

Delivery Note

Bremen state and university library

P.O. Box 33 01 60

D-28331 Bremen

Fon: ++49-421-218-59540

Fax: ++49-421-218-59613

E-mail: fernleihe@suub.uni-bremen.de

Delivery address

Universit\351 Laval. Biblioth\350que

PEB, Pavillon Bonenfant, local 3168

2345 Allee des biblioth\350ques

CA-G1V 0A6 Qu\351bec

Data concerning order:

Order date: 2019-03-29 16:25:29

Order number: SUBITO:2019032900973 /

Customer name: Universit\351 Laval. Biblioth\350que

User account: SLI09X00027W

Delivery date: 2019-04-01 09:55:04

Delivery priority: NORMAL

Delivery way: www / DRM

E-mail address: colombo.peb@bibl.ulaval.ca

Remarks concerning delivery:

Data concerning document:

Signature: z puz 950 jf/971

Author:

Title: Legipresse

Year: 1998

Volume / Issue: 5 / 152

Pages: 62-68

Author of article: Ivan Bernier

Title of article: L'Accord multilateral sur l'investissement \50AMI\51 et la c

ISSN: 0751-9478

ISBN:

CODEN:

Your comment concerning the order:

QQLA/LVB #2125719

subito copyright regulations



Copies of articles ordered through subito and utilized by the users are subject to copyright regulations. By registering with subito, the user commits to observing these regulations, most notably that the copies are for personal use only and not to be disclosed to third parties. They may not be used for resale, reprinting, systematic distribution, emailing, web hosting, including institutional repositories/archives or for any other commercial purpose without the permission of the publisher.

Should delivery be made by e-mail or FTP the copy may only be printed once, and the file must be permanently deleted afterwards.

The copy has to bear a watermark featuring a copyright notice. The watermark applied by subito e.V. must not be removed.

II. CHRONIQUES ET OPINIONS

L'ACCORD MULTILATÉRAL SUR L'INVESTISSEMENT (AMI) ET LA CULTURE

Analyse des positions canadienne et française

par Ivan Bernier

L'INTRUSION subite de "l'Accord multilatéral sur l'investissement" dans le débat politique en France et au Canada, à la fin de 1997 et dans les premiers mois de 1998, n'est pas sans rappeler le débat sur l'exception culturelle dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round, en 1993. Dans les deux cas, c'est l'intervention des milieux artistiques et culturels qui a donné au débat son caractère public et, dans les deux cas, cette intervention est venue tardivement, c'est-à-dire à la toute fin du processus de négociation. À la différence de ce qui s'est passé dans le cadre du GATT, la question de la culture, alliée à d'autres questions (sociales, environnementales, etc.), semble avoir eu raison, au moins temporairement, de l'AMI (1). Toutefois, la victoire risque d'être de courte durée. Tout porte à croire, en effet, que ce projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, présentement discuté dans le cadre de l'OCDE, s'il est définitivement abandonné, refera surface dans le cadre des prochaines négociations de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), c'est-à-dire en l'an 2000. Dans cette perspective, il apparaît crucial de profiter du répit accordé pour faire le point sur ce qu'est l'AMI, sur ses répercussions escomptées dans le domaine de la culture ainsi que sur les possibilités d'en exempter, en tout ou en partie, les industries culturelles.

I - GENÈSE ET CONTENU DE L'ACCORD

L'intérêt récent porté à l'AMI ne manque pas de surprendre lorsqu'on considère que les négociations de l'OCDE sur le sujet ont débuté en mai 1995. Cette réaction tardive s'explique en partie par le fait que ces négociations se sont déroulées dans un contexte de confidentialité qui n'a guère favorisé le débat public sur l'intérêt et les répercussions d'un tel accord (2). Mais il faut dire aussi qu'il existait

déjà, au moment où débutaient les négociations en question, un nombre considérable d'accords bilatéraux et plurilatéraux qui traitaient de façon détaillée de l'investissement et que plusieurs organisations internationales s'étaient penchées sur le sujet. En d'autres termes, celui-ci était loin d'être nouveau. Ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il était largement connu en dehors du cercle des négociateurs.

1. La genèse de l'Accord

En réalité, si l'on veut faire la genèse de l'AMI, il faut remonter aux négociations de 1945-1947 sur la Charte de la Havane où l'idée d'une réglementation internationale de l'investissement fut brièvement envisagée, mais pour être très vite rejetée comme prématurée (3). À partir du début des années 1960, toutefois, un double développement va se produire qui va donner une nouvelle actualité à cette idée. D'abord dans le cadre de l'OCDE, puis ensuite dans le cadre des Nations unies, des efforts vont être faits en vue de mettre en place un régime concernant les engagements ainsi que les droits des gouvernements et des entreprises multinationales en matière d'investissement. En 1961, l'OCDE adopte le Code sur la libéralisation des opérations invisibles courantes et le Code sur la libéralisation des mouvements de capitaux qui comportent tous deux des engagements en vue de faciliter la circulation internationale des investissements. Mais ces codes, bien que liant en principe les parties signataires, ne sont pas véritablement contraignants et ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. L'Organisation internationale du travail et la Commission des Nations unies pour le commerce et le développement vont, de leur côté, s'intéresser plus particulièrement au comportement des sociétés multinationales et adopter des codes de conduite qui, bien que d'une portée limitée, n'en constituent pas moins une étape dans le

1. Lors d'une réunion tenue les 27 et 28 avril 1998 à Paris, les pays membres décidaient d'ouvrir une période d'évaluation et de nouvelles consultations de six mois sur les négociations de l'AMI, renvoyant à octobre leur prochaine réunion sur le sujet. Voir OCDE, Communiqué de presse, Déclaration ministérielle concernant l'Accord multilatéral sur l'investissement, Paris, 28 avril 1998.

2. Il n'est pas sans intérêt de souligner ici le rôle important qu'a joué l'Internet durant la dernière année en permettant d'abord la diffusion d'une version préliminaire et confidentielle de l'AMI, puis en facilitant

ensuite les contacts entre les divers groupes nationaux opposés à l'AMI : voir Madelaine Drohan, "How the Net killed the MAI", *The Globe and Mail* (Toronto), 29 avril 1998, p. A1.

3. Voir sur les antécédents historiques de l'AMI, Michael Hart, "A multilateral Agreement on Investment : Why Now?", dans Pierre Sauvé, et Daniel Schwanen, eds, *Investment Rules in the Global Economy : Enhancing Access to Markets*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1996, p. 36, 46-72.

développement d'un futur régime juridique de l'investissement international. Enfin, la Banque mondiale, de même que la Commission des Nations unies sur le droit commercial international (CNUDCI), développent, à la même époque, des mécanismes destinés à faciliter le règlement des différends en matière d'investissement international, mais sans obligation encore une fois d'y adhérer.

Toujours à partir du début des années 1960, un second développement va se produire qui entraîne la constitution d'un corpus de règles de base concernant l'investissement international : il s'agit de la pratique d'un nombre croissant d'États de négocier sur une base bilatérale des accords sur l'investissement qui incluent des principes comme ceux du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée ainsi que des règles précises concernant l'expropriation et les transferts de capitaux. Entre 1959 et 1997, le nombre de ces accords dans le monde va passer de 75 à plus de mille (4). Dans les années 1980, les États-Unis, très actifs en la matière, élaborent un accord type en matière d'investissement international qui vient codifier leur pratique bilatérale antérieure. Ce dernier servira de base lors des négociations du chapitre de l'ALENA portant sur l'investissement, lequel, après son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, deviendra à son tour le modèle de base pour les négociations de l'AMI.

À l'heure qu'il est, cependant, force est de reconnaître qu'il n'existe toujours pas d'accord multilatéral global en matière d'investissement. Il y a bien "l'Accord sur les mesures concernant l'investissement relatives au commerce", issu des négociations de l'Uruguay Round, mais celui-ci ne traite que d'une problématique très particulière, se limitant, en fait, à préciser la portée des articles III et XI du GATT de 1994 en rapport avec l'investissement. Toujours dans le cadre de l'OMC, on retrouve dans "l'Accord général sur le commerce des services", divers engagements des membres en matière d'investissements ; mais ceux-ci sont sur une base volontaire de sorte qu'il est difficile de voir là une réglementation générale du secteur. C'est précisément cette lacune qu'a voulu combler l'OCDE en lançant en 1995 les négociations sur l'AMI. Même si l'Organisation ne compte que vingt-neuf membres, son but était de faire de l'Accord multilatéral sur l'investissement un accord véritablement multilatéral, c'est-à-dire un accord ouvert à l'adhésion des non-membres de l'OCDE.

2. Le contenu de l'Accord

Dans sa forme actuelle, l'AMI se présente comme un texte de négociation "consolidé", c'est-à-dire, un document qui regroupe les textes de l'accord examinés au cours des négocia-

tions (5). Ces textes résultent principalement des travaux des Groupes d'experts et n'ont pas été adoptés par le Groupe de négociation en tant que tel. Ils sont présentés avec des notes de bas de page et des propositions qui sont toujours en cours d'examen. Le texte final, une fois adopté, devrait être accompagné des réserves spécifiques des pays qui feront partie intégrante de l'Accord final. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte définitif, il demeure possible, à partir d'une lecture de la version la plus récente disponible, de se faire une assez bonne idée du contenu de l'AMI.

Le texte se subdivise en douze sections dont les plus importantes, pour les fins de notre propos, concernent le champ d'application de l'Accord (section II), le traitement des investisseurs et des investissements (section III), la protection de l'investissement (section IV), le règlement des différends (section V) et enfin les réserves spécifiques des parties (section IX) (6). La présentation sommaire qui en est faite ici vise essentiellement à fournir la base nécessaire à une meilleure compréhension de l'impact de l'AMI dans les domaines de la communication et de la culture.

Le champ d'application de l'Accord, très vaste, s'articule autour de deux définitions qui sont celles d'investisseur et d'investissement. La notion d'investisseur comprend aussi bien la personne physique que la personne morale. La personne morale peut être publique ou privée, à but lucratif ou non lucratif, et inclut la société de capitaux, la fiducie, la société de personnes, l'entreprise individuelle, la succursale, la co-entreprise, l'association ou l'organisation. Le concept d'investissement renvoie, pour sa part, à tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement par un investisseur, y compris une entreprise, les actions et autres formes de participation au capital d'une entreprise, les obligations et autres formes de créance, les biens corporels et incorporels et tout droit connexe de propriété sur ceux-ci, les droits conférés par la loi, tels que les concessions, licences et permis et enfin les droits de propriété intellectuelle. Cette dernière mention, qui a soulevé beaucoup de réactions dans les milieux culturels (7), fait l'objet d'une note à l'effet que des études supplémentaires seront nécessaires pour déterminer le régime qu'il convient d'appliquer à la propriété intellectuelle. Mais pour en savoir davantage à ce sujet, il faut aller voir à la section III du texte consolidé de l'Accord qui a pour objet le traitement des investisseurs et des investissements.

On retrouve dans cette dernière section l'énoncé des principes de base qui doivent régir les investisseurs et les investissements étrangers, soit le principe du traitement de la nation la plus favorisée et celui du traitement national. En vertu du premier principe, chaque partie contractante

4. Suivant des Statistiques fournies par la Commission des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) dans une étude en date de 1995, plus de 900 ententes bilatérales sur l'investissement étaient alors en vigueur : voir *supra*, note 3, p. 27. Depuis, le nombre de celles-ci a continué de croître et leur total dépasse nettement mille maintenant.

5. Les remarques qui suivent sur la nature du texte consolidé sont tirées d'une note de l'OCDE : Voir OCDE, Accord multilatéral sur l'Investissement, *Texte de négociation de l'AMI* (24 avril 1998), Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, document DAF/FE/MAI/NM(98)2, p. 1.

6. Les autres sections ont trait aux dispositions générales (I), aux services financiers (II), à la fiscalité (III), aux liens avec d'autres accords internationaux (X), à la mise en œuvre (XI) et aux dispositions finales (XII).

7. Voir par exemple le dépliant publié en France par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques intitulé "Le projet 'AMI' (Accord multilatéral sur l'investissement), c'est l'ennemi de la création en Europe", Paris, Bruxelles, Montréal, 1998, où l'Accord est présenté comme "une machine à broyer les droits de la propriété littéraire et artistique".

accorde aux investisseurs et aux investissements d'une autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investisseurs et aux investissements de toute autre partie contractante ou d'une partie non contractante. En vertu du second principe, chaque partie contractante accorde aux investisseurs et aux investissements d'une autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs et à leurs investissements. D'autres disciplines sont également développées dans cette section, dont celle de transparence (mise à la disposition du public des textes législatifs, réglementaires et autres relatifs à l'investissement), celle relative à l'admission, au séjour et à l'emploi temporaire des investisseurs et du personnel clé, et celle qui a trait à l'interdiction des prescriptions de résultats (listes de mesures qui ne peuvent être imposées à un investisseur relativement à un investissement, comme par exemple exporter un volume donné de biens ou de services, atteindre un niveau donné de contenu national ou recruter un niveau donné de nationaux). Les obligations jugées les plus menaçantes par les associations qui œuvrent dans les secteurs de la communication et de la culture, comme on le verra plus loin, sont le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national et l'interdiction des prescriptions de résultat.

S'agissant plus particulièrement de la propriété intellectuelle, la section III de l'Accord fait état de plusieurs problèmes non résolus en la matière. En ce qui a trait d'abord à la mention des droits de propriété intellectuelle dans la définition du terme investissement, on se demande, par exemple, si la définition du terme investissement doit être limitée aux droits de propriété intellectuelle qui figurent dans "l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" (ADPIC), si les droits de reproduction et droits connexes doivent être inclus dans la définition, si la définition doit couvrir les futurs droits de propriété intellectuelle, si elle doit couvrir seulement les aspects économiques des droits de propriété intellectuelle ou encore si elle doit couvrir seulement les droits accordés dans le pays. Un autre sujet d'inquiétude concerne la possibilité que les obligations découlant de l'AMI étendent la portée des obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée que l'on retrouve dans les accords existants sur la propriété intellectuelle. S'il y a consensus sur le besoin d'éviter un tel débordement, il n'en va pas de même quant aux moyens pour y arriver. Les répercussions de l'AMI sur la gestion collective des droits de propriété intellectuelle inquiètent également, tout comme les incidences, sur les droits de propriété intellectuelle, des dispositions de l'accord concernant les obligations de résultats. Manifestement, en décidant de faire entrer les droits de propriété intellectuelle dans la définition d'investissement, on n'avait pas une idée très précise des conséquences que cela pourrait avoir.

La section IV du texte consolidé de l'AMI aborde deux problèmes classiques en matière de protection de l'investissement : celui de l'expropriation et celui du libre transfert de tous les paiements concernant un investissement

(capital initial, revenus, produit de la vente ou de la liquidation, etc.). En ce qui concerne l'expropriation, l'Accord prévoit essentiellement qu'une partie ne peut exproprier ou nationaliser directement ou indirectement un investissement réalisé sur son territoire par un investisseur d'une autre partie, ni prendre une ou plusieurs mesures d'effet équivalent, sauf lorsque cette expropriation :

- a) est effectuée pour des motifs d'intérêt public,
- b) n'est pas discriminatoire,
- c) respecte les garanties prévues par la loi,
- d) est accompagnée du prompt versement d'une indemnité adéquate et effective.

Ces exigences reproduisent à peu de choses près celles du droit international en matière d'expropriation. La seule différence concerne la référence explicite aux mesures d'effet équivalent à une expropriation, qui correspond à un développement relativement récent en matière d'expropriation. Une telle mention vise à prendre en compte les situations d'expropriation déguisée ("creeping expropriation") qui se rencontrent lorsqu'un investissement perd en tout ou en partie sa valeur en raison d'une intervention gouvernementale sans changer pour autant de propriétaire. Le risque, avec une telle disposition, est qu'un nombre croissant d'investisseurs en viennent à contester les interventions gouvernementales de toute nature dès lors qu'elles ont des effets négatifs sur leurs profits ou sur la valeur de leur entreprises. Le risque n'est pas entièrement hypothétique comme le démontre l'affaire Ethyl. Il s'agit d'une poursuite intentée, par la société américaine Ethyl, contre le gouvernement canadien, pour le motif que celui-ci, en interdisant l'utilisation au Canada d'un certain type d'additif pour la gazoline, pour des raisons environnementales, avait de fait enlevé toute valeur à son usine de production de ce produit au Canada, et ce, même si le même type d'additif était déjà interdit aux États-Unis. Ainsi que le mentionnait le magazine britannique *The Economist*, en avril 1998 : « ...if Ethyl wins and others firms queue up behind it, NAFTA would come under renewed political attack » (8).

En ce qui concerne le règlement des différends, l'Accord prévoit deux types de procédures, l'une applicable exclusivement entre les États, l'autre entre un investisseur et un État. Dans le premier cas, la procédure, classique, reproduit dans une large mesure celle de l'OMC. Si les parties à un différend n'arrivent pas à régler celui-ci par voie de consultations, l'une ou l'autre d'entre elles peut demander la constitution d'un groupe spécial d'arbitrage dont la décision sera finale et aura force obligatoire. Les remèdes prévus vont de la simple mention qu'une action d'une partie contrevient aux exigences de l'AMI, à l'octroi d'une compensation monétaire, en passant par la recommandation qu'une partie modifie ses mesures pour les rendre conformes à l'AMI et tout autre remède accepté par la partie en faveur de laquelle la décision est rendue.

Plus novatrice est la procédure de règlement des différends entre un investisseur et un État. Celle-ci, empruntée direc-

8. "NAFTA - The sting in trade's tail", *The Economist*, Londres, 18-24 avril, 1998, p. 70. Traduction : « ...si Ethyl l'emporte et que

d'autres sociétés s'empressent de suivre son exemple, les attaques politiques contre l'ALENA vont reprendre de plus belle ».

tement de l'ALENA, s'applique aux différends entre une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante relativement à une violation alléguée d'une obligation de l'Accord par la première partie contractante et occasionnant une perte ou un préjudice à l'investisseur ou à son investissement. À la base de cette procédure, on retrouve l'engagement de chaque partie contractante d'accepter à l'avance et sans condition la constitution d'un groupe arbitral à la demande d'un investisseur lésé d'une autre partie contractante. Le tribunal se compose normalement de trois membres, chaque partie en désignant un et le troisième, qui est le président, étant désigné d'un commun accord entre les parties au différend. La sentence statue de façon motivée sur les points de droit et peut, à la demande d'une partie, prononcer les mêmes mesures correctrices que dans le cas d'une procédure d'État à État. Une telle procédure a soulevé beaucoup de discussions durant les négociations et ne semble pas encore accueillir l'assentiment général. Elle est vue également avec beaucoup de méfiance par les groupes culturels, comme on le verra plus loin.

Les exceptions générales, les dérogations et les réserves nationales constituent les principaux moyens choisis par les négociateurs pour introduire, dans un accord manifestement très exigeant, un certain degré de souplesse. En l'absence de telles mesures, il ne fait pas de doute que très peu d'États seraient prêts à s'engager. Les exceptions générales autorisent, sur une base permanente, l'ensemble des États à prendre les mesures non conformes jugées nécessaires à la réalisation de certains objectifs d'importance fondamentale. L'exception générale la plus connue est celle qui vise la sécurité nationale et la paix internationale. Admise dans la plupart des accords commerciaux internationaux, la négociation de celle-ci dans le cadre de l'AMI devait s'avérer un point d'achoppement important en raison des profondes interrogations soulevées, un peu partout dans le monde, par l'adoption de la Loi Helms-Burton que les États-Unis ont justifiée comme une intervention relevant de leur sécurité nationale. On peut classer aussi parmi les exceptions générales la proposition de clause "d'exception culturelle", mise en avant par la France, ainsi que celle proposée par certains États visant la protection de l'ordre public. Les dérogations visent à permettre, dans des circonstances exceptionnelles, une suspension temporaire des engagements des parties concernées. C'est ainsi que l'on retrouve dans le projet d'Accord une dérogation concernant les difficultés graves de balance des paiements. Les réserves nationales, enfin, permettent à une partie d'affranchir des règles de l'AMI toute mesure non conforme existante ou tout secteur qu'elle juge nécessaire de protéger en introduisant une réserve nationale en ce sens en annexe à l'Accord. Si le principe de réserves nationales concernant les mesures non conformes existantes à la date d'entrée en vigueur de l'Accord ou à la date d'accession d'une nouvelle partie semble largement accepté, il n'en va pas de même du principe des réserves sectorielles valables non seulement pour le passé mais aussi pour le futur, lequel demeure encore très contesté.

Au terme de cette brève analyse du contenu de l'AMI, on constate d'abord que les négociateurs ont voulu en faire un

accord ambitieux comportant des normes élevées de libéralisation et de protection de l'investissement. Peut-être trop ambitieux, pourrait-on ajouter, car après plus de trois ans de négociations, les sujets de désaccords demeurent encore nombreux et importants, au point de compromettre l'avenir même de l'accord. Autre constatation importante, la place réservée à la culture et aux produits culturels est loin d'être évidente.

II - LA PLACE DE LA CULTURE DANS L'AMI

Dans son état actuel, le texte consolidé de l'AMI ne comporte pas de clause d'exception culturelle, bien que la France ait déposé une proposition en ce sens. Parce qu'elle n'a pas encore fait l'objet d'un véritable débat, la proposition en question se trouve reléguée, avec un certain nombre d'autres propositions, dans l'Annexe intitulée "Contributions spécifiques des pays" qui complète le texte consolidé. En l'absence d'une clause générale d'exception culturelle, et sauf dans la mesure où les parties sont autorisées à maintenir des réserves individuelles concernant les produits culturels, ces derniers demeurent donc, comme n'importe quel autre produit, visés par l'Accord. Dès lors, on peut s'interroger sur les répercussions de celui-ci sur les interventions nationales en faveur de la culture.

1. Les répercussions de l'AMI dans le domaine de la culture

Pour se faire une idée des répercussions de l'AMI dans le domaine de la culture, il faut procéder à un examen des interventions des parties contractantes dans ce domaine à la lumière des disciplines qu'impose l'Accord. Comme il est impossible ici de faire état de la pratique des vingt-neuf États membres de l'OCDE, on se contentera d'examiner sommairement la situation de deux États où les associations culturelles se sont montrées particulièrement préoccupées par cette question, à savoir le Canada et la France.

Une étude intitulée "L'AMI et le secteur culturel au Canada", réalisé en 1997 par Garry T. Neil pour le compte de la Conférence canadienne des arts, donne une assez bonne idée des préoccupations des milieux culturels canadiens à l'égard de l'AMI (9). Celui-ci procède à l'examen d'un certain nombre de mesures culturelles canadiennes considérées parmi les plus vulnérables du fait qu'elles sont en contradiction flagrante avec les engagements contenus dans l'Accord. Sans nécessairement faire nôtre l'ensemble de ses conclusions, force est de reconnaître que la majeure partie des conflits identifiés entre les interventions canadiennes et les disciplines de l'AMI sont bien réels et qu'à défaut d'un quelconque mécanisme d'exception, le Canada pourrait se retrouver sur la sellette.

Les premières mesures examinées sont celles qui imposent des restrictions à l'appartenance étrangère. Plusieurs dispositions de l'AMI pourraient être utilisées pour remettre en cause ce type d'interventions, dont celles qui concernent le traitement national, l'interdiction des prescriptions

9. Garry T. Neil, *L'AMI et le secteur culturel*, Conférence canadienne des arts, Ottawa, 1997.

de résultats et même, à la limite, celle concernant l'interdiction des expropriations déguisées. De telles restrictions se rencontrent au Canada dans le domaine des communications (télévision, radio, distribution par câble ou par satellite) ainsi que dans le domaine des télécommunications, où elles prennent la forme d'un pourcentage maximal de propriété étrangère. On les retrouve sous une forme différente dans le domaine du livre (interdiction de vente d'une maison d'édition canadienne à des intérêts étrangers et contrôle des acquisitions indirectes pour vérifier si elles apportent un bénéfice net), dans le domaine de la distribution des films (interdiction d'implantation des entreprises étrangères sauf pour distribuer leurs propres films) ainsi que dans le domaine de l'enregistrement sonore (examen de l'investissement étranger pour évaluer son bénéfice net). Certaines de ces restrictions à l'investissement étranger sont susceptibles d'être remises en cause, soit dans le contexte de négociations commerciales internationales (les négociations sur les services de l'an 2000, par exemple), soit dans le contexte du mécanisme des plaintes à l'OMC (plainte de l'Union européenne contre la Canada dans l'affaire Polygram (10). Mais il ne fait pas de doute qu'elles seraient sérieusement compromises dans le contexte de l'AMI.

Il en irait également de même, au dire de Garry Neil, des programmes de financement limités aux entreprises et citoyens de nationalité canadienne, lesquels seraient, en principe, incompatibles avec l'obligation d'octroyer le traitement national, à moins qu'ils ne fassent l'objet de réserves. La vaste majorité des programmes de subventions qui vont aux industries culturelles se retrouvent effectivement dans cette situation, que ce soit dans le domaine du film, de la télévision, de l'enregistrement sonore ou de l'édition de livres (11). Il est intéressant de souligner ici que les exigences de l'AMI, qui ne prévoit aucun traitement particulier des subventions, vont nettement au-delà de celles du GATT de 1994. Selon l'accord du GATT sont en effet autorisées les subventions octroyées directement aux seuls producteurs nationaux. Les exigences de l'AMI vont également au-delà de celles de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, qui n'interdit en tant que tel que les subventions à l'exportation et les subventions liées à l'achat de produits nationaux, ou encore de celles du GATS, qui se contente de renvoyer à de futures négociations toute la question des subventions aux services (12).

Le troisième type de mesures susceptibles d'être affectées par les disciplines de l'AMI sont celles qui comportent des exigences en matière de contenu canadien. On les retrouve en particulier dans les secteurs de la télévision et de la radio. Les entreprises de radiodiffusion opérant au Canada sont tenues en effet de respecter des exigences strictes en matière de contenu canadien, tant en ce qui concerne le réseau public que le réseau privé. Pour qu'une émission soit considérée comme canadienne, elle doit comporter un certain nombre d'éléments qui la rattachent au Canada. Selon la nature de ces exigences, elles pourront être

contestées, en vertu de l'AMI, soit parce qu'elles vont à l'encontre du traitement national, soit parce qu'elles imposent des prescriptions de résultats prohibées.

Une dernière catégorie de mesures regroupe diverses formes d'interventions réglementaires qui établissent des distinctions dans le traitement des produits étrangers par rapport aux produits domestiques ou qui restreignent l'importation ou l'exportation de ces derniers, qu'il s'agisse de biens ou de services. Un certain nombre de ces mesures pourraient être autorisées en vertu du GATT de 1994 ou de "l'Accord général sur le commerce des services" (GATS), mais ne le sont pas parce qu'elles sont protégées par des réserves ou des exceptions. Dans son état actuel, malheureusement, l'AMI ne laisse pas entrevoir clairement quel sort pourrait être réservé à de telles mesures.

Si on passe maintenant à la France, on retrouve sensiblement le même type d'arguments mis de l'avant par les associations culturelles. Un bon exemple en est le document publié par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) qui traite des conséquences de l'AMI (13). Celui-ci s'arrête à cinq disciplines de base de l'AMI qui sont susceptibles d'avoir des répercussions sérieuses sur les industries culturelles françaises ; à savoir : la clause du traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, les obligations de résultats, la protection de l'investissement et enfin le règlement des différends. Pour chacune de ces disciplines, il fait état du type de mesures susceptibles d'être touchées ainsi que des répercussions possibles sur celles-ci.

Ainsi, comme conséquence de l'obligation d'octroyer le traitement national, le document de la SACD souligne que le Fonds de soutien du cinéma pourrait devoir être rendu accessible au cinéma américain, la redevance sur la copie privée également rendue accessible aux producteurs américains de vidéo, la durée de protection des œuvres à l'intérieur de la Communauté européenne étendue aux non-membres, le droit de suite reconnu à tous les signataires sans égard à la réciprocité et, enfin, le droit *sui generis* sur les bases de données, reconnu à l'intérieur de l'Union européenne, étendu aux pays extérieurs à l'Union. En ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée, les avantages découlant des accords de coproduction en matière de cinéma devraient être élargis à tous les investisseurs originaires des autres pays membres de l'AMI, tout comme les avantages découlant des directives communautaires destinées à promouvoir la culture et à harmoniser les droits d'auteur et droits voisins, y compris les aides européennes pour la création. Les obligations de résultat permettraient, quant à elles, de remettre en cause, au bénéfice des investisseurs étrangers, les quotas de diffusion d'œuvres européennes de la directive "Télévision sans frontières". Les exigences relatives à la protection de l'investissement pourraient, de leur côté, aboutir à une remise en cause du droit moral reconnu à l'auteur par un producteur d'un pays où ce droit n'est pas reconnu, lequel

10. Canada, *Mesures concernant les services de distribution de films*, OMC, doc. DS117/1, 20 janvier 1998.

11. Les programmes en question sont décrits par Neil, *supra*, note 9.

12. Article III : 8 b) du GATT de 1994 ; article 3 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; article XV du GATS.

13. Voir *supra*, note 7.

y verrait une restriction à l'exercice de son propre droit de copyright. Tout comme elles pourraient soulever des problèmes en ce qui concerne l'adhésion obligatoire à des sociétés de gestion collective des droits d'auteurs, cette adhésion étant perçue comme l'expropriation d'un mode individuel d'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Enfin, s'agissant du règlement des différends, le document de la SACD souligne le risque qu'un investisseur conteste dans le cadre de l'AMI des réglementations conformes par ailleurs aux exigences de l'OMC et de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

Ces analyses canadienne et française des conséquences les plus importantes de l'AMI dans le domaine de la culture, proviennent de groupes de pressions culturels qui ont des intérêts à protéger. Elles doivent donc être nuancées. Il faut souligner, à cet égard, que plusieurs des problèmes qu'elles soulèvent pourraient trouver une réponse satisfaisante avant la fin des négociations. De fait, certaines questions, comme celles concernant les rapports entre l'AMI et les autres organisations œuvrant dans le domaine de la propriété intellectuelle, celle relative aux sociétés de gestion collective de droits d'auteurs, ou celle relative au problème des mesures adoptées dans le cadre d'une organisation d'intégration économique régionale ne sont pas très loin d'une solution. De plus, ces analyses font abstraction de la possibilité que certaines des conséquences négatives découlant de la mise en œuvre de l'AMI dans le domaine de la culture soient évitées par le recours à une clause d'exception culturelle ou, à défaut, le recours à des réserves nationales. C'est plus particulièrement à ces mécanismes de défense de la culture qu'il faut nous arrêter maintenant.

2. Les moyens de défense de la culture

La façon la plus efficace de protéger la culture dans le cadre de l'AMI serait d'adopter d'une clause d'exception exemptant complètement les industries culturelles de la portée de l'accord. Telle est la solution qui a été proposée publiquement par la Conférence canadienne des arts et défendue par elle avec énergie lors de sa comparution, à l'automne 1997, devant le Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux de la Chambre des communes du Canada siégeant sur la question d'un éventuel Accord multilatéral sur l'investissement. Cette position, pourrait-on ajouter, est partagée par la vaste majorité des organisations à vocation culturelle au Canada. Elle fut reprise dans les termes suivants dans le rapport du Sous-comité au gouvernement canadien :

« Le Canada devra obtenir que la culture fasse l'objet d'une exemption adéquate et efficace avant de signer l'accord. Il devrait donc demeurer dans la coalition des pays qui appuient le principe consistant à exempter la culture de l'application de l'Accord proposé par la France, à savoir englober une exception autodéterminée de grande portée dans le texte de l'AMI. Le Canada devrait s'employer énergiquement à conclure des alliances avec d'autres pays membres de l'OCDE en faveur de cette position » (14).

Dans sa réponse au rapport du Sous-comité sur le Canada et l'Accord multilatéral sur l'investissement, en date du

23 avril 1998, le gouvernement du Canada accueille favorablement cette recommandation tout en précisant la position qu'il entend tenir sur la question. Il s'engage d'abord à préserver : « son droit d'adopter ou de maintenir des politiques, des programmes et des mesures qui défendent et protègent la culture et les industries culturelles canadiennes », ainsi qu'il l'a fait jusqu'à maintenant dans "l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALE), dans l'ALENA, dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, dans l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et dans ses accords bilatéraux sur la protection de l'investissement étranger. Dans les négociations, donc, le Canada défendra, de concert avec la France et d'autres pays, "une proposition réclamant une exclusion générale autodéfense pour la culture". Mais apparemment pessimiste quant à la possibilité de faire adopter une telle proposition, il ajoute :

« Au cas où une exclusion générale ne serait pas possible, le Canada formulera une exception nationale avec un effet équivalent, sans statu quo ni démantèlement, qui lui permettra d'adopter ou de conserver toute mesure concernant l'investissement nécessaire à la protection de la culture canadienne ».

Cette façon d'annoncer publiquement et à l'avance sa position de repli, ne peut, nous semble-t-il, qu'affaiblir les chances du Canada d'obtenir une exclusion complète pour la culture dans l'AMI.

La position de la France, telle qu'exprimée dans sa proposition d'exception culturelle, se présente quelque peu différemment. La proposition en question se lit de la façon suivante :

« Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de prendre toute mesure pour réglementer l'investissement d'entreprises étrangères et les conditions d'activité de ces entreprises, dans le cadre de politiques visant à préserver et promouvoir la diversité culturelle et linguistique » (15).

Dans les explications qui accompagnent cette proposition, la France fait valoir qu'en ce qui concerne les restrictions directes à l'investissement étranger, l'engagement de *statu quo* risque de rendre inopérantes les limitations actuelles aux prises de participation étrangères pour les secteurs utilisant de nouvelles technologies et remettrait en cause les résultats des négociations du GATS pour l'Union européenne dans le secteur de l'audiovisuel (16). De façon plus générale, elle affirme que les principes de la nation la plus favorisée et du traitement national ne sont pas d'application facile dans les secteurs de l'audiovisuel et de la presse, citant, à l'appui de cette affirmation, les accords de coproduction qui dérogent à la clause de la nation la plus favorisée en accordant à des entreprises étrangères de certains pays un traitement préférentiel.

14. Canada, Parlement du Canada, *Le Canada et l'Accord multilatéral sur l'investissement*, Troisième rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, décembre 1997, Recommandation N° 14.

15. OCDE, Doc. DAF/MAI/MN(98)2, p. 126.

16. Idem.

La principale difficulté que soulève la clause française est l'imprécision de son champ d'application. Les mesures qui seraient protégées par celle-ci sont celles qui visent "à préserver et promouvoir la diversité culturelle et linguistique". Contrairement aux clauses d'exception culturelle obtenues par le Canada dans ses récents accords bilatéraux sur l'investissement, lesquelles excluent totalement de la portée de ceux-ci les entreprises culturelles telles que définies, la clause française utilise un critère dont la portée concrète n'est pas facile à cerner. De fait, on peut extrapoler de sa rédaction qu'il reviendra en définitive aux parties d'en définir pour elles-mêmes la portée.

Malgré cette difficulté que soulève la clause française, et qui risque d'en rendre l'acceptation plus difficile, elle présente l'immense avantage de situer l'intervention de l'État en faveur de la culture non pas dans la perspective traditionnelle de protéger la culture nationale, mais plutôt dans une perspective positive qui est celle d'assurer la diversité culturelle et linguistique. On comprendra que dans cette perspective, l'État est justifié d'intervenir aussi bien pour assurer une place à la production culturelle nationale que pour faciliter l'accès le plus large possible aux cultures étrangères.

Il est difficile de dire jusqu'où le gouvernement français est prêt à aller pour défendre sa proposition d'insertion d'une clause d'exception culturelle dans l'AMI. À première vue, il est clair que l'inclusion d'une clause d'exception culturelle dans l'AMI conditionnera son acceptation de l'Accord. Dans une lettre, adressée à la Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel (FERA) et rendue publique le 19 février 1998, le président de la République, Jacques Chirac, affirmait la "détermination" de la France à préserver la culture du champ d'application de l'Accord multilatéral sur l'investissement (17). Quelques jours plus tard, Catherine Trautmann, ministre de la Culture, affirmait devant la Commission des affaires culturelles du Sénat : « *Devant l'importance des mesures en cause, devant les risques qu'entraînerait un traitement non spécifique de la culture dans l'AMI, je défendrai sans répit l'exception culturelle sans laquelle il n'y a pas de diversité et de pluralité* » (18). Contrairement au Canada, enfin, la France n'a pas avancé de solution de rechange dans l'hypothèse où sa proposition de clause d'exception culturelle serait rejetée.

Or, malgré l'appui du Canada et d'un certain nombre d'autres pays de l'OCDE, il y a de fortes chances qu'une telle clause soit rejetée considérant l'opposition déterminée des États-Unis à toute forme d'exception culturelle générale (19). Faut-il en conclure, alors, que la France refusera de signer l'AMI en l'absence d'une telle clause ? Cela n'est pas évident, la pression pour qu'elle accepte une solution de rechange, à l'instar du Canada, pouvant être assez grande. C'est pourquoi il nous faut examiner de plus près maintenant quelles pourraient être les solutions en question.

Celles-ci se ramènent essentiellement à autoriser les parties à inscrire des réserves individuelles (ou exceptions spécifiques pour reprendre la terminologie proposée dans le texte consolidé) en vue d'exclure des mesures existantes ou un secteur particulier de l'Accord (20). Deux approches assez différentes au plan de leurs conséquences sont possibles. La première permettrait d'inscrire dans une liste en annexe à l'Accord (dite liste de l'annexe A) des réserves fermées ou consolidées concernant des mesures non conformes à l'Accord, existant à la date d'entrée en vigueur de celui-ci. Ces mesures seraient soumises à la règle du *statu quo*, c'est-à-dire qu'elles ne pourraient pas être subséquemment rendues moins conformes à l'Accord et pourraient faire l'objet de négociations ultérieures en vue de leur élimination graduelle (démantèlement progressif). La seconde approche autoriserait les parties à inscrire dans une liste annexée à l'Accord (liste dite de l'annexe B) des réserves ouvertes ou non consolidées concernant des secteurs, sous-secteurs ou activités en vue de préserver leur liberté d'intervention dans ceux-ci, et cela, tant pour le passé que pour le futur. Ces réserves ne seraient pas sujettes à la règle du *statu quo* ni au démantèlement progressif.

La possibilité d'inscrire des réserves ouvertes ou non consolidées peut sembler à première vue offrir les mêmes garanties qu'une clause d'exception culturelle générale. Mais il faut bien comprendre que ces réserves, étant prises sur une base individuelle par les parties concernées, il y a risque que celles-ci se retrouvent isolées et sujettes à des pressions en vue d'éliminer les réserves en question. Un tel risque pourrait être évité, toutefois, si un nombre important d'États inscrivait un tel type de réserves pour leur secteur culturel, un peu à l'instar de ce qui s'est passé dans le cadre du GATS où la vaste majorité des membres ont refusé de prendre des engagements spécifiques dans le secteur culturel. Ce fut le cas en particulier du Canada, et, dans le secteur plus restreint de l'audiovisuel, de la Communauté européenne.

Les chances qu'une telle solution prévaille dans le cadre de l'AMI apparaissent plutôt minces à première vue, les États-Unis n'étant pas particulièrement enclins à accepter que le secteur culturel fasse l'objet de réserves non consolidées. La France elle-même se dit opposée à une solution de rechange qui consisterait en une réserve non consolidée, parce qu'une telle solution, pour être efficace, exigerait que l'ensemble des pays membres de l'Union européenne s'accordent sur ce qu'ils souhaitent inscrire en matière culturelle dans cette réserve (21). Mais la solution n'est pas à écarter pour autant. Les États-Unis, par exemple, pourraient être amenés à assouplir leur position dans le but d'obtenir satisfaction sur d'autres points. Avec le Canada et le Mexique, ils ont déjà accepté de telles réserves non consolidées dans d'autres domaines. La position française, quant à elle, n'est peut-être pas aussi définitive qu'on le

17. "Problèmes d'actualité de la presse", *Correspondance de la Presse*, 20 février 1998, p. 4.

18. France, Sénat, Intervention de Catherine Trautmann, ministre de la Culture et de la Communication, porte-parole du Gouvernement devant la commission des affaires culturelles du Sénat, 29 janvier 1998.

19. Dès le lancement des négociations sur l'AMI, les États-Unis avertissaient l'Union européenne qu'il n'était pas question à leurs yeux que le futur accord contienne une clause d'exception culturelle : voir Bureau of National Affairs, *International Trade Reporter*, Vol 12, p.

882, 24 mai 1995 "US to oppose EU bid to exempt 'culture' from OECD investment accord"

20. Voir au sujet de ces réserves nationales ou exceptions spécifiques des États la partie IX du texte consolidé. Le texte consolidé fait état d'un consensus très large sur le remplacement du terme "réserve", fréquemment utilisé dans les discussions, par le terme "exception", jugé plus approprié en droit international (*supra* note 5, p. 92). Mais la table des matières utilise encore les deux expressions.

21. *Supra*, note 18.

croirait. Il ressort des déclarations gouvernementales sur le sujet que l'exception culturelle demandée devrait garantir à l'Union européenne le maintien de ce qui a été obtenu dans le GATS pour les produits audiovisuels. Mais ce qui a été obtenu dans le GATS ne l'a pas été en raison d'une clause d'exception culturelle générale (22), mais bien plutôt à la suite d'un refus de prendre des engagements spécifiques, ce qui, au plan de la technique juridique, n'est pas très loin d'une réserve non consolidée. Enfin, le Canada, comme on le sait, a déjà laissé entendre qu'il serait prêt le cas échéant à accepter une réserve non consolidée pour la culture. Entre l'exception culturelle générale et la réserve non consolidée, donc, rien n'est encore joué. En revanche, il semble définitif que tant pour la France que pour la Canada, il ne saurait être question d'accepter que les réserves consolidées constituent la seule forme de protection autorisée en ce qui concerne la culture.

*

Dans un livre intitulé *L'exception culturelle. Culture et pouvoirs sous la V^e République*, paru en 1995, Jacques Rigaud écrit :

« D'une façon plus générale, tout ce qui conduit aujourd'hui à la mondialisation, à la globalisation des échanges en tous domaines, nourrit par réaction un besoin d'identité. À l'intérieur de chaque société même, les mécanismes d'uniformisation conduisent à de semblables réflexes identitaires. Communautés locales, minorités ethniques, ensembles linguistiques, groupes ayant en commun des intérêts, des convictions, des mœurs même, entendent s'affirmer et être reconnus dans leur spécificité » (23).

Ces propos permettent de mieux comprendre ce qui s'est passé dans le cas de l'AMI. Qu'elles échouent ou réussissent, les négociations de l'AMI auront au moins démontré une chose : dorénavant, les négociations commerciales de grande envergure ne pourront plus, aussi facilement que par le passé, être conduites dans des cercles restreints d'initiés sans prise en compte des préoccupations identitaires dont parle Jacques Rigaud (24).

Quant à savoir ce qu'il adviendra concrètement de l'AMI, il faudra attendre les résultats des consultations sur le sujet, annoncées à la fin d'avril 1998. Les sujets de désaccord pour le moment demeurent encore assez nombreux, incluant des questions telles que l'application de l'Accord aux droits de

propriété intellectuelle, la définition du concept d'expropriation, la clause d'exception pour la sécurité nationale, les restrictions à apporter aux législations à portée extraterritoriale, la clause concernant les organisations d'intégration économique régionale, la question de la place du travail et de l'environnement dans l'Accord, et enfin la question qui nous intéresse plus particulièrement ici, celle de la place de la culture dans l'AMI. Même si des efforts sont entrepris en vue de mieux expliquer les bénéfices susceptibles de découler de cet accord, cela aurait dû être fait beaucoup plus tôt et il est loin d'être certain que ce sera suffisant maintenant pour vaincre toutes les résistances (25).

De fait, le pessimisme était tel, lors de la réunion des 27-29 avril dernier, que certains membres de l'OCDE n'ont pas hésité à demander que les négociations sur l'AMI soient transférées dans le cadre de l'OMC. Déjà en 1997, le directeur-général de l'OMC lui-même ne se gênait pas pour affirmer qu'un tel développement serait tout à fait logique (26). Mais si cela doit se faire, comme plusieurs s'y attendent, le débat sur la place de la culture risque fort de prendre une toute autre tournure. Le contexte de la négociation ne sera plus celui d'un groupe relativement restreint d'États partageant sensiblement les mêmes vues en matière économique. Avec l'accroissement considérable du nombre des États impliqués dans la négociation, les risques de désaccords ne pourront que se multiplier. Mais si un accord multilatéral sur l'investissement est effectivement conclu et incorporé parmi les autres accords multilatéraux régis par l'OMC, il deviendra beaucoup plus difficile de s'y soustraire, car cela pourrait remettre en cause l'appartenance même à l'OMC.

Dans ces conditions, il apparaît essentiel de développer une vision claire et cohérente des enjeux sous-jacents au débat sur la place de la culture dans l'AMI et, plus généralement, dans les accords commerciaux internationaux. Si rien n'est fait en ce sens, il y a de fortes chances que l'internationalisation l'emporte sans qu'aucun débat véritable sur la question n'ait pris place. Ce qui serait fort malheureux, non seulement pour la culture, mais aussi pour le commerce international, car la diversité, et au premier chef la diversité culturelle, est de l'essence même de l'échange.

Ivan Bernier

Professeur à la Faculté de droit
Université de Laval (Québec)

22. Voir, sur l'absence de toute clause d'exception culturelle dans le GATS, Mario Kakabadse, "The WTO and the Commodification of Cultural Products : Implications for Asia", *Media Asia* 22, no 2 (1995) p. 71-77.

23. Rigaud, Jacques *L'exception culturelle, culture et pouvoirs sous la Ve République*, Grasset, 1995, p. 256.

24. Un observateur canadien décrivait en mai 1998 la réaction à l'AMI comme : « a growing backlash against globalization ». Edward Greenspon, "That sinking Feeling", *The Globe and Mail, Report on Business*, Toronto, mai 1998, p. 45. Voir Aussi Madelaine Drohan, "Nations set to bury MAI", *The Globe and Mail*, Toronto, 27 avril 1998, p. B1. Mais plus intéressants encore à ce propos sont les commentaires du Directeur général du système commercial multilatéral, M. Renato Ruggerio, qui déclarait à l'occasion du Symposium sur le cinquantième anniversaire de l'OMC que de telles questions touchant à la dimension humaine de la mondialisation : « étaient trop complexes pour recevoir un traitement adéquat dans les médias ou dans les groupes de discussion de l'Internet et, en même temps, trop impor-

tantes pour être laissées à un groupe restreint d'experts du commerce international » [notre traduction] : http://www.wto.org/new/symp_rem.htm.

25. La volonté de faire connaître à un public plus large les avantages de l'AMI apparaît assez clairement, tant au sein de l'OCDE que dans un pays comme le Canada par exemple. Voir pour l'OCDE la réponse du Secrétaire-général de l'OCDE, M. Donald Johnston à un texte publié par M. Jack Lang dans *Le Monde* du 10 février 1998, réponse intitulée "L'AMI est capital" (*Le Monde*, 14 février 1998) et pour le Canada le cahier spécial publié par le ministère des Affaires étrangères et du commerce international intitulé "L'Accord multilatéral sur l'investissement : Le bon Accord au bon moment", en date d'avril 1998.

26. Dans un discours prononcé à Ottawa, le 28 mai 1996, et intitulé "De quoi l'avenir sera-t-il fait : la politique commerciale internationale à l'ère de l'OMC", M. Ruggiero affirmait : « En l'absence d'un solide cadre multilatéral, il risque d'y avoir une prolifération de régimes d'investissement étranger mutuellement incompatibles, voire discriminatoires.[...] Il est difficile d'imaginer qu'une réponse puisse être trouvée en dehors de l'OMC » Voir : OMC, PRESS/49, 29 mai 1996.