

LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE CONCLUS RÉCEMMENT PAR LES ÉTATS-UNIS EN TANT QU'EXEMPLE DE LEUR NOUVELLE STRATÉGIE RELATIVEMENT AU SECTEUR AUDIOVISUEL

Ivan Bernier

Introduction : La nouvelle stratégie et ses caractéristiques

Les accords de libre-échange conclus par les États-Unis avec le Chili¹ en décembre 2002, avec Singapour² en février 2003, avec les pays d'Amérique centrale en décembre 2003, avec l'Australie en février 2004 et avec le Maroc en mars 2004, marquent une nouvelle étape dans la façon dont les États-Unis conçoivent le traitement des biens et services culturels dans les accords commerciaux. Jusqu'en 1998, la position officielle voulait que l'on considère les produits culturels en général, y compris les produits audiovisuels, sur le même pied que les autres produits et que l'on ne fasse pas de distinction, dans les accords commerciaux, entre les produits culturels et les autres produits. Une première indication que cette position était en voie de révision apparut à la fin de l'année 2000 lorsque le gouvernement des États-Unis, dans sa communication au Conseil du commerce des services de l'OMC, expliqua d'abord que le secteur audiovisuel de l'an 2000 « diffère considérablement de celui qui existait pendant le Cycle d'Uruguay, lorsque les négociations portaient essentiellement sur la production et la distribution de films et sur la diffusion de produits et de services audiovisuels par voie terrestre », pour ensuite affirmer que « compte tenu en particulier de l'accroissement quantitatif des possibilités de présenter un produit dans l'environnement numérique d'aujourd'hui, il est tout à fait possible de renforcer son identité culturelle et de rendre le commerce des services audiovisuels plus transparent, prévisible et ouvert »³. Ce point de vue devait être repris par la *Motion Picture Association of America* (MPAA), lors d'un exposé donné devant le Congrès américain en mai 2001, dans les termes suivants :

De nombreux pays dans le monde tiennent à s'assurer que leurs citoyens ont l'occasion de voir des films et des émissions de télévision dont le contenu reflète leur histoire, leurs cultures et leurs langues. Par le passé, lorsque les villes n'avaient qu'une salle de cinéma ou ne recevaient qu'un ou deux signaux de radiodiffusion, la motivation des gouvernements étrangers à réserver du temps de diffusion pour les produits de divertissement locaux était compréhensible. Aujourd'hui, par contre, avec l'avènement des complexes cinématographiques et la télédiffusion à canaux multiples, l'imposition de quotas en faveur d'un contenu local est difficilement justifiable. De plus, dans le monde du commerce électronique, la rareté n'est plus un problème. Sur Internet, il y a de l'espace pour les films et les séquences vidéo de tous les pays du monde, dans tous les

¹ Pour consulter le texte de l'*Accord de libre-échange Chili – É.-U.*, rendez-vous à [<http://www.chileusafra.com/>] ou [<http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/text/index.htm>].

² Pour consulter le texte de l'*Accord de libre-échange Singapour – É.-U.*, rendez-vous à [http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/consolidated_texts.htm] ou [http://www.mti.gov.sg/public/FTA/frm_FTA_Default.asp?sid=36].

³ OMC, Conseil du commerce des services, Communication des États-Unis, Services audiovisuels et services connexes, paragraphe 9, 18 décembre 2000 : Doc. S/CSS/W/21.

genres imaginables. L'accès à un espace minimum n'est pas un problème sur Internet. [Traduction]⁴

Ensuite, la MPAA a continué dans la même veine en expliquant au Congrès l'importance de cette nouvelle donne pour les négociations à venir :

Heureusement, jusqu'à maintenant, aucun pays n'a adopté de mesure visant à restreindre le marché en ce qui a trait au contenu livré par voie numérique. Nous espérons que ce marché demeurera sans entraves – nous espérons également pouvoir compter sur votre appui dans nos démarches conjointes avec nos partenaires internationaux en vue de préserver les réseaux numériques de tout protectionnisme culturel. L'adoption par le Congrès de la Trade Promotion Authority serait également très utile, car elle permettrait à l'administration publique de négocier ces engagements dans le cadre de l'OMC et d'autres accords de libre-échange. [Traduction]

Cette façon de voir semble avoir été adoptée par le gouvernement américain, car dans ses propositions au titre de la libéralisation des échanges de services audiovisuels dans le cadre des négociations de l'AGCS, en juillet 2002, les États-Unis demandaient aux autres pays de prévoir des « mesures reflétant les niveaux actuels d'accès au marché dans les domaines comme la production cinématographique et la production vidéo domestique ainsi que les services de distribution, les services de production radiophonique et télévisuelle, et les services d'enregistrement sonore » [Traduction]⁵, tout en insistant fortement sur le besoin de ne pas créer d'obstacles au commerce dans les secteurs des produits audiovisuels livrés par voie numérique. Quelques mois plus tard, le Congrès américain adoptait le « Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002 » accordant à l'autorité exécutive le pouvoir de recourir à la procédure accélérée pour conclure des accords de libre-échange, en lui donnant comme consigne, entre autres, de conclure des accords qui anticipent et empêchent la création des nouveaux obstacles au commerce susceptibles de surgir dans l'environnement numérique.⁶ Toutefois, ce n'est que dans les accords de libre-échange récents que cette nouvelle approche a été pour la première fois transposée en droits et obligations, permettant ainsi de mieux cerner la stratégie des États-Unis dans un contexte multilatéral⁷.

Les grandes caractéristiques de la nouvelle stratégie de négociation des États-Unis, telles qu'elles se dégagent de ces énoncés de politique, peuvent être décrites de la façon suivante⁸. La première caractéristique réside dans l'adoption de l'approche la plus libérale possible dans l'établissement d'engagements commerciaux, à savoir, l'approche dite de « la liste

⁴ « IMPEDIMENTS TO DIGITAL TRADE » : Témoignage de Bonnie J.K. Richardson, vice-présidente, Trade & Federal Affairs, Motion Picture Association of America, devant le sous-comité sur le commerce du House Commerce Committee, Commerce et protection des consommateurs (Trade & Consumer Protection), 22 mai 2001 : <http://www.mpa.org/legislation/>.

⁵ Voir United States Mission – Genève, Presse 2002 : [<http://www.usmission.ch/press2002/0702liberalizingtrade.html>].

⁶ Voir Sacha Wunsch-Vincent, « The Digital Trade Agenda of the U.S.: Parallel Tracks of Bilateral, Regional and Multilateral Liberalization », *Aussenwirtschaft*, vol. 58 (2003), p. 7.

⁷ À ce propos, il est important de mentionner que les États-Unis négocient actuellement des accords de libre-échange avec l'Union douanière d'Afrique australe (<http://www.ustr.gov/new/fta/sacu.htm>), le Bahreïn (<http://www.ustr.gov/fta/bahrain.htm>) et les pays andins (Colombie, Pérou et Équateur) (<http://www.ustr.gov/fta/andean/htm>).

⁸ La description de ces éléments emprunte à Sacha Wunsch-Vincent, supra, note 6, p. 11. Voir aussi Ivan Bernier, « Analyse comparative des accords de libre-échange Chili – É.-U. et Singapour – É.-U. en ce qui a trait plus particulièrement à leur incidence sur le secteur culturel », avril 2003 : <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/chronique03-04.pdf>

négative ». La deuxième caractéristique consiste en l'acceptation du fait que les mécanismes de soutien financier existants pour la culture et la production de contenu n'ont pas à être démantelés. La troisième caractéristique, peut-être la plus surprenante, est l'abandon de leur demande traditionnelle visant l'élimination totale des exigences de contenu local et des autres obstacles au commerce dans le secteur audiovisuel en ce qui concerne les technologies traditionnelles. La quatrième et dernière caractéristique, qui se trouve au cœur de cette nouvelle stratégie, réside dans la demande faite aux États de s'engager à soustraire les réseaux numériques de tout protectionnisme culturel. Dans les pages qui suivent, nous examinerons de plus près de quelle façon ces différents éléments ont été intégrés dans les cinq accords de libre-échange et nous en analyserons les conséquences.

1. L'approche dite « des liste négative » en matière d'engagements

Contrairement à l'AGCS, où les obligations concernant le traitement national et l'accès au marché sont établies selon une approche dite « **des listes positives** » en vertu de laquelle les Membres ne sont liés que dans la mesure où ils ont inscrits dans une liste annexée à l'Accord des engagements précis concernant des secteurs spécifiques, les mêmes obligations, dans le chapitre sur les services et l'investissement des cinq accords, sont établies selon une approche dite « des listes négatives » en vertu de laquelle chaque Partie impliquée se trouve liée dès l'entrée en vigueur de l'accord pour tous les secteurs de services, sauf lorsque des réserves ou des exceptions sont expressément inscrites dans sa liste annexée à l'Accord. Cette approche a été celle utilisée lors de la négociation de l'Accord de libre échange nord-américain (ALÉNA) et s'est révélée l'approche préférée des États-Unis dans le cadre du nouveau cycle de négociations multilatérales sur les services qui a débuté en 2000. Les membres de l'OMC ayant résolu de conserver l'approche existante, les États-Unis ont simplement décidé d'imposer leur préférence pour les fins de leurs négociations de libre-échange.

L'importance de ce changement d'approche est considérable. Dans le cadre de l'approche dite « des listes négatives », la pression s'exerce plus spécialement sur les États qui désirent exclure certaines mesures ou certains secteurs d'activités de leur engagement initial, car ils se trouvent concrètement dans l'obligation de justifier ces exclusions afin d'obtenir l'accord de la ou des parties contractantes concernées. C'est pour cette raison que le nombre de réserves figurant dans chacun des cinq accords de libre-échange demeure très limité. Avec l'approche dite «des listes positives», la situation est très différente. Les États qui ne désirent pas prendre d'engagements dans le secteur audiovisuel, par exemple, peuvent tout simplement s'abstenir d'en prendre dans ce secteur. C'est précisément ce qu'ont fait la plupart des États à la fin du Cycle d'Uruguay. Une pression pourra toujours être exercée alors par les États qui désirent obtenir des engagements de libéralisation dans le secteur audiovisuel : en cas de refus, en effet, ils auront le loisir à leur tour de refuser d'accéder, dans d'autres domaines, aux demandes des États qui se montrent réticents à ouvrir leur secteur audiovisuel; mais le dernier mot, dans un tel cas, revient à ces derniers. Une autre conséquence importante de ce changement d'approche est que les États qui ne sont pas bien préparés à exprimer leurs préoccupations et leurs craintes pour ce qui touche le secteur audiovisuel courent le risque de se trouver totalement engagés par défaut; comme nous pourrons le constater, les pays qui courent le plus ce risque, de ce point de vue, sont les pays en voie de développement. En dernier lieu, il est évident que l'approche dite «des listes

« négatives », si elle se généralise, marquera la fin de ce que certaines personnes appellent encore « l'exception culturelle de l'AGCS », soit la possibilité de ne pas prendre d'engagements dans certains secteurs.

2. Une vision plus détachée des subventions

La deuxième caractéristique de la nouvelle stratégie des États-Unis relative au secteur audiovisuel est l'adoption d'une vision plus détachée à l'égard des subventions. Dans les cinq accords, les « subventions fournies par une partie ou une société d'État, y compris les prêts garantis par le gouvernement, les cautionnements et les assurances » sont exclus du chapitre sur les services. Cela n'est pas très surprenant, étant donné que les subventions ne sont pas encore prises en compte dans l'AGCS même, nonobstant l'article XV. Cet article reconnaît que, dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services et demande aux membres d'engager des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsions. Étant donné l'appui financier substantiel que la majorité des gouvernements fournissent à leurs industries culturelles, ces négociations demeurent, de toute évidence, un sujet de préoccupation.⁹ Toutefois, en raison de la complexité inhérente à l'élaboration de lignes directrices dans ce secteur, les négociations en question ont progressé très lentement depuis leur lancement au début en 1995 au sein du Groupe de travail des règles de l'AGCS.¹⁰ En réalité, il est difficile d'établir dans quelle mesure il existe un réel consensus au sujet de la nécessité de telles directives.

Même s'il n'existe pas actuellement de disciplines multilatérales à l'égard des subventions en tant que telles dans l'AGCS, les subventions ne sont pas complètement hors du champ d'application de ce dernier. L'Accord s'applique, par exemple, si l'accès aux subventions locales est accordé à certains États et non à d'autres. Un exemple concret de ce type de situation, dans le secteur culturel, est celui des accords de coproduction dans le domaine du cinéma et de la télévision, lesquels comportent un accès préférentiel au financement : sans le régime d'exemptions prévu à l'article II, paragraphe 2, de l'AGCS, ces accords enfreindraient manifestement l'obligation NPF de l'article II, paragraphe 1. Plus important encore, l'accord s'applique également aux subventions lorsque les membres inscrivent un secteur dans leur liste d'engagements sans limitation concernant le traitement national. Les règles de traitement national obligent alors les gouvernements qui offrent des subventions aux fournisseurs de services locaux à offrir des subventions équivalentes aux fournisseurs de services étrangers exerçant des activités sur leur territoire. Ceci explique pourquoi les États-Unis, dans l'une des rares limitations à leurs engagements spécifiques pour les services audiovisuels, font formellement mention des subventions de la *National Endowment for the*

⁹ Dans une note documentaire de 1998 préparée par le Secrétariat du Groupe de travail des règles de l'AGCS qui analyse, en se basant sur de l'information contenue dans les examens des politiques commerciales, les subventions pour les secteurs des services, les aides aux industries audiovisuelles sont la forme de subvention mentionnée la plus fréquemment : voir doc. S/WPGR/W/25 (26/01/98).

¹⁰ Voir la note sur les problèmes conceptuels liés aux subventions préparée par le Secrétariat : Doc. S/WPGR/W9. Pour consulter le dernier rapport du Groupe de travail des règles de l'AGCS, daté du 4 octobre 2001, voir doc. S/WPGR/6. Voir également le texte de Gilles Gauthier, Erin O'Brien et Susan Spencer intitulé « *Déjà Vu or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade* », dans *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION*, 165, 176-181 (édit. Pierre Sauvé et Robert M. Stern 2000).

Arts qui sont offertes uniquement aux citoyens ou aux résidents permanents des États-Unis, ce qui indique clairement que de leur point de vue, ces bourses, en l'absence de limitation, seraient incompatibles avec le traitement national.¹¹ La Nouvelle-Zélande a également indiqué dans sa liste que l'aide apportée à l'industrie du film par l'entremise de la *New Zealand Film Commission* est limitée aux films de la Nouvelle-Zélande tel que définis dans l'article 18 de la *New Zealand Film Commission Act 1978*.¹² En pratique, la majorité des membres ont inclus dans leurs engagements en matière de traitement national des réserves qui s'appliquent à toutes les formes de subventions.¹³

Telle étant la situation au niveau multilatéral, on peut légitimement se demander si des conclusions semblables ne s'appliquent pas dans le cas des récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis. En d'autres termes, une partie contractante à ces engagements peut-elle s'engager à accorder le traitement national à des investisseurs étrangers de l'autre partie ou des autres parties tout en leur refusant l'accès à ses programmes de subventions ? À la lumière d'une disposition explicite de chacun de ces accords, la réponse est oui, sans aucun doute. La disposition en question, qui se retrouve dans l'article sur les mesures non conformes du chapitre sur l'investissement, stipule que l'obligation de traitement national, l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée et l'obligation touchant la haute direction et les conseils d'administration ne s'appliquent pas aux « subventions ou aux contributions accordées par une Partie, y compris les prêts, garanties et assurances soutenus par le gouvernement ».¹⁴ Sous cet angle, il est permis d'affirmer que les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis sont moins contraignants que l'AGCS concernant l'utilisation des subventions.

Toutefois, la concession faite par les États-Unis concernant les subventions, dans ce contexte, est plus apparente que réelle. En fait, la production de matériel audiovisuel et cinématographique est pratiquement impossible sans subvention dans la plupart des pays du monde. Les États-Unis savent très bien que toute tentative pour freiner réellement le recours aux subventions dans ces secteurs se heurterait à une forte résistance à l'étranger. De plus, depuis la décision rendue par l'organe d'appel de l'OMC dans *États-Unis - Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*¹⁵ nous savons maintenant qu'ils ont eux-mêmes fourni des subventions considérables à leur propre secteur audiovisuel; et considérant les propositions faites jusqu'à présent afin d'appliquer cette décision, il y a de fortes chances que le secteur audiovisuel continue de bénéficier de subventions substantielles à l'avenir, quoique d'autre façons.¹⁶ Plus important encore, les producteurs américains dans le secteur audiovisuel n'ont pas réellement besoin de s'inquiéter de ce que font les autres pays à cet égard. Puisqu'ils peuvent absorber une part importante des coûts de production de contenu créatif dans leur propre immense marché, ils peuvent ensuite vendre ce contenu créatif dans

¹¹ GATS/SC/90, p. 46.

¹² AGCS/SC/62, sous services audiovisuels

¹³ Voir GAUTHIER, O'BRIEN et SPENCER, supra, note 10, p. 177.

¹⁴ Voir l'article 11.13.5 (b) de l'*Accord de libre-échange Australie – É.-U.*, l'article 10.13.5 (b) de l'*Accord de libre-échange Amérique centrale – É.-U.*, l'article 10.7.5 (b) de l'*Accord de libre-échange Chili – É.-U.*, et l'article 15.12.5 (b) de l'*Accord de libre-échange Singapour – É.-U.*

¹⁵ WT/DS108/AB/RW.

¹⁶ Voir Mike Turgeon, *The Hollywood Reporter.com*, « Proposed bill may hold tax benefit for domestic film production » : http://www.hollywoodreporter.com/thr/pwc/talking_display.jsp?vnu_content_id=1937090. Voir aussi : http://www.export.gov/eu_tsatus.html

le reste du monde à des prix fixés selon le marché local.¹⁷ Malgré cela, les négociateurs commerciaux américains, selon Sacha Wunsch-Vincent, «ont indiqué de façon très claire qu'ils s'objecteront aux programmes de soutien financier qui faussent sérieusement les marchés» [*Traduction*], ce qui lui inspire le commentaire suivant : «Puisque la plupart des programmes de subventions peuvent avoir un effet de distorsion commerciale, la portée de cette restriction n'est pas totalement claire».¹⁸

3. L'abandon des demandes traditionnelles concernant les réglementations discriminatoires dans le secteur audiovisuel

Dans les nouveaux accords de libre-échange conclus par les États-Unis, comme nous l'avons observé plus haut, les membres sont pleinement engagés, sauf en ce qui a trait aux réserves et aux exceptions prévues dans leurs listes. Ces réserves peuvent être établies à l'égard de mesures existantes qui ne sont pas assujetties à toutes les obligations ou à certaines des obligations imposées dans les chapitres sur les services et sur les investissements de l'accord (réserves de l'Annexe I) ou à l'égard de secteurs, sous-secteurs ou activités spécifiques pour lesquels une partie peut maintenir des mesures existantes ou adopter de nouvelles mesures ou des mesures plus contraignantes ne respectant pas les obligations de l'accord imposées dans les mêmes chapitres (réserves de l'Annexe II). Ce dernier type de réserves, comme nous pourrions le constater, a une portée plus large et s'applique aux mesures existantes comme aux mesures futures. Avant d'examiner les réserves émises par les États concernant le secteur audiovisuel, toutefois, il est bon de se pencher d'abord sur les obligations auxquelles s'applique cette capacité d'émettre des réserves.

Les obligations de base dans le chapitre des services portent sur l'octroi du traitement national (le fait d'accorder aux fournisseurs de service de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui accordé, dans des conditions similaires, à ses propres fournisseurs de services), du traitement de la nation la plus favorisée (le fait d'accorder aux fournisseurs de service de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui accordé, dans des conditions similaires, aux fournisseurs d'un pays tiers) et sur l'accès au marché, c'est-à-dire, l'interdiction d'appliquer des mesures limitant : a) le nombre de fournisseurs de services; b) la valeur totale des transactions; c) le nombre total de services ou la quantité totale des services exportés; d) le nombre total de personnes physiques pouvant être employées par un secteur de service particulier; et e) l'adoption de mesures qui permettent uniquement à certains types d'entreprises de fournir des services, ou qui exigent la constitution d'un type particulier d'entité juridique ou de coentreprise pour exercer ce type d'activité commerciale. À ces trois obligations de base s'ajoute une autre obligation qui porte sur la présence locale : «chacune des parties exigera du fournisseur de services de l'autre partie qu'il soit résident ou encore qu'il établisse ou qu'il ait un bureau de représentation ou toute autre forme d'établissement sur son territoire à titre de condition préalable à la fourniture transfrontalière d'un service ».

¹⁷ Voir par exemple à ce sujet : Kim Dalton, Chief Executive, Australian Film Commission, "Cultural Impacts of the Aust/US Free Trade Agreement" : http://www.afc.gov.au/downloads/policies/apec_kd_final_web.pdf

¹⁸ Supra, note 6, p. 16, note 38.

Les chapitres sur les investissements des cinq accords ont une structure identique. Les obligations de base consistent à accorder le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la norme minimale de traitement (c'est-à-dire un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales). L'obligation d'accorder un traitement national est particulièrement importante dans le secteur culturel, du fait que plusieurs États ont des mesures qui font en sorte que les investissements et les investisseurs étrangers sont traités moins favorablement que les investissements et les investisseurs nationaux de ce secteur. Ces trois obligations de base sont complétées par deux autres, la première concernant les prescriptions de résultats et la seconde concernant les dirigeants et le conseil d'administration¹⁹. L'obligation relative aux prescriptions de résultats présente un intérêt particulier pour le secteur culturel, du fait que certains États assujettissent les investissements étrangers dans ce secteur à un examen en vue de déterminer si les investissements en question sont à l'avantage du pays, cette détermination étant basée sur des facteurs liés à l'effet des investissements.

Passant maintenant aux réserves réellement émises concernant le secteur audiovisuel, nous allons traiter chacun des accords selon leur ordre de signature et étudier la liste des réserves de chaque partie. Dans le cas des États-Unis, dont les réserves sont très peu nombreuses et en grande partie identiques dans chaque accord, nous mentionnerons simplement qu'elles visent essentiellement à préserver le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure qui accorde un traitement différent à des personnes d'autres pays en raison de l'application de mesures de réciprocité ou en vertu d'accords internationaux concernant le partage du spectre des radiofréquences, les garanties d'accès au marché ou le traitement national en ce qui a trait à la transmission satellite unidirectionnelle de services télévisuels par diffusion directe (DTH), la radiodiffusion directe par satellite et les services audio numériques. En ce qui a trait aux investissements, les États-Unis ont également des réserves qui concernent le droit de restreindre la propriété des licences radio pour toutes les communications par radio, y compris la radiodiffusion. Dans le cas des autres États, les listes de réserves se rapportant au secteur audiovisuel varient considérablement en longueur et en importance, comme nous allons pouvoir le constater.

Le Chili, signataire du premier des cinq accords, s'est largement prévalu de son droit d'émettre des réserves sur les services culturels. En vertu de l'annexe I (mesures existantes), il se réserve le droit de maintenir une mesure non conforme en matière de télévision conventionnelle qui prévoit que « le *Consejo Nacional de Televisión* peut exiger que le contenu des programmes diffusés par l'entremise des canaux de télévision publique (ouverte) comprenne jusqu'à 40 p. 100 de productions chiliennes ». Ce qu'on entend par « télévision publique (ouverte) » n'est pas tout à fait clair, mais si l'on se fie à la « lettre complémentaire à propos de la télévision » jointe au chapitre sur les services, cette mention désigne la télévision conventionnelle et non à la télévision par câble ou par satellite. La lettre en question, dont l'objectif était apparemment de rassurer les États-Unis, confirme l'entente des

¹⁹ La disposition en question est libellée comme suit : « Aucune des parties ne pourra imposer ou appliquer l'une quelconque des prescriptions suivantes, ou faire exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers ». [Traduction]. En ce qui concerne les dirigeants et le conseil d'administration, aucune Partie ne pourra exiger qu'une entreprise sise sur son territoire qui est un investissement visé nomme à des postes de cadres supérieurs des personnes d'une nationalité déterminée, mais elle pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration aient une nationalité particulière

deux parties concernant le fait que la loi du Chili autorise le *Consejo Nacional de Television de Chile* à exiger un contenu national minimum de 40 % par canal de télévision publique (ouverte). Ce pourcentage ne s'applique pas à la télévision par câble. La lettre reconnaît également qu'en moyenne, les productions nationales représentent plus de 50 % de la programmation des chaînes de télévision publiques. Étant donné que cette dernière réserve s'applique uniquement aux mesures existantes lors de l'entrée en vigueur de l'accord²⁰, il est évident que l'imposition dans la programmation d'un niveau de protection du contenu national supérieur à 40 % est exclue dans l'avenir, tout comme l'est une extension de la portée de la réserve.

En vertu de l'Annexe II, le Chili se réserve d'abord le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure qui accorde un traitement différentiel à des pays en vertu d'ententes internationales bilatérales ou multilatérales existantes ou de futures ententes de cette nature pour ce qui concerne les industries culturelles, comme dans le cas d'accords de coopération dans le domaine de l'audiovisuel. Le Chili se réserve également le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative au commerce transfrontalier en ce qui concerne la transmission satellite unidirectionnelle de services de télécommunication numérique, qu'il s'agisse de diffusion directe de services télévisuels, de télédiffusion directe par satellite, de radiodiffusion directe ou d'autres services de télécommunication. Le Chili se réserve en dernier lieu le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure se rapportant à l'accès au marché dans tous les secteurs, sauf dans certains secteurs clairement identifiés comme les services de divertissement (comprenant le théâtre, les productions musicales en direct et les services de circuit), les agences de presse, les bibliothèques, les archives, les musées et autres services culturels, de même que les services d'édition. Le secteur des services de communication, qui inclut les services audiovisuels, n'étant pas mentionné dans cette liste, on pourrait en conclure que les mesures restreignant l'accès au marché dans le domaine de l'audiovisuel sont couverts par cette réserve. Toutefois, le fait qu'une réserve ait été incluse dans l'Annexe I pour couvrir une mesure non conforme concernant les quotas à la télévision, porte à croire que les quotas audiovisuels en général ne sont pas couverts par cette réserve. Enfin, au titre des investissements, le Chili se réserve le droit «d'adopter ou de maintenir toute mesure relative aux investisseurs ou aux investissements des États-Unis dans la transmission satellite unidirectionnelle de services de télécommunication numérique, qu'il s'agisse de services télévisuels en diffusion directe, de télédiffusion directe par satellite ou de radiodiffusion directe et autres services de télécommunication».

Singapour a également prévu à l'Annexe 8B deux réserves au chapitre des services culturels qui limitent substantiellement l'application des obligations de base en vertu du chapitre sur les services. La première des deux réserves touche les services de radiodiffusion, qui sont définis comme la «programmation d'une série d'oeuvres littéraires et artistiques établie par un fournisseur et destinée à une réception acoustique ou visuelle, et pour laquelle le consommateur n'a pas la liberté de choix» (ce qui exclut donc les services comme la télévision à la carte et la télévision payante); cette réserve s'applique aux obligations de base relatives au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée et à l'accès au marché et couvre toutes les mesures existantes et ultérieures. La deuxième réserve touche la distribution et la publication des supports imprimés. On entend par support imprimé « toute publication contenant des nouvelles, des renseignements, des rapport de faits, ou toute

²⁰ Voir la définition de « mesures existantes » à l'article 2.1.

remarque, observation ou commentaire à l'égard ou au sujet d'une question d'intérêt public, dans n'importe quelle langue et publiée avec l'intention de la vendre ou de la distribuer gratuitement à un intervalle qui n'excède pas une semaine»; une fois de plus, la réserve s'applique au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée et à l'accès au marché, mais elle vise également la présence locale, et couvre les mesures existantes comme les mesures ultérieures.

Dans l'Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALECA), les six pays membres ont tous émis des réserves concernant les services, mais l'importance de leurs réserves varie considérablement. Les premiers États à signer l'Accord, soit le Guatemala, le Honduras, le Salvador et le Nicaragua, n'ont pas vraiment émis de réserves limitant de façon importante leurs engagements concernant le traitement national et l'accès au marché pour les services culturels. Dans le cas du Guatemala, par exemple, la seule réserve prévue à l'Annexe I stipule que pour se produire au Guatemala, les artistes ou groupes d'artistes internationaux doivent obtenir une lettre d'autorisation émise par une des unions des artistes du pays reconnues par la loi, et que lors de spectacles mixtes, combinant un ou plusieurs films ou émissions de variétés, la préférence sera donnée à des éléments nationaux si la distribution, l'horaire et le contrat le permettent. À l'Annexe II, le Guatemala n'émet aucune réserve qui limite réellement ses engagements dans le secteur audiovisuel ou encore dans le secteur culturel. Le Honduras, pour sa part, émet à l'Annexe I une réserve qui concerne le secteur audiovisuel en particulier et qui stipule que seuls les Honduriens de naissance peuvent diriger un média d'information radiodiffusé en direct gratuitement (radio et télévision) ou un journal, et une autre réserve qui concerne les services de divertissement et qui stipule que les musiciens qui désirent se produire individuellement ou en groupe doivent payer 5 % du cachet convenu à l'union des artistes du Honduras. Curieusement, le Honduras inclut aussi une réserve concernant le droit de maintenir des restrictions quant à l'accès au marché de certains secteurs, mais les services audiovisuels en sont explicitement exclus. Le Honduras, comme le Guatemala, n'émet à l'Annexe II aucune réserve limitant ses engagements dans le secteur audiovisuel. Les réserves du Salvador et du Nicaragua sont sensiblement les mêmes que celles du Honduras tant dans l'Annexe I que dans l'Annexe II. Comme on peut le voir, le Guatemala, le Honduras, le Salvador et le Nicaragua ont tous choisi de laisser leur secteur audiovisuel largement ouvert à l'importation de productions étrangères. Les raisons motivant cette décision ne sont pas très claires, d'autant plus que ces États disposaient de l'expérience vécue par le Chili et Singapour pour les guider. Ces quatre États ont également émis une réserve semblable à celle du Chili concernant leur droit d'adopter ou de maintenir toute mesure qui accorde un traitement différentiel à des pays en vertu d'ententes internationales bilatérales ou multilatérales. Mais cette réserve n'est apparemment pas considérée par les États-Unis comme une concession importante. Comme le souligne un rapport présenté au Représentant américain au commerce par le *Industry Sector Advisory Committee for Trade Policy Matters* à propos de l'Accord de libre-échange Maroc - É.-U., qui contient une réserve identique, « l'exemption à la clause NPF inscrite par le Maroc à l'égard des industries culturelles ne constitue pas une entrave au commerce compte tenu du fait que le Maroc accepte d'offrir le traitement national dans ce secteur et que nous ne nous attendons pas à ce que le Maroc offre très souvent de meilleures conditions aux tierces parties qu'aux producteurs marocains. [Traduction]²¹

²¹ Voir : <http://www.ustr.gov/new/fta/Morocco/advisor/isac13.pdf>. Une remarque semblable est formulée par Sacha Wunsch-Vincent, supra, note 6.

La situation est différente dans le cas du Costa Rica, qui a consacré un peu plus de temps à la préparation de sa participation à l'ALECA, et dans le cas de la République dominicaine, qui a été acceptée en avril 2004 dans ce qu'on appelle aujourd'hui l'accord ALECA +. Que ce soit ou non en raison de la période de négociation plus longue dont a bénéficié le Costa Rica, le fait est que sa liste de réserves pour le secteur audiovisuel est plus substantielle que celle des quatre autres États d'Amérique centrale. Elle comprend, en particulier, à l'Annexe I, une réserve qui stipule, entre autres, que le nombre d'émissions de radio et de feuilletons enregistrés à l'étranger diffusés par radio ne doit pas représenter plus de 50 % du nombre total d'émissions diffusées par chaque poste de radio local chaque jour, et que le nombre d'émissions filmées ou enregistrées sur cassette à l'étranger doit être égal ou inférieur à 60 % du nombre total d'émissions diffusées à la télévision locale chaque jour. Le Costa Rica émet également une réserve qui comprend plusieurs mesures exigeant une participation minimum de ressortissants ou d'entreprises costaricaines dans l'industrie audiovisuelle. À l'Annexe II, le Costa Rica se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure qui accorde un traitement différentiel à des pays en vertu d'ententes internationales bilatérales ou multilatérales existantes ou de futures ententes de cette nature pour ce qui concerne les industries culturelles, comme dans le cas d'accords de coopération dans le domaine de l'audiovisuel; pour plus de sûreté, il est précisé que les programmes de subventions gouvernementaux visant à promouvoir les activités culturelles ne sont pas assujettis aux contraintes et aux obligations de cet accord. Dans le cas de la République dominicaine, enfin, les réserves émises en vertu des Annexes I et II englobent plus ou moins les mêmes éléments que celles du Costa Rica, à l'exception de la stipulation à l'effet que « dans toutes les émissions de radio produites en République dominicaine, 50 % de la musique diffusée doit être créée par des auteurs, compositeurs ou signataires dominicains », et du fait « qu'un feuilleton diffusé sur trois à l'échelle nationale en République dominicaine doit être créé par des auteurs dominicains et produit en République dominicaine ». [*Traduction*]

La liste de réserves de l'Australie est considérée comme la plus élaborée et la plus complexe de toutes les listes relatives au secteur audiovisuel. Ce fait n'est pas surprenant, étant donné que l'Australie, le seul pays développé parmi les pays ayant signé des accords de libre-échange avec les États-Unis récemment (si on laisse de côté le cas de Singapour), a dans ce secteur une longue tradition d'intervention gouvernementale active visant à préserver et à promouvoir l'expression et l'identité culturelle australienne, et bénéficie d'un fort soutien de la part du public en faveur de cette politique. À en juger par les résultats obtenus, les discussions ont dû être intenses à certains moments. Ce qui ressort de cette liste de réserves est que l'Australie a largement réussi à préserver ses quotas de télévision commerciale existants (55 % des émissions doivent être australiennes et un certain nombre de « sous-quotas » doivent être consacrés aux documentaires et aux émissions pour adultes et enfants), ses quotas de radio commerciale existants (jusqu'à 25 %) et ses exigences de contenu existantes selon lesquelles la télévision par abonnement (télé payante) doit consacrer 10 % du budget de programmes des chaînes qui diffusent des émissions d'ordre général et dramatiques à de nouvelles émissions australiennes (l'accord permet même à l'Australie d'augmenter cette exigence jusqu'à 20 % et d'appliquer le même quota de 10 % aux autres genres d'émissions). La seule perte enregistrée à cet égard est la possibilité d'adopter des quotas plus élevés ou des mesures plus restrictives. Mais l'Australie a moins bien réussi à préserver sa liberté d'intervenir dans le domaine des nouveaux services de médias. Jock Given résume le contenu des réserves faites à cet égard comme suit :

«Le droit de l’Australie d’imposer des exigences de contenu local (mais pas toutes les autres mesures de politique) relativement aux services de “nouveaux médias” est étroitement délimité. Des mesures peuvent être imposées sur des “services audio ou vidéo interactifs”, mais uniquement dans le but de s’assurer que les contenus ou les genres australiens ne sont pas refusés de façon déraisonnable aux consommateurs australiens, et uniquement aux entreprises qui exercent une activité commerciale en Australie ». ²²

L’examen de la signification réelle des termes employés ne fait pas partie de notre propos, mais on peut imaginer aisément les débats intéressants qui auront lieu lorsque viendra le moment de déterminer ce que l’Australie entend par « refusés de façon déraisonnable ». En ce qui concerne les investissements, en dernier lieu, les réserves émises par l’Australie préservent les limites existantes dans le domaine de la diffusion et des journaux relativement aux investissements, ainsi que l’exigence relative à la notification et à l’examen de l’intérêt national pour tous les investissements directs dans les médias, sans égard à leur importance, et les investissements de portefeuille de 5 % ou plus. Cependant, là aussi, l’Australie perd la possibilité de fixer des exigences plus strictes.

Le dernier État à avoir conclu un accord de libre-échange avec les États-Unis à ce jour est le Maroc. Les négociateurs marocains ont eu l’avantage de pouvoir consulter le texte des accords de libre-échange déjà conclus par les États-Unis au cours des quinze mois précédents. Ils étaient donc certainement conscients du fait que la majorité des pays partie à ces accords avaient inclus dans leurs réserves des mesures visant à conserver le droit de maintenir ou d’adopter des exigences de contenu local. Mais contrairement à l’Australie, le Maroc n’avait pas de telles mesures en vigueur. Il n’est pas étonnant que dans les réserves de l’Annexe I, les deux seules mentions faites à l’égard du secteur audiovisuel et du secteur de la réalisation de films concernent les exigences existantes du Maroc à l’effet que pour être réputées établies au Maroc, les entreprises de production doivent être des personnes morales ou des entreprises à responsabilité limitée au capital entièrement versé, et que les entreprises de production effectuant de la production exécutive doivent respecter certaines conditions, par exemple avoir produit, en tant qu’entreprise établie au Maroc, au moins un long métrage ou trois courts métrages tournés au Maroc. À l’Annexe II, le Maroc émet trois réserves. La première stipule que le Maroc se réserve le droit d’adopter ou de maintenir toute mesure qui accorde un traitement différentiel à des pays en vertu d’ententes internationales bilatérales ou multilatérales existantes ou de futures ententes de cette nature pour ce qui concerne les industries culturelles. La même réserve indique aussi qu’il est entendu que les subventions accordées aux industries culturelles ne sont pas visées par l’accord. La deuxième réserve stipule que le Maroc se réserve le droit d’adopter ou de maintenir toute mesure obligeant les câblo-opérateurs ou les fournisseurs de services satellites offrant des services cryptés accessibles par abonnement aux consommateurs marocains à avoir un représentant local. La troisième et dernière réserve est plutôt brève mais de portée beaucoup plus vaste. Elle stipule essentiellement que « le Maroc se réserve le droit d’adopter ou de maintenir toute mesure relative aux investissements dans les infrastructures destinées à la radiodiffusion et à la télédiffusion, ainsi qu’à la radio et à la télévision par câble » [*Traduction*], et elle s’applique aux obligations relatives au traitement national, aux prescriptions de résultats, aux dirigeants et au conseil d’administration, ainsi qu’à l’accès au marché. Le libellé de cette réserve permettrait au Maroc d’imposer des exigences de contenu local dans la proportion qu’il

²² Jock Given, Submission to Joint Standing Committee on Treaties Inquiry into the Australian-US Free Trade Agreement (AUSFTA), p. 6 : <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/usafta/subs/SUB147.pdf> , avril 2004.

désire aux investisseurs américains, à condition que l'investissement touche la radiodiffusion, la télédiffusion, ainsi que la radio et la télévision par câble.

Le commentaire évident qui vient à l'esprit, à l'examen général des réserves émises par ces différents États, est que ces dernières reflètent assez exactement la capacité de négociation des pays en question, et que ce sont, comme toujours, les pays les moins en mesure de se protéger qui, au bout du compte, paient le prix le plus élevé. Un autre commentaire pouvant être formulé à la suite de l'examen des réserves est que le principe même d'un gel de la réglementation discriminatoire existante dans le secteur audiovisuel comporte manifestement un piège : ce qui semblerait à première vue être une concession importante des États-Unis écarte également, pour les décideurs, la possibilité d'adopter de nouvelles mesures qu'ils pourraient estimer nécessaires dans l'environnement en ligne et l'environnement hors radiodiffusion. Les réserves de l'Australie à cet égard nous donnent une bonne idée de la pression pouvant être exercée par les États-Unis sur ce secteur dans de futurs accords de libre-échange.

4. Préserver les réseaux numériques du « protectionnisme culturel »

Comme nous l'avons vu dans l'introduction, un des grands objectifs de la nouvelle stratégie des États-Unis dans le secteur audiovisuel consiste à adapter ce dernier aux nouvelles technologies de communication. Il n'est pas étonnant que la plus grande innovation dans les nouveaux accords de libre-échange bilatéraux soit l'inclusion d'un chapitre sur le commerce électronique, construit essentiellement sur le même schéma dans chacun des accords.²³ Celui-ci commence par des observations générales concernant le but et la portée du chapitre, enchaînant ensuite successivement avec des dispositions concernant la fourniture de services par voie électronique, les produits numériques, la transparence et la coopération.

Les observations générales communes à tous les accords traitent de la croissance économique et des possibilités offertes par le commerce électronique ainsi que de l'importance de lever les barrières inutiles qui nuisent à son utilisation et à son développement. En ce qui concerne la fourniture de services par voie électronique, les clauses des cinq accords sont pratiquement identiques. Dans l'accord de libre-échange Singapour - États-Unis, par exemple, « les parties affirment que la fourniture de services par voie électronique s'inscrit dans le champ d'application des obligations contenues dans les dispositions pertinentes des chapitres 8 (Commerce transfrontalier des services), 10 (Services financiers) et 15 (Investissements), et est assujettie aux réserves et exceptions applicables à de telles obligations ». L'expression « par voie électronique » signifie « effectué par traitement informatique ».²⁴ Toutefois, la signification exacte de l'expression « fourniture de services par voie électronique » demeure ambiguë car, dans bien des cas, il est difficile de savoir si un produit culturel particulier constitue un bien ou un service. Dans le secteur culturel, la fourniture de services par traitement informatique comprendrait vraisemblablement les services d'information, les produits multimédias, dans la mesure où ils sont considérés comme des services, la musique et les films téléchargeables ainsi que la radio et la télévision par abonnement ou à la carte, mais exclurait par définition la télévision et la radio traditionnelles transmises par ondes hertziennes. Les obligations de base

²³ Comme le note Sacha Wunsch-Vincent, supra, note 6, p. 30.

²⁴ Article 15.6

applicables aux services culturels livrés par voie électronique sont celles qui figurent dans le chapitre sur les services, soit le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et l'accès au marché, sous réserve des exceptions prévues par les deux parties en ce qui concerne ces obligations. Les dispositions des chapitres sur la fourniture de services par voie électronique ne modifient pas réellement les obligations des parties en vertu des chapitres sur les services. Elles servent simplement à confirmer que le traitement prévu aux chapitres sur les services est acceptable aux fins du commerce électronique. Cela n'est pas étonnant, étant donné la portée bien plus large des chapitres sur les services dans les accords de libre-échange, liée en grande partie à l'utilisation de l'approche dite « des listes négatives » dans ces accords, comparativement à l'approche dite « des listes positives » qui prévaut dans l'AGSC.

Les dispositions relatives aux « produits numériques » sont plus élaborées et composent la partie réellement novatrice de ce chapitre. La définition des « produits numériques » dans les cinq chapitres englobe « les programmes, les textes, les vidéos, les images et les enregistrements sonores informatisés ainsi que d'autres produits encodés numériquement et transmis électroniquement, indépendamment du fait que la partie traite ces produits comme des biens ou des services en vertu de sa législation nationale ». Dans une note annexée à cette définition dans l'accord de libre-échange Chili - États-Unis, on indique « qu'il est entendu » que la définition des produits numériques « ne porte pas préjudice aux discussions qui se déroulent actuellement dans le cadre de l'OMC visant à établir si les produits numériques transmis par voie électronique constituent un bien ou un service ». Comme nous le verrons, les dispositions relatives aux « produits numériques » passent outre à toutes fins utiles à cette distinction, en les assujettissant en pratique aux mêmes obligations. La plupart des produits culturels, y compris les livres et les journaux (et plus particulièrement les produits audiovisuels tels que les films, les émissions de télévision, les productions multimédias et la musique) sont ou peuvent être rendus accessibles en format numérique, la tendance allant vers une numérisation croissante des produits culturels (presque entièrement réalisée dans le cas de la musique et des productions multimédias, et bien entamée dans le cas de la télévision et des films).

Les obligations de base à l'égard des produits numériques se classent en trois catégories mais visent le même objectif, qui est de faire en sorte que de tels produits puissent circuler aussi librement que possible. La première catégorie concerne les droits de douane, la deuxième le traitement national, et la troisième le traitement de la nation la plus favorisée. Les obligations relatives aux droits de douane présupposent que les produits numériques auxquels elles s'appliquent sont des biens et non des services puisqu'en principe seuls les produits matériels font l'objet de droits de douane. Il est interdit aux parties d'appliquer des droits de douane sur les produits numériques de l'autre partie qui sont transmis par voie électronique²⁵. L'accord de libre-échange Singapour - États-Unis et l'Accord de libre-échange de l'Amérique centrale prévoient en outre que cette obligation n'empêche pas les parties d'appliquer des droits de douane aux supports de transmission sur lesquels sont emmagasinés des produits numériques, « à condition que ces droits s'appliquent uniquement au coût ou à la valeur du support de transmission, indépendamment du coût ou de la valeur des produits

²⁵ Le libellé est tiré de l'*Accord de libre-échange Chili – É.-U.*; il diffère de celui de l'*Accord de libre-échange Singapour – É.-U.* qui est plus englobant et rédigé en ces termes : « Les Parties ne pourront pas appliquer de droits de douane ou de redevances douanières à l'importation ou à l'exportation de produits numériques par voie électronique, ou en rapport avec celles-ci ».

numériques emmagasinés sur celui-ci »²⁶. Un « support de transmission » est défini dans le même accord comme « tout objet physique pouvant emmagasiner un produit numérique par toute méthode existante ou mise au point ultérieurement, et à partir duquel un produit numérique peut être obtenu, reproduit ou transmis directement ou indirectement et qui comprend sans s'y limiter les supports optiques, les disquettes et les supports à bande magnétique ».²⁷

L'obligation relative au traitement national est énoncée en termes généraux dans les cinq accords. Elle est rédigée en ces termes dans l'accord Chili – É.-U. :

Une Partie ne pourra accorder un traitement moins favorable à un produit numérique donné qu'à d'autres produits numériques semblables pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

(a) le produit numérique auquel est accordé un traitement moins favorable a été créé, produit, publié, emmagasiné, transmis, offert aux termes d'un contrat, commandé ou d'abord commercialisé sur le territoire de l'autre Partie, ou

(b) l'auteur, l'exécutant, le producteur, le concepteur ou le distributeur du produit est une personne de l'autre Partie.

Cependant, les quatre autres accords vont un peu plus loin en ajoutant à ce texte un troisième motif de discrimination, rédigé en ces termes :

(a) en vue de protéger les produits numériques semblables qui sont créés, produits, publiés, emmagasinés, transmis, offerts aux termes d'un contrat, commandés ou d'abord commercialisés sur son territoire.

Cet ajout, qui emprunte au texte de l'Article III (1) du GATT²⁸, élargit significativement le champ d'application de l'obligation relative au traitement national pour couvrir toutes les mesures adoptées par une partie qui font en sorte que les produits importés ne reçoivent pas un traitement équivalent à celui des produits nationaux, ce qui pourrait inclure des mesures ayant un effet commercial équivalent à des restrictions quantitatives.

Le troisième type d'obligation qui s'applique aux produits numériques est le traitement de la nation la plus favorisée. Le libellé des dispositions des cinq accords à ce sujet est identique. Il prévoit que :

(a) Une Partie ne pourra accorder un traitement moins favorable à un produit numérique créé, produit, publié, emmagasiné, transmis, offert aux termes d'un contrat, commandé ou d'abord commercialisé sur le territoire de l'autre Partie qu'à un produit semblable créé,

²⁶ *Accord de libre-échange Singapour – É.-U.*, Article 14.3 (2) et *Accord de libre-échange de l'Amérique centrale*; la même stratégie s'applique dans l'*Accord de libre-échange Chili – É.-U.* : Voir l'article 3.5.

²⁷ Article 14.5

²⁸ Les Parties contractantes reconnaissent que les taxes nationales et les autres frais, lois, exigences et règlements nationaux touchant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation des produits, ainsi que la réglementation quantitative nationale exigeant la combinaison, le traitement ou l'utilisation des produits en quantités ou en proportions établies, ne doivent pas être appliqués aux produits importés ni aux produits nationaux de façon à protéger la production nationale.

produit, publié, emmagasiné, transmis, offert aux termes d'un contrat, commandé ou d'abord commercialisé sur le territoire d'un pays tiers.

- (b) Une Partie ne pourra accorder un traitement moins favorable à un produit numérique dont l'auteur, l'exécutant, le producteur, le concepteur ou le distributeur est une personne de l'autre Partie qu'à un produit numérique dont l'auteur, l'exécutant, le producteur, le concepteur ou le distributeur est une personne d'un pays tiers.

Comme nous pouvons le constater, l'objectif principal des chapitres sur le commerce électronique, en ce qui concerne le secteur audiovisuel, est de préserver les produits numériques diffusés au moyen de nouveaux médias de communication de tout « protectionnisme culturel ». Il offre la possibilité de gains illimités dans l'avenir en échange de concessions bien définies dans le présent.

Conclusion

Cette analyse des cinq accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en ce qui a trait à leur incidence sur le secteur culturel révèle qu'ils sont étroitement liés de par leur structure, qu'ils ont une réelle incidence sur le secteur culturel et qu'ils font partie d'une stratégie des États-Unis visant à s'assurer que les réseaux numériques demeurent exempts de protectionnisme culturel.

Tout au long de notre étude comparative, il est apparu très clairement que les cinq accords sont construits sur un même modèle. Il existe bien ici et là des différences, mais elles s'expliquent pour une bonne part par le contexte économique propre à chaque État; certaines de ces différences pourraient aussi être le résultat de l'expérience acquise par les États-Unis dans la négociation de ce type d'accord bilatéral de libre-échange « d'une nouvelle génération », les plus récents accords semblant un peu plus contraignants que celui conclu avec le Chili, par exemple.

L'incidence de ces accords sur le secteur culturel est loin d'être négligeable. Ils révèlent non seulement un changement d'approche dans la négociation des concessions, mais également un changement de priorité dans le type de concessions recherchées. La nouvelle stratégie des États-Unis en ce qui concerne le secteur culturel repose en effet sur une vision claire et précise de l'avenir de ce secteur. À leurs yeux, le fait que certaines mesures ne respectent pas les obligations de base en matière de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée et d'accès au marché demeure tolérable à l'intérieur de certaines limites si elles ne visent que le secteur audiovisuel traditionnel car elles sont alors vouées d'une façon ou d'une autre à disparaître. Il n'en va pas de même cependant des mesures visant les produits numériques, car ces derniers sont au cœur de la nouvelle économie des communications. D'où l'importance de veiller à ce qu'ils demeurent exempts de tout protectionnisme culturel. Pour mettre à exécution cette stratégie, les États-Unis proposent maintenant une démarche qui met l'accent sur la libre circulation des produits numériques transmis électroniquement et écarte la dichotomie entre les biens culturels et les services culturels en soumettant l'ensemble des produits numériques aux mêmes obligations de base, (traitement national,

traitement de la nation la plus favorisée et accès au marché)²⁹. Pour faciliter l'acceptation de tels engagements, on autorise les parties contractantes à inscrire des réserves pour protéger leurs mesures culturelles non conformes dans les secteurs des services et de l'investissement et, dans chacun des deux chapitres, une exception est prévue pour les subventions. Mais ces concessions sont plus que compensées par les gains attendus dans le nouvel environnement numérique.

Il est assez clair enfin que la nouvelle stratégie poursuit un objectif politique qui est de contrer les efforts d'un certain nombre d'États en vue d'exclure le secteur culturel en totalité ou en partie des accords bilatéraux ou régionaux de commerce³⁰. Ce fait est explicitement reconnu par Jack Valenti dans un communiqué de presse commentant l'annonce de la conclusion de l'Accord de libre-échange Chili - États-Unis, où celui-ci souligne que « contrairement à certains autres accords commerciaux récents, cet accord évite une approche fondée sur les exceptions culturelles ». ³¹. De plus, il semblerait que la même stratégie visant le même but politique soit utilisée dans d'autres négociations de libre-échange en cours, comme celles avec l'Union Sud-africaine, Bahrain et les États Andins. ³²

Que penser de cette nouvelle stratégie ? Pour répondre à cette question, il nous a semblé approprié de prendre pour point de départ le jugement suivant porté par Jack Valenti et la MPAA sur l'Accord de libre-échange des États-Unis avec le Chili : « L'Accord de libre-échange Chili-États-Unis représente une réussite remarquable en matière d'accès au marché pour l'industrie américaine du film ». ³³ Il ne fait pas de doute à nos yeux que l'industrie américaine du film bénéficiera en vertu de ces accords d'un accès nettement amélioré non seulement au Chili, mais également à Singapour, à l'Amérique centrale, à l'Australie, et au Maroc. Il est beaucoup moins évident en revanche que l'industrie du film de ces derniers pays bénéficiera vraiment d'une amélioration en ce qui concerne l'accès au marché américain dont la consommation de films et de produits audiovisuels étrangers n'a jamais représenté plus de 5 % de la consommation totale du pays. Si on envisage l'impact de ces accords du point de vue de la préservation de la diversité culturelle, il est plus que douteux en fait que celle-ci sorte gagnante de la conclusion de semblables accords.

²⁹ Le libre accès au marché pour les produits numériques passe en grande partie par un engagement à offrir le traitement national et l'interdiction d'appliquer des droits de douane ou d'autres frais sur (ou en relation avec) l'importation ou l'exportation de produits numériques par voie électronique.

³⁰ Les accords bilatéraux de libre-échange conclus par le Canada avec Israël, le Chili et le Costa Rica excluent les industries culturelles du champ d'application des accords, tout comme l'ensemble des accords bilatéraux conclus par le Canada depuis 1996 en matière d'investissements. On retrouve également des dispositions excluant le secteur audiovisuel des chapitres sur les services dans les accords de libre-échange bilatéraux entre l'Union européenne et le Mexique et l'Union européenne et le Chili.

³¹ Voir : <http://www.mpa.org/jack/index.htm>

³² Voir noter 7.

³³ Cet énoncé est tiré de citations favorables à l'accord mentionnées dans un document élaboré au Bureau du Représentant américain au commerce le 11 décembre 2002 concernant l'accord de libre-échange conclu par les États-Unis : <http://www.ustr.gov/new/index.shtml> Pour des commentaires semblables concernant l'Accord de libre-échange Singapour - États-unis, voir : http://www.mpa.org/jack/2003/2003_01_17.htm