés dans la protection de la propriété intellectuelle, donc qu'elle irait au-delà des textes existants tant à l'OMPI qu'à l'OMC. Or, il n'entre pas dans son objet de régler en détail ce type de question.

## **2.2. Concernant les règles internationales en matière de commerce**

C'est le domaine où les objections potentielles, et donc les questions, sont les plus nombreuses. Elles peuvent relever de deux registres qu'il importe de distinguer clairement. Il y a, d'une part, le droit existant. C'est en principe à son seul regard que des objections sont pertinentes puisque c'est là que des contradictions pourraient effectivement s'avérer. Il y a, d'autre part, le droit à venir, en fonction des négociations en cours. Le projet puis la convention sur la diversité culturelle peuvent influencer la manière dont les Etats négociateurs puis parties vont se positionner parallèlement ou ultérieurement dans d'autres négociations, notamment commerciales. Cette anticipation ne doit pas être sous-estimée, même si les objections qui y sont liées ne révèlent que des risques de contradictions plus lointains.

---

7 Article 22:1 de l'Accord ADPIC.

A titre préliminaire, on indiquera qu'il existe une difficulté d'ordre général qui concerne la qualification mais aussi la classification d'un bien ou d'un service comme culturel.

\* En premier lieu, une absence de précision suffisante du champ d'application de la convention sur la diversité culturelle peut susciter des objections, dès lors qu'elle ferait obstacle à une claire perception des problèmes d'articulation susceptibles de se poser. C'est une question de sécurité juridique qui est ainsi soulevée, c'est-à-dire de certitude sur ce à quoi s'appliquera la convention. Il est possible d'y répondre en précisant soigneusement le champ d'application, ce qui n'empêche pas de le faire dans des termes suffisamment ouverts pour rendre le texte adaptable aux évolutions futures, en particulier technologiques. Plusieurs techniques de définitions sont utilisables : une définition par critères ou une définition par liste, exhaustive ou non.

\* En deuxième lieu, la classification utilisée en matière de services à l'OMC ne s'avère en pratique pas toujours adéquate ou suffisamment affinée si bien que la nécessité de la réviser ou de la compléter peut apparaître (ainsi qu'on l'observe concernant les services environnementaux). Au surplus, les développements technologiques en mettent en question certains aspects. Ainsi, la séparation actuellement faite entre les services de télécommunication et les services audiovisuels tend à devenir obsolète et peut s'avérer source de difficultés dans la mesure où des engagements de libéralisation différents sont pris pour les deux secteurs (le secteur des télécommunications est déjà très libéralisé) alors qu'ils se superposent techniquement et où les services correspondants acquièrent suffisamment de caractéristiques communes pour paraître substituables. Le fait de centrer le projet de convention sur la diversité culturelle sur les contenus transmis, éventuellement en adoptant un principe de neutralité technologique, peut permettre de contourner les difficultés qui résulteraient d'une approche fondée sur des restrictions de l'accès aux réseaux de communication.

\* En troisième lieu, il peut exister des incertitudes sur la qualification comme bien ou comme service. On sait ainsi qu'un périodique peut être considéré à la fois comme un bien et un support de services et être justiciable, selon l'aspect considéré, à la fois des règles relatives aux biens et de celles relatives aux services. La question risque de se poser de manière accrue en ce qui concerne les produits numériques. On remarque ainsi l'ambivalence du commerce de biens culturels tels que les livres ou les films qui peuvent être véhiculés au moyen de réseaux de télécommunication. En l'absence d'une clarification officielle de la distinction entre biens et services, il faut envisager tant les objections liées aux règles du commerce des biens que celles liées aux règles du commerce des services et tenir compte du fait que le régime des restrictions est moins souple en matière de marchandises que de services.



**2.2.1. Concernant le commerce des biens culturels,** les objections concerneraient la possibilité de mesures commerciales restrictives ou de mesures non-commerciales susceptibles d'affecter les échanges.

1 - *La convention pourrait-elle utiliser des contingents à l'écran pour les films cinématographiques ?*

Les seuls biens culturels qui bénéficient historiquement d'un régime exprès d'exception sont les films cinématographiques pour lesquels l'article IV du GATT autorise des contingents à l'écran en faveur des films d'origine nationale. Toutefois, le dépassement des niveaux de restriction admis en 1947 pourrait créer une incompatibilité.

En admettant que la convention inscrive dans les instruments possibles d'action en faveur de la diversité culturelle les contingents à l'écran, cela ne créerait pas d'incompatibilité avec le GATT tant qu'elle ne prescrirait pas un niveau de contingent supérieur à celui qui est admis au titre du GATT. Il n'entre pas dans sa vocation de prescrire un tel niveau, si bien qu'il appartiendrait en réalité à chaque Etat partie de veiller, en ce qui le concerne, au respect des engagements qu'il a pris par ailleurs.

2 - *En dehors de cette hypothèse, la convention peut-elle prévoir le recours à des restrictions à l'importation ou à la commercialisation des biens culturels ou un traitement plus favorable de certains d'entre eux en raison de leur origine ?*

Les restrictions à l'importation ou à la commercialisation des biens culturels ou tout traitement plus favorable de certains d'entre eux en raison de leur origine sont en principe interdits par le GATT et ne peuvent donc être adoptés que dans deux cas de figure. D'une part, les Etats peuvent, à titre d'exception, prendre des mesures restrictives si elles ont un but légitime (les buts admis qui semblent pertinents pour les produits culturels sont la protection de la moralité publique, le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec le GATT - ce qui couvre notamment les règles sur les droits d'auteur -, la protection des trésors nationaux) et si elles s'inscrivent dans une politique cohérente et sont mises en œuvre de bonne foi<sup>8</sup>. D'autre part, les Etats peuvent prendre des mesures de sauvegarde quand une augmentation brutale et imprévue des importations d'un produit désorganise leur marché en causant ou menaçant de causer un dommage aux producteurs nationaux<sup>9</sup>.

---

8 Article XX du GATT

9 Article XIX du GATT et Accord sur les sauvegardes

Si la convention admettait des mesures commerciales restrictives à des conditions beaucoup plus libérales que celles prévues par le GATT, il pourrait y avoir une contradiction. Il convient néanmoins de rappeler que son objet n'est pas de restreindre le commerce des biens culturels. L'UNESCO considère de longue date que les échanges de biens culturels sont un facteur de paix et de compréhension mutuelle et a toujours tendu à favoriser plutôt qu'à restreindre leur circulation. En attestent l'Accord de Florence du 17 juin 1950 et son Protocole de Nairobi du 26 novembre 1976, lequel témoigne au surplus de la prise en compte des préoccupations particulières des pays en développement. Les exceptions et les mesures de sauvegarde qu'ils prévoient sont compatibles avec le GATT. Il n'y a aucune raison d'estimer que le projet de convention sur la diversité culturelle relèverait d'un esprit différent de celui qui a jusqu'ici inspiré l'approche de l'UNESCO. Des mesures restrictives des échanges au nom de la diversité culturelle ne se comprennent en effet que dans l'hypothèse où existe un déséquilibre tel qu'il cause ou menace de causer un dommage à cette diversité culturelle ou dans l'hypothèse où il s'agit de protéger l'industrie domestique naissante d'un pays en développement. De tels objectifs ou situations ne sont pas *a priori* et en eux-mêmes incompatibles avec le droit de l'OMC.

3 - *La convention peut-elle prévoir le recours à des mesures non-commerciales susceptibles d'affecter les échanges de biens culturels ?*

Les mesures non-commerciales susceptibles d'affecter les échanges de biens culturels sont essentiellement les normes techniques ou les mesures de soutien. Elles pourraient susciter des objections au regard de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) de l'OMC ou de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC).

\* Des mesures comme des labels de qualité ou des prix uniques pour les livres, peuvent être considérées comme des normes techniques au sens du droit de l'OMC dans la mesure où elles sont liées aux caractéristiques des biens culturels concernés. Elles ne peuvent néanmoins susciter d'objections que si elles sont discriminatoires, arbitraires ou incohérentes ou si elles sont disproportionnées c'est-à-dire si elles sont plus restrictives du commerce que nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Il faut surtout en retenir qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe et que les objections ne peuvent concerner que les modalités de mise en œuvre, lesquelles sont, en pratique, déterminées par chaque Etat à qui il incombe de veiller au cas par cas à la compatibilité.

\* Des mesures de soutien ou de promotion de la production nationale de biens culturels peuvent être considérées comme des subventions au sens du droit de l'OMC. Elles ne sont clairement interdites que dans l'hypothèse où il s'agit de subventions à l'exportation ou si leur octroi est subordonné à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Les subventions admises peuvent néanmoins faire l'objet de plaintes si, ayant un nombre limité

de destinataires (elles sont alors dites spécifiques), elles sont considérées comme discriminatoires ou dommageables pour leurs intérêts par les plaignants. Jusqu'ici, il n'y a eu concernant des biens culturels qu'une seule plainte de ce type, ce qu'on explique généralement par le fait que ce type de subventions est très courant dans la plupart des Etats membres de l'OMC. Mais il ne s'agit que d'un constat de fait. D'un point de vue juridique, il faudrait, pour éviter toute objection de l'OMC, soit subordonner l'octroi de soutiens à des critères entièrement objectifs et neutres, ce qui évite la spécificité, soit négocier parallèlement l'inscription dans une « boîte verte » à l'OMC.

**2.2.2. Concernant le commerce des services culturels,** au cœur desquels se trouvent les services audiovisuels, les objections s'avèrent, en l'état actuel du droit, peu nombreuses et peu déterminantes. En effet, l'Accord sur les services de l'OMC (AGCS) se caractérise par une grande flexibilité. Il ne déploie la plupart de ses effets que lorsque les Etats membres ont pris des engagements d'ouverture de leur marché, ce qui n'est le cas pour l'instant que d'un sixième des Etats membres de l'OMC concernant les services culturels. De plus, la portée d'un certain nombre de disciplines et dispositions inscrites dans l'AGCS est encore incertaine. Elles ne sont pas en soi sources d'objections mais il a semblé opportun de les signaler. Enfin, nombre de questions n'ont pas encore été réglementées et appellent des développements par le biais de négociations. L'élaboration puis l'existence d'une convention sur la diversité culturelle est de nature à influencer sur le déroulement de ces négociations. Un certain nombre d'objections pourraient être liées à cette anticipation, plus qu'à des incompatibilités existantes.

1 - *Par quelles règles les Membres de l'OMC sont-ils tenus indépendamment de tout engagement de libéralisation et à quelles conditions peuvent-ils s'en affranchir ?*

Les Membres de l'OMC sont tenus, indépendamment de tout engagement, par la règle du traitement de la nation la plus favorisée, qui interdit les discriminations entre fournisseurs étrangers de services similaires<sup>10</sup>, et ils ne peuvent s'en affranchir qu'à condition d'avoir souscrit à une exemption lors de leur entrée dans l'organisation.

\* Une objection pourrait concerner l'absence d'exemptions pour des mesures incompatibles avec le traitement de la nation la plus favorisée. On évoque par exemple à ce propos certains types d'accords de co-production. Tout dépend

---

10 Cette notion n'est pas définie, alors que les évolutions technologiques peuvent accroître la substituabilité entre des services apparemment différents.

donc de la situation respective des différents Etats (selon qu'ils ont pris ou non des exemptions pour le secteur des services culturels). Cela n'interdit pas que la convention se réfère aux instruments de politique culturelle correspondants.

\* Il est également possible que soit mis en avant le caractère en principe temporaire des exemptions. Néanmoins, il est d'ores et déjà acquis qu'elles dureront au-delà des dix ans initialement envisagés par l'AGCS et qu'il faudra pour leur évolution et leur remise en cause, des négociations, si bien que la question reste ouverte.

\* Enfin, le traitement de la nation la plus favorisée pourrait permettre, en l'absence d'exemption, de contester des subventions qui favoriseraient des services ou fournisseurs de services de certains Membres plutôt que d'autres. Cela n'interdit pas que la convention prévoit l'emploi de mécanismes de soutien dès lors qu'elle n'en prescrit pas un usage discriminatoire.

## 2 - *A quelles conditions les Etats peuvent-ils conserver la maîtrise des instruments de politique culturelle en matière de services ?*

Des obligations telles que le traitement national, qui interdit les discriminations entre fournisseurs étrangers et nationaux de services, ou les exigences relatives à la réglementation intérieure ou à l'accès au marché ne s'imposent qu'aux Etats qui ont pris des engagements, étant entendu qu'ils modulent librement ces engagements et peuvent maintenir des restrictions d'accès et des avantages au profit des fournisseurs nationaux. Cette liberté est régulièrement mise en avant par l'OMC. Ce fut déjà l'argument avancé lors du Cycle d'Uruguay pour justifier l'absence d'un régime spécifique pour les services culturels. Il suffit, pour garder la libre disposition des instruments de politique culturelle, de ne pas prendre d'engagements ou d'assortir d'éventuels engagements des restrictions adéquates. Dans ces conditions, on ne voit pas très bien quelles objections pourraient être adressées à une convention par laquelle les Etats chercheraient à coordonner l'usage, au bénéfice de la diversité culturelle, d'instruments dont ils ont conservé la disposition. Il importe surtout qu'ils veillent à ne pas prendre par la suite des engagements contradictoires, problème qui peut se poser à plusieurs niveaux.

\* Il peut d'abord se poser à propos de la liste d'engagements de chaque Etat. Il appartient alors à chaque Etat soit de libeller ses engagements en sorte d'assurer leur compatibilité avec la convention sur la diversité culturelle, éventuellement en s'y référant lorsqu'elle existera, soit de persister à ne pas prendre d'engagements dans le secteur des services culturels.

Cette dernière attitude pourrait se heurter à l'invocation de l'article XIX de l'AGCS qui prévoit des négociations périodiques « en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation » en matière de services.

L'exclusion d'un secteur pourrait en particulier être considérée comme contraire à l'esprit de l'accord. Il faudrait néanmoins pour cela qu'elle soit stipulée dans des termes définitifs. En effet, l'objectif fixé par l'article XIX est global et n'est pas assorti d'échéances précises si bien qu'il laisse la porte ouverte aussi bien à la progressivité qu'à des modulations. D'ailleurs, le même texte prévoit que « le processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs », ajoutant au surplus qu'« une flexibilité appropriée sera ménagée aux différents pays en développement ». D'une part, la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques peut légitimement être considérée comme un objectif de politique nationale. La démarche d'élaboration de la convention sur la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques vient précisément montrer le caractère partagé de cet objectif, en le complétant, au surplus, par un projet de coopération internationale<sup>11</sup>. D'autre part, l'objet de la convention n'est pas de s'opposer à la libéralisation des échanges de services culturels mais de contribuer à ce qu'elle ne se réalise pas dans des conditions qui compromettent la diversité culturelle.

\* Le problème d'engagements contradictoires peut aussi se poser à l'occasion de la négociation de plusieurs questions que l'AGCS a, en l'état actuel des choses, laissées ouvertes. En particulier, la définition du régime des subventions et des mesures de sauvegardes d'urgence a été renvoyée à des négociations ultérieures qui n'ont pas encore produit de résultats concrets. Il est évident que les positions de négociation des différents Etats sont tributaires de la maîtrise qu'ils souhaitent avoir de ce type d'instruments notamment pour des objectifs non commerciaux, par exemple la préservation de la diversité culturelle. Il est tout à fait possible de concevoir des dispositifs compatibles. Il faut que les Etats veillent à avoir des positions de négociation cohérentes, que ce soit dans le cadre de la convention sur la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques ou dans le cadre de l'OMC.

### 3 - *Quelle est la situation des Etats qui ont pris des engagements de libéralisation dans le secteur des services culturels ?*

La situation des Etats qui ont pris des engagements peut être à l'origine de davantage d'objections, ajoutées à certaines incertitudes. Ces Etats ne peuvent plus prendre des mesures excédant les restrictions expressément inscrites dans leur liste d'engagements. Ils sont également tenus à un certain nombre d'exigences concernant leur réglementation intérieure. Celle-ci, qui peut être utilisée pour garantir la qualité des services, doit être appliquée de manière raisonnable, objective et impartiale et ne doit pas restreindre indûment le

---

11 Le fait de ne pas avoir une démarche purement unilatérale mais de se coordonner, voire de coopérer au plan internationale est pris en considération par l'Organe d'appel de l'OMC.

commerce. La portée des obligations en la matière reste cependant incertaine, à la fois en raison des difficultés d'interprétation du texte et du fait que des négociations supplémentaires doivent être menées pour préciser ces exigences.

4 - *Les Etats qui ont pris des engagements peuvent-ils prendre des mesures commerciales restrictives ?*

Tout comme le GATT, l'AGCS prévoit un mécanisme d'exceptions qui fonctionne dans des conditions équivalentes (les buts admis qui semblent pertinents pour les services culturels sont la protection de la moralité publique, le maintien de l'ordre public et le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec l'Accord).

Si la convention admettait des mesures commerciales restrictives à des conditions beaucoup plus libérales que celles prévues par l'AGCS, cela pourrait être source de contradictions. La réponse à cette objection est, *mutatis mutandis*, la même que celle formulée à propos du commerce de biens.

### **2.3. Concernant la situation particulière des pays en développement**

Il n'y a *a priori* aucune antinomie de principe, ni de logique entre les objectifs d'une convention sur la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques et les préoccupations liées à la situation particulière des pays en développement. Depuis plus de trente ans, l'UNESCO mène, seule ou en coordination avec d'autres organisations, des travaux montrant l'apport de la culture au développement économique. Il en ressort notamment que les politiques culturelles peuvent favoriser « l'épanouissement des capacités créatrices »<sup>12</sup> et que la création contribue au développement économique. Tant le patrimoine culturel, s'il peut être valorisé, que la production culturelle, si des industries culturelles peuvent se développer, sont sources de revenus importants. Plus globalement, la diversité culturelle est « gage d'un développement humain durable » (Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle) et son respect est, à cet égard, considéré comme essentiel au même titre que la paix, la sécurité, la stabilité et le respect des droits de l'homme (Sommet de Johannesburg<sup>13</sup>).

Des objections ne pourraient venir de la CNUCED, à l'encontre du projet de convention sur la diversité culturelle, que si ses dispositifs s'avéraient faire

---

12 Plan d'action de la Conférence de Stockholm sur les politiques culturelles pour le développement de 1998.

13 Plan d'action du Sommet mondial pour le développement durable de 2002, introduction, § 5.

obstacle ou ralentir le développement culturel (y compris les industries culturelles) ou ne pas favoriser suffisamment l'accès et la participation des pays en développement aux échanges culturels internationaux.

Il convient de rappeler que le projet n'a pas pour objectif de freiner ou faire obstacle aux échanges de biens et services culturels mais au contraire de favoriser leur déroulement équilibré. La préservation de la diversité culturelle est une des conditions de cet équilibre.

Comme l'UNESCO l'a indiqué, la convention aurait plus pour vocation de fonder et garantir la possibilité d'utiliser un certain nombre de moyens d'action que d'en imposer l'usage. Chaque Etat aura, dans cette perspective, la possibilité d'ajuster cet usage à ses choix et à ses moyens. Une analyse plus approfondie conduit au constat que les moyens qui peuvent être utiles pour la préservation de la diversité culturelle, tels que les soutiens à la production, les quotas ou le contrôle des investissements étrangers, sont également des moyens particulièrement adaptés pour stimuler le développement d'industries culturelles dans les pays en développement. Il est d'ailleurs tout à fait concevable que le projet de convention mentionne expressément les besoins particuliers des pays en développement à cet égard.

Un des moyens de prendre en compte ces besoins particuliers réside dans l'aménagement de mécanismes de coopération et/ou d'assistance internationales. Cela correspondrait à la mise en œuvre de l'article 10 de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle selon lequel « face aux déséquilibres que présentent actuellement les flux et les échanges des biens culturels à l'échelle mondiale, il faut renforcer les coopérations et la solidarité internationales destinées à permettre à tous les pays, en particulier aux pays en développement et aux pays en transition, de mettre en place des industries culturelles viables et compétitives sur les plans national et international ». Un certain nombre de modalités de coopération sont déjà pratiquées, comme les co-productions ou les fonds de soutien. Leur développement et leur organisation est de nature à conjurer les risques d'objections venant de la CNUCED.

## **II. Nature des consultations en cause et conséquences sur la démarche d'élaboration de l'avant-projet de convention**

Le mandat donné au Directeur général évoque des consultations et se situe donc en retrait par rapport à la proposition américaine d'une demande d'avis sur la pertinence de l'élaboration ou non de l'instrument sur la diversité culturelle.

Il convient d'envisager la faisabilité des consultations, leur nature, leur objet et leurs conséquences.

## **1. Les consultations du type de celles envisagées sont-elles possibles ?**

De façon générale, il est admis que les organisations internationales ont, même sans texte, la capacité de conclure des accords internationaux en relation avec leur champ de compétence. *A fortiori*, on peut admettre qu'elles ont la capacité de développer des processus de consultations dans les mêmes conditions.

### **1.1. L'UNESCO peut-elle mener les consultations envisagées ?**

La Charte constitutive de l'UNESCO n'envisage pas explicitement l'hypothèse d'une consultation à l'initiative de cette organisation en direction d'autres organisations internationales. On peut néanmoins considérer, sans grande difficulté, qu'elle est couverte par l'article XI (1) qui prévoit que « L'Organisation peut coopérer avec d'autres organisations et institutions intergouvernementales spécialisées dont les tâches et activités sont en harmonie avec les siennes. A cet effet, le Directeur général peut, sous la haute autorité du Conseil exécutif, établir des relations effectives avec ces organisations et institutions et constituer les commissions mixtes jugées nécessaires pour assurer une coopération efficace ».

La Résolution de la Conférence générale, organe suprême de l'organisation, habilite expressément le Directeur général pour mener les consultations. Il n'y a donc pas de difficulté juridique à cet égard.

### **1.2. Les organisations sollicitées peuvent-elles accepter les consultations ?**

Rien dans leurs textes constitutifs ne semble s'opposer à ce qu'elles soient destinataires de demandes de consultations et à ce qu'elles y répondent favorablement.

L'article 13 (1) du traité constitutif de l'OMPI stipule que « L'Organisation, si elle l'estime opportun, établit des relations de travail et coopère avec d'autres organisations intergouvernementales » et couvre donc sans difficulté l'hypothèse de consultations.

L'article V (1) de la Charte de l'OMC prévoit que « Le Conseil général conclura des arrangements appropriés pour assurer une coopération efficace avec les autres organisations intergouvernementales qui ont des fonctions en rapport avec celles de l'OMC ». S'il n'envisage pas à proprement parler l'hypothèse de consultations, cela n'a pas empêché l'OMC de développer des activités communes, en particulier de réflexion, sur des questions d'intérêt commun avec d'autres organisations ou organes (relations avec les secrétariats des accords multilatéraux environnementaux sur les questions commerce et environnement, relations avec la CNUCED sur les questions commerce et



développement, relations avec l'Organisation mondiale de la santé sur les questions commerce et santé).

La résolution fondatrice de la CNUCED lui permet de traiter de toute question relevant de sa compétence, c'est-à-dire tout ce qui touche le commerce et le développement économique, et la charge de faciliter la coordination des activités des autres institutions du système des Nations Unies.

En l'absence d'obstacles de principe, il appartient aux différentes organisations de définir les modalités de leur entrée en relation. Dans la mesure où il n'existe pas de règles et procédures pré-établies, la forme que prendront les consultations est à déterminer entre les partenaires sur une base *ad hoc*. Plusieurs degrés de formalisme et d'approfondissement sont concevables. En l'occurrence, les contacts devraient s'établir au plus haut niveau de la hiérarchie administrative, entre les directeurs généraux.

## **2. Quelle est la nature des consultations envisagées ?**

Le mandat donné par la Conférence générale ne contient aucune précision sur la nature et la portée des consultations à mener.

### **2.1. Qu'entend-on par « consultations » ?**

La définition juridique du terme « consultations » semble ici seule pertinente. La consultation est généralement définie comme « le fait de consulter, de solliciter d'un organisme ou d'une personne, sur une question de sa compétence ou de sa qualification, un avis que l'on n'est jamais tenu de suivre, même dans les cas où l'on est obligé de le provoquer »<sup>14</sup>. Spécifiquement en droit international, le terme « consultation » est défini, lorsqu'il est employé au pluriel, comme « le fait pour plusieurs sujets de droit de se consulter à l'occasion d'une circonstance déterminée »<sup>15</sup>. La consultation est également définie comme « une demande d'avis, éventuellement prolongée en discussion, adressée par un Etat ou une organisation internationale aux autres sujets intéressés par la décision unilatérale qu'il s'apprête à prendre »<sup>16</sup>.

Dans son sens ordinaire, celui que les méthodes habituelles d'interprétation du droit international public incitent à privilégier, le terme consultation ne signifie ni négociation, ni approbation. C'est un processus au cours duquel on se borne à demander ou à déterminer les vues des personnes ou organes consultés.

---

14 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 4ème éd., 2003, p. 218.

15 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/A.U.F., 2001, p. 247.

16 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/A.U.F., 2001, p. 247.

17 Annexe II de la Charte de l'O.M.C., entrée en vigueur le 1er janvier 1995.

## **2.2. Le terme « consultations » a-t-il un sens particulier en droit de l'O.M.C. et qui serait pertinent au-delà ?**

Le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends au sein de l'O.M.C.<sup>17</sup> désigne sous le terme de « consultations » une procédure de négociation en vue de parvenir au règlement d'un différend qui doit obligatoirement être entamée avant que la constitution d'un Groupe spécial ne puisse être demandée. Il s'agit de l'aménagement particulier d'un procédé assez courant dans les mécanismes de règlement des différends et qui consiste à imposer aux parties une obligation de négocier comme préalable au recours à un tiers pour le règlement de leur litige. Cette obligation de négocier est tout au plus une obligation de tenter de bonne foi d'obtenir directement un règlement amiable. Elle n'est pas une obligation de conclure et ne se prête qu'à un contrôle formel qu'il a bien existé des négociations ou une tentative de négociations. Le fait que le Mémoire de l'O.M.C. désigne cette étape par le terme particulier de « consultations » n'en change pas la nature.

On ne saurait au surplus prétendre que cette signification du terme consultation est transposable au mandat donné au Directeur général de l'UNESCO et qu'il s'agirait donc pour lui de négocier avec les organisations consultées le périmètre du projet de convention. En l'absence de toute précision, le terme consultation doit se voir attribuer son sens ordinaire et non un sens particulier lié à un contexte particulier. D'ailleurs, le droit de l'OMC utilise lui-même, à de nombreuses reprises, le terme consultation dans son sens ordinaire, distinct de celui référé dans le Mémoire sur le règlement des différends.

## **3. Quel peut-être l'objet des consultations ?**

Le Préambule de la Résolution de la Conférence générale précise « qu'il est fondamental que tout nouvel instrument normatif international soit élaboré en tenant compte des instruments juridiques internationaux existants, et qu'à cette fin, il convient que le Directeur général mène des consultations avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ».

C'est donc pour pouvoir tenir compte des instruments juridiques existants dans l'élaboration de l'avant-projet de convention que le Directeur est mandaté pour entrer en consultations avec un certain nombre d'organisations ou organes internationaux existants. Les organisations mentionnées ont été choisies parce qu'elles ont en charge ou ont une connaissance approfondie des instruments juridiques internationaux les plus susceptibles d'interférer avec l'œuvre normative entreprise au sein de l'UNESCO. Les consultations ont pour objet de donner l'occasion de signaler les points sur lesquels il leur paraît pouvoir se produire des interférences normatives problématiques. Les consultations ne peuvent être comprises comme des négociations au terme desquelles

l'UNESCO devrait se mettre d'accord avec les organisations ou organes consultés sur ce qu'elle peut faire ou ne pas faire.

#### **4. Quels peuvent être les effets des consultations et, en particulier, peuvent-elles être source d'obligations ?**

En première approche, il est clair que ces consultations ne peuvent créer aucune obligation directe à la charge de l'UNESCO. D'un strict point de vue juridique, celle-ci n'est pas liée par les avis ou positions communiqués par les organisations consultées, d'autant que, même menées au plus haut niveau, ces consultations restent dans le registre administratif. Néanmoins, dès lors que l'UNESCO a pris l'initiative de ces consultations, elle doit les considérer de bonne foi, même si c'est en toute autonomie.

Il convient au surplus de les resituer dans leur contexte. Selon la résolution adoptée par la Conférence générale, le Directeur général doit lui soumettre « un rapport préliminaire sur la situation devant faire l'objet d'une réglementation ainsi que sur l'étendue possible de cette réglementation ». Les consultations se comprennent dans un souci de coordination, notamment pour prendre la mesure des interférences de l'activité normative de la Conférence générale l'UNESCO avec le droit négocié dans le cadre d'autres organisations. Elles doivent permettre que le rapport du Directeur général soit le mieux informé possible et on voit mal comment il ne ferait pas état de leur résultat, même si c'est pour rappeler qu'il ne lie pas en soi la démarche de l'UNESCO.

A cela s'ajoute que l'effet des consultations peut varier selon le moment où elles prendront place dans le processus d'élaboration du rapport du Directeur général et de préparation de l'avant-projet de convention. Plus elles interviendront tôt, plus elles sont susceptibles d'avoir de l'influence. A cet égard, l'UNESCO gardera d'autant mieux la maîtrise de ce processus si elle attend d'avoir dépassé les étapes les plus exploratoires.

Enfin, la démarche est assez inhabituelle. Il est peu vraisemblable que les organisations sollicitées éluderont les consultations mais il est en revanche probable qu'elles se montreront assez prudentes dans leurs réponses, d'autant qu'aucune objection majeure ne semble pouvoir se faire jour. Néanmoins, il est évident que la sollicitation de l'UNESCO est susceptible de provoquer de leur part une vigilance à l'égard de l'élaboration de la convention sur la diversité culturelle.

Fait à Paris, le 29 mars 2004

Hélène RUIZ FABRI  
*Professeur à l'Université Paris I  
Panthéon Sorbonne*