

EXCEPTION CULTURELLE, CINÉMA ET COMMERCE

Ivan Bernier

Dans une entrevue qu'il donnait à Montréal en octobre 1995, Kasuyoshi Okuyama, un des plus importants producteurs de cinéma japonais, se plaignait du fait qu'en l'espace de quelques décennies, son pays avait cessé à peu près toute production nationale d'envergure pour se consacrer à la reproduction et à la diffusion d'oeuvres essentiellement américaines¹. Un tel développement, malheureusement, est loin d'être un phénomène isolé. Le portrait que dresse du cinéma européen le rapport du Groupe de travail sur la politique audiovisuelle de l'union européenne, paru en mars 1994, n'est guère plus reluisant à cet égard. Dans son analyse d'une situation qu'il qualifie de "catastrophique", le rapport montre comment, d'une situation où, au milieu des années 1960, 35% des films présentés à l'écran en Europe étaient américains et 60% européens, on est passé en 1993-94 à une situation où plus de 80% des films présentés à l'écran, dans pratiquement tous les États membres de l'Union européenne, sont américains, ce pourcentage atteignant même, pour certains de ces États, plus de 90%². Au Canada, la situation est encore plus problématique, la part de marché des films nationaux, si l'on fait exception du Québec, atteignant en 1993 tout juste 2% alors que celle des films américains atteignait 96% et celle des autres films 2%. Au Québec, la part de marché des films américains s'élevait, la même année, à 83%, celle des films nationaux à 3% et celle des autres films à 14%. Une étude de Wildman et Siwek sur le commerce international du film et des programmes de télévision, parue en 1988, concluait, à partir de quatre critères différents, à la domination de la production cinématographique américaine sur le marché international³. Cette situation n'a fait que s'accroître depuis et est devenue encore plus difficilement tolérable du fait que la pénétration des films étrangers sur le marché américain est absolument minimale.

-
1. "Les défaillances du cinéma japonais", Odile Tremblay, *Le Devoir*, 18 octobre 1995, p. B8
 2. *Report of the Think-Tank on the Audiovisual Policy in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, p. 20.
 3. S. S. Wildman et S. E. Siwek, *International Trade in Films and Television Programs*, 1988, p.116

Ce portrait d'une industrie cinématographique mondiale de plus en plus dominée par la production américaine tend à faire oublier qu'au tout début du siècle, l'industrie européenne du cinéma occupait l'avant plan et que ce n'est qu'à partir des années 20 qu'elle commença à se replier, face à la concurrence des États-Unis. C'est de cette époque que datent les premières interventions de l'Allemagne, de la France et même de l'Angleterre en vue de garantir au cinéma national une part du temps à l'écran, ce qui entraîna naturellement une vive réaction de la part de l'industrie américaine qui obtint le support actif du gouvernement en vue de faire tomber ces restrictions. Au sortir de la Seconde Guerre, un *modus vivendi* sembla avoir été réalisé avec la reconnaissance, dans le cadre du GATT, du droit des États membres de maintenir une réglementation quantitative intérieure sur les films. Cela n'empêcha cependant pas la poursuite de la confrontation avec les États-Unis, ces derniers manifestant à plusieurs reprises par la suite, et de façon de plus en plus explicite, leur opposition à toute forme de restrictions des échanges dans le domaine de l'audiovisuel. Le débat du début des années soixante sur les films et programmes enregistrés destinés à la télévision, les plaintes américaines relatives à l'industrie du cinéma dans le catalogue des barrières non tarifaires constitué par le Secrétariat du GATT au début des années 70, la plainte portée par les États-Unis devant le GATT contre la directive "Télévision sans frontière" à la fin des années 80 et enfin le débat sur la clause d'exception culturelle dans les dernières années des négociations de l'Uruguay Round, marquent les principales étapes de cette confrontation⁴.

La polémique sur les quotas culturels et la clause d'exception culturelle, qui est loin d'être terminée, aura au moins eu l'avantage de susciter un débat sur la justification des interventions de soutien et de protection de l'État dans le domaine culturel ainsi que sur l'attitude à prendre, par rapport à ce genre d'intervention, dans les accords commerciaux internationaux. Jamais n'aura-t-il été autant question de clauses d'exception culturelle que depuis ces cinq dernières années, et le nombre surprenant d'articles publiés sur le sujet, en Europe comme en Amérique du Nord, témoigne

4. Sur l'évolution du débat relativement à la place des produits culturels dans le cadre du GATT, voir Ivan Bernier, "Commerce international et cultures nationales : le débat sur la clause d'exception culturelle dans les négociations de l'Uruguay Round", dans Mario Beaulac et François Colbert (sous la direction de), *Industries culturelles nationales et mondialisation des marchés*, École des hautes études internationales, Montréal, 1993, pp. 45-76.

bien, non seulement de l'intérêt que continue de soulever ce problème, mais aussi de la place importante qu'il est en voie de prendre sur la scène internationale⁵.

Pour faire le point donc sur l'avenir des clauses d'exception culturelles dans les accords commerciaux internationaux, en ayant en particulier à l'esprit la situation du cinéma, nous chercherons dans un premier temps à voir de quelle façon sont présentement considérés les produits culturels dans les accords commerciaux internationaux ; on pourra constater alors que leur statut demeure toujours très ambiguë, et ce aussi bien dans les textes que dans la pratique. Nous pencherons ensuite sur les différents arguments qui ont été avancés relativement à l'intervention protectionniste de l'État en faveur de ses industries culturelles, et enfin, à la lumière de ces arguments, nous dégagerons l'éventail des solutions possibles en vue d'identifier celles qui semblent les plus plausibles.

-
5. Voir entre autres, pour obtenir une idée partielle des nombreuses études parues sur le sujet, W. L. Northcote, "The Treatment of Culture and Cultural Industries Under the Canada-U.S. Free Trade Agreement and in the European Community", (1991) 2 *Media and Communications Law Review*, p. 27 à 34; Vincenzo Salvatore, "Quotas on T.V. Programs and EEC Law", (1992) *Common Market Law Review*, 967; A. Lange, «"Descartes, c'est la Hollande". La Communauté européenne : culture et audiovisuel", *Quaderni*, No 19, hiver 1993, p. 83; Richard Collins, "The Screening of Jacques Tati : Broadcasting and Cultural Identity in the European Community" (1993) *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol 11, p. 361; Hans-Peter Siebenhaar, "Européanisation ou Américanisation ? Options pour la promotion de la production audiovisuelle en Europe", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, No 379, juin 1994; Laurence G.C. Kaplan, "The European Community's 'Television Without Frontiers' Directive : Stimulating Europe to Regulate Culture", (1994) *Emory International Law Review*, Vol. 8, p. 255; Lisa L. Garret, "Commerce versus Culture : The Battle Between the United States and the European Union Over Audiovisual Trade Policies", (1994) *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Vol. 19, p. 353; W. Ming Shao, "Is There no Business Like Show Business ? Free Trade and Cultural Protectionism", (1995) *Yale Journal of International Law*, Vol 20, p. 105; Kirten L. Kessler, "Protecting Free Trade in Audiovisual Entertainment : A Proposal for Counteracting the European Union's Trade Barriers to the U.S. Entertainment Industry's Exports", (1995) *Law and Policy in International Business*, Vol 26, No 2, p. 563; Jonas M. Grant, "Jurassic Trade Dispute : The Exclusion of the Audiovisual Trade Sector from the GATT", (1995) *Indiana Law Journal*, Vol 70, p. 1333; Ivan Bernier et Jean-François Lamoureux, "Les politiques culturelles du Canada et du Québec, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)", dans *Les politiques culturelles à l'épreuve - La culture entre l'État et le marché*, sous la direction de Florian Sauvageau, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 13.

I. Le traitement ambiguë du film dans les accords commerciaux internationaux

Qu'il soit visé expressément, ou dans un cadre plus large comme celui des services audiovisuels ou des services culturels, le fait est que le film fait l'objet de mesures d'exception dans un certain nombre d'accords multilatéraux, la plupart rattachés à l'OMC, ou encore régionaux, comme l'ALENA. Une revue rapide de ces divers régimes d'exceptions nous permettra de déterminer de façon plus précise dans quel mesure le film, à titre de produit ou de service culturel, y est perçu comme devant faire l'objet d'un traitement particulier.

a) Le GATT de 1947 et le GATT de 1994.

Les préoccupations de l'OMC à l'égard de la culture et des produits culturels ne sont pas un phénomène récent. Bien au contraire, on retrouve déjà dans le texte original de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* adopté en 1947 une disposition, l'article IV, qui montre bien jusqu'à quel point l'on était sensible à cette époque au danger que peut représenter pour les cultures nationales une mise en oeuvre sans nuances du principe de la libre circulation des biens. Cette disposition, relativement peu connue, stipule qu'une partie contractante peut maintenir une réglementation quantitative intérieure comportant l'obligation de projeter, pour une période de temps déterminée, des films d'origine nationale pendant une fraction minimum du temps total de projection effectivement utilisé; mais les contingents à l'écran, est-il précisé, devront faire l'objet de négociations tendant à en limiter la portée, à les assouplir ou à les supprimer .

La disposition en question, suggère Jackson, fût insérée parce que de telles réglementations restrictives étaient perçues comme étant "more related to domestic cultural policies than to economics and trade"⁶. Derrière le langage technique de celle-ci, il faut voir surtout un effort en vue de réconcilier deux objectifs à première vue incompatibles, soit celui de faciliter les échanges en éliminant

6. JACKSON, John H., *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, Kansas City, New York, The Bobbs Merrill Co. Inc., 1969, p. 293.

de façon générale la discrimination entre produits étrangers et produits domestiques et celui de protéger une production minimum viable dans le domaine du film.

L'intérêt premier de cette clause, toujours en vigueur dans le GATT de 1994, réside non pas tant dans son efficacité comme mesure de protection d'une industrie cinématographique nationale (assez peu d'États finalement ont recours aux quotas à l'écran comme mécanisme de protection de leur industrie cinématographique), mais plutôt dans sa reconnaissance explicite de la spécificité du film en tant que produit entrant dans le commerce international. Assez curieusement (on peut se demander en fait s'il ne s'agit pas là d'une erreur de la part des États-Unis), l'ALENA, en incorporant par référence l'article III du GATT au complet, se trouve effectivement à reconnaître le même droit à ses États membres de maintenir une réglementation quantitative intérieure sur les films cinématographiques⁷.

7. L'article 301 de l'ALENA, en effet, incorpore intégralement à l'accord l'article III du GATT, lequel, à son paragraphe 10, prescrit que "[l]es dispositions du présent article n'empêcheront pas une partie contractante d'établir ou de maintenir une réglementation quantitative intérieure sur les films cinématographiques impressionnés, conforme aux prescriptions de l'article IV"

b) Le film au regard de l'Accord général sur le commerce des services (GATS).

Le GATS, contrairement à ce que l'on a laissé entendre à une certaine époque, ne comporte pas de clause d'exception culturelle. Néanmoins, le cinéma, en tant que service audiovisuel visé par cet accord, bénéficie de certaines dispositions qui permettent le maintien de mesures nationales autrement incompatibles avec l'engagement de base des parties d'octroyer le traitement de la nation la plus favorisée, ou permettent le maintien, dans des secteurs où aucun engagement spécifique n'a encore été pris, de mesures incompatibles avec le principe du traitement national ou qui viennent limiter l'accès au marché intérieur .

Le principal engagement des parties signataires de l'*Accord général sur le commerce des services* se retrouve à l'article II, paragraphe 1 qui décrète ce qui suit:

1. En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent Accord, chaque Partie accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de toute autre Partie, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

Cette obligation d'octroyer le traitement de la nation la plus favorisée n'est pas absolue toutefois. Le paragraphe 2 du même article, prescrit qu'une Partie pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe relative aux exemptions à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont énoncées dans ladite annexe. Les conditions en question prévoient que les exemptions accordées doivent être réexaminées cinq ans au plus tard après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC lorsqu'elles sont d'une durée de plus de cinq ans et que l'exemption d'une Partie à ses obligations au titre de l'article II :1 ne devrait pas "en principe" dépasser une période de dix ans.

Pour bien comprendre l'importance de cette exception dans le cas du film, il suffit de rappeler que nombre de pays se trouvent présentement liés par des accords bilatéraux de co-production cinématographique qui dérogent ouvertement au principe du traitement de la nation la plus favorisée, ou encore sont parties à des accords destinés à favoriser le développement de l'industrie cinématographique à l'intérieur d'une région donnée. Or, et c'est là un fait révélateur d'une perception

assez largement répandue de la spécificité du film en tant que produit entrant dans le commerce international, il faut savoir que pas loin de 25 Parties ont fait inscrire des réserves relativement à de tels accords, dont un bon nombre de pays d'Amérique du Sud, l'ensemble des pays nordiques, le Canada et la Communauté européenne. Et dans la plupart de ces cas, la justification première pour le maintien de ces mesures n'était rien d'autre que le maintien d'une identité et d'une culture régionale ou linguistique (latino-américaine, arabe, nordique, francophone).

Les dispositions les plus importantes de l'*Accord général sur le commerce des services*, celles touchant à l'accès au marché et au traitement national, se retrouvent à la partie III de ce dernier qui traite des engagements spécifiques des Membres. Suivant en cela le schéma originalement mis au point dans l'Accord du GATT de 1947 pour le commerce des biens, le nouvel accord sur les services prévoit, en effet, qu'en plus des engagements généraux incorporés aux parties I et II, les parties signataires devront assumer des engagements spécifiques concernant la libéralisation des échanges de services dans des secteurs de leur choix en réponse aux demandes des autres parties contractantes. Les partenaires visés ne sont pas obligés d'accéder à ces demandes, mais ils ont alors à assumer les conséquences de leur refus de négocier au niveau de leur propres demandes d'ouverture des marchés. Les principaux engagements qu'ils acceptent, en inscrivant une catégorie donnée de services dans leur liste, concernent l'accès au marché et l'octroi du traitement national, sujet dans les deux cas à des exceptions clairement explicitées dans la liste. C'est dans ce contexte précis qu'il faut situer la demande adressée par les Etats-Unis à la Communauté européenne d'éliminer les quotas audiovisuels autorisés par la directive "Télévision dans frontières". Les parties signataires acceptent également, aux termes de l'article XIX, d'engager des séries de négociations successives en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation, la première devant débiter au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

Assez peu de membres de l'OMC ont assumé à ce jour des engagements spécifiques en matière de services culturels, ce qui est révélateur encore une fois d'une certaine réticence à prendre des engagements relativement à un type de production qui est souvent perçu comme ne répondant pas à des impératifs exclusivement commerciaux. En fait, le secteur culturel apparaît comme l'un de

ceux où les Membres ont été les plus réticents à s'engager. Un document sur les résultats de l'Uruguay Round préparé par le Secrétariat du GATT fait état à cet égard d'engagements de la part de seulement 3 pays développés et 10 pays en voie de développement en ce qui concerne la production et la distribution de films et de vidéos, ainsi que d'engagements de 2 pays développés et 4 pays en voie de développement en ce qui concerne la production pour la télévision⁸. Il n'est pas impossible que lors des prochaines négociations sur les services, qui débiteront dans moins de cinq ans, les Etats-Unis, ainsi que d'autres États peut-être, comme le Japon, présentent des demandes concernant la libéralisation des échanges de produits culturels en général et des produits audiovisuels en particulier. Mais si de telles demandes devaient demeurer encore une fois largement sans réponse, il faudrait y voir une indication claire que les services culturels, dont le cinéma, ont effectivement quelque chose de spécifique.

c) Le film dans l'ALENA

L'annexe 2106 de l'ALENA stipule que les droits et obligations prévus à l'article 2005 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE), dans le domaine culturel, continueront de s'appliquer entre les deux mêmes pays sous l'ALENA et s'appliqueront également entre le Canada et le Mexique ainsi qu'entre le Canada et tout autre pays qui pourrait se joindre à l'ALENA. Toute évaluation de la portée de cette annexe exige donc au départ un examen attentif de la portée de l'article 2005 de l'ALE⁹.

L'article 2005, à son paragraphe 1, établit que «les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse...». Si on laisse de côté ces exceptions, il

8. GATT, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations - Market Access for Goods and Services: Overview of the Results*, Genève, novembre 1994, p. 80.

9. Les propos qui suivent sur l'article 2005 de l'ALE et 2106 de l'ALENA sont un condensé d'un développement plus long paru dans I. BERNIER et A. MALÉPART, "Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle" dans *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 6, no 2, 1994, pp. 139-171.

appert donc que les Parties, aux termes de l'article 2005(1), conservent toute latitude pour intervenir en faveur de leurs industries culturelles. Cette exemption de caractère générale doit être interprétée à la lumière de la définition que l'article 2012 donne de l'expression «industrie culturelle», laquelle inclut, à son paragraphe b) "la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo". Cependant, si le paragraphe 1 de l'article 2005 établit très clairement que les industries culturelles, telles que définies à l'article 2012, sont exemptées des dispositions de l'ALE, le paragraphe 2 du même article apporte un sérieux tempérament à cette exemption. Ce dernier se lit ainsi:

2. Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1.

Cette dernière disposition contredit dans les faits l'affirmation du paragraphe 1, car elle sanctionne le non-respect d'obligations dont les parties se trouvent en principe exemptées. Pour savoir si des mesures d'effet commercial équivalent peuvent être prises, en effet, il faut d'abord procéder comme si les industries culturelles décrites à l'article 2012 étaient visées par l'accord et se demander ensuite si des mesures qui leur sont applicables vont d'une façon ou d'une autre à l'encontre de l'ALE. Lorsqu'une Partie adopte ou maintient effectivement une mesure relative à une industrie culturelle couverte par l'article 2012 qui serait incompatible avec les exigences de l'ALE si ce n'était de l'exemption de l'article 2005(1), alors il devient loisible à la discrétion de la Partie plaignante et sans autre forme d'enquête, de recourir à des mesures commerciales compensatoires.

Si la clause d'exemption culturelle de l'ALENA, applicable exclusivement dans les relations entre le Canada et les États-Unis et le Canada et le Mexique, peut être considérée comme une acceptation explicite de la spécificité des produits culturels, force est de reconnaître que la très grande latitude qu'elle accorde en ce qui concerne le recours aux mesures d'effet commercial équivalent vient en limiter sérieusement la portée en forçant la Partie qui l'utilise à assumer le coût économique de cette dérogation. Même assortie de cette balise, cependant, la clause en question est vite apparue au secteur des industries culturelles américain comme une aberration à ne pas reproduire. C'est ainsi que le Mexique, qui se sentait beaucoup moins menacé culturellement parlant que le Canada, a dû se contenter d'un nombre limité de réserves dans le domaine culturel qui ne sont toutefois pas sujettes

à des mesures d'effet commercial équivalent¹⁰. Plus récemment, dans le cadre des négociations sur l'accession du Chili à l'ALENA, la Motion Picture Association of America annonçait qu'elle avait demandé au Représentant américain au commerce de réouvrir le dossier de la culture dans l'ALENA, ce qui entraîna immédiatement une vive réaction de la part du Canada¹¹. Même dans le contexte de l'ALENA, la clause d'exception culturelle n'apparaît donc pas comme quelque chose d'entièrement acquis du côté américain, encore que sa survie en tant que telle ne semble pas véritablement menacée¹².

d) Le film dans les codes de l'O.C.D.E.

Le *Code des opérations invisibles courantes* de l'O.C.D.E, qui couvre tout un complexe d'activités de services, vise spécifiquement le secteur de l'audiovisuel, autorisant dans ce dernier cas le recours aux quotas à l'écran ainsi que les aides à la production¹³. De plus, les États signataires ont le droit de faire inscrire des réservations en ce qui concerne leurs engagements dans le secteur de l'audiovisuel, ce qu'un pays comme le Canada, par exemple, n'a pas hésité à faire. De façon générale, le code manifeste une évidente préférence en faveur des interventions qui prennent la forme d'aides à la production plutôt que de quotas à l'écran, cette préférence s'exprimant en particulier dans la

-
10. En ce qui concerne plus particulièrement l'industrie du cinéma, il est prévu que 30 p. 100 du temps de projection annuel de chaque cinéma doit être réservé aux films produits par des mexicains, soit au Mexique, soit à l'extérieur du Mexique : *Accord de libre-échange nord-américain*, annexe I-M-22
 11. "U.S. seeks new NAFTA talks", *The Globe and Mail*, 24 août 1995, p. B1.
 12. L'attitude ambivalente de l'ALENA à l'égard de la culture et des produits culturels contraste avec celle du MERCOSUR qui a mis sur pied un comité technique sur la culture. En mars 1995, lors de la première réunion technique de ce comité, au cours de laquelle il fût question entre autres choses des problèmes de distribution dans le domaine du film, un mémorandum d'entente fût adopté prévoyant la préparation d'un projet de convention de coopération culturelle à être soumis aux États membres : voir *Boletim de integraçao latino-americana*, 1995,
 13. M.-F. Houde, "The OECD Liberalization Instruments and the Audiovisual Sector", Société de droit international économique, Canada, *Bulletin SDIE Bulletin*, Vol. 6, No 2, p. 13.

reconnaissance explicite du fait que les aides au secteur audiovisuel peuvent être maintenues pour des raisons "culturelles", ce qui n'est pas affirmé dans le cas des quotas. Même en ce qui concerne les aides, toutefois, il est précisé qu'elles ne peuvent être maintenues qu'à conditions qu'elles n'entraînent pas de distorsions sur les marchés d'exportation. Faisant le point sur les instruments de libéralisation de l'OCDE et le secteur de l'audiovisuel en 1993, l'administrateur principal de cette organisation présentait l'objectif poursuivi comme étant de traiter dans la mesure du possible les services audiovisuels comme une activité comparable à n'importe quelle autre, tout en reconnaissant l'existence de certaines contraintes de nature non économique¹⁴.

Tout récemment, l'ambiguïté qui caractérise la position de l'OCDE sur le traitement à accorder aux services audiovisuels dans les accords commerciaux internationaux ressortait à nouveau à l'occasion du lancement des négociations relatives à un projet de nouveau code sur les investissements. En réponse à une demande de l'Union européenne que le projet de code en question incorpore une clause d'exception culturelle, les États-Unis répliquaient en affirmant catégoriquement qu'il n'était absolument pas qu'une telle clause trouve place dans le dit accord¹⁵.

Ainsi donc, lorsqu'on examine de près la position des produits culturels dans les accords commerciaux internationaux, ce qui ressort d'abord et avant tout est une absence de véritable consensus sur la façon de les aborder. Cette ambivalence, qui s'est manifestée on ne peut plus clairement dans le débat sur la clause d'exception culturelle à la fin des négociations de l'Uruguay Round, indique clairement que tout effort en vue de faire accepter, dans les accords commerciaux internationaux, des clauses qui auraient pour objet d'assurer une protection de base aux industries culturelles nationales doit s'appuyer sur des arguments convaincants. Voyons donc les principaux arguments qui ont pu être avancés à date sur cette question.

II. Intervenir ou ne pas intervenir pour protéger les industries culturelles : les arguments

14. Idem.

15. Voir BNA, *International Trade Reporter*, Vol 12, p. 882 (24 mai 1995)

Parmi les arguments susceptibles de justifier une intervention de l'État en faveur de ses industries culturelles, il faut distinguer ceux qui reposent sur une logique essentiellement politique et ceux qui reposent sur une logique plutôt économique.

A) Les arguments politiques

Les arguments en question se ramènent fondamentalement à deux, à savoir, l'argument de l'identité nationale et l'argument démocratique.

i) *L'argument de l'identité nationale*

Le motif le plus fréquemment avancé pour justifier l'intervention de l'État en faveur de ses industries culturelles est un motif politique, celui de la préservation de l'identité nationale¹⁶. En faisant de la présence sur leur territoire d'industries culturelles dynamiques une condition essentielle à la sauvegarde de la culture et de l'identité nationale, il est clair que les gouvernements ne visent pas uniquement la mise en place de politiques susceptibles d'encourager la production nationale de biens culturels, mais ont aussi à l'esprit des politiques pouvant aller jusqu'à restreindre la pénétration de produits culturels étrangers lorsque celle-ci menace l'existence même d'une telle production nationale de produits culturels¹⁷. C'est ainsi que différents rapports d'enquête sur les industries culturelles en général, réalisés notamment en France, au Canada, en Grande Bretagne et dans l'Union européenne, ont clairement fait état du danger que représente pour les cultures nationales une pénétration massive des produits culturels américains. Pour Richard Collins, qui s'est intéressé de près à l'action de l'Union européenne dans ce domaine,

16. A. Marvesti, Dans "International Trade in Cultural Goods : A Cross-Sectional Analysis" (1994) 18 *Journal of Cultural Economics*, p. 135, écrit : However, the main policy objective in protecting domestic production of cultural products is to strengthen feelings of national identity".

17. Atkinson, Dave, "Télévision, entertainment et cultures nationales. Des questions sans réponses", dans D. Atkinson, I. Bernier et F. Sauvageau, *Souveraineté et protectionisme en matières culturelles*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1991, p. 29.

The European Parliament's prioritization of "cultural identity" over economic and industrial factors as a policy issue is striking but representative. Terms such as "cultural identity", "national culture" and "national identity" are pervasively invoked as a basis for public policy with respect to various forms of cultural production of which the audiovisual sector - film and television - is the most important"¹⁸.

Deux critiques en particulier sont formulées à l'encontre de ce point de vue. La première est à l'effet que la pénétration des produits culturels étrangers sur un territoire national n'a qu'un impact très restreint sur les cultures nationales, les consommateurs de ces produits prenant presque toujours une certaine distance par rapport au contenu de ceux-ci¹⁹. La seconde est à l'effet que toute intervention de l'État en faveur de ses industries culturelles en vue de protéger l'identité nationale suppose au départ une perception relativement claire de ce qui caractérise cette identité, laquelle fait généralement défaut, où alors se ramène à des généralités qui n'ont rien de vraiment caractéristique. C'est précisément ce qu'ont fait valoir les États-Unis, dans le débat sur la directive "Télévision sans frontière", en mettant en doute l'existence d'une véritable identité culturelle européenne²⁰. Néanmoins, le fait demeure que pour bon nombre d'États, la préservation de quelque chose que l'on appelle l'identité nationale demeure une préoccupation importante.

ii) *L'argument démocratique*

Conscients de la difficulté de fonder l'intervention de l'État en faveur de ses industries culturelles sur une argumentation liée exclusivement à l'identité, certains auteurs, influencés entre

Collins, *supra* note 5, p. 361.

- 19 Voir par exemple Elihu KATZ et Tamar Liebes, "Moyens de défense et vulnérabilités : typologie de la réaction des téléspectateurs face aux émissions de télévision importés", dans Dave ATKINSON, Ivan BERNIER et Florian SAUVAGEAU, sous la direction de, *Souveraineté et protectionnisme en matière culturelle*, Québec, Presses de l'Université du Québec et Centre québécois de relations internationales, 1991, p.147.
20. Voir à ce sujet J. Filipek, "Culture Quotas : The Trade Controversy over the Community's Broadcasting Directive". (1992) 28 *Stanford Journal of International Law*, p. 323 à 359.

autres par le discours de l'UNESCO sur le développement culturel, ont mis de l'avant une conception de la place des industries culturelles au sein d'une société qui fait de celles-ci un instrument essentiel du débat démocratique. Un chercheur australien, John Sinclair, exprime ainsi leur importance :

Les industries culturelles sont des industries qui produisent des biens ou des services qui expriment d'une façon ou d'une autre la manière de vivre d'une société, comme le film et la télévision, ou encore qui occupent une place particulière dans son système de communications sociales, comme la publicité ou la presse. Ce sont des industries qui expriment et transposent la vie sociale en musique, en mots et en images. Elles offrent les termes et les symboles qui façonnent notre pensée et notre discours à propos de nos différences sociales, du désir de divers groupes d'être reconnus, de l'affirmation et de la contestation des valeurs sociales, et enfin de l'expérience du changement social²¹. [notre traduction]

Cette conception de la place des industries culturelles dans une société se rapproche effectivement de celle mise de l'avant par l'UNESCO lors de la proclamation en 1987 de la "Décennie mondiale du développement culturel". Dans le document de présentation de cette décennie mondiale, on peut y lire l'affirmation suivante :

La participation à la vie culturelle est la traduction, au plan des valeurs, de la participation de tous à la vie publique et au développement des sociétés. C'est pourquoi, sans l'exercice effectif des droits culturels, il ne saurait y avoir de démocratie culturelle véritable et peut-être même, en fin de compte, de démocratie politique authentique²²

21. J. Sinclair, "Media and Cultural Industries : An Overview", *CIRCIT Newsletter*, Vol. 4, No 5, août 1992, p. 3-4.

22. UNESCO, "Qu'est-ce que la décennie mondiale du développement culturel", dans *Guide pratique de la décennie mondiale du développement culturel 1988-1997*, Vendôme, Presses universitaires de France, 1987, annexe, p. 22.

Les industries culturelles, donc, au même titre que l'éducation, apparaissent susceptibles de permettre à l'individu de s'émanciper et au citoyen qu'il est de s'adapter et de participer à la vie des milieux et des collectivités dans lesquels il opère. Ainsi envisagé, l'argument démocratique rejoint certains des arguments mis de l'avant par les économistes, en particulier ceux relatifs au fait que les produits culturels constituent des biens publics parce qu'ils contribuent à éduquer et que l'éducation elle-même est un prérequis à toute participation responsable au processus démocratique.

L'argument démocratique n'est pas un argument qui s'intéresse en tant que tel aux problèmes reliés à la circulation internationale des produits culturels. C'est un argument qui vise plutôt à justifier l'intervention de l'État lorsque celle-ci apparaît indispensable à la mise en place d'un espace public permettant la participation de tous les citoyens à la vie culturelle. Néanmoins, il ne fait pas de doute qu'un tel argument peut tout aussi bien justifier des interventions à caractère protectionniste s'il appert que celles-ci sont nécessaires pour conserver ou redonner une voix aux producteurs culturels nationaux. N'est-ce pas un peu dans cette perspective que bon nombre d'états ont adopté des législations visant à réserver la propriété des entreprises de radiodiffusion à leurs propres ressortissants ?

B) Les arguments économiques

Les arguments économiques, plus diversifiés et plus nombreux, ont été regroupés ici dans trois catégories, à savoir ceux qui sont liés aux caractéristiques essentielles du produit ou arguments intrinsèques, ceux liés aux défaillances du marché ou arguments extrinsèques et enfin ceux qui justifient l'intervention de l'État en faveur de ses industries nationales à partir d'arguments empruntés ce qu'il est convenu d'appeler "la nouvelle théorie du commerce international" .

i) *Les arguments liés aux caractéristiques du produit ou arguments intrinsèques.*

Un premier argument lié aux caractéristiques des produits culturels veut que certaines catégories de biens et de services méritent d'être encouragés et supportés, tant au plan de leur

production que de leur consommation, sans égard au fonctionnement du marché, parce qu'ils ont une valeur intrinsèque trop importante aux yeux de la société. C'est un argument qui a été repris par exemple, au Canada, dans le Rapport du Comité d'étude de la politique culturelle fédérale de 1982²³. Entre autres motifs pour accorder une importance particulière aux produits culturels, on retrouve le prestige, lié à une production culturelle de haut niveau, ou encore les retombées pour les générations futures, qui continueront de bénéficier souvent pendant de très nombreuses années de la production culturelle du passé²⁴. La principale critique adressée à cette approche est qu'elle repose sur un jugement relativement à l'importance des produits culturels qui est plus souvent qu'autrement celui d'une élite qui décide en fonction de ses propres critères²⁵.

Un second argument lié aux caractéristiques des produits culturels veut que ceux-ci soient considérés différemment des autres produits parce qu'ils constituent des "biens publics" plutôt que des "biens privés". Dans sa définition la plus courante, un "bien public" est un bien accessible à tous sans que son usage par un agent quelconque ne remette en cause sa disponibilité pour les autres, tels que les routes ou la défense. Un tel bien, lorsqu'il est fourni à certains, se trouve offert à tous, qu'ils le veuillent ou non. Dans le cas d'un bien public pur, on considère justifié au plan économique que l'État prenne en charge la fourniture de ce bien pour en répercuter ensuite le coût sur l'ensemble de la population par le moyen d'une taxe. Un bien "privé", par opposition, est un bien dont le coût de production est directement relié au nombre de personnes qui consomment le bien. Appliquée au secteur des produits culturels, cette distinction conduit à considérer les produits de l'audiovisuel, la télévision en particulier, comme des produits mixtes mais plus près des biens publics que des biens privés, parce que l'addition d'un spectateur supplémentaire n'entraîne pratiquement aucune

23. Gouvernement du Canada, Ministère des Communications, *Rapport du Comité d'étude de la politique culturelle fédérale*, 1982

24. Voir à ce sujet Kresl. Peter K., (1990) "Cultural Goods as a Trade Irritant Between the European Community and the United States", Paper presented at the 6th International Conference on Cultural Economics, Umeå.

25. Voir David Cwi, "Public Support of the Arts : Three Arguments Examined", (1980) 4 *Journal of Cultural Economics*, p. 39 à 43-52.

augmentation dans les coûts de production. Mais la distinction perd rapidement de son intérêt lorsqu'on se penche sur les conséquences concrètes d'une classification des produits de l'audiovisuel parmi les biens "publics". Il ne peut manifestement pas être question, dans leur cas, de mettre en place un système public chargé de la fourniture de ces services avec répercussion du coût sur l'ensemble de la population. Reste la possibilité que l'État compense financièrement les producteurs pour la consommation élargie de leur produits. Mais encore faut-il établir que l'ensemble des consommateurs tirent un bénéfice des produits culturels fournis, ce qui est une question qui relève plutôt des analyses liées aux défaillances du marché

ii) *Les arguments liés aux défaillances du marché ou arguments extrinsèques*

Divers arguments liés aux défaillances du marché ont été avancés en vue de justifier l'intervention des gouvernements en faveur de leurs industries de façon générale. Nous nous pencherons ici sur trois de ces arguments qui sont particulièrement pertinents à l'étude du secteur de l'audiovisuel, à savoir l'existence d'externalités, l'abus de position dominante et enfin les empêchements structurels. Nous nous contenterons d'exposer brièvement ici l'essentiel de ces arguments.

- Les externalités

L'argument économique fondé sur les défaillances du marché justifie l'intervention de l'État en faveur des industries culturelles par le fait entre autres que les producteurs de biens culturels font bénéficier la collectivité de bienfaits qui débordent la rémunération qu'ils en reçoivent eux-mêmes. Ces bienfaits non rémunérés ou "externalités", on les retrouve par exemple dans le prestige qu'apporte à l'État sa production culturelle, dans le fait qu'une production culturelle dynamique influence les décisions d'investissement et attire les consommateurs ainsi que les touristes, dans le fait que les

produits culturels jouent un rôle important dans l'intégration des individus au sein d'une société, etc²⁶.

Les critiques de la théorie économique à l'encontre de cet argument ont surtout trait au fait qu'il repose sur des hypothèses difficilement vérifiables et qu'il pourrait être étendu sans difficulté à nombre d'autres produits. Ces critiques soulignent en particulier la difficulté de mettre en oeuvre des politiques responsables et efficaces sur la seule bases de considérations aussi imprécises. Ce qui explique que l'argument des externalités est souvent invoqué concurremment avec les arguments liés aux caractéristiques du produit, dont il se rapproche beaucoup.

- L'abus de position dominante

L'abus de position dominante est un argument qui a souvent été mentionné, particulièrement en rapport avec l'industrie cinématographique, pour justifier les clauses d'exception culturelle²⁷. On fait valoir alors que de telles mesures sont nécessaires en vue de contrer les pratiques déloyales des producteurs américains qui abusent de leur position dominante dans le secteur de la distribution pour imposer des conditions qui favorisent leurs producteurs au détriment des producteurs étrangers. De fait, force est de reconnaître que le contrôle des réseaux de distributions par les majors américains dans certains pays est tel que l'on peut difficilement parler d'une véritable concurrence dans ce domaine. Le Canada plus spécialement est victime de ce type de situation qui a atteint un point tel que lorsque les grandes sociétés de distribution affiliées aux "majors" négocient des ententes de distribution avec des producteurs de films étrangers, elles vont jusqu'à exiger une clause d'exclusivité pour l'ensemble de l'Amérique, y compris le Canada. Mais le Canada n'est pas la seule victime d'une telle situation. À en juger par le Rapport du groupe de travail sur la politique audiovisuelle de l'Union européenne, qui concluait en 1994 que la carrière des films européens était de plus en plus sacrifiée

26. Idem, p. 42.

27. Voir en particulier à ce sujet W. Ming Shao, "Is There No Business Like Show Business ? Free Trade and Cultural Protectionism", (1995), 20 *Yale Journal of International Law*, p. 105 à 131.

aux intérêts des sociétés de distribution américaines, il ne semble pas que la situation soit plus rose en Europe.

L'argument de l'abus de position dominante est un argument qui n'est pas dépourvu de force. Lorsqu'on connaît le caractère très intégré de l'industrie américaine du cinéma, lorsqu'on sait que les tribunaux avaient forcé, au sortir de la Seconde Guerre, les majors à se départir de leurs intérêts dans les salles de cinéma américaines en vue de rétablir une certaine concurrence, ce qui les amena aussitôt à se tourner de bord pour investir dans les réseaux de salles à l'étranger, lorsqu'on considère leur position de force au niveau de la distribution dans plusieurs pays étrangers, on est quelque peu surpris du petit nombre de poursuites pour abus de position dominante intentées contre les majors hors des États-Unis. Au Canada, en 1930, le gouvernement s'était bien penché sur la question de savoir si ce type d'intégration verticale ne constituait pas une atteinte illégale à la concurrence; mais l'accusation formelle qui devait faire suite à cette enquête fût rejetée par la Cour suprême de l'Ontario pour le motif que l'on n'avait pas prouvé l'intention criminelle²⁸. Plus récemment une nouvelle enquête était ouverte sur des faits assez semblables ; mais celle-ci devait avortée lorsque le plaignant, qui s'était associé entre temps à une entreprise anglaise pour pénétrer le marché américain, abandonna sa poursuite²⁹.

- Les empêchements structurels

La notion d'«empêchements structurels» fait référence à des entraves à l'importation qui ne découlent pas de barrières tarifaires ou non tarifaires en tant que telles, mais bien plutôt de l'organisation de l'économie interne d'un pays et de son fonctionnement pratique. C'est une notion qui a été développée en particulier par les États-Unis qui y ont eu recours à plusieurs reprises pour tenter d'obtenir une ouverture plus large du marché japonais pour ses produits industriels, la dernière tentative concernant plus spécialement les produits de l'automobile. Cette démarche, qui a fait l'objet

28. *Rex vs. Famous Players*, Ontario Reports, 1932, p. 307.

29. L'annonce de cette nouvelle enquête était rapportée dans le journal *Le Soleil*, 16 janvier 1986.

d'une plainte du Japon devant l'OMC, s'est soldée finalement par un accord en vertu duquel le Japon s'est engagé à augmenter le nombre de concessionnaires japonais vendant des voitures étrangères, lequel devrait passer de 200 en 1996 à 1000 cinq ans plus tard, et également à acheter pour 9 milliards de dollars américains de pièces détachées, soit une hausse de 50%. Même s'il l'argument des "empêchements structurels" est un argument orienté davantage vers l'ouverture des marchés étrangers que vers la protection du marché domestique, il est clair qu'il est destiné à profiter en dernier ressort à l'industrie domestique dans la mesure où il lie l'ouverture du marché interne à une ouverture dans les faits des marchés étrangers.

Or, le même argument relatif aux "empêchements structurels" apparaît tout à fait applicable au marché américain de l'audiovisuel, lequel est largement fermé en pratique aux produits étrangers qui représentent tout juste, en ce qui concerne le cinéma, un pour cent de la consommation locale. Est-ce pour cette raison qu'au tout début de la présente année, il a été question d'une ouverture accrue du marché américain aux produits audiovisuels de l'Europe en contrepartie d'une élimination graduelle des quotas de la directive "Télévision sans frontière", cela reste à voir.

iii) *L'intervention de l'État dans la nouvelle théorie du commerce international*

Depuis le tournant des années 1980, différentes recherches ont convergé vers une "nouvelle théorie du commerce international" qui, sans remettre totalement en question la théorie classique, prend une certaine distance par rapport à cette dernière. Elle reconnaît que la différence en dotation des divers États offre une explication valable du commerce international, mais elle en ajoute une autre, toute aussi importante, qui est que les États commercent entre eux pour tirer profit des rendements croissants qui vont avec la spécialisation. Or, dans ce dernier cas, la localisation même de la production importe peu; ce qui importe, c'est que cette production donne lieu à des rendements croissants. De là à suggérer que le recours à des politiques industrielles et commerciales en faveur des entreprises nationales, dans certains cas, puisse efficacement contribuer à assurer leur compétitivité au plan international et à maximiser ainsi le bien-être social, il n'y a qu'un pas qui a vite été franchi. La nouvelle théorie du commerce international favorise particulièrement de ce point de

vue les approches axées sur l'investissement, le contrôle des canaux de distribution, le respect des droits de propriété intellectuelle et les politiques fiscales en vue d'influencer le commerce international dans l'intérêt national³⁰.

Cette nouvelle théorie du commerce international, décrite communément sous le nom de "strategic trade policy", remonte plus précisément aux écrits de Dixit et Norman³¹, Krugman³² et Lancaster³³, à la fin des années 70 et au tout début des années 80, ainsi qu'aux développements subséquents de Brander et Spencer³⁴, entre 1981 et 1985. Depuis 1985 jusqu'à maintenant, l'auteur le plus prolifique sur la question est sans nul doute Krugman qui seul ou en collaboration, a publié divers ouvrages, dont le plus récent, en date de 1994, intitulé *Emperical Studies of Strategic Trade Policy*³⁵. En 1993, la nouvelle théorie du commerce international recevait un appui de taille avec la

-
30. Voir Scherrer, F. M., et Belous, R. S., *Unfinished Tasks: Trade Theory and the Post-Uruguay Round Challenges*, British-North American Committee, Issue Paper No 3, 1994, p. xj.
 31. Dixit, A.K. et Norman, V., *Theory of International Trade: A Dual, General Equilibrium Approach* Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
 32. Krugman, P.R., "Increasing Returns, Monopolistic Competition and International Trade", (1979) *Journal of International Economics*, vol. 9, 469-479.
 33. Lancaster, K.J., "Intra-industry Trade Under Perfect Monopolistic Competition", (1980) *Journal of International Economics*, vol 10, 151-175.
 34. Voir entre autres "Tariffs and the Extraction of Foreign Monopoly Rents Under Potential Entry" (1981) *Canadian Journal Of Economics*, vol. 14, 371-389; "International R&D Rivalry and Industrial Strategy, *Review of Economic Studies*, vol. 50, 702-722; "Export Subsidies and International Market Share and Rivalry", (1985), *Journal of International Economics*, vol. 18, 83-100.
 35. *Emperical Studies of Strategic Trade Policy*, P.R. Krugman et A. Smith (ed.) Chicago, Chicago University Press, 1994. Voir également *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, P.R. Krugman, ed., The MIT Press, Cambridge, Mass. et Londres, 1986, ainsi que *Rethinking International Trade*, The MIT Press, Cambridge, Mass. et Londres, 1990

nomination de Laura Tyson, étroitement identifiée aux thèses de la "strategic trade policy"³⁶, à titre de présidente du groupe des conseillers économiques du Président Clinton. Ce qui n'était pas pour autant de nature à rassurer les États étrangers.

De sérieuses critiques ont été soulevées à l'encontre de cette théorie, dont la plus importante, au dire d'André Sapir³⁷, est que le recours à la politique commerciale en vue d'augmenter le bien-être national au détriment du bien-être à l'étranger est un jeu dangereux susceptible de dégénérer facilement en guerre commerciale. Des auteurs aussi connus que J.N. Bhagwati³⁸ et R. E. Baldwin³⁹ ont été jusqu'à parler de menace au système commercial international. Malgré tout, force est de reconnaître que cette "nouvelle théorie du commerce international", malgré ses failles, demeure encore bien vivante.

Or, lorsqu'on considère les rapports étroits qui unissent depuis le début des années vingt le gouvernement des États-Unis à l'industrie américaine du cinéma (rapports parfaitement mis en évidence dans une étude magistrale de Thomas Guback⁴⁰), qu'on observe par ailleurs le comportement des majors américains avec leur stratégie de contrôle direct ou indirect des réseaux de distribution et qu'on envisage enfin cela à la lumière du fait que l'industrie du cinéma est précisément une de ces industries où les économies d'échelles sont généralement considérées comme jouant un rôle

-
36. Laura Tyson est auteur d'un livre bien connu intitulé *Who is bashing whom? Trade conflicts in high technology industries*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 1992..
37. "Regionalism and the New Theory of International Trade: Do the Bells Toll for the GATT? A European Outlook", (1994) *The World Economy*, vol 17, p. 423 à 434.
38. Bhagwati, J.N., "The Threats to the World Trading System", (1992) *The World Economy*, vol. 15, 433-456.
39. Baldwin, R.E., "Are Economists Traditional Trade Policy Views Still Valid?", (1992) *Journal of Economic Literature*, vol. 30, 804-829.
40. T. Guback, *Non Market Factors in the International Distribution of American Films*

important⁴¹, on ne peut faire autrement que de voir, dans la situation actuelle du cinéma une application concrète des préceptes qui sous-tendent cette nouvelle théorie du commerce internationale, aussi décrite comme "théorie stratégique du commerce international". Dans un tel contexte, que d'autres États cherchent eux aussi à utiliser des moyens stratégiques pour se défendre doit être considéré comme une réaction légitime.

III. LES SOLUTIONS POSSIBLES

Les solutions envisagées vont du laissez-faire plus ou moins intégral à une référence à la culture dans les exceptions générales du GATT de 1994 et de l'Accord général sur le commerce des services. Elles sont envisagées ici à la lumière des divers arguments examinés précédemment.

A) *Laisser le marché décider dans le respect des règles de la concurrence*

Une première solution serait évidemment de considérer que les produits et services culturels ne diffèrent pas des autres produits ou services et devraient donc être traités, au plan international, de la même façon. La circulation internationale des produits culturels, en d'autres mots, serait régies exclusivement par les règles du marché. C'est, à toute fin pratique, la position déclarée des États-Unis qui, sauf dans le cas de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, s'est toujours objecté à l'inclusion de clauses d'exception ou de spécificité culturelle dans les accords commerciaux internationaux.

Dans un tel contexte, les seuls moyens qui seraient laissés aux États désireux de soutenir leurs industries culturelles seraient ceux qui sont conformes aux exigences de l'Organisation mondiale du Commerce ou encore ceux qui relèvent de l'application des lois sur la concurrence.

41. Encore que dans l'étude précitée de A. Marvasti, *supra*, note 16, l'auteur conclut que si la grandeur d'un marché semble être un déterminant des courants d'échange, les économies d'échelles en tant que telles jouent un rôle non concluant à cet égard.

B) Ne rien changer pour le moment au régime international actuel en espérant un élargissement du nombre de pays qui refusent d'assumer des engagements spécifiques dans le cadre du GATS

Il s'agit là de la stratégie qui a été adoptée, dans le cadre des négociations sur l'*Accord général sur le commerce des services*, par un certain nombre de pays désireux de ne pas restreindre leur liberté d'action dans le domaine des services culturels, dont la Communauté européenne et le Canada. Après avoir constaté, en effet, que sa proposition de clause de spécificité culturelle de décembre 1993 ne recevait pas d'appui, La Communauté européenne retira immédiatement cette dernière pour déclarer tout simplement qu'elle ne prendrait aucun engagement spécifique dans le domaine de l'audiovisuel. Quant au Canada, il avait déjà laissé entendre depuis un certain temps qu'il n'entendait pas prendre des engagements spécifiques dans le domaine culturel si l'Accord ne comportait pas de véritables clause d'exception culturelle.

À ce jour, comme nous l'avons vu, très peu d'États ont accepté en fait d'assumer des engagements spécifiques dans ce domaine. Qui plus est, un nombre assez surprenant d'États ont inscrits des exceptions à l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée qui concernent soit la directive "Télévision sans frontière", soit divers régimes d'aides applicables à un nombre restreint d'États, le motif allégué pour le maintien de telles mesures étant dans la plupart des cas le désir de préserver une culture et une identité régionale. Il y a là une forme de résistance à une ouverture complète des marchés nationaux de l'audiovisuel qui pourrait bien, lors des prochaines négociations, donner une nouvelle impulsion à la négociation d'un accord sur une forme quelconque de clause de spécificité culturelle ou d'exception culturelle.

C) *Une clause d'exception culturelle du type ALENA*

Contrairement à ce que suggère un récent rapport publié par des chercheurs américains⁴², la clause d'exception culturelle de l'ALENA, dont nous avons décrit le fonctionnement précédemment, ne devrait définitivement pas servir de modèle aux autres accords commerciaux internationaux, parce que son contenu soulève en réalité de sérieux problèmes. Telle que rédigée, en effet, elle ouvre la porte à une utilisation abusive - elle peut être invoquée librement, sans besoin de justification de la part de son utilisateur - et rend donc inévitable, par voie de conséquence, la reconnaissance d'un droit à des mesures d'effet commercial équivalent pour l'État qui subit un préjudice du fait de son utilisation. L'exercice de ce dernier droit échappant lui-même pratiquement à tout contrôle, la clause a surtout eu pour effet, dans le cas du Canada, de le dissuader de recourir à des mesures législatives ou réglementaires incompatibles avec l'ALE ou l'ALENA, ce qui, dans le cas du cinéma, l'aura amené à renoncer à toute intervention concernant la distribution des films.

D) *Une clause de spécificité culturelle telle qu'envisagée en 1993 par la Commission de l'Union européenne*

En décembre 1993, à la toute veille de la conclusion des négociations de l'Uruguay Round, la Communauté européenne rendit public un projet de clause culturelle qui aurait d'abord préciser qu'en ce qui concerne les futures négociations dans le domaine des services, les besoins spécifiques des Etats membres relativement à la préservation des valeurs culturelles nationales seraient pleinement reconnus. En deuxième lieu, un amendement aurait été apporté à l'article XV qui traite des subventions dans le domaine des services pour préciser que les négociations sur cette question spécifique tiendraient compte du besoin de flexibilité des Etats dans la mise en oeuvre des grands objectifs de politique nationale. Enfin une note interprétative annexée à l'annexe à l'article II serait venu préciser que les accords de coproductions pourraient être maintenus au delà d'une période de 10 ans.

42. "Free trade with U.S. hailed by new study", *The Globe and Mail*, Toronto, December 1, 1995, p. B2

Des trois éléments contenus dans cette proposition, le premier est définitivement le plus intéressant. Il s'agit en fait de ce que l'on a appelé, dans le jargon communautaire, une clause de spécificité culturelle. Sans exclure en tant que telle le secteur de l'audiovisuel de la portée de l'*Accord général sur le commerce des services*, celle-ci aurait reconnu le caractère culturel particulier des services audiovisuels et autorisé une partie à faire valoir cette particularité dans le cadre de ses négociations sur des engagements spécifiques. Une telle clause est à distinguer d'une clause d'exception culturelle qui aurait exempté les industries de l'audiovisuel de la portée de l'*Accord général sur le commerce des services* et laissé, par le fait même, davantage de latitude aux parties signataires. La distinction d'ailleurs ne passa pas inaperçue aux auteurs, artistes interprètes et producteurs européens qui, dans une déclaration publique en date du 29 septembre 1993, dénonçaient le recul de la Commission européenne et réclamaient l'inclusion d'une véritable clause d'exception culturelle⁴³. Malgré tout, le recul de la Communauté ne devait pas être suffisant pour rallier l'appui des États-Unis, de sorte qu'on peut s'interroger sur les possibilités de mise en oeuvre d'une telle solution.

E) Le remplacement de l'article IV du GATT par une référence à la culture dans les exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994 et de l'article XIV du GATS

La solution idéale résiderait dans une clause d'exception culturelle dont la forme et la portée se rapprocherait de celles des exceptions générales du GATT. Se substituant en quelque sorte à l'article IV du GATT de 1994, qui prévoit déjà la possibilité d'imposer des contingents nationaux pour la projection de films cinématographiques, on la retrouverait également à l'article XIV de l'*Accord général sur le commerce des services*. Elle ferait du maintien d'une présence nationale de base dans le domaine des industries culturelles un objectif supérieur à celui de la libre circulation des biens et des services. Elle viserait plus spécialement à la concrétisation de ce que David Throsby envisage,

43. Voir *supra*, note 4.

dans un article récent, sous le concept de "développement culturel durable"⁴⁴. Mais le recours à cette dernière clause demeurerait sujet à contrôle. Elle ne pourrait être utilisée en particulier pour mettre en places des mesures qui constitueraient un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié ou une restriction déguisée aux échanges et ne pourrait être maintenue que s'il n'existe pas d'autres moyens moins dommageables pour le commerce de réaliser l'objectif légitime visé. En ce sens elle introduirait une ligne de démarcation entre ce qui relève de la culture envisagée à la fois comme bien public et comme enjeu démocratique et ce qui relève de la concurrence entre industries culturelles.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît clairement que le débat sur les clauses d'exception culturelle, et plus généralement sur la place des produits culturels dans les accords commerciaux internationaux, est loin d'être terminé, et ce aussi bien dans les faits que dans les idées. En ce qui concerne les accords commerciaux internationaux présentement en vigueur, la place faite aux produits culturels dans ceux-ci est marquée essentiellement par l'imprécision et l'ambiguïté. Dans la pratique, nonobstant le nouvel *Accord général sur le commerce des services*, on constate une certaine résistance des États à prendre des engagements qui les conduiraient à ouvrir toutes grandes les portes de leur marché de l'audiovisuel. Au contraire, on assiste, dans divers contextes régionaux, à l'éclosion de projets de coopération dans ce domaine destinés à préserver les identités linguistiques et régionales. Au plan des idées, la multiplication remarquable des études sur le sujet, aux États-Unis comme ailleurs, témoigne de l'importance et de la vitalité du débat qui a présentement cours autour de cette question. L'impression très nette qui se dégage de toute cette activité est qu'on se trouve présentement à un point tournant et que des décisions susceptibles d'orienter l'avenir sont sur le point de se prendre.

44. David Throsby, "Culture, Economics and Sustainability", (1995) 19 *Journal of Cultural Economics* 199-206.

Mais quelles décisions ? Celle des États-Unis, qui rejettent toute reconnaissance d'un statut spécial aux produits culturels, ou celle de l'Union européenne et d'un certain nombre d'autres pays, dont le Canada, qui souhaitent au contraire que l'on accepte que les produits culturels ne sont pas des produits tout à fait comme les autres ? Les arguments en faveur d'une prise en compte du caractère spécial des produits culturels son nombreux et variés, mais pas toujours très convaincants. Si on laisse de côté ceux qui reposent essentiellement sur les préférences d'une élite ou de groupes particuliers, ou encore sur des données difficiles à manipuler comme le prestige national, on retrouve en fait deux catégories d'arguments qui apparaissent capables de justifier un traitement particulier pour les produits culturels. Il y a d'abord le fait que ces derniers constituent des biens publics qui jouent un rôle assimilable à certains égards à l'éducation, laquelle est un prérequis à toute participation responsable des citoyens au processus démocratique. L'objectif alors n'est pas tant d'empêcher les produits culturels étrangers d'entrer - ils peuvent eux aussi contribuer à cette fonction éducative - mais bien plutôt de garantir que les produits culturels domestiques ne se retrouvent pas totalement évincés du marché national, ce qui constituerait un danger pour la vie démocratique de l'État. Le second type d'arguments susceptible de justifier une intervention en faveur des produits culturels a trait à l'absence d'un véritable marché concurrentiel sur la scène internationale dû à la position dominante des producteurs américains qui imposent leurs produits sur les marchés étrangers tout en réservant leur marché national pour eux-mêmes. Ces derniers arguments supposent par définition que si les imperfections du marché sont corrigées, les interventions protectionnistes fondées sur ceux-ci devraient être éliminées ; en ce sens, ils ont une valeur essentiellement conjoncturelle. Dans le contexte actuel, peut-être effectivement que des échanges plus équilibrés dans le domaine cinématographique contribueraient à diminuer la menace que fait planer sur les productions cinématographiques nationales la domination du film américain. Mais cela ne ferait pas disparaître pour autant le besoin d'une clause autorisant les États à intervenir lorsqu'ils ont des raisons valables de craindre que les produits culturels domestiques ne se retrouvent largement évincés du marché national.

30 - Pour ce faire, il apparaît utile d'examiner d'abord brièvement le débat qui a opposé les États-Unis à la Communauté européenne à propos du fonds français de soutien à l'industrie du cinéma. À la toute fin des négociations de l'Uruguay Round, en décembre 1993, alors qu'il ne restait plus comme seul point de désaccord entre l'Union européenne et les États-Unis que la question de l'audiovisuel, diverses propositions de règlement furent présentées par le Représentant américain au commerce Mickey Kantor portant sur les quotas audiovisuels ainsi que sur les taxes françaises sur les billets de cinéma et sur les cassettes. Dans un article paru dans le *New York Times* du 14 décembre 1993, le journaliste Roger Cohen écrit à ce sujet :

These approaches were all rejected by the community ministers, and a German spokesman, Werner Wendt, said the most likely area for compromise appeared to be on France's 11 percent box-office tax. The United States had asked that some of that go to American film makers. "We feel confident there will be a compromise on this royalties question, perhaps on the basis that the money the Americans received would be reinvested in Europe", Mr. Wendt said.

Mais la France devait s'objecter avec énergie à un tel arrangement et les négociations se conclurent sans modification aucune au fonctionnement du fonds de soutien français à l'industrie du cinéma¹.

31 - Il ressort de cet épisode un certain nombre d'éléments qui méritent d'être mis en évidence. Il est clair d'abord que les États-Unis ne voient pas d'un très bon oeil la création d'un fonds de soutien aux industries culturelles dont les revenus sont tirés d'une taxe à la consommation qui frappe d'abord et avant tout le film américain en raison de sa prédominance sur les écrans. Deuxièmement, il apparaît évident que des discussions ont pris place dans le cadre de l'Union européenne à propos du mode de financement du fonds français, même si celles-ci n'ont pas abouti, ce qui laisse entendre qu'au moins à ce niveau, la question était considérée comme négociable. Enfin, il appert des propos du ministre allemand Werner Wendt qu'un tel système a été assimilé par les États-Unis à une forme de royautés qui seraient prélevées sur les produits américains. Sur ce dernier point, un parallèle semble être fait avec le problème des redevances sur les cassettes vierges dont les revenus, destinés à compenser la copie privée, ne sont pas distribués à l'ensemble des détenteurs de droits. Mais il y a quand même une différence essentielle

¹ Voir également à ce sujet W. Ming Shao, "Is there No Business Like Show Business ? Free Trade and Cultural Protectionism", (1995) 20 *Yale Journal of International Law* 105 à la page 114.

qu'il faut souligner à cet égard : en effet, si les redevances sur les cassettes vierges sont normalement destinées à compenser la copie privée des oeuvres, il n'en va pas de même des perceptions qui alimentent le fonds français de soutien au cinéma, lesquelles n'ont rien à voir avec la protection des droits d'auteurs.

NOTES DE FIN DE DOCUMENT

-
1. UNESCO, Guide pratique de la Décennie mondiale du développement culturel, Vendôme, Presses universitaires de France, 1987, p. 17-18.
 2. Kim R. Nossal, "Le nationalisme économique et l'intégration continentale : hypothèses, arguments et causes", dans Denis Stairs et Gil R. Winham, *Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les États-Unis*, volume 29 des études préparées pour le compte de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1986, p. 80
 3. "The Cultural Dimension of a Free Trade Area : The Case of Mexico", dans Stephen J. Randall, Herman K. Konrad et Sheldon Silverman, *North America Without Borders ?*, Calgary, University of Calgary Press, 1992, p. 261.
 4. Soledad Loaeza, "The Changing Face of Mexican Nationalism", dans Delal Baer et Sidney Weintraub, *The NAFTA Debate, Grappling with Unconventional Issues*, Boulder, London, Lynne Rienner, 1994, p. 145, 156.
 5. Voir Graham Carr, *Trade Liberalization and the Political Economy of Culture : An international Perspective on FTA*, dans Canadian-American Public Policy, No 6, Juin 1991, The Canadian-American Center, University of Maine, p. 38.
 6. Michael Walker, "Comments on the Role of Economics in Understanding Cultural Change", document présenté pour discussion à Cuernavaca, Mexique, mai 1992, p. 1
 7. Voir Daniel Szabo, "Mexican Economic Development and the NAFTA", dans Richard S. Belous et Jonathan Lemco, *NAFTA as a Model of Development : The Benefits and costs of merging High- and Low-Wages Areas*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 129, 131.
 8. Voir en particulier Angel R. Oquendo, "NAFTA'S Procedural Narrow-Mindedness : The Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determinations under Chapter Nineteen", (1995) 11 *Connecticut Journal of International Law*, 61, 62 ; Stephen Zamora, "The Americanization of Mexican Law : Trade Issues in the North American Free Trade Agreement", (1993) 24 *Law and Policy in International Business*, p. 391.

-
9. Voir Marc Raboy, Ivan Bernier, Florian Sauvageau et Dave Atkinson, *Developpement culturel et mondialisation de l'économie, Un enjeu démocratique*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p. 77.
 10. MERCOSUL/GMC/RES3 No 34/92
 11. Maxwell A. Cameron, "North American Free Trade, Public Goods, and Asymmetrical Bargaining : The Strategic Choices for Canada" dans Joseph A. McKinney et M. Rebecca Sharpless, *Implications of a North American Free Trade Region : Multidisciplinary Perspectives*, Ottawa, Carleton University Press, 1992, p. 72-73.
 12. *Supra*, note 1, p. 22.