

Capsule

**La convention sur la diversité
des expressions culturelles et la
propriété intellectuelle :
panacée ou placebo ?**

André Dorion*

1. Introduction	323
2. Préambule, objectifs et principes directeurs	324
3. Champ d'application et définitions	325
4. Droits et obligations des Parties	326
5. Relation avec les autres instruments et dispositions finales	328
6. Conclusion	330

© Sa Majesté la Reine, 2007.

* Conseiller juridique, ministère de la Justice – Patrimoine canadien. Le texte n'engage que l'auteur, et ne saurait être interprété comme un avis du ministère de la Justice, ou encore comme représentant les vues du gouvernement du Canada.

1. Introduction

L'Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, les sciences et la culture (UNESCO) est revenue dans l'actualité de la propriété intellectuelle pour la première fois depuis des décennies¹. En effet, le 20 octobre 2005, l'Assemblée générale des pays membres adoptait, par un vote de cent quarante-huit contre deux², avec quatre abstentions³, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité⁴ des expressions culturelles (CDEC).

Ce texte normatif, principalement parrainé par la France et le Canada, ainsi que le Québec, était attendu comme la réponse de l'UNESCO à une certaine perception d'ultra commercialisation de la culture, principalement sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). À en croire les médias⁵, et certains champions de la société civile qui en ont depuis chanté les louanges, la Convention soustrait la culture des « diktats » (*sic*) du commerce international⁶.

Comme une bonne partie de ces supposés « diktats » proviennent de manière présumée de l'accord des ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce) de l'OMC, il convient

-
1. Les derniers développements normatifs significatifs de l'organisation dans notre domaine étant, selon le point de vue, les Dispositions types de 1982 en matière de folklore (avec l'OMPI – Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) ou encore la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952.
 2. États-Unis, Israël.
 3. Australie, Nicaragua, Honduras et Liberia
 4. Si la Convention est mieux connue sous le vocable de « diversité culturelle », il s'agit d'un concept qui, bien que sous-jacent, porterait cependant trop à confusion avec le vaste concept sociologique du même nom pour être véritablement descriptif de l'intention des parties.
 5. À titre d'exemple, « Diversité culturelle : C'est oui à Paris », Alec Castonguay, *Le Devoir*, édition du 18 octobre 2005.
 6. À ce sujet, on pourra consulter : Eireann BROOKS, « Cultural Imperialism vs. Cultural Protectionism : Hollywood's Response to UNESCO Efforts to Promote Cultural Diversity », [Spring 2006] *Journal of International Business & Law* 5, 112.

d'examiner son impact⁷ possible, voire son rôle potentiel de contre-poids⁸, sur la propriété intellectuelle⁹.

2. Préambule, objectifs et principes directeurs

Après la célébration d'usage des multiples facettes ainsi que de l'importance du concept de diversité culturelle, le préambule reconnaît l'importance des droits de propriété intellectuelle, mais uniquement « [...] pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle »¹⁰. Ce paragraphe est suivi par un des concepts principaux qui soutiennent la Convention, soit la nécessité de constater « ...que les activités, biens et services culturels ont une double nature, économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale¹¹ ». On peut noter également deux paragraphes¹² portant respectivement sur les savoirs traditionnels autochtones ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, deux domaines connexes que l'on dit « émergents » à l'OMPI et ailleurs¹³.

-
7. Certains atténuent déjà cet impact : Michael HAHN, « A Clash of Cultures ? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law », [Spring 2006] 5 *Journal of International Business & Law* 515.
 8. Sur ce thème de contre-poids, on pourra lire : Christoph BEAT GRABER, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : a Counterbalance to the WTO ? », (August 2003), 9-3 *Journal of International Economic Law* 9, p. 553.
 9. D'un point de vue classique, le droit d'auteur semble le premier interpellé par la Convention, mais il n'en demeure pas moins que dans certaines circonstances, les brevets ou les marques pourraient théoriquement être impliqués. On n'a qu'à penser à la signification culturelle des indications géographiques dans les débats du Conseil des ADPIC. Au sujet de l'interface avec le droit d'auteur, on notera : Thierry DESURMONT, « Réflexions sur les rapports entre la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et la protection du droit d'auteur », (2006), 208 *Revue internationale du droit d'auteur* 3.
 10. Paragraphe préambulaire 17 (numérotation non officielle).
 11. On reconnaît là une critique familière des manquements allégués des ADPIC face à la culture, malgré la présence des dispositions des articles 7 et 8 de l'Accord, par exemple.
 12. P. 8 et 15.
 13. Ceci met en relief notamment les travaux du Comité intergouvernemental de l'OMPI sur le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques, à forte composante conceptuelle autochtone, ainsi que les travaux parfois similaires du Groupe de travail ad hoc sur l'article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique de 1992.

Parmi les objectifs, on retrouve d'abord celui¹⁴ de « [...] protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles... », bien sûr. On y reconnaît aussi « [...] la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens... »¹⁵ ainsi qu'on y réaffirme « [...] le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire... »¹⁶.

Parmi les principes directeurs, on peut aussi noter :

- le principe du respect des droits de l'homme (*sic*) et des libertés fondamentales¹⁷ ;
- le principe de la complémentarité des aspects économiques et culturels du développement¹⁸ ;
- le principe d'accès équitable¹⁹ ; et
- le principe d'ouverture et d'équilibre²⁰.

3. Champ d'application et définitions

La Convention détermine le champ d'application à l'article 3 « aux politiques et aux mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ».

Par la suite, on définit huit termes-clés de la Convention. Parmi ceux d'intérêt plus particulier pour la propriété intellectuelle, on notera la définition de « diversité culturelle » elle-même²¹, du

14. Art. 1(a) de la Convention.

15. Art. 1(g).

16. Art. 1(h).

17. Art. 2(1). Ce principe, somme toute anodin, recèle en fait un des principaux axes d'attaque contre la Convention par ses adversaires américains. Pour une analyse sommaire des arguments basés sur la liberté d'expression et d'accès à l'information : BEAT GRABER, Christoph, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : a Counterbalance to the WTO ? », (August 2003), 9-3 *Journal of International Economic Law* 9.

18. Art. 2(5).

19. Art. 2(7).

20. Art. 2(8).

21. Art. 4(1) : « Diversité culturelle » renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et entre eux. La

« contenu culturel »²², des « expressions culturelles »²³, et des « activités, biens et services culturels »²⁴.

4. Droits et obligations des Parties

Cette section de la Convention représente la clé de voûte du texte normatif. On commence par rappeler notamment que les Parties ont le « [...] droit souverain de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles... »²⁵. On prévoit par la suite une obligation pour la Partie d'assurer la conformité de sa conception et mise en œuvre de politiques et mesures destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire, avec la Convention²⁶.

La disposition suivante dresse un inventaire d'exemples de telles mesures, dont certaines²⁷ rappelleront peut-être de possibles justifications pour l'émission de licences obligatoires²⁸. L'article 7 oblige les Parties à créer un environnement propice à la créativité, à la production, à la dissémination, à la distribution et à l'accès²⁹ à des expressions culturelles propres aux individus et groupes sociaux, notamment les minorités ainsi que les peuples autochtones.

diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés. »

22. Art. 4(2).

23. Art. 4(3).

24. Art. 4(4) ; à noter que la dimension de propriété intellectuelle est escamotée, tout comme elle l'est souvent du débat « bien ou service ? ».

25. Art. 5 (1). Certains auteurs saluent ceci comme une reconnaissance sans précédent dans un instrument contraignant d'un principe émergent du droit international public, là où il n'y avait auparavant qu'un vide dangereux : voir Christoph BEAT GRABER, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : a Counterbalance to the WTO ? », (August 2003), 9-3 *Journal of International Economic Law* 9.

26. Art. 5(2).

27. Notamment, les sous-alinéas 6(2)(b) et (c).

28. Le tout devra bien sûr être interprété avec l'article 20, dont nous parlerons plus loin.

29. L'interprétation de cette notion d'accès sera bien sûr d'intérêt, selon le point de vue adopté. S'agira-t-il d'un accès tel que la notion d'« accès universel au cyberspace » (Recommandation UNESCO du 15 octobre 2003), ou bien d'un accès tempéré par l'objectif d'équilibre entre la promotion de la créativité et un accès équitable aux usagers ?

Une des dispositions les plus intéressantes mais également potentiellement porteuse de controverse, l'article 8, porte sur la protection des expressions culturelles en risque d'extinction, sous menace ou encore nécessitant sauvegarde urgente. Étant donné les accusations parfois à peine voilées de certains pays en développement et de représentants de peuples autochtones à l'effet du rôle de la propriété intellectuelle dans la spoliation de savoirs traditionnels³⁰, il reste à voir si la vision contraire, à l'effet du rôle potentiellement bénéfique, en certaines circonstances, du droit d'auteur dans leur préservation, sera reflétée dans la pratique des États.

Nous passons rapidement sur les dispositions relatives à la transparence, au partage de l'information ainsi qu'à l'éducation du public, pour noter la relative innovation d'une disposition³¹ prévoyant la participation active de la société civile dans les efforts des Parties pour la mise en œuvre de la Convention.

Les articles 12 et 13 traitent respectivement de la promotion de la coopération internationale, ainsi que de l'intégration d'une considération du rôle de la culture dans le concept du développement durable, et vice-versa.

L'article suivant prévoit que « Les Parties s'attachent à soutenir la coopération pour le développement durable et la réduction de la pauvreté, particulièrement pour ce qui est des besoins spécifiques des pays en développement³², en vue de favoriser l'émergence d'un secteur culturel dynamique... ». Ceci se fait notamment par le « [...] renforcement des industries culturelles des pays en développement... », par le biais de plusieurs mesures, dont les suivantes sont plus particulièrement porteuses de sens pour les questions relatives au droit commercial international au sens large et à la propriété intellectuelle en particulier :

- « en facilitant l'accès plus large de leurs activités, biens et services culturels au marché mondial et aux circuits de distribution internationaux »³³ ;

30. Art. 1(a) de la Convention.

31. Art. 12.

32. On reconnaît ici des thèmes qui, s'ils sont chers à l'UNESCO, ont intrinsèquement peu à voir avec la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles.

33. Sous-alinéa 14(a)(ii).

- « en adoptant, chaque fois que possible, des mesures appropriées dans les pays développés en vue de faciliter l'accès à leur territoire des activités, biens et services culturels des pays en développement... »³⁴ ;

Dans le même article, on reconnaîtra dans une autre mesure un thème familier à l'accord des ADPIC, mis au goût du jour UNESCO :

- « Le transfert de technologies et de savoir-faire par la mise en place de mesures incitatives appropriées, en particulier dans le domaine des industries et des entreprises culturelles »³⁵ ;

Il convient également d'interpréter les exemples contenus à l'article 14 à la lumière de l'article 16³⁶ :

- « Les pays développés facilitent les échanges culturels avec les pays en développement en accordant, au moyen de cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels. »

5. Relation avec les autres instruments et dispositions finales

L'article 20 est essentiellement la charnière de la Convention en ce qui a trait aux obligations du droit commercial international, principalement l'Accord des ADPIC pour notre propos. Il est curieux de noter que, si l'intitulé de l'article³⁷ reflète très bien le premier alinéa, il est silencieux quant au plus important, d'une perspective de droit international public, soit le second :

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,

34. Sous-alinéa 14(a)(iv).

35. Alinéa 14(c) ; encore une fois, n'eût été de l'art. 20(2), il y aurait lieu de poser de sérieuses questions sur l'interprétation de ces dispositions eu égard aux ADPIC.

36. Ainsi que, rappelons-le, l'article 20 de la Convention, pour ce qui est de la notion de « traitement préférentiel » et des obligations de nation la plus favorisée que l'on retrouve dans les traités commerciaux multilatéraux.

37. « Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination ».

(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 laissera soin à l'organe³⁸ de règlement des différends sous la Convention de tirer un sens de cette disposition. Il faut certes saluer l'innovation au niveau des concepts de soutien mutuel³⁹, de complémentarité et de non-subordination, mais il faut tout de même donner un sens au deuxième alinéa. Il s'agira là sans doute du plus grand défi pour les Parties au niveau de l'articulation de la Convention avec les accords de l'OMC⁴⁰, dont celui des ADPIC. Il semble même que ce défi soit déjà présent à l'esprit des Parties, à la lecture de l'article 21 :

- « Les Parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les Parties se consultent⁴¹, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes. »

Comme bien des dispositions de la Convention, nous passons outre les articles suivants, soit les articles 22 à 24, non pas parce

38. Art. 25 et Annexe de la Convention.

39. Innovation qui n'est toutefois pas une exclusivité, puisque l'on retrouve le même concept dans le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2001).

40. Du seul fait que plusieurs États ont accompagné leur vote positif sur la Convention à l'Assemblée générale de l'UNESCO en 2005 d'une déclaration sur leur interprétation de l'article 20, il faut s'attendre à ce que de telles réserves soient émises au moment du dépôt de l'acte par certains pays. Déjà, le Mexique, par décret du Sénat en avril 2006, a émis une telle réserve au sujet de l'article 20 ; malheureusement, aucune traduction officielle en français n'est disponible.

41. Il importe de rappeler la frustration des États-Unis face à un effort concerté de refuser toute nouvelle discussion au sujet de l'audio-visuel dans le cadre de l'AGCS – Accord général sur le commerce des services – à l'OMC, de la part des pays favorables à la Convention. Il reste à voir si ce front commun tiendra devant la nouvelle tendance des négociations bilatérales.

qu'ils sont peu importants⁴² au regard de la mise en œuvre⁴³ de la Convention, mais bien parce qu'ils sont peu significatifs à l'égard de la propriété intellectuelle.

En ce qui concerne les clauses finales, seul l'article 25 (et l'Annexe, qui détaille le fonctionnement d'une Commission de conciliation) attire l'attention. En fait, il s'agit essentiellement de la mise en place de ce type de Commission, chaque fois qu'une dispute n'aura pu être réglée par les moyens habituels de négociation, bons offices ou médiation. S'il s'agit d'un recours unilatéral⁴⁴, les Parties ne sont toutefois pas liées⁴⁵ par la décision de la Commission de médiation. Il est à noter qu'au moment du dépôt de son acte, une Partie peut se déclarer non liée par la procédure de conciliation.

6. Conclusion

À quelle enseigne doit-on placer cette Convention, donc, à l'égard des promesses et espoirs des promoteurs et de la société civile ? Est-elle vraiment une panacée face à l'OMC ? En ce qui concerne la propriété intellectuelle, une première analyse sommaire nous fait réaliser sans peine que la Convention et l'Accord des ADPIC sont destinés à se rencontrer éventuellement. Il appartiendra aux parties respectives à chaque instrument de déterminer si ce sera d'un commun accord, et au niveau du soutien mutuel et de la complémentarité, ou bien si ce sera au contraire par le biais de l'un ou l'autre des organes de règlement des différends, auquel cas la signification réelle de l'article 20 sera déterminante. Seule l'entrée en vigueur⁴⁶ et l'atteinte d'une masse critique⁴⁷ de Parties à la première, semble-t-il, permettront à cette rencontre éventuelle de se faire de manière relativement significative. Le cas échéant, seul le recul de l'histoire nous permettra éventuellement de juger si le remède était souverain, ou bien plutôt illusoire.

42. Il faudra en particulier surveiller les travaux du Comité intergouvernemental (art. 23) qui, à l'instar de la Convention sur le patrimoine culturel immatériel de 2003, sont porteurs de promesses de débats sur des points d'intérêt potentiels pour la propriété intellectuelle au niveau de la mise en œuvre et de l'interprétation.

43. Pour un aperçu utile de ces défis, on consultera : Yvan 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 », Gouvernement du Québec, 2006, disponible à : <<http://www.mcc.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/publications-etudes/pe06-05.htm>>.

44. Art. 25(3).

45. *Ibid.*

46. Trois mois après le trentième acte : art. 29.

47. Au 29 septembre 2006, il y avait douze dépôts d'instruments, dont la première ratification, celle du Canada, le 28 novembre 2005.