

L'INTERFACE COMMERCE-CULTURE ET LA QUESTION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Gilbert Gagné

Volume 30, numéro 2, 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1064678ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1064678ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gagné, G. (2017). L'INTERFACE COMMERCE-CULTURE ET LA QUESTION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 30(2), 75–94. <https://doi.org/10.7202/1064678ar>

Résumé de l'article

Le traitement des biens et services culturels relève, en droit international, à la fois de l'OMC et de l'UNESCO et pose donc la question des liens entre les dispositions de chaque régime, particulièrement en ce qui touche au règlement des différends. Une jurisprudence en matière de produits culturels devrait émaner du mécanisme de règlement des différends prévu par la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* afin d'assurer que cette jurisprudence repose sur des considérations culturelles. Cependant, dans la mesure où le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de loin le plus élaboré et le plus utilisé, c'est ce dernier qui risque de développer une telle jurisprudence. Pour autant que la *Convention* reflète un consensus international quant au traitement des produits culturels, cette dernière pourrait influencer les conclusions des instances de règlement des différends à l'OMC.

L'INTERFACE COMMERCE-CULTURE ET LA QUESTION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

*Gilbert Gagné**

Le traitement des biens et services culturels relève, en droit international, à la fois de l'OMC et de l'UNESCO et pose donc la question des liens entre les dispositions de chaque régime, particulièrement en ce qui touche au règlement des différends. Une jurisprudence en matière de produits culturels devrait émaner du mécanisme de règlement des différends prévu par la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* afin d'assurer que cette jurisprudence repose sur des considérations culturelles. Cependant, dans la mesure où le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de loin le plus élaboré et le plus utilisé, c'est ce dernier qui risque de développer une telle jurisprudence. Pour autant que la *Convention* reflète un consensus international quant au traitement des produits culturels, cette dernière pourrait influencer les conclusions des instances de règlement des différends à l'OMC.

The treatment of cultural goods and services in international law comes under both the WTO and UNESCO and raises the issue of the links between the provisions of each regime, particularly as regards dispute settlement. A jurisprudence relating to cultural products should come from the dispute settlement mechanism under the *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* so that this jurisprudence is based on cultural considerations. Yet, since the WTO dispute settlement mechanism is by far the most elaborated and resorted to, it is likely to be the one developing such jurisprudence. To the extent that the *Convention* reflects an international consensus towards the treatment of cultural products, the latter may influence the conclusions of WTO dispute settlement authorities.

El tratamiento de los bienes y servicios culturales es un asunto que incumbe tanto a la OMC como a la UNESCO en el derecho internacional y, por lo tanto, plantea la cuestión de la relación entre las disposiciones de cada régimen, particularmente con respecto a la solución de controversias. La jurisprudencia sobre productos culturales debería emanar del mecanismo de solución de controversias previsto en la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* para garantizar que esta jurisprudencia se base en consideraciones culturales. Sin embargo, en la medida en que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es con mucho el más desarrollado y utilizado, es el último el que corre el riesgo de desarrollar dicha jurisprudencia. Siempre que la *Convención* refleje un consenso internacional sobre el tratamiento de los productos culturales, podría influir en las conclusiones de los órganos de solución de diferencias de la OMC.

* Professeur titulaire au Département d'études politiques et internationales de l'Université Bishop's et Directeur du Groupe de recherche sur l'intégration continentale à l'Université du Québec à Montréal.

Le traitement des biens et services, ou produits, culturels, aussi connu comme l'interface commerce-culture, fait depuis longtemps l'objet d'une controverse au sein du régime commercial international à présent chapeauté par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les États n'ayant pu s'entendre sur une exception aux règles commerciales au profit de ces produits, les protagonistes de l'exception/diversité culturelle ont obtenu l'adoption au sein de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*¹ (*Convention*). Celle-ci souligne notamment la double nature, culturelle et économique, des biens et services culturels et le droit des États de mettre en place des politiques culturelles. Le traitement des produits culturels dans le droit international relevant de régimes commerciaux et d'investissement, et principalement de l'OMC, d'une part, et de l'UNESCO, d'autre part, pose la question des liens entre les dispositions pertinentes de chacun de ces régimes, particulièrement en ce qui touche au règlement des différends relatifs aux produits culturels². Cela renvoie à la fragmentation du droit international, du fait de la multiplication et de la spécialisation des régimes et des instances judiciaires ou de règlement des différends, chacun avec sa propre rationalité et portée, entraînant des règles conflictuelles et des régimes juridiques qui se chevauchent³.

¹ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 RTNU 311, (entrée en vigueur : 18 mars 2007) [*Convention*].

² À propos de la *Convention*, à la fois de ses dispositions, de sa mise en œuvre et de ses liens avec les accords commerciaux, notamment avec l'OMC, voir Gilbert Gagné, « Une convention internationale sur la diversité culturelle et le dilemme culture-commerce » dans Gilbert Gagné, dir, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective?*, Saint-Laurent (Qc), Fidès, 2005 à la p 37; Michael Hahn, « A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law » (2006) 9:3 J Intl Econ L 515; Christoph Beat Graber, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO? » (2006) 9:3 J Intl Econ L 553 [Graber]; Tania Voon, *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 [Voon]; Jan Wouters et Bart De Meester, « The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law » (2008) 42:1 J World Trade 205; Gilbert Gagné, « La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et l'interface culture-commerce » dans Guy Lachapelle, dir, *Diversité culturelle, identités et mondialisation : de la ratification à la mise en œuvre de la convention sur la diversité culturelle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008 à la p 77; Ivan Bernier, « Les relations entre la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et les autres instruments internationaux : l'émergence d'un nouvel équilibre dans l'interface entre le commerce et la culture » (août 2009), en ligne : MCCQ <www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/FR_Relations_entre_Convention_Unesco_instruments_internationaux.pdf>; Mira Burri-Nenova, « Trade and Culture in International Law: Path(s) to (Re)conciliation » (2010) 44:1 J World Trade 49 [Burri-Nenova]; Antonios Vlassis, « La mise en œuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles : Portée et enjeux de l'interface entre le commerce et la culture » (2011) 42:4 Études int 493; Toshiyuki Kono et Steven Van Uytsel, dir, *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions: A Tale of Fragmentation in International Law*, 1^{er} éd, Cambridge, Intersentia, 2012; Jingxia Shi, *Free Trade and Cultural Diversity in International Law*, Oxford, Hart, 2013 [Shi]; Lilian Richieri Hanania, dir, *Cultural Diversity in International Law: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Londres, Routledge, 2014.

³ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission – Finalized by Martti Koskenniemi*, Doc off AG NU, 58^e sess, supp n° 10, Doc NU A/CN.4/L.682 (2006).

Or, s'il doit y avoir une jurisprudence⁴ applicable aux biens et services culturels, il serait préférable qu'elle émane du mécanisme de règlement des différends prévu par la *Convention* afin d'assurer que cette dernière repose sur des considérations culturelles. Toutefois, dans la mesure où le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de loin le plus élaboré et le plus utilisé, on peut penser que c'est à ce dernier qu'il incombera de développer une jurisprudence en matière de produits culturels. À cet égard, pour autant que la *Convention* reflète un consensus et débouche sur une approche commune au sein de la communauté internationale quant au traitement des produits culturels, cette dernière pourrait influencer les conclusions des instances de règlement des différends à l'OMC. Si le choix de l'UNESCO pour abriter une convention reconnaissant le caractère spécifique des produits culturels et les liens entre cette dernière et l'OMC ont été amplement étudiés, il est néanmoins pertinent de faire le point après une décennie de mise en œuvre de la *Convention*. En effet, non seulement on y voit plus clair sur certaines questions, mais on a aussi négligé le rôle que peut jouer le mécanisme de règlement des différends de la *Convention*.

Le présent article se divise en trois parties. Nous abordons, d'abord, la question du traitement des produits culturels dans les accords commerciaux, avant de nous pencher, dans une deuxième partie, sur les dispositions et la mise en œuvre de la *Convention*. Une troisième partie traite du règlement des différends relatifs aux produits culturels à l'OMC en analysant la jurisprudence existante et la manière dont la *Convention* pourrait influencer sur le développement d'une jurisprudence en matière culturelle à l'OMC. Quelques remarques suivent en guise de conclusion.

I. Culture et accords commerciaux

Le traitement des biens et services culturels⁵ en droit économique international fait depuis longtemps l'objet d'une controverse, connue comme le débat ou l'interface commerce-culture, qui tourne autour de deux perspectives apparemment irréconciliables. Selon l'une, défendue principalement par les États-Unis, la culture constitue un secteur économique comme les autres qui doit être libéralisé. Des mesures de la part des pouvoirs publics visant à promouvoir et à protéger les industries culturelles, à savoir les politiques culturelles, équivalent à du

⁴ En droit international, on ne peut toutefois pas parler de jurisprudence au sens strict, puisque les décisions des instances de règlement des différends ne créent pas de précédents. En pratique, cependant, les tribunaux nationaux et instances internationales se réfèrent constamment à ces décisions lorsqu'ils ont à se prononcer sur des questions ou affaires semblables, faisant en sorte que l'on peut parler de jurisprudence dans les faits. Aussi, on verra que si le mécanisme de règlement des différends de la *Convention* repose sur la conciliation, il n'a pas un caractère contraignant et ses recommandations peuvent ne pas se fonder nécessairement sur le droit. On parlera ici néanmoins de jurisprudence, dans la mesure où ses propositions de règlement pourraient faire autorité et servir de référence à d'autres affaires semblables.

⁵ Ces derniers incluent les arts visuels, littéraires et de la scène, les journaux, les magazines, les livres, les films, les enregistrements vidéo et musicaux, la radio, la télévision, ainsi que le multimédia.

protectionnisme⁶. Selon l'autre, même si les biens et services culturels s'inscrivent dans les circuits commerciaux, ils ne sauraient être assimilés à de simples marchandises, car ils sont porteurs de valeurs et de symboles et, de là, touchent à l'identité d'une communauté politique. Notamment mise de l'avant par le Québec, le Canada et la France, cette perspective a donné lieu à la notion d'« exception culturelle », selon laquelle la culture doit être exempte d'engagements de libéralisation commerciale ou soumise à des dispositions spécifiques. Cette notion a fait place à celle de « diversité culturelle » à la suite de craintes grandissantes que la mondialisation de l'économie, la libéralisation des échanges et le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (ou révolution numérique) ne s'opèrent au détriment de la diversité des cultures du monde.

Le débat commerce-culture tient à la difficulté de concilier le souci, d'un côté, de préserver assez de flexibilité pour les pouvoirs publics en vue de la mise en place effective de politiques et de mesures touchant le secteur culturel et, d'un autre côté, d'assurer la prévisibilité et la non-discrimination⁷ dans les échanges commerciaux internationaux. Ce débat s'est posé avec beaucoup d'acuité au cours des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay entre 1986 et 1993 quand les services ont figuré pour la première fois à l'agenda. Alors que le Canada et l'Union européenne (UE)⁸ ont fait valoir que la protection des identités nationales justifiait une exception générale au profit des services culturels et/ou audiovisuels dans l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*⁹, les États-Unis ont refusé de reconnaître le caractère « culturel » de ces services. À l'issue des négociations, les services culturels n'ont pas fait l'objet de dispositions particulières, mais l'AGCS permet aux États de déterminer l'étendue de leurs engagements de libéralisation. En effet, les États peuvent choisir les secteurs et sous-secteurs pour lesquels ils prennent des engagements et en définir les modalités. Ainsi, le Canada n'a

⁶ Les mesures publiques adoptées dans le cadre de politiques culturelles se divisent en deux grandes catégories : financières et réglementaires. Parmi les mesures financières, on compte les subventions, les prêts à faible intérêt, les garanties de prêts et les concessions fiscales. Les mesures de réglementation renvoient, entre autres choses, à celles réservant la propriété et/ou le contrôle des entreprises culturelles aux nationaux ou à des quotas, comme dans le cas des prescriptions de contenu national dans la radiodiffusion et la télédiffusion publiques. Pour une vue d'ensemble des divers types de mesures prises dans le cadre des politiques culturelles des États, voir Affaires mondiales Canada, *La culture canadienne dans le contexte de la mondialisation : nouvelles stratégies pour la culture et le commerce – Groupe de consultations sectorielles sur le commerce extérieur (GCSCÉ) – Industries culturelles*, Ottawa, AMC, février 1999, en ligne : AMC <international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/ip-pi/canculture.aspx?lang=fra>.

⁷ Le principe de non-discrimination, central dans le régime commercial international, compte une dimension externe, à savoir le traitement de la nation la plus favorisée, qui veut que tout avantage accordé par un pays à un produit (bien ou service) de tout autre pays doit être, immédiatement et sans condition, étendu à tout produit similaire de tous les autres pays; et une dimension interne, à savoir le traitement national, selon lequel un pays ne doit pas traiter les biens et services similaires importés moins favorablement que les biens et services nationaux pour ce qui est des taxes et règlements intérieurs.

⁸ À proprement parler, l'UE existe seulement depuis décembre 2009 quand elle a remplacé à l'OMC les « Communautés européennes », représentées dans les deux cas par la Commission européenne.

⁹ *Accord général sur le commerce des services, annexe IB de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [AGCS].

pas contracté d'engagements relativement aux services culturels et l'UE s'est abstenue de tout engagement concernant les services audiovisuels. Du reste, très peu d'États, soit 18, avaient contracté des engagements concernant l'accès au marché et le traitement national en matière de services audiovisuels et seulement deux, dont les États-Unis, avaient pris des engagements presque complets couvrant tous les sous-secteurs des services audiovisuels. Dans le même temps, plusieurs États avaient demandé des exemptions à l'application du traitement de la nation la plus favorisée aux fins d'accords de coproduction¹⁰. En somme, le problème avait été reporté et pas du tout réglé¹¹.

Toutefois, l'article XIX de l'AGCS prévoit des négociations successives visant à élever progressivement le niveau de libéralisation des services et n'exclut aucun secteur. En préparation des négociations multilatérales du cycle de Doha, dans leurs propositions concernant les services audiovisuels, les États-Unis ont fait valoir que le secteur culturel n'est pas le seul qui ait des caractéristiques qui lui soient propres aux fins de la réalisation d'importants objectifs de la politique sociale. Ils ont ajouté que le cadre de l'AGCS est suffisamment souple pour répondre aux préoccupations liées à la préservation et à la promotion des valeurs et de l'identité culturelles¹². Au vu de l'avantage concurrentiel de leurs industries culturelles et leur importance en termes de revenus d'exportations, les États-Unis insistent sur la libéralisation du secteur culturel, avec tout au plus des exceptions spécifiques et limitées. Amorcé en 2001, le cycle de Doha est dans l'impasse depuis environ dix ans. Les services culturels et audiovisuels n'ont toutefois pas compté parmi les principaux sujets contentieux. En 2008, seuls neuf États avaient fait des offres concernant le secteur audiovisuel, dont six ayant déjà des engagements touchant ce secteur¹³. En 2013, 23 membres de l'OMC, dont la plupart des pays industrialisés et l'UE comptant pour un membre, ont entrepris des négociations pour un accord plurilatéral sur le commerce des services. Cependant, pour ce qui touche aux services culturels, on ne s'attend pas à ce que les principaux acteurs du débat commerce-culture modifient leur position¹⁴. Soulignons, enfin, que les promoteurs de la libéralisation des services culturels ont encore plus à gagner dans le contexte de la révolution numérique.

Si, contrairement au cycle d'Uruguay, les produits culturels n'ont pas suscité de grands débats au cours du cycle de Doha, c'est en partie parce que le débat

¹⁰ Voon, *supra* note 2; Shi, *supra* note 2.

¹¹ Ivan Bernier, « Cultural Goods and Services in International Trade Law », dans Dennis Browne, dir, *The Culture/Trade Quandary: Canada's Policy Options*, Ottawa, Centre de droit et de politique commerciale, 1998, 108 à la p 110.

¹² OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des États-Unis : Services audiovisuels et services connexes*, OMC Doc S/CSS/W/21 (2000), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=1776&filename=R/S/Css/W21.pdf>.

¹³ Voir Martin Roy, « Beyond the Main Screen: Audiovisual Services in PTAs » dans Juan A. Marchetti et Martin Roy, dir, *Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 361.

¹⁴ « USTR Says it Will Seek To Cover New Services in Plurilateral Agreement », *Inside US Trade* (18 janvier 2013), en ligne : [Inside US Trade's World Trade Online <insidetradetrade.com/inside-us-trade/ustr-says-it-will-seek-cover-new-services-plurilateral-agreement>](http://insidetradetrade.com/inside-us-trade/ustr-says-it-will-seek-cover-new-services-plurilateral-agreement); Juan A. Marchetti et Martin Roy, *The TISA Initiative: An Overview of Market Access Issues*, 27 novembre 2013, en ligne : [WTO <wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201311_e.pdf>](http://wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201311_e.pdf).

commerce-culture s'est déplacé dans d'autres cadres. Ainsi, entre 1996 et 2013, 16 des 25 nouveaux membres de l'OMC ont consenti des engagements en matière de services audiovisuels, principalement par suite des pressions américaines¹⁵. Dans la même période, les États-Unis ont conclu un ensemble d'accords commerciaux préférentiels avec divers pays à travers le monde. Les dispositions de ces accords ont pour conséquence de restreindre, souvent de manière significative, la latitude des États parties de mettre en place des politiques culturelles. Si les mesures financières sont tolérées, les mesures réglementaires se sont trouvées dans la mire des négociateurs américains. Quand certaines de ces mesures font l'objet d'exceptions, elles se sont rapportées aux instruments dits « traditionnels » des politiques culturelles. Elles sont aussi généralement conditionnelles à l'absence de restrictions concernant le commerce électronique des produits numériques¹⁶. À ce chapitre, le principal enjeu de la renégociation de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹⁷ – qui regroupe le Canada, les États-Unis et le Mexique – est que l'exemption des industries culturelles canadiennes prévue dans cet accord, qui protège notamment les secteurs des publications et de l'audiovisuel, puisse toujours s'appliquer aux produits diffusés sur plateformes numériques.

Aussi, les produits culturels ne sont pas assujettis au même traitement selon qu'ils relèvent de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)*¹⁸, qui régit les échanges de biens, ou de l'AGCS. En vertu du *GATT de 1947*, l'accès au marché et le traitement national sont des obligations générales et, hormis les quotas cinématographiques, il n'y a pas de dispositions d'exception au profit des biens culturels. De même, parce qu'ils peuvent souvent être assimilés à la fois à des biens et à des services, des dispositions divergentes peuvent s'appliquer aux produits culturels¹⁹. Cela a été mis en évidence dans l'affaire impliquant des mesures canadiennes en faveur de l'industrie des périodiques, qui ont donné lieu en 1996 à un recours devant l'OMC de la part des États-Unis. Cette affaire, *Canada – Certaines*

¹⁵ Antonios Vlassis et Lilian Richieri Hanania, « Effects of the CDCE on Trade Negotiations » dans Lilian Richieri Hanania, dir, *Cultural Diversity in International Law: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Londres, Routledge, 2014, 25 aux pp 27, 37; Michèle Rioux et al, *Pour une culture en réseaux diversifiée : appliquer la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (CDEC) à l'ère du numérique*, février 2015, à la p 31, en ligne : CEIM <jeim.uqam.ca/IMG/pdf/rapportcdcevfinaled.pdf>.

¹⁶ Ivan Bernier, *Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemple de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel*, avril-juin 2004, en ligne : <www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/conf_seoul_fra_2004.pdf>; Gilbert Gagné, *The Trade and Culture Debate: Evidence from US Trade Agreements*, Lanham (Md), Lexington Books, 2016.

¹⁷ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994) [ALÉNA].

¹⁸ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1er janvier 1948) [GATT].

¹⁹ Voon, *supra* note 2 à la p xxxii; Paola Conconi et Joost Pauwelyn, « Trading Cultures: Appellate Body Report on *China – Audiovisuals* (WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010) » (2011) 10:1 *World Trade Review* 95 aux pp 97–103. Voir aussi Shi, *supra* note 2 aux pp 185–93.

*mesures concernant les périodiques*²⁰, la première en matière culturelle à avoir fait l'objet d'une décision de la part des instances de règlement des différends de l'OMC, s'est révélée un microcosme des tensions et des inquiétudes concernant le traitement des produits culturels en droit commercial international. Les instances de l'OMC ont jugé que les mesures canadiennes en cause²¹ contrevenaient, pour l'essentiel, aux règles commerciales internationales. L'affaire avait été suivie avec attention par plusieurs États qui se soucient eux aussi de leur identité culturelle et de la possibilité d'intervenir dans le domaine de la culture. C'est ce qui va amener les partisans de l'exception/diversité culturelle à réfléchir à la manière de légitimer les politiques culturelles dans un cadre de mondialisation économique et à assurer un équilibre entre les impératifs culturels et commerciaux²².

II. *La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*

Les efforts des protagonistes de l'exception/diversité culturelle allaient aboutir à l'adoption en octobre 2005 de la *Convention*. Celle-ci a été adoptée avec un vote favorable de 148 États, quatre abstentions et l'opposition des États-Unis et d'Israël. Elle est entrée en vigueur en mars 2007 et, en décembre 2017, avait été ratifiée par 145 pays et l'UE. Les dispositions de la *Convention* reconnaissent notamment le caractère spécifique des biens et services culturels qui, en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens, ne doivent pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale. Elles réaffirment également le droit souverain des États de recourir à un ensemble de mesures, à la fois réglementaires et financières, dans la mise en œuvre de leurs politiques culturelles afin de favoriser la diversité des expressions culturelles sur leur territoire et à l'échelle mondiale. Ce faisant, la *Convention* enchâsse dans le droit international la double nature – culturelle et économique – des produits culturels et le droit pour les États de poursuivre des politiques culturelles. La *Convention* fut adoptée sous les auspices de l'UNESCO,

²⁰ *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États-Unis)* (1997) OMC Doc WT/DS31/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=8396&filename=R/WT/DS/31R.PDF>; *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États-Unis)* (1997) OMC Doc WT/DS31/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=10526&filename=R/WT/DS/31ABR.pdf>; *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États-Unis)* (1998) OMC Doc WT/DS31/9 (Rapport de situation du Canada), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=23498&filename=R/WT/DS/31-9.pdf> [*Canada – Périodiques*].

²¹ Celles-ci renvoyaient à une interdiction d'importation de périodiques à tirage dédoublé (des éditions d'un magazine étranger dont le contenu varie peu, sinon pas du tout, de celui de l'édition étrangère et qui contient des annonces publicitaires ciblant le marché domestique, dans ce cas-ci, canadien); une taxe d'accise de 80% sur la valeur des annonces publicitaires dans les éditions à tirage dédoublé (transmises par voie électronique et contournant l'interdiction d'importation); des tarifs postaux préférentiels pour les publications canadiennes.

²² Sur l'affaire *Canada – Périodiques*, voir Gilbert Gagné, « Libéralisation et exception culturelle : le différend canado-américain sur les périodiques » (1999) 30:3 *Études int* 571.

l'agence onusienne responsable de la culture, et hors du cadre de l'OMC. Outre qu'il apparaissait impossible de pouvoir s'entendre sur le traitement des produits culturels, on craignait l'absence à l'OMC d'une perspective culturelle et, de là, une démarche qui n'aurait considéré la culture que sous l'angle d'une exception aux règles commerciales. De la même façon que les traités multilatéraux relatifs à l'environnement existent de leur propre autorité et établissent leurs propres normes, le choix de l'UNESCO s'explique par un souci que la diversité culturelle puisse elle aussi s'affirmer durablement²³.

La question des rapports entre la *Convention* et les autres accords internationaux, en particulier ceux de l'OMC, se pose néanmoins puisqu'il s'agit d'arriver à un point de vue culturel articulé sur l'interface commerce-culture. C'est l'objet de la partie V de la *Convention* intitulée « Relations avec les autres instruments » qui compte deux articles, soit les articles 20 et 21. Cette partie est celle qui a suscité le plus de débats et n'a connu sa formulation définitive qu'au tout dernier stade des négociations. Le titre de l'article 20 met en exergue les principes qui sous-tendent les relations avec les autres traités et, au premier chef, les accords commerciaux et d'investissement, à savoir le soutien mutuel, la complémentarité et la non-subordination. L'article se lit comme suit :

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

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

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

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

On note donc que les États ont exclu tout lien de subordination entre la *Convention* et les autres traités auxquels ils sont parties, sans pour autant remettre

²³ Pour un compte rendu des démarches dans divers forums qui ont abouti à l'adoption de la *Convention*, voir Gilbert Gagné, « La diversité culturelle : vers un traité? » dans Marie-Françoise Labouz et Mark Wise, dir, *La diversité culturelle en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 277. Sur les négociations et les dispositions de la *Convention*, voir Ivan Bernier, « La négociation de la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles » (2005) 43 ACDI 3; Rachael Craufurd Smith, « The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions: Building a New World Information and Communication Order? » (2007) 1 International Journal of Communication 24; Shi, *supra* note 2 aux pp 105-17. Sur les objections américaines à l'endroit de la *Convention*, voir aussi Christopher M. Bruner, « Culture, Sovereignty, and Hollywood: UNESCO and the Future of Trade in Cultural Products » (2008) 40 NYU J Intl L & Pol 351 à la p 397.

en cause les engagements pris aux termes de ces derniers. Soulignons la réserve prise par le Mexique, qui fait partie du Club des amis de l'audiovisuel à l'OMC et qui s'efforce d'obtenir des engagements de libéralisation en matière de services audiovisuels, quant à l'application et l'interprétation de l'article 20. Celle-ci vise à s'assurer de la conformité de la *Convention* avec les accords commerciaux et à garder toute marge de manœuvre dans le cadre de futures négociations²⁴.

En vertu de l'article 21, les États parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la *Convention* dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les États se consultent, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes. L'article 21 engage explicitement les États à faire valoir la *Convention* lorsqu'ils sont parties à des accords internationaux qui interfèrent avec celle-ci ou en négocient de nouveaux pouvant avoir des répercussions sur elle. Les Parties peuvent le faire seules, ou en se consultant entre elles, ainsi que le stipule la seconde phrase de l'article 21. Suivant l'article 23.6(e), le Comité intergouvernemental (Comité) mis sur pied en vertu de la *Convention* a pour fonction d'« établir des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et principes de la présente *Convention* dans d'autres enceintes internationales »²⁵. Il revient au Comité d'en fixer le moment et les conditions. Bien qu'il ait pour titre « Concertation et coordination internationales »²⁶, l'article 21, à l'instar de l'article 23.6(e), ne fait référence qu'à la consultation. Rien n'empêche cependant que celle-ci débouche sur une certaine forme de concertation et de coordination²⁷. Soulignons qu'il y a des réticences à l'idée d'élaborer des directives opérationnelles concernant les articles 20 et 21, ces derniers, comme on sait, demeurant les plus controversés de la *Convention*. La Conférence des Parties a néanmoins adopté, en juin 2011, le paragraphe 5 de la onzième résolution. Cette résolution demande au Secrétariat de l'UNESCO de répertorier les cas où la *Convention* est invoquée et utilisée dans d'autres enceintes internationales, notamment des négociations commerciales, et de les porter à l'attention du Comité pour examen à chaque session ordinaire²⁸.

Alors que l'article 20 est une disposition interprétative du lien entre la *Convention* et les autres accords internationaux, l'article 21 se veut une disposition opérationnelle qui vise à la prise en compte des objectifs et des principes de

²⁴ « Les États-Unis du Mexique émettent la réserve suivante en ce qui concerne l'application et l'interprétation de l'article 20 de la Convention : (a) La présente Convention sera mise en œuvre en conformité et d'une manière compatible avec les autres traités internationaux, en particulier l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et les autres traités commerciaux internationaux; (b) En ce qui concerne le paragraphe 1, le Mexique reconnaît que la présente Convention n'est pas subordonnée à d'autres traités et que les autres traités ne le seront pas davantage à la présente Convention; (c) S'agissant de l'alinéa (b) du paragraphe 1, le Mexique ne préjuge pas de sa position lors de futures négociations de traités internationaux ». *Convention, supra* note 1, Réserve du Mexique.

²⁵ *Convention, supra* note 1, art 23.6 (e).

²⁶ *Ibid*, art 21.

²⁷ Bernier, *supra* note 2 aux pp 1, 17 et 20.

²⁸ *Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, Rés UNESCO 3.CP, Doc off UNESCO, 3^e sess, Doc UNESCO CE/11/3.CP/209/Res, (2011) 1 à la p 6.

la *Convention* dans les autres enceintes internationales. L'article 20 peut aussi être considéré comme une disposition évolutive dont la signification se révélera à travers les actions des Parties. En fait, l'avenir de l'article 20 est lié à l'application qu'en feront les Parties ainsi qu'à l'interprétation qu'en donneront, le cas échéant, les instances de règlement des différends, soit dans le cadre de la *Convention*, soit dans d'autres, comme celui de l'OMC²⁹.

La *Convention* doit servir de cadre de référence et de lieu de concertation en vue de renforcer la capacité du système international à atteindre un certain équilibre entre l'objectif de la diversité culturelle et les autres objectifs de politique publique, telle la politique commerciale. Avec l'adhésion d'un nombre croissant d'États à ce cadre de référence, on assiste à la mise en place, dans le domaine culturel, d'un nouveau régime juridique fondé sur une vision culturelle des échanges commerciaux, une vision où le développement de ceux-ci accompagne le développement des cultures, mais ne l'emporte pas sur ces dernières. Ce cadre de référence, en plus d'orienter l'action des États parties au niveau national, peut également renforcer leurs positions dans le cadre de négociations commerciales. En outre, en tant que lieu de concertation, la *Convention* doit contribuer à l'adoption de positions communes sur toute question touchant à la préservation de la diversité des expressions culturelles et faciliter, le cas échéant, le règlement des différends entre les Parties³⁰.

Pour plusieurs Parties, dont au premier chef le Canada et la France, la mise en œuvre de la *Convention* implique que le secteur culturel ne fasse pas l'objet de négociations commerciales et que les États gardent toute latitude pour adopter des politiques et mesures culturelles. C'est d'ailleurs là le principal mot d'ordre concernant la mise en œuvre de la *Convention*. Alors que le Canada continue d'exclure les industries culturelles de ses accords commerciaux, l'UE en exclut les services audiovisuels³¹. Cependant, rien dans la *Convention* n'empêche les Parties de contracter des engagements de libéralisation en matière de produits culturels. Ainsi, d'autres Parties, comme le Brésil et le Mexique, exportateurs de produits culturels, souhaitent des engagements de libéralisation, quoiqu'assortis d'exceptions ou de conditions plus ou moins importantes permettant la poursuite de politiques culturelles. Ce faisant, s'ils estiment que cela ne contrevient pas à la *Convention*, d'autres font valoir que de tels engagements ne respectent pas le caractère spécifique des biens et services culturels, compromettent l'efficacité des politiques culturelles et mettent

²⁹ Bernier, *supra* note 2 aux pp 2, 10, 22 et 23; Véronique Guèvremont et Ivana Otašević, *La Culture dans les traités et les accords : la mise en œuvre de la Convention de 2005 dans les accords commerciaux bilatéraux et régionaux*, 2017, en ligne : UNESCO <fr.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/dce-policyresearch-book1-fr-web_1.pdf>.

³⁰ Ivan Bernier, *Un nouvel accord international sur la diversité culturelle : objectif, contenu et articulation à l'OMC*, 2-4 février 2003, à la p 11, en ligne : Deuxièmes rencontres internationales des organisations professionnelles de la culture <www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/disc_yvan_bernier_paris.pdf>.

³¹ Même s'ils impliquent une certaine libéralisation, à l'instar d'accords de coproduction et de codistribution, les protocoles de coopération culturelle conclus par l'UE avec certains pays tiers s'inscrivent dans une perspective culturelle et non commerciale. Voir Jan Loisen et Ferdi De Ville, « The EU-Korea Protocol on Cultural Cooperation: Toward Cultural Diversity or Cultural Deficit? » (2011) 5 *International Journal of Communication* 254.

donc en péril la mise en œuvre de la *Convention*. On doit rappeler que la mise de côté de la notion d'exception culturelle par celle de diversité culturelle avait été amenée par la volonté de permettre un vaste consensus au sein de la communauté internationale. Dès lors, il ne faudrait pas se surprendre que les États puissent faire montre de différences quant aux efforts qu'ils entendent déployer afin de préserver la diversité culturelle.

Des pratiques conformes à l'esprit et à la lettre de la *Convention* de la part d'un très grand nombre d'États peuvent faire beaucoup pour assurer le succès de celle-ci. Cela démontre qu'il existe une compréhension commune au sein de la communauté internationale en rapport à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles. Là-dessus, la pratique d'un grand nombre d'États aurait confirmé l'impact attendu de la *Convention*, notamment à travers le refus de prendre des engagements de libéralisation touchant les services audiovisuels et la multiplication d'accords de coproduction. À cela s'ajoute l'existence de plusieurs instruments multilatéraux qui poursuivent des objectifs se rapportant à la diversité culturelle, sans oublier l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Convention*, toutes deux dans un délai assez court, qui dénote une large acceptation dans la communauté internationale³².

La *Convention* compte des dispositions relatives au règlement des différends. En cas d'un différend entre des Parties sur l'interprétation ou l'application de la *Convention*, les Parties en cause recherchent d'abord une solution négociée. À défaut, d'un commun accord, ces dernières peuvent recourir aux bons offices ou à la médiation. Si le litige persiste, une Partie peut avoir recours à la conciliation. Une Commission de conciliation est alors créée qui rend une proposition de résolution du différend que les Parties examinent de bonne foi en vertu de l'article 25 et de l'annexe. Hormis pour ce qui touche à la procédure de conciliation, le mécanisme n'est pas obligatoire en ce qu'il requiert une volonté conjointe des États parties. De plus, chaque État peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'il ne reconnaît pas la procédure de conciliation. À ce jour, seuls trois États parties se sont prévalus de cette réserve³³.

Si le mécanisme de règlement des différends prévu par la *Convention* n'a pas un caractère contraignant, c'est parce qu'un tel mécanisme ne serait pas avisé. La *Convention* a peu à voir avec les engagements plus spécifiques et les dispositions élaborées des accords commerciaux internationaux. On note du reste qu'il n'y a pas d'obligations pour les Parties d'y recourir. Aussi, il n'est pas fait mention d'experts

³² Voir Ivan Bernier, « The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: A Cultural Analysis » dans Toshiyuki Kono et Steven Van Uytsel, dir, *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions: A Tale of Fragmentation in International Law*, 1^{ère} éd, Cambridge, Intersentia, 2012 aux pp 122–23; Shi, *supra* note 2 à la p 115; Lilian Richieri Hanania et Hélène Ruiz Fabri, « Introduction: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions » dans Lilian Richieri Hanania, dir, *Cultural Diversity in International Law: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 1^{ère} éd, Londres, Routledge, 2014 aux pp 1-21.

³³ Le Chili, le Mexique et le Vietnam.

culturels. On suppose toutefois que des commissions *ad hoc* de conciliation seraient composées, en tout ou en majorité, de personnes avec une expertise reconnue en matière culturelle³⁴. S'il apparaît préférable, en cas de conflits, que les États parties à la *Convention* choisissent de recourir à l'article 25, rien ne les empêche d'avoir recours plutôt au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, si le conflit renvoie à la violation d'obligations, l'annulation ou la réduction d'avantages découlant des accords de l'OMC³⁵. On a vu que si la plupart des pays membres de cette organisation internationale n'ont pas pris d'engagements de libéralisation en matière de services audiovisuels et culturels, il n'en va pas de même pour ce qui touche les biens culturels. Dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, les instances de règlement des différends de l'OMC ont estimé que les obligations découlant du *GATT de 1947* et de l'*AGCS* peuvent coexister et que les unes ne l'emportent pas sur les autres³⁶. Elles ont également jugé que les liens entre l'*AGCS* et les services culturels, d'une part, et le *GATT de 1947* et les biens culturels, d'autre part, dans des cas où des mesures affectent la fourniture d'un service lié à une marchandise particulière, ne peuvent qu'être déterminés qu'au cas par cas. On prend alors en compte la nature et les effets des mesures en cause³⁷.

Alors que le règlement des différends dans le cadre de la *Convention* est basé sur la conciliation, à l'OMC il repose sur l'arbitrage. Comme le souligne Ivan Bernier, la conciliation dans le cadre de la *Convention* permet de considérer des éléments à la fois juridiques, politiques, économiques, sociaux et culturels, et débouche sur une solution tournée vers l'avenir. Le recours au mécanisme de règlement des différends de la *Convention* permettrait également le développement d'une jurisprudence reposant avant tout sur des considérations culturelles³⁸. Toutefois,

³⁴ Voir Ivan Bernier et Hélène Ruiz Fabri, « Implementing the Convention », dans Nina Obuljen et Joost Smiers, dir, *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it Work*, Zagreb, Institute for International Relations, 2006, 159 à la p 173.

³⁵ *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*]. Sur le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, voir Gilbert Gagné, « The World Trade Organization and Dispute Settlement: Too Much for Litigation » (2014) 65 RD UN-B 191; et sur celui de la *Convention*, voir Ivan Bernier et Nathalie Latulippe, *La Convention internationale sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : la conciliation comme mode de règlement des différends dans le domaine culturel*, mars 2007, en ligne : MCCQ <diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/document_reflexion.pdf>.

³⁶ *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS31/R au para 5.17 (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=8396&filename=R/WT/DS/31R.PDF>; OMC Doc WT/DS31/AB/R à la p 21 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=10526&filename=R/WT/DS/31ABR.pdf>.

³⁷ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS27/AB/R au para 221 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=24066&filename=R/WT/DS/27ABR.PDF>.

³⁸ Bernier, *supra* note 2 à la p 14; Hélène Ruiz Fabri, « Reflections on Possible Future Legal Implications of the Convention » dans Nina Obuljen et Joost Smiers, dir, *UNESCO's Convention on the Protection*

si plusieurs instruments internationaux ont adopté la conciliation comme mode de règlement des différends, les cas concrets de recours à une telle procédure par les gouvernements demeurent plutôt rares³⁹.

III. Le règlement des différends relatifs aux produits culturels

L'existence de deux forums pour le règlement des différends relatifs aux produits culturels n'est pas sans soulever de sérieuses interrogations. Une première renvoie au caractère plus développé et plus contraignant des dispositions du système commercial international, particulièrement en ce qui touche à son mécanisme de règlement des différends et à son pouvoir de sanction. Plusieurs en concluent que les questions les plus controversées relativement à la diversité culturelle seront traitées non pas dans le cadre de la *Convention*, mais plutôt de l'OMC⁴⁰. On en conclut aussi généralement qu'en cas de conflit entre les normes et dispositions de la *Convention* et celles de l'OMC, ce sont ces dernières qui vont prévaloir. Cela ne signifie pas pour autant que l'OMC soit le meilleur forum pour résoudre les tensions liées à l'interface commerce-culture.

Depuis 1995, seulement quatre affaires liées aux produits culturels, outre celles relatives aux droits d'auteur, ont fait l'objet de plaintes référées au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Trois de celles-ci remontent aux premières années suivant l'établissement de l'organisation. Outre Canada – Périodiques⁴¹, déjà évoquée, il s'agit de Turquie – *Taxation des recettes provenant des films étrangers*⁴² et Canada – *Mesures visant les services de distribution de films*⁴³. Alors que les deux premières avaient été formulées par les États-Unis, il est intéressant de souligner que la troisième l'avait été par l'UE et impliquait deux des principaux tenants de l'exception culturelle. Quant à la quatrième, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*⁴⁴, elle a suivi de peu l'entrée en

and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it Work, Zagreb, Institute for International Relations, 2006, 73 à la p 83.

³⁹ Ivan Bernier et Hélène Ruiz Fabri, *La mise en œuvre et le suivi de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : Perspectives d'action*, 2006, à la p 26, en ligne : [MCCQ <diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/UNESCO-francais.pdf>](http://mccq.ca/diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/UNESCO-francais.pdf).

⁴⁰ Shi, *supra* note 2 à la p 115.

⁴¹ *Canada – Périodiques*, *supra* note 36.

⁴² *Turquie – Taxation des recettes provenant des films étrangers (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS43/3 (Solution mutuellement convenue), en ligne : [OMC <docs.wto.org/dol2fe/Page/s/SS/directdoc.aspx?filename=r:/G/L/177.pdf>](http://docs.wto.org/dol2fe/Page/s/SS/directdoc.aspx?filename=r:/G/L/177.pdf) [*Turquie – Films*].

⁴³ *Canada – Mesures visant les services de distribution de films (Plainte des Communautés européennes)* (1998), OMC Doc WT/DS117/1 (Demande de consultations), en ligne : [OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/S/L/53.PDF>](http://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/S/L/53.PDF) [*Canada – Films*].

⁴⁴ *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : [OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?Id=78427&filename=R/WT/DS/363R-00.pdf>](http://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?Id=78427&filename=R/WT/DS/363R-00.pdf); OMC Doc WT/DS363/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC

vigueur de la *Convention*. Seules Canada – Périodiques et Chine – Publications et produits audiovisuels ont débouché sur des décisions de la part des instances de règlement des différends. Dans Chine – Publications et produits audiovisuels, il y eut des références à la *Convention* de la part des autorités chinoises, mais celles-ci n’ont pas eu d’incidence sur les conclusions de l’affaire⁴⁵. Soulignons également que dans l’affaire Canada – Périodiques, les décisions de l’OMC, bien que favorables aux États-Unis, avaient fait l’objet de négociations entre les deux parties au différend quant à leur mise en œuvre. Ces négociations avaient abouti à un résultat tenant compte des préoccupations culturelles canadiennes et à la portée d’une commission de conciliation comme prévue par la *Convention*. Cette dernière aurait ainsi permis non seulement d’adopter un compromis équivalent, mais aussi de façon plus rapide et moins coûteuse⁴⁶.

Selon Yvon Thiec, le peu de plaintes à l’OMC peut paraître surprenant étant donné l’importance économique grandissante des produits culturels, spécialement dans le contexte de l’explosion de l’économie numérique, et que des puissances émergentes, comme le Brésil, la Chine et l’Inde, s’efforcent de développer leurs industries culturelles et de tirer profit de l’ouverture des marchés. La *Convention*, toujours selon Thiec, aurait eu pour effet de diminuer la propension à voir dans l’OMC le principal cadre réglementaire pour les échanges de biens et services culturels⁴⁷. Il reste que le débat commerce-culture a pourtant continué de se manifester dans des forums commerciaux, soit dans le cadre de négociations d’accession à l’OMC et la multiplication des accords commerciaux préférentiels conclus au premier chef par les États-Unis.

Une seconde interrogation est de savoir si des règles de droit hors OMC peuvent être prises en compte par les instances de règlement des différends de l’OMC et, si oui, dans quelles conditions⁴⁸. Sur ce point, l’OMC s’est vue confrontée à des tensions grandissantes entre le libre-échange et les réglementations publiques,

<docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=107112&filename=R/WT/DS/363ABR.pdf> [*Chine – Publications et produits audiovisuels*].

⁴⁵ Rostam J. Neuwirth, « The “Culture and Trade Debate” Continues: The UNESCO Convention in Light of the WTO Reports in *China – Publications and Audiovisual Products: Between Amnesia or Déjà Vu?* » (2010) 44:6 *J World Trade* 1333 aux pp 1349-1354.

⁴⁶ Bernier, *supra* note 2 à la p 14.

⁴⁷ Yvon Thiec, « From a Moratorium in the Conflict between Trade and Culture to the Creation of a Digital Deal for Cultural Diversity » dans Lilian Richieri Hanania, dir, *Cultural Diversity in International Law: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 1^{ère} éd, Londres, Routledge, 2014, 95 aux pp 97-98.

⁴⁸ Les juristes sont divisés sur cette question. Pour certains, le recours au droit international coutumier est limité, à l’OMC, aux règles d’interprétation. Voir par exemple Joel Trachtman, « Jurisdiction in WTO Dispute Settlement » dans Rufus Yerxa et Brice Wilson, dir, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p 132. Pour une argumentation à l’effet que des règles de droit hors OMC peuvent s’appliquer dans le règlement des différends au sein de cette organisation en l’absence d’une interdiction explicite dans le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* et pour autant que ces règles de droit internationales ne soient pas incompatibles avec le droit de l’OMC, voir Joost Pauwelyn, *Conflicts of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

connues comme l'interface entre les préoccupations commerciales et les préoccupations non commerciales (*trade linkage debate*). Ces problèmes ou questions incluent la culture, l'environnement, le développement, les droits humains (y compris les droits culturels) et les normes du travail. De plus en plus de questions sont maintenant considérées comme étant liées au commerce dans la mesure où les normes et dispositions qui les régissent affectent le commerce. Parallèlement, un nombre grandissant de ces secteurs est à présent l'objet d'une action coordonnée au niveau international ou de conventions multilatérales⁴⁹.

Dans ces circonstances, une mission essentielle du système commercial international consiste à concilier les tensions entre le libre marché et d'autres valeurs sociales. Même des économistes de l'école libérale, comme Jagdish Bhagwati, reconnaissent que des objectifs non économiques constituent un élément important de la théorie du libre marché. Tout en insistant sur le bien-fondé du libre-échange, ils notent que des valeurs autres qu'économiques, comme la culture, doivent être dûment prises en compte⁵⁰. À cet égard, le régime de l'OMC ne peut se résumer qu'à un code de conduite économique à moins d'ignorer le contexte social plus large dans lequel il opère⁵¹. Soulignons que l'organe de règlement des différends de l'OMC s'est vu crédité ces dernières années pour en être arrivé à concilier les impératifs environnementaux avec ceux du commerce⁵². Cela a été possible grâce à une référence au développement durable dans le préambule de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁵³, à une exception générale touchant les « ressources naturelles épuisables » dans le *GATT de 1947*, sans oublier l'ensemble des conventions internationales adoptées ces dernières décennies relativement aux questions environnementales. L'OMC serait donc mal avisée de ne pas prendre en compte la *Convention*. Pour plusieurs, il demeure, cependant, qu'au vu de son mandat, les actions et les décisions de l'OMC s'inscrivent dans une perspective avant tout commerciale et économique⁵⁴.

La *Convention* ne remet pas en cause le droit de l'OMC. Toutefois, dans la mesure où elle reflète un certain consensus international, la *Convention* pourrait avoir un effet indirect sur l'OMC en influençant sa démarche interprétative⁵⁵. À ce chapitre,

⁴⁹ Sur les questions liées au commerce (*trade linkage debate*), voir Jeffrey L. Dunoff, « The Death of the Trade Regime » (1999) 10:4 Eur J Intl L 733; « Symposium: The Boundaries of the WTO » (2002) 96:1 AJIL 1 aux pp 1-158; Andrew T.F. Lang, « Reflecting on "Linkage": Cognitive and Institutional Change in the International Trading System » (2007) 70:4 Mod L 523.

⁵⁰ Jagdish Bhagwati, *Protectionism*, Cambridge, MIT Press, 1988 aux pp 122-130.

⁵¹ Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, New York, Farrar & Rinehart, 1944; John Gerard Ruggie, « International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order » (1982) 36:2 International Organization 379.

⁵² Reinhard Quick, « Do We Need Trade and Environment Negotiations or Has the Appellate Body Done the Job? » (2013) 47:5 J World Trade 957.

⁵³ *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3, (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur l'OMC*].

⁵⁴ Shi, *supra* note 2 aux pp 5, 248, 260.

⁵⁵ Ivan Bernier et Hélène Ruiz Fabri, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, Rapport soumis au Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, avril 2002, en ligne : MCCQ <diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/106145_faisabilite.pdf>.

le système de règlement des différends a pour objet de préserver les droits et obligations des États membres en vertu des accords relevant de l'OMC, de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles habituelles d'interprétation du droit international public, et ses recommandations et décisions ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans ces mêmes accords⁵⁶. Il est néanmoins possible que l'organe de règlement des différends de l'OMC se réfère à la *Convention* pour décider d'une affaire portée à son attention. L'organe de règlement des différends a en effet reconnu que des règles de droit hors OMC pouvaient, dans certains cas, jouer un rôle dans l'interprétation des accords relevant de cette organisation. Or, la portée exacte de cette possibilité est loin d'être claire et la jurisprudence de l'OMC sur la question manque de cohérence⁵⁷.

En 1996, dans l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*⁵⁸, l'Organe d'appel affirmait qu'il ne fallait pas « lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public⁵⁹ ». Deux ans plus tard, dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis – Crevettes)*⁶⁰, il empruntait au droit international public pour interpréter l'expression « ressources naturelles épuisables » en s'inspirant de conventions internationales pertinentes, dont au moins une n'avait pas été ratifiée par toutes les parties au différend. L'Organe d'appel y est allé d'une interprétation évolutive de cette expression pour en conclure qu'elle comprenait les ressources naturelles aussi bien biologiques que non biologiques. Cette décision a confirmé la vaste portée de l'article XX(g), qui embrasse maintenant plusieurs mesures environnementales, malgré l'absence d'une référence explicite à l'environnement dans l'article XX du *GATT de 1947* relatif aux exceptions générales aux principes et règles du commerce.

Dans la mesure où la *Convention* reflète les préoccupations culturelles actuelles de la communauté internationale, elle peut être associée au développement du droit international coutumier dans le domaine de la diversité culturelle. En effet, l'article 31.3(b) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne)* prescrit qu'aux fins de l'interprétation d'un traité il sera tenu compte, en même temps que du contexte « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »⁶¹. Une telle possibilité d'emprunt au droit international

⁵⁶ *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, supra note 35 à l'art 3.2.

⁵⁷ Bernier, supra note 2 à la p 15.

⁵⁸ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=14573&filename=R/WT/DS/2ABR.PDF> [*États-Unis – Essence*].

⁵⁹ *Ibid* à la p 19.

⁶⁰ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)* (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=58544&filename=R/WT/DS/58ABR.pdf> [*États-Unis – Crevettes*].

⁶¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 353, art 31.3(b) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

public reste cependant problématique puisqu'elle doit résulter de la généralisation d'une pratique commune à la fois convergente et claire quant aux effets en découlant sur le plan juridique. De plus, l'opposition des États-Unis représente un obstacle de taille pour en venir à associer la *Convention* au droit international coutumier⁶².

Plus tard, toujours dans *États-Unis – Crevettes*, le groupe spécial se référa à l'article 31.3(c) de la *Convention de Vienne* qui stipule que l'interprétation d'un traité doit tenir compte, en plus du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »⁶³. Toutefois, dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*⁶⁴, le groupe spécial a estimé que le recours à l'article 31.3(c) n'était possible que si toutes les parties à un différend étaient elles-mêmes parties à un traité⁶⁵. Il va sans dire qu'une telle interprétation limite considérablement l'applicabilité de l'article 31.3(c) puisque les États-Unis non seulement ne sont pas partie à la *Convention*, mais y sont véhément opposés.

Le meilleur moyen afin de mieux arrimer la *Convention* avec le droit de l'OMC demeure des dispositions d'exception. Or, qu'il s'agisse d'une exception générale applicable aux échanges de biens et services culturels, d'une référence à la diversité culturelle dans le préambule de l'OMC, ou encore d'une dérogation des obligations des accords de l'OMC au profit d'un ou des États qui en feraient la demande aux fins de la poursuite de politiques culturelles, en vertu de l'article IX.3-4 de l'*Accord sur l'OMC*⁶⁶, il semble toujours aussi difficile, sinon impossible, qu'un nombre suffisant de membres puissent s'entendre sur de telles dispositions⁶⁷. Éventuellement, les membres de l'OMC pourraient conclure un accord spécifique prévoyant des disciplines et des règles applicables aux produits culturels, spécifiant les pratiques ou mesures permises et/ou prohibées, notamment dans le cadre des négociations de l'*AGCS* portant sur les subventions⁶⁸. Entre-temps, les États peuvent introduire une référence à la *Convention* dans leurs listes d'engagements en matière de services, afin que ces derniers soient assortis de conditions les rendant compatibles avec les termes de la *Convention*. Ce faisant, une telle référence pourrait permettre d'invoquer la *Convention* même à l'endroit des États qui n'en sont pas parties⁶⁹.

⁶² Bernier, *supra* note 2 à la p 9; Shi, *supra* note 2 à la p 286.

⁶³ *États-Unis – Crevettes* (2001), OMC Doc WT/DS58/RW au para 5.57 (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=43205&filename=R/WT/DS/58RW.pdf>.

⁶⁴ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plaintes des États-Unis, du Canada et de l'Argentine)* (2006), OMC Doc WT/DS291-293/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?Id=106570&filename=R/WT/DS/293R-00.pdf> [*CE – Produits biotechnologiques*].

⁶⁵ *Ibid* au para 7.71.

⁶⁶ *Accord sur l'OMC*, *supra* note 53, art IX.3-4.

⁶⁷ Graber, *supra* note 2 à la p 572; Burri-Nenova, *supra* note 2 aux pp 73-74.

⁶⁸ Pierre Sauvé et Karsten Steinfatt, « Towards Multilateral Rules on Trade and Culture: Protective Regulation or Efficient Protection? » dans *Achieving Better Regulation of Services*, Conférence, Australian National University, Canberra, 26-27 juin 2000 à la p 339, en ligne : <phase1.nccr-trade.org/images/stories/sauve_steinfatt_trade_smaller.pdf>.

⁶⁹ Burri-Nenova, *supra* note 2 à la p 74.

Dans la mesure où, de manière générale, les États membres de l'OMC considèrent que la *Convention* et l'OMC doivent se « soutenir mutuellement », on évoque l'idée d'un lien procédural en faveur de la diversité culturelle, possiblement sous la forme d'une Déclaration ministérielle, qui obligerait à prendre en compte la *Convention* et répondrait à son article 20⁷⁰. On suggère aussi une règle de procédure prévoyant d'inclure un expert culturel dans tout groupe spécial chargé d'examiner un différend portant sur l'interface commerce-culture⁷¹. Là encore, de telles mesures sont difficilement envisageables, puisqu'un certain nombre de pays, dont les États-Unis, s'opposent à un tel lien, car ils appréhendent des restrictions au commerce résultant de la *Convention*.

Le *GATT de 1947* contient cependant certaines dispositions d'exception applicables aux produits culturels. Ainsi, l'article IV prévoit des quotas-écrans pour les films cinématographiques nationaux. Quant à l'article XX, concernant les exceptions générales, il y est stipulé que rien n'empêche l'adoption ou l'application par tout État de mesures « a) nécessaires à la protection de la moralité publique »⁷² et « f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique »⁷³. Son pendant dans l'*AGCS*, à l'article XIV(a), inclut une exception relative « à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public »⁷⁴, cette dernière (absente du *GATT de 1947*) ne pouvant être invoquée que si pèse une menace véritable et suffisamment grave sur l'un des intérêts fondamentaux de la société. Dans les deux cas, la question reste à voir si des politiques ou mesures culturelles pourraient être reconnues comme « nécessaires » à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public. Dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, les autorités chinoises ont invoqué sans succès l'article XX(a) du *GATT de 1947* touchant la protection de la moralité publique⁷⁵.

Un autre moyen d'assurer un lien entre la *Convention* et le droit de l'OMC tient au principe du développement durable, qui est commun aux deux régimes, et qui compte une dimension culturelle. En effet, après ses dimensions économique, environnementale et sociale, la culture est de plus en plus vue comme le quatrième pilier du développement durable, et ce, comme stipulé dans la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*⁷⁶, la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*⁷⁷ et la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*⁷⁸. Cela aurait pour conséquence de faire entrer la dimension culturelle dans l'OMC et d'offrir des possibilités afin

⁷⁰ Graber, *supra* note 2 à la p 572.

⁷¹ *Ibid* aux pp 572-73.

⁷² *GATT de 1947, supra* note 18, art XX a).

⁷³ *Ibid*, art XX f).

⁷⁴ *AGCS, supra* note 9, art XIV (a).

⁷⁵ Neuwirth, *supra* note 45 aux pp 1352–53; Conconi et Pauwelyn, *supra* note 19 aux pp 112-113.

⁷⁶ *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, Doc off UNESCO, 31^e sess, Annexe 1, Rés 31c/15 (2001).

⁷⁷ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, supra* note 1.

⁷⁸ *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, Doc off UNESCO, 32^e sess, Rés 32c/15 (2003) (entrée en vigueur : 20 avril 2006).

d'interpréter les dispositions de l'OMC à la lumière de la *Convention*. Du reste, on a de plus en plus recours au principe du développement durable afin de concilier les préoccupations commerciales, environnementales, culturelles et autres et, ainsi, de mieux intégrer différents régimes et répondre à la fragmentation du droit international⁷⁹.

On a vu que, dans l'affaire États-Unis – Crevettes, une interprétation évolutive du sens ordinaire du concept de « développement durable » a eu pour effet d'élargir la portée de l'article XX(g) relatif à l'environnement. De la même manière, la portée de l'article XX(f) concernant la protection de trésors nationaux pourrait être élargie pour comprendre davantage que le patrimoine culturel tangible et englober les produits culturels⁸⁰. Soulignons cependant que l'article XX(f) n'a pas de disposition correspondante dans l'AGCS et qu'une telle interprétation ne pourrait donc toucher que les biens culturels. Aussi, le principe de non-discrimination dans le domaine du commerce ne s'applique qu'à des « produits similaires », alors qu'en vertu de la *Convention*, les produits culturels ne doivent pas être traités comme de simples marchandises et reflètent des cultures différentes. Cela ferait en sorte que les produits culturels de divers pays puissent en venir à ne pas être vus comme des « produits similaires »⁸¹.

S'il doit y avoir une véritable jurisprudence dans le domaine des produits culturels, il serait souhaitable qu'elle provienne du mécanisme de règlement des différends de la *Convention*⁸². Outre qu'il s'inscrit dans une perspective proprement culturelle, celui-ci, reposant sur la conciliation, cherche avant tout à rapprocher les parties à un litige et peut formuler des propositions de règlement fondées en tout ou en partie sur le droit. En ce sens, il a un caractère pragmatique et flexible qui convient davantage à un enjeu où il s'agit d'assurer un équilibre entre des préoccupations culturelles et commerciales, le plus souvent difficiles à concilier. Toutefois, comme il s'agit de l'interface commerce-culture, rien n'empêche les États parties à

⁷⁹ Voir Véronique Guèvremont, « La reconnaissance du pilier culturel du développement durable : vers un nouveau mode de diffusion des valeurs culturelles au sein de l'ordre juridique mondial » (2012) 50 ACIDI 163.

⁸⁰ Steven Van Uytsel, « The CDCE and the WTO – in Search for a Meaningful Role After *China – Audiovisuals* » dans Lilian Richieri Hanania, dir, *Cultural Diversity in International Law: The Effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 1^{ère} éd, Londres, Routledge, 2014 à la p 40.

⁸¹ Sur la notion de produits similaires dans la jurisprudence de l'OMC en lien avec la dimension culturelle, voir Shi, *supra* note 2 aux pp 193–211.

⁸² Soulignons que le Comité du commerce et de l'environnement à l'OMC recommandait dans un rapport en 1996 que les différends touchant des mesures commerciales prises en vertu d'accords environnementaux multilatéraux soient d'abord et avant tout résolus au moyen des mécanismes de règlement des différends prévus dans l'accord environnemental pertinent. Voir OMC, *Rapport du Comité du commerce et de l'environnement*, OMC Doc WT/CTE/1 au para 178 (1996), en ligne : <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=32533&filename=R/WT/CTE/1.pdf>.

la *Convention*, sans parler des États qui n'en sont pas parties, de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Ce dernier, qui en est un d'arbitrage et qui a un caractère plus élaboré et obligatoire, suppose un jugement généralement rendu sur la base du droit. À ce chapitre, on a vu qu'il y a une jurisprudence qui résulte de la considération par les instances de l'OMC de règles de droit qui n'émanent pas d'accords relevant de l'organisation. En revanche, cette jurisprudence est loin d'être claire et manque de cohérence. De plus, il n'y en a pas beaucoup qui concerne les produits culturels. Néanmoins, étant donné qu'une telle jurisprudence risque de se développer au sein de l'OMC, la *Convention* pourrait être prise en compte par les instances de règlement des différends. Cette prise en compte cependant demeure tributaire dans une large mesure d'une pratique consensuelle à l'échelle internationale quant au traitement des produits culturels. Or, malgré que la *Convention* soit à présent ratifiée par les trois quarts des États et que la grande majorité d'entre eux soit réticente à libéraliser le secteur culturel, les efforts de libéralisation de certains, dont au premier chef les États-Unis, laissent planer des doutes sur la perspective d'un tel « consensus ».