

Monde européen et international

Collection dirigée par **Jacques Bourrinet**

**Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires
Université Paul Cézanne Aix-Marseille III**

**Diversité
culturelle
et droit
international
du commerce**

Lilian Richieri Hanania

Préface d'Hélène Ruiz Fabri



La
documentation
Française

**DIVERSITÉ CULTURELLE
ET DROIT INTERNATIONAL
DU COMMERCE**



MONDE EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

Collection dirigée par Jacques BOURRINET

**DIVERSITÉ CULTURELLE
ET DROIT INTERNATIONAL
DU COMMERCE**

Lilian RICHIERI HANANIA

PRÉFACE

Hélène RUIZ FABRI

Centre d'Études et de Recherches
Internationales et Communautaires
Université d'Aix-Marseille III



PRÉFACE

Les biens et services culturels sont si naturellement présents dans notre vie quotidienne qu'il nous est à la fois banal de les voir comme objets de commerce – acheter un disque, un film, un billet de musée – et aisé d'oublier, parce qu'il s'agit avant tout de satisfaire un besoin ou un désir qualitatif, que les enjeux économiques afférents sont considérables. Sans doute, dans un pays comme la France, a-t-on pu avoir conscience plus qu'ailleurs de ces enjeux en raison de l'affleurement des débats publics sur l'exception culturelle, encore que ce que celle-ci signifie soit facilement objet de confusion, entre une simple revendication d'identité et l'attente plus sophistiquée de mécanismes permettant de prendre en compte la spécificité des biens et services culturels.

C'est sur ce second aspect que Lilian Richieri Hanania a entendu centrer le travail de recherche, qui a d'abord été sa thèse de doctorat, titre obtenu avec les plus grands honneurs, avant de lui permettre de publier le présent ouvrage. Elle a entrepris de – et fort bien réussi à – démontrer la spécificité des produits et services culturels et, par conséquent, la nécessité d'un traitement juridique spécifique pour ces produits et services. Mais elle souhaitait aussi offrir des propositions capables de favoriser ce traitement, en tant que réponses adaptées à cette spécificité. Telles sont les lignes directrices de l'ouvrage, dont la toile de fond est constituée par l'idée de diversité culturelle. Bien qu'apparue dans les travaux de l'UNESCO depuis plusieurs décennies, la notion de diversité culturelle n'est devenue centrale que vers la fin des années 90, comme conséquence directe de l'échec de la proposition d'exception culturelle dans le cadre des négociations commerciales qui ont abouti à la mise en place de l'Organisation mondiale du commerce. Car, si l'exception culturelle avait échoué, le problème qu'elle entendait désigner ou traiter demeurerait, celui du déséquilibre du commerce des produits et services culturels que la mondialisation et la libéralisation qui l'accompagne ne pouvaient qu'accroître, à défaut de mesures pour y remédier.

C'est un des apports de l'ouvrage de Lilian Hanania que de fournir une vision la plus complète possible du marché des produits et services culturels, malgré le manque de données statistiques fiables et uniformes. Elle en montre aussi toutes les particularités, notamment comment chacun de ces biens et services comporte une part d'unicité, d'originalité, qui les rend non substituables, risqués à produire mais source de richesse pour tous, à condition qu'ils puissent être promus et échangés dans des conditions équitables, ce qui est loin d'être le cas actuellement. Ainsi est-il

confirmé que le déséquilibre du commerce des produits et services culturels n'est pas un fantasme et dispose-t-on des bases pour une analyse raisonnée, d'autant plus importante qu'on le sait, et les textes internationaux le disent avec la plus grande clarté, les biens et services culturels sont « porteurs d'identité, de valeurs et de sens ». C'est à partir de là que l'on peut trouver une utilité à la notion de diversité culturelle qui, si elle a d'abord eu pour vertu de prendre le relais, comme slogan, de l'exception culturelle, ne pouvait se passer d'un contenu juridique davantage opératoire. Lilian Hanania a, à cet égard, pris le parti, justifié et judicieux, de construire une définition plus concrète, précise et pragmatique de la notion de diversité culturelle, afin de mieux délimiter son rôle pour un traitement juridique spécifique des produits et services culturels. Elle lui permet par là même de déployer ses potentialités.

C'était sans doute la difficulté majeure de la recherche, difficulté qui est surmontée avec rigueur et intelligence. Il fallait en effet naviguer entre deux écueils. L'un était le caractère un peu attrape-tout de la notion de diversité culturelle. L'étude ne pouvait s'étendre à tout ce qui peut s'y rattacher, sauf à ne pas faire de hiérarchie dans les enjeux, à l'aune de la perspective choisie, celle du commerce. L'autre était le fait que la notion a notamment attiré l'attention lors de l'élaboration, puis la négociation de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité culturelle, dont on sait pertinemment qu'elle a été la réplique internationale la plus immédiate à l'échec de l'exception culturelle. L'étude ne pouvait cependant s'y réduire. Car, aussi importante que soit cette convention, elle ne résout pas à elle seule – et n'a d'ailleurs jamais prétendu le faire – le problème qui sert de prémisse à l'étude, celui du déséquilibre du commerce des produits et services culturels. Elle concerne en effet un seul des axes d'action qu'appelle la préservation de la diversité culturelle, celui de l'intervention étatique par des mesures de politique culturelle. Mais les États ne sont pas les seuls à devoir agir ou, plus exactement, ils ne doivent pas agir seulement par des mesures de politique culturelle. Favoriser la diversité culturelle signifie en effet d'envisager non seulement la création, mais aussi la production, la diffusion et la distribution de biens et de services culturels ainsi que l'accès à ceux-ci. Dans tous ces aspects, le comportement des acteurs privés, en particulier les industries culturelles dont certaines sont constituées en véritables oligopoles, est également de première importance. L'on sait trop que les considérations économiques, en soi légitimes, peuvent rapidement prendre le pas sur les considérations culturelles pour ne pas se soucier de faire aux secondes leur juste place. À cet égard, Lilian Hanania plaide vigoureusement, et de manière convaincante, en faveur de l'introduction de l'élément culturel dans le contrôle concurrentiel. Beaucoup est encore à faire sur ce plan. Raison de plus pour insister sur le fait que cet axe d'action est interdépendant avec le précédent. Mais le tableau n'aurait pu être complet sans envisager un troisième axe d'action, celui

de la propriété intellectuelle. Il ne s'agit pas d'en contester la légitimité mais d'observer qu'en raison notamment des nouveaux moyens de communication et du comportement des industries culturelles, les droits de propriété intellectuelle se déploient d'une manière qui n'est pas toujours favorable à la diversité culturelle. Lilian Hanania prend position en faveur d'une flexibilisation, qui n'est pas une négation mais une adaptation.

Ainsi dispose-t-on d'une analyse englobante mais en même temps sérieuse de ce que signifie la diversité culturelle à l'ère de la mondialisation et des mesures qu'elle appelle sa protection. Cette protection est essentielle pour l'humanité et, faut-il le rappeler, elle n'est pas défensive mais ouverte sur l'avenir. Si l'on accepte la prémisse que la culture est un vecteur essentiel de communication entre les êtres humains, qu'elle a besoin d'échanges et s'en nourrit, on comprend que le commerce lui est essentiel et que les conditions et modalités de ce commerce doivent être adaptées en conséquence. L'ouvrage de Lilian Hanania le démontre brillamment.

Qu'il me soit permis, pour clore cette brève préface, de rendre hommage, au-delà de ses immenses qualités intellectuelles dont l'ouvrage témoigne si bien et par lui-même, aux qualités personnelles de Lilian Hanania. Quiconque l'a rencontrée et connaît son sourire saura ce que je veux dire.

Hélène RUIZ FABRI

*Professeure à l'École de droit de
la Sorbonne (Université Paris 1 –
Panthéon Sorbonne)*

*Directrice de l'UMR de Droit
comparé de Paris*



À mes parents

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ACR	Accord commercial régional
ADPIC	(Accord sur les) Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
<i>AFRI</i>	<i>Annuaire Français de Relations Internationales</i>
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AIF	Agence internationale de la Francophonie
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
ALADI	Association latino-américaine d'intégration
ALALC	Association latino-américaine de libre-échange
ALE	Accord de libre-échange
ALECC	Accord de libre-échange Canada – Chili
ALECCR	Accord de libre-échange Canada – Costa Rica
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ALPA	Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle (France)
AMI	Accord multilatéral sur les investissements
ANZCERTA	Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement
ANZSCEP	Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership
ATI	Accord sur les technologies de l'information
CADE	Conseil administratif de défense économique (Brésil)
CAFTA / ALECA	Central America Free Trade Agreement
CDC	Coalition pour la diversité culturelle (Canada)
CDI	Commission du droit international
CE	Communauté européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFII	Chaîne française d'information internationale
CIJ	Cour internationale de Justice
CIUS	Conseil international pour la science
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CLAC	Centres de lecture et d'animation culturelle
CMT	Country Music Television
CNC	Centre national de la cinématographie (France)
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
COMESA	Marché Commun de l'Afrique Australe et Orientale

CPB	Corporation for Public Broadcasting (États-Unis)
CPC	Provisional Central Product Classification (Nations Unies)
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CPTC	Canadian Production Tax Credit
CRTC	Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel (France)
CVDC	Comité de vigilance pour la diversité culturelle (France)
<i>DJILP</i>	<i>Denver Journal of International Law and Policy</i>
DRE	Digital Rights Expression
DRM	Digital Rights Management system
ECN	European Competition Network
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
ERG	European Regulators Group
ESR	Conseil national de la radio et de la télévision (Grèce)
FCC	Federal Communications Commission (États-Unis)
FFC	Australian Film Finance Corporation
FMI	Fonds monétaire international
<i>FPIN</i>	<i>Free Press Investment Notes</i>
FTC	Federal Trade Commission (États-Unis)
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	Accord général sur le commerce des marchandises
GSP	Generalized System of Preferences
<i>HJIL</i>	<i>Houston Journal of International Law</i>
<i>HWWA</i>	<i>Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
IIPA	International Intellectual Property Alliance
ISO	Organisation internationale de normalisation
ISU	Institut de statistique de l'UNESCO
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit International</i>
<i>JIEL</i>	<i>Journal of International Economic Law</i> (Oxford University)
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JSEPA	Japan-Singapore Economic Partnership Agreement
<i>JWT</i>	<i>Journal of World Trade</i>
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (Allemagne)

MDLF	Media Development Loan Fund
MEDIA (Programme)	Mesures pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle (Union européenne)
Mercosur	Marché commun du Sud
MIC	(Accord sur les) Mesures concernant les investissements et liés au commerce
<i>Mich. J. Int'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>MJGT</i>	<i>Minnesota Journal of Global Trade</i>
<i>MLR</i>	<i>The Modern Law Review</i>
MPA	Motion Picture Association
MPAA	Motion Picture Association of America
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCN	New Country Network
NEA	National Endowment for the Arts
NOMIC	Nouvel ordre mondial de l'information et de la communication
NPF	Nation la plus favorisée (traitement de la)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États Américains
OFCOM	Office of Communication (Royaume-Uni)
OFT	Office of Fair Trading (Royaume-Uni)
OIF	Organisation internationale de la Francophonie
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends de l'OMC
OUA	Organisation de l'Union Africaine
<i>OXJLS</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PTA	Preferential Trade Area
<i>RDAl</i>	<i>Revue de Droit des Affaires Internationales</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue Générale de Droit International Public</i>
RIC	Réseau international de la concurrence
<i>RICR</i>	<i>Revue internationale de la Croix-Rouge</i>
RIDC	Réseau international pour la diversité culturelle
<i>RIDE</i>	<i>Revue Internationale de Droit Économique</i>
RIPC	Réseau international sur la politique culturelle
RTA	Regional Trade Agreements

<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTVG	Radio- und Fernsehgesetz (Suisse)
SDE	Secrétariat de défense économique
SEAE	Secrétariat de suivi économique (Secretaria de Acompanhamento Econômico, Brésil)
SFP	Société française de production
SGP	Système général de préférences
SH	Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises de l'OMD
SMSI	Sommet mondial sur la société de l'information
SOFICA	Société pour le financement de l'industrie cinématographique et audiovisuelle (France)
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase in Price
TEP	Transatlantic Economic Partnership
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TN	Traitement national
TRIMs	(Agreement on) Trade-Related Investment Measures
TSF	(Directive) Télévision sans frontières
<i>U. Pa. J. Int'l Econ. L.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of international economic law</i>
UIT	Union internationale des télécommunications
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
USTR	United States Trade Representative
<i>Vand. J. Transnat'l L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WIPO Performances and Phonograms Treaty)
WTO	World Trade Organization
<i>YJIL</i>	<i>Yale Journal of International Law</i>
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques



INTRODUCTION

« [L]es guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix (...) [U]ne paix fondée sur les seuls accords économiques et politiques des gouvernements ne saurait entraîner l'adhésion unanime, durable et sincère des peuples et (...), par conséquent, cette paix doit être établie sur le fondement de la solidarité intellectuelle et morale de l'humanité ».
(Préambule de l'Acte constitutif de l'UNESCO, 1946)

Ce travail a comme prémisse le caractère fondamental de l'échange d'idées, de valeurs et de connaissances entre les peuples pour une meilleure compréhension mutuelle et la concrétisation de la paix. Partant du constat d'inégalités considérables dans les flux d'information et de communication, il vise à examiner et développer des outils juridiques capables de contribuer à un échange plus riche et équilibré des produits et services culturels.

Les « produits culturels » sont ici compris dans le sens attribué à « biens culturels » par l'Institut de statistique de l'UNESCO (ISU), en tant que « [b]iens de consommation qui véhiculent des idées, des valeurs symboliques et des modes de vie, qui informent ou distraient, contribuant à forger et à diffuser l'identité collective tout comme à influencer les pratiques culturelles » et résultant « de la créativité individuelle ou collective ». On adoptera, également pour la définition des « services culturels », celle retenue par cet Institut et qui comprend ces services comme « se [traduisant] par des mesures d'appui à des pratiques culturelles que les [É]tats, les institutions publiques, les fondations, les entreprises privées ou mixtes mettent à la disposition de la communauté et qui incluent, entre autres, la promotion des spectacles ainsi que la conservation et l'information culturelles (bibliothèques, archives et musées) »¹. Il convient de préciser qu'il est fait ici référence aux produits

* Je tiens à remercier particulièrement madame la Professeure Hélène Ruiz Fabri et monsieur le Professeur Jacques Bourrinet. J'exprime aussi tous mes remerciements à Olivier Millot, Monir Hanania, Therezinha da Silva Richieri Hanania, madame la Professeure Maristela Basso, monsieur le Professeur Luiz Olavo Baptista, monsieur le Conseiller d'État Jean Musitelli, monsieur le Professeur Pierre Sauvé, monsieur le Professeur Serge Regourd, monsieur le Professeur Pierre Michel Eisemann et Antonios Vlassis.

¹ Voir, pour les deux définitions, ISU – Secteur de la Culture, *Échanges internationaux d'une sélection de biens et services culturels, 1994-2003 – Définir et évaluer le flux du commerce culturel mondial*, Montréal, UNESCO, 2005, pp. 84-85 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001428/142856f.pdf>).

et services culturels « de base », « *directement associés au contenu culturel* », par opposition aux produits et services culturels « connexes », « *liés aux services, à l'équipement et aux matériels qui servent à la création, à la production et à la distribution* » des produits et services culturels, tels que définis par ce même Institut².

Le terme « produit » a été préféré à celui de « bien », largement utilisé par l'UNESCO et par d'autres auteurs qui traitent des différents aspects abordés par le présent ouvrage. L'expression « produit culturel » paraît plus appropriée, car elle contient un caractère économique et commercial marqué. Le présent ouvrage se concentrera en effet sur l'étude du droit positif applicable aux produits et services culturels « de consommation », commercialisés notamment grâce aux communications de masse, ainsi que sur la capacité de cette réglementation de garantir aujourd'hui l'atteinte d'un objectif majeur, celui de la diversité des cultures. Le caractère commercial de ces produits à côté de leur caractère culturel n'est ainsi absolument pas réfuté, ce qui justifie d'ailleurs pleinement l'application des traités internationaux de commerce à leur égard.

Par ailleurs, dans les domaines de la protection du patrimoine immatériel, du patrimoine culturel subaquatique, du patrimoine mondial (culturel et naturel), du patrimoine culturel en cas de conflits armés et de celui de la lutte contre l'importation, l'exportation et le transfert de la propriété illicites des biens culturels, le terme « bien culturel » est utilisé dans un sens qui se rapproche souvent de celui de « patrimoine culturel » ou de « *cultural property* », termes centrés davantage et presque exclusivement sur l'aspect culturel de certains biens et leur préservation. En témoigne la Convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel³.

Le recours à l'expression « produit culturel » permet donc d'établir une distinction par rapport à ces initiatives, en séparant de manière claire, d'une part, les monuments et autres œuvres d'art d'intérêt historique et archéologique et, d'autre part, les produits des « industries culturelles », tout en reconnaissant la valeur des deux catégories dans la transmission de l'identité, de la mémoire et des valeurs d'un peuple.

Les industries culturelles sont ici comprises en tant qu'« [i]ndustries qui touchent à la fois la création, la production et la commercialisation de contenus créatifs dont la particularité réside dans les contenus à caractère culturel généralement protégés par des droits

2 *Idem*, p. 14.

3 Le patrimoine culturel recouvre, selon cette convention, des monuments ou des ensembles de constructions ayant une « *valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science* », ainsi que les « *œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique* » (article 1^{er} de la Convention de 1972).

d'auteur »⁴. Elles couvrent généralement l'édition imprimée, le multimédia, les produits cinématographiques, l'audiovisuel et la musique enregistrée. La notion d'industries culturelles est ainsi plus restrictive que celle d'« industries créatives ». Ces dernières englobent les « industries culturelles », mais comprennent également l'architecture, l'artisanat, la publicité, le design, etc. Le présent ouvrage se concentrera sur les industries culturelles, bien que les industries créatives présentent évidemment une composante culturelle importante, provenant de la créativité de leurs auteurs.

La définition de ces industries et des produits et services qu'elles génèrent n'en demeure pas moins difficile car elle fait face à l'embarras de la délimitation de la notion même de « culture ». Il s'agit d'un terme qui présente plusieurs dimensions, puisqu'il englobe un aspect dynamique, de processus, qui évolue dans le temps ; un aspect symbolique, lié aux références à des connaissances, des valeurs, des croyances, etc. ; un aspect collectif ou social, de caractérisation d'un regroupement humain ; et toutes ses manifestations, telles que les modes de vie, d'organisation sociale, de production artistique ou intellectuelle, etc. Toutes ces dimensions témoignent de l'importance significative de la culture pour les sociétés.

Il n'existe pas de définition incontestable et entièrement précise de la notion de « culture ». La Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles de 1982, réaffirmée dans ses principes lors de la Conférence intergouvernementale sur les politiques pour le développement de Stockholm de 1998, établit que : « *dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble de traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances...* »⁵. Cette définition, comportant une forte connotation anthropologique, a été depuis réaffirmée à plusieurs reprises dans le discours de l'UNESCO en matière culturelle et a été également consacrée par la Déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée au sein de cette organisation en 2001.

Une fois poussée au paroxysme, une telle signification, aussi large, pourrait impliquer que tout produit ou service ayant des liens avec les traditions culturelles d'un pays puisse être qualifié de « produit culturel » ou « service culturel », ce qui pourrait absurdement faire placer sous un label « culturel » des vêtements, des denrées alimentaires (comme le fromage ou le vin en France), des jouets, etc. Une telle définition serait au demeurant dépourvue d'utilité pratique, ne servant plus à distinguer les produits et services culturels de tout autre produit ou service.

4 ISU, *Échanges internationaux (...)*, op. cit., p. 84.

5 K. STENOUE et C. KEITNER, « L'UNESCO et la question de la diversité culturelle – Bilan et stratégies 1946-2000 », UNESCO, 2000, < http://www.inst.at/kulturen/unesco/strategy_francais.html >.

Sous un angle opposé, la culture pourrait être définie de manière à exclure tout ce qui possède une connotation économique. La plupart des produits et services culturels couverts par les accords internationaux de commerce, fruits des « industries culturelles » et commercialisés dans le cadre d'une « culture de masse », relèveraient ainsi du simple « divertissement » et la « vraie culture » se limiterait aux beaux-arts, aux trésors nationaux, etc. (des biens « purement culturels »).

C'est justement sur le « dosage » des composantes culturelle et commerciale dans ces produits et services que des oppositions se manifestent. Si l'on considère que la culture inclut toute forme d'expression et de communication comprenant un contenu créatif et que les produits et services culturels sont porteurs d'idées, de valeurs, d'identités, d'un sentiment de communauté et d'expériences communes, alors les échanges de produits et services culturels devront refléter la diversité de coutumes et d'identités culturelles d'une société, de manière à promouvoir leur communication et une conciliation conduisant à la compréhension entre les différents groupes.

Les moyens de communication de masse et, plus récemment, l'expansion des technologies du numérique contiennent un potentiel inestimable de circulation de produits et services culturels et, par conséquent, d'échange d'idées et de promotion de la compréhension des coutumes et des valeurs diverses. L'existence d'une « société mondiale de l'information » peut être un moyen de construire de véritables « sociétés du savoir » telles que préconisées par l'UNESCO, c'est-à-dire, fondées sur la diversité culturelle et linguistique, sur le partage et l'accès de tous, de manière à conduire à un développement humain et durable⁶.

Cependant, jusqu'à présent, la réalité témoigne assez peu de la mise à profit des capacités des nouvelles technologies et les conflits ayant des origines ou soulevant des enjeux culturels se multiplient encore. Le déséquilibre des échanges de produits et services culturels entre les peuples, constaté depuis plusieurs décennies, peut être en partie à la source de telles confrontations⁷. Les inégalités, de plus en plus frappantes, ne peuvent en toute évidence contribuer à la naissance d'une société construite sur le respect de la diversité et sur l'inclusion. En effet, bien que l'avènement des nouvelles technologies puisse contribuer à la diffusion plus rapide des produits et services culturels auprès d'un plus grand nombre de personnes, un grave déséquilibre de forces se remarque encore dans tous les secteurs culturels et particulièrement dans ceux de

6 Rapport mondial de l'UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, UNESCO, Paris, 2005, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001418/141843f.pdf> >, p. 17. Pour la construction de la notion de « sociétés du savoir », voir *idem*, pp. 20-22.

7 Voir World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development* (par J. PEREZ DE CUELLAR), 2^e éd. rév., UNESCO Publishing / Oxford & IBH Publishing, Paris, 1996, p. 28.

l'audiovisuel⁸, de la musique et du livre, où les intérêts économiques en jeu sont les plus évidents.

Quelques statistiques du marché du film cinématographique viennent étayer ce constat. Par exemple, en Europe, les films d'origine américaine ont représenté 63,2% du marché en 2008. Cette même année, les films produits en Europe avec des investissements américains ont occupé 6,8% du marché européen, tandis que les films européens correspondaient à 28,4% de ce marché⁹. Le même déséquilibre existe au Canada, où les films provenant des États-Unis occupaient 88,5% du marché en 2008, les produits nationaux ne détenant que 2,8% de celui-ci. En Australie, la part de marché des films américains était de 84,2%, les films nationaux représentant 3,8%. Dans les pays d'Amérique Latine, la participation des films nationaux sur leurs marchés respectifs a été de 11,9% en Argentine, 10,3% en Colombie, 9,8% au Brésil, 7,9% au Chili et 7,0% au Mexique. Sur le marché interne américain, la situation n'est pas très différente, mais la perspective s'inverse logiquement, puisque 91,5% des films projetés en 2008 étaient d'origine américaine, 4,4% réalisés en Europe avec des investissements des États-Unis, les films européens correspondant à 2,8% du marché et les 1,3% restants étant occupés par des films produits par d'autres pays du monde¹⁰.

Ces inégalités sont encore plus choquantes si l'on compare le volume de films produits par les différents pays : tandis qu'en 2008 les 27 États de l'Union européenne ont produit 1145 films, les États-Unis en ont produit 520 et la Chine 400¹¹, dans toute son histoire l'Afrique n'a produit que 600 films cinématographiques et plus d'un tiers des pays du monde ne produisent aucun film¹².

Une telle disparité ne peut être compensée par l'offre, certes plus importante aujourd'hui, de produits en format numérique sur Internet, en raison notamment du fossé numérique et technologique très significatif entre les pays et à l'intérieur même de ceux-ci. La capacité d'accès aux nouvelles technologies étant ainsi très inégale, une éventuelle offre plus variée de produits et services culturels ne peut guère aujourd'hui atteindre

8 Le secteur de l'audiovisuel peut être compris comme englobant une série d'activités relatives à la production, à la distribution et à la projection de contenu audiovisuel, ce qui inclut les films cinématographiques, les programmes de radio et de télévision et les enregistrements sonores (voir ISU, *Échanges internationaux (...), op. cit.*, p. 85). Cette définition couvre les services inclus sous la rubrique « services audiovisuels » dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services de l'OMC (AGCS), mais ne correspond pas à l'utilisation du terme « audiovisuel » que font quelques auteurs, certains l'appliquant uniquement aux programmes télévisuels, ou encore exclusivement à ceux-ci et aux films cinématographiques.

9 Observatoire Européen de l'Audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film – Focus 2009*, < http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2009.pdf >, p. 14.

10 *Idem*, p. 44 (Canada), p. 50 (Australie), p. 46 (Amérique Latine) et p. 10 (États-Unis).

11 *Idem*, p. 13.

12 ISU, *Échanges internationaux (...), op. cit.*, p. 47.

une large partie de la population mondiale. Au contraire, elle continue de concentrer ses effets sur les plus nantis, qui en perçoivent les effets positifs sans toujours se rendre compte qu'ils ne sont pas partagés.

La prise de conscience du déséquilibre dans le flux d'information et de communication et le souhait d'y remédier ne sont pas nouveaux. Dans les années 70 et 80, dans le cadre des débats relatifs au « Nouvel ordre mondial de l'information et de la communication » (NOMIC), l'inégalité des échanges d'information entre les pays industrialisés (et notamment les États-Unis) et les pays en développement avait été constatée et critiquée. En décembre 1977, une Commission internationale pour l'étude des problèmes d'information et de communication a été formée par l'UNESCO pour enquêter sur cette situation de déséquilibre de l'époque. Cette Commission, présidée par Sean MacBride, a émis un Rapport intitulé *Many Voices One World*, lequel indiquait l'importance de l'information et de la communication pour le développement et énumérait une grande partie des problèmes auxquels on se trouve confronté encore aujourd'hui dans la nouvelle « société de l'information ». La similarité des sujets traités par le Rapport de 1979 et par les principes soulignés en 2003 lors de la première partie du Sommet mondial de la société de l'information est à ce titre impressionnante : l'importance de la construction d'une société inclusive et de la garantie du droit d'accès à l'information en fait un thème central.

C'est dans ce contexte de guerre froide et de l'émission d'une *Mass Media Declaration* proposée par l'URSS, visant à corriger les inégalités entre les États et contribuer à la création d'un nouvel ordre de l'information et de la communication, que les États-Unis ont quitté l'UNESCO le 31 décembre 1984¹³. Outre les raisons ayant trait aux relations délicates qu'ils entretenaient avec les États liés à l'URSS, à la politisation d'un certain nombre des débats et à la mauvaise gestion de l'organisation, les États-Unis se sont retirés car ils considéraient que toute mise en cause du libre-échange de contenu et d'information constituait une atteinte à la liberté d'expression et d'opinion. Le programme de l'UNESCO sur un « Nouvel ordre mondial de l'information et de la communication » représentait pour eux une menace importante, puisqu'il semblait refléter les visions soviétiques d'une domination occidentale des médias. Jusqu'à aujourd'hui, l'argument principal des États-Unis contre toute tentative de rééquilibrage des flux médiatiques a été centré sur les risques que cela entraînerait pour la liberté de la presse et la libre circulation des idées. Leurs intérêts commerciaux dans le secteur des médias ne peuvent toutefois pas être oubliés.

De nos jours, une nouvelle exigence d'équilibrage des échanges concerne aussi les produits et services culturels de manière générale.

¹³ Ils ont été suivis par le Royaume-Uni et Singapour en 1985. Le Royaume-Uni est redevenu membre de l'UNESCO en 1997, les États-Unis en 2003 et Singapour a fait de même en 2007.

Dans une société fondée sur des valeurs de démocratie et de diversité, où une pluralité de voix doit pouvoir se manifester, les différentes cultures locales et régionales doivent pouvoir s'exprimer et se faire entendre. Il s'agit du respect des mêmes garanties fondamentales de la liberté d'expression et d'opinion invoquées par les États-Unis, mais interprétées dans un contexte plus large, car d'autres droits méritent également d'être garantis. Il s'agit de droits fondamentaux consacrés, par exemple, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans les deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques. En plus de la liberté d'expression et d'opinion proclamée par son article 19, la Déclaration de 1948 garantit, en effet, le droit de participation à la vie culturelle de la communauté et le droit à la protection des intérêts moraux et matériels sur les créations (droit d'auteur et droits voisins) dans son article 27. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît le droit de chaque individu à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18), tandis que son article 19 consacre également le droit à la liberté d'expression. L'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit à son tour le droit de toute personne de prendre part à la vie culturelle et garantit le respect de la liberté indispensable aux activités créatrices. La liberté de s'exprimer culturellement peut ainsi être vue en tant que fondement de toute liberté de l'individu.

Il est, néanmoins, difficile d'entrevoir cette liberté et une pluralité d'expressions culturelles quand la plus grande partie du marché est dominée par des produits reflétant la culture et les valeurs d'un seul ou d'un petit nombre de pays. La structure des marchés contribue à cette réalité, car ils se trouvent de plus en plus concentrés entre les mains de grands conglomérats des médias. Les libertés d'expression et d'opinion des créateurs sont ainsi restreintes par le pouvoir que détiennent les grands oligopoles sur le marché culturel.

Reconnaissant que les produits et les services culturels sont des véhicules de valeurs et d'identités, de nombreux États craignent une domination culturelle, ainsi que la disparition d'un grand nombre de cultures dans un contexte d'accélération d'échanges internationaux inégaux. Ainsi, plusieurs d'entre eux ont mis en place des mesures de politique publique visant à promouvoir le développement de leurs différentes expressions culturelles et à créer un espace minimum de survie pour les productions locales, à travers des mesures souvent restrictives du commerce et, de ce fait, très critiquées par les pays détenant les industries culturelles les plus puissantes. Des politiques de soutien à la culture ont ainsi été instituées, prenant en règle générale la forme de quotas, de réglementations de contrôle de l'investissement, de subventions, de mesures fiscales, etc. Elles sont généralement justifiées par des arguments de protection et de promotion de l'identité et d'un espace culturel d'expression

des citoyens, ainsi que par la considération que les produits ou les services culturels ne peuvent être assimilés à de simples marchandises.

La liberté d'intervention gouvernementale dans le secteur culturel semble avoir été, néanmoins, fortement affectée par les dispositions du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), notamment celles de l'Accord général sur le commerce de services (AGCS ou *General Agreement on Trade in Services – GATS*) et celles de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). À l'occasion de leur adoption dans le cadre du Cycle d'Uruguay, une grande polémique s'était développée quant à la place qui devrait être accordée aux produits et services présentant un caractère culturel et, plus particulièrement, aux services audiovisuels et cinématographiques (secteurs où il existe le plus d'enjeux économiques).

D'un côté, quelques États, représentés notamment par les États-Unis, le Japon ou encore la Nouvelle-Zélande, ont souligné le caractère marchand de ces produits et services et la nécessité de leur inclusion dans les accords commerciaux visant à la libéralisation du commerce international. D'un autre côté, des États tels que la France et le Canada défendaient la reconnaissance d'une exception pour le secteur culturel. Malgré des divergences entre ses États membres, la Communauté européenne a initialement fondé sa stratégie sur l'« exception culturelle », remplacée ensuite par celle de « spécificité culturelle », justifiant que ce secteur soit exclu d'une logique de marché, sous peine de porter préjudice à l'expression de l'identité culturelle de chaque peuple. En effet, l'ouverture des marchés au commerce international, fondée sur le principe de non-discrimination, implique *inter alia* qu'un État ne puisse favoriser son industrie culturelle au détriment de celles provenant d'autres États. Y était donc en jeu la capacité des États d'adopter des mesures de politique publique pour la préservation et la promotion de leurs industries culturelles et, par conséquent, de leurs propres cultures, sur les plans national et international.

En 1994, à la fin des négociations du Cycle d'Uruguay, il n'a pas été possible d'exclure le secteur culturel de la libéralisation commerciale promue par l'OMC. Un certain équilibre paraissait pourtant atteint, grâce à la flexibilité (du moins officiellement clamée) de la structure de l'AGCS : fondée sur une approche « *bottom up* », l'AGCS permet aux Membres de l'OMC, dans sa configuration actuelle, de choisir les secteurs qu'ils souhaitent ouvrir aux autres Membres. C'est ainsi que les Membres de l'OMC se sont engagés par des listes positives d'accès aux marchés et de traitement national pour des secteurs bien définis, ce qui leur a théoriquement laissé une importante marge de manœuvre pour l'adoption et le maintien de mesures de politique culturelle. Cette flexibilité se renforçait, en outre, par un mécanisme d'exemptions au traitement de la nation la plus favorisée, en principe d'application générale, à travers leur inclusion dans une liste annexée à cet Accord.

En 1998, la sensibilisation sur les risques de la libéralisation du marché culturel pour la diversité des cultures s'est accentuée lors de la négociation de l'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), projet qui fut ensuite abandonné. La participation de la société civile en faveur de la protection du droit des États de soutenir leurs cultures s'est vue renforcer progressivement à partir de cette date et particulièrement dans le cadre du nouveau cycle de négociations commerciales multilatérales lancé par le Programme de Doha pour le développement au sein de l'OMC. En effet, plusieurs questions ont été soulevées à propos de la structure et de l'efficacité de l'AGCS pour permettre aux pays de protéger et de promouvoir leurs industries culturelles. La notion de « diversité culturelle » est venue alors remplacer celle d'« exception culturelle », réputée trop défensive et contenant selon certains une connotation protectionniste. Elle vise à défendre la spécificité des produits et services culturels, fondée sur leur double nature économique et culturelle, en reconnaissant l'importance de l'intervention étatique en faveur d'une offre culturelle diversifiée.

Il s'agit d'un aspect du questionnement, plus large, concernant la marge de manœuvre que les accords de l'OMC laissent aux États pour réaliser des politiques publiques (du moins explicitement) non commerciales qui peuvent, néanmoins, réduire ou modifier la valeur de leurs engagements commerciaux. En effet, l'évolution des règles du système commercial multilatéral semble avoir conduit à l'effacement de l'équilibre établi après la Seconde Guerre mondiale entre, d'une part, l'interdépendance des politiques économiques et commerciales des États membres du GATT et, d'autre part, leur droit à protéger leur stabilité sociale et politique à travers des mesures de réglementation intérieure¹⁴.

Considérant, d'une part, que le système commercial n'est pas capable de garantir pleinement ce droit en matière culturelle et reconnaissant, d'autre part, l'importance de la préservation des valeurs, des modes de vie, de la façon de voir le monde par les différentes cultures, ainsi que la menace que représente l'uniformisation entraînée par la mondialisation croissante et les possibilités inégales d'accès des industries culturelles nationales à ce mouvement, un grand nombre de pays s'est positionné en faveur de l'élaboration d'un nouvel instrument juridique international, extérieur à l'OMC et ayant des objectifs primordialement culturels. En admettant la spécificité des produits et services culturels, ce traité devait reconnaître le droit des États de prendre des mesures de politique publique pour préserver et promouvoir leur identité et diversité culturelles, y compris lorsque de telles mesures risquent d'être interprétées comme des restrictions commerciales.

14 Sur cette évolution, voir R. HOWSE, « From Politics to Technocracy – and Back Again: the Fate of the Multilateral Trading Regime » in *American Journal of International Law*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, pp. 107-122.

D'abord thème de discussion qui paraissait exclusif aux pays ayant de forts intérêts économiques dans le domaine de l'audiovisuel (EUA, États membres de l'Union européenne, Canada), la question de l'équilibre des échanges culturels est devenue, surtout après le 11 septembre 2001, un reflet de la nécessité de dialogue interculturel. En outre, l'importance de la culture pour le développement s'est affirmée progressivement au sein de l'UNESCO et des Nations Unies et les bienfaits d'une industrie culturelle prospère ont été reconnus dans plusieurs études et instruments normatifs. La Déclaration sur le droit au développement de l'ONU de 1986 comprend d'ailleurs le terme « développement » comme *« un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent »*.

La capacité de chaque État d'adopter ou de maintenir des politiques culturelles dépend toutefois de ses engagements internationaux. Si une grande partie des États élabore des politiques culturelles visant à favoriser la production et la circulation de leurs produits et services culturels, ils sont confrontés à une réglementation internationale extensive et fragmentée, touchant aux aspects les plus divers de la production et de la commercialisation du secteur culturel. Ils doivent ainsi contrer la réticence de pays dotés d'industries culturelles fortes, qui œuvrent activement en faveur d'une ouverture de plus en plus grande des marchés culturels et notamment du marché de l'audiovisuel, dans le cadre des négociations commerciales non seulement multilatérales, mais également et surtout aujourd'hui, bilatérales. Il devient ainsi nécessaire d'étudier cette complexité normative touchant au commerce dans ce secteur sur le plan national et international, afin de démontrer les risques qui en adviennent aujourd'hui pour les différentes cultures et de mettre en évidence les mérites d'un traitement spécifique pour le commerce des produits et services culturels.

Dans une première partie, le droit positif applicable au commerce des produits et services culturels sera analysé, avec pour but d'examiner l'application des différents corps normatifs et la manière dont le droit international en vigueur (multilatéral, bilatéral ou régional) influe sur l'intervention étatique en faveur de la culture. L'objectif est ici d'apporter une vision d'ensemble la plus exhaustive possible de cette complexité normative et des problèmes que l'élément culturel peut soulever au sein des accords de commerce, en dépit de l'étendue du sujet et de la multiplicité des accords de commerce aujourd'hui en vigueur.

Visant à démontrer la nécessité d'une réglementation internationale spécifique pour le commerce dans le secteur culturel et capable de prendre suffisamment en considération l'ambivalence culturelle et commerciale des produits et services culturels, seront étudiées tout d'abord

les caractéristiques économiques et culturelles du marché culturel qui conduisent à l'exigence d'une réglementation nationale en faveur des industries culturelles. Un panorama exemplatif des principales formes que prend une telle réglementation sera aussi présenté. Seront ensuite examinées les dispositions des différents accords internationaux de commerce pouvant avoir une influence significative sur le commerce des produits et services culturels et la manière dont ils tiennent (ou pas) compte de la spécificité de ces produits et services. Pour cela, les dispositions des traités multilatéraux de commerce ayant directement ou indirectement trait au secteur culturel seront analysées, ainsi que celles contenues dans un échantillon d'accords régionaux et bilatéraux de commerce.

La spécificité du secteur culturel semble pouvoir être aujourd'hui consolidée dans le concept de « diversité culturelle », lequel pourrait offrir une réponse aux difficultés résultant du cadre normatif actuel. La notion de diversité culturelle appliquée au commerce des produits et services culturels fera ainsi l'objet de la seconde partie de cet ouvrage, car elle semble traduire de manière structurée et équilibrée les intérêts culturels et commerciaux en jeu. D'une part, elle a comme prémisse les échanges des produits et services culturels. D'autre part, elle reconnaît leur particularité et le besoin de leur accorder un traitement spécial. Elle sert tout d'abord de justification aux mesures de politique publique adoptées par les États en matière culturelle. Il s'agit de l'objectif principal envisagé par la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée à l'UNESCO en octobre 2005. Les dispositions de ce traité mériteront d'être examinées, afin de tirer des conclusions sur sa capacité à fournir une base juridique à prédominance culturelle pour la réglementation du commerce des produits et services culturels, en offrant un contrepoids aux négociations de commerce.

En outre, la concrétisation de la diversité culturelle exigeant la disponibilité au public d'une offre culturelle diversifiée, il est nécessaire de contrôler les abus de position dominante des grands conglomerats culturels et les concentrations des entreprises culturelles. Il est fondamental de stimuler l'accès du plus grand nombre d'œuvres culturelles au marché et, pour cela, de contrôler davantage la concurrence dans le marché culturel au bénéfice des intérêts de pluralisme et de diversité. La pratique actuelle de contrôle de la concurrence sur le marché des médias semble encore décevante pour traiter de cet aspect. Des pistes de réflexion pour des solutions à ce problème seront ensuite avancées, pouvant contribuer à l'entrée sur le marché d'un plus grand nombre d'œuvres culturelles d'origines diverses et de qualité.

Parallèlement, l'accès du public à une plus grande variété d'œuvres culturelles doit être promu, ce qui amène à réfléchir sur le système de la propriété intellectuelle et ses limitations actuelles en termes de garantie de l'accès à la culture. Sera ainsi examinée l'évolution de la réglemen-

tation des droits d'auteur dans les accords internationaux successifs en la matière, afin de mesurer leur impact sur le commerce des produits et services culturels notamment depuis l'explosion des technologies du numérique. Quelques réactions à cette évolution seront également analysées et mises à profit comme axes de progression vers une réglementation plus favorable à l'accès à la culture, en particulier pour les pays en développement.

L'action sur ces trois fronts (politiques étatiques de soutien à la culture, contrôle de la concurrence et ajustement de la propriété intellectuelle) semble permettre de faire bénéficier les intérêts culturels d'un traitement spécifique dans le cadre de la réglementation du marché mondial. Il en résulterait naturellement une meilleure interaction des différentes cultures, une plus grande capacité d'expression et de développement pour chacune d'elles, ainsi que les bienfaits d'une plus grande compréhension mutuelle entre les peuples.

Première partie

L'ENCHEVÊTREMENT DES NORMES APPLICABLES AUX PRODUITS ET SERVICES CULTURELS

L'observation de la réglementation du marché des produits et services culturels montre l'existence d'une grande complexité normative. Les règles juridiques applicables à ce marché sont non seulement multiples et diverses, mais elles peuvent également se contredire.

En effet, en raison de l'importance des valeurs et symboles que ces produits et services véhiculent, il a été souvent dans l'intérêt des États de réglementer leur production et circulation sur le plan national. Bien que certains types de normes puissent être identifiés dans la majorité des États, elles sont extrêmement diverses et varient d'un pays à l'autre. D'autre part et notamment en raison de leur caractère en partie commercial, les produits et services culturels ont fait l'objet de règles de droit international de plus en plus précises et contraignantes, qui favorisent leur aspect économique et l'intérêt de libéralisation internationale des marchés. Une telle libéralisation se fait à différents degrés et selon des traités dont la cohérence est parfois difficile à assurer.



Chapitre 1

LA NÉCESSITÉ DE RÈGLES NATIONALES

Bien qu'il existe des États n'ayant pas institué de mesure pour la promotion du marché culturel et la protection des œuvres culturelles nationales, le besoin d'une réglementation sur le plan national du marché des produits et services culturels se justifie en raison des dysfonctionnements considérables de ce marché. Les mesures de politique culturelle peuvent ainsi être comprises comme des moyens de correction des failles d'efficacité du marché, d'un point de vue à la fois culturel et économique.

Section 1

LES DYSFONCTIONNEMENTS DU MARCHÉ CULTUREL

L'inefficacité du marché des produits et services culturels provient notamment du fait qu'il possède des caractéristiques particulières dont découlent des difficultés d'ordre non seulement économique, mais aussi culturel. À cela vient s'ajouter le besoin de conciliation des intérêts d'une multitude d'acteurs distincts impliqués sur ce marché que l'autorégulation n'est souvent pas capable de gérer.

§ 1 - LES DIFFICULTÉS RÉSULTANT DE LA SPÉCIFICITÉ DU MARCHÉ

Le marché des produits et services culturels présente une série de caractéristiques qui, une fois rassemblées, forment un ensemble particulier et complexe. Ces caractéristiques le singularisent et justifient en définitive qu'il leur soit accordé un traitement juridique spécifique. Il s'agit des spécificités résultant de la nature à la fois économique et culturelle des produits et services culturels, ainsi que de l'existence d'une structure particulière, ayant évolué ces dernières décennies vers une organisation très concentrée et comportant de grands déséquilibres.

A- Les particularités liées à la nature des produits et services culturels

La spécificité des produits et services culturels a comme origine ultime leur nature hybride, à la fois culturelle et commerciale. Cette nature mixte les distingue d'autres biens de consommation offerts sur le marché. En effet, les produits et services culturels, lorsqu'ils sont commercialisés, répondent en même temps à des intérêts privés (du consommateur) et à un intérêt public, car ils expriment des valeurs, des symboles et l'identité d'un groupe.

1 - La composante culturelle

La présence d'une valeur culturelle (en plus d'une valeur économique) dans les produits et services culturels se trouve à l'origine du débat concernant le type de réglementation devant s'appliquer à ce marché. En effet, cette composition hybride implique l'existence d'opinions divergentes sur la nature qui doit être reconnue aux produits et services culturels. Deux conceptions s'opposent : une conception « marchande » (« *commodity conception* ») de ces produits et services, et une conception culturelle, qui considère la « culture en tant que dialogue »¹⁵. L'application de ces conceptions peut varier selon les produits et services concernés.

La première conception nie l'existence de la composante culturelle des produits et services culturels. Elle considère la culture dans une perspective statique et historique. Les biens proprement « culturels » se trouveraient, par conséquent, réduits aux traditions, ainsi qu'à certaines catégories d'œuvres et objets d'art. Les films, les émissions télévisuelles ou radiophoniques, les livres et les produits audiovisuels offerts sur Internet, par exemple, n'y seraient pas compris. Il s'agirait, selon cette conception, de divertissement (« *entertainment* »), et non de « culture ». Il en découle qu'en tant que produits et services de consommation, une logique commerciale devrait s'imposer : ils devraient circuler le plus librement possible sur le marché et ne pourraient survivre que les industries les plus performantes, capables d'attirer le plus de consommateurs et faire le plus de profit. Selon cette perspective, pour atteindre un maximum de part de marché et le plus grand profit possible, les industries des divers pays seraient obligées de fournir des biens populaires, d'attraction universelle.

Contrairement à cette première vision, la deuxième conception (à laquelle l'auteur du présent ouvrage se rallie) considère que les produits et services culturels possèdent une forte composante culturelle. Elle ne met pas le contenu, mais plutôt les « participants » des échanges culturels (les « consommateurs »), au centre de la notion de culture. Les produits et services culturels ont ainsi l'objectif de garantir aux membres d'une communauté culturelle l'espace et les ressources nécessaires à la promotion du dialogue social sur des questions importantes sur le plan local. Ils sont des véhicules importants de valeurs, de croyances, d'identité et de sens, correspondant à l'expression culturelle d'individus, de groupes et de sociétés. La valeur de ces produits et services est ainsi déterminée dans une large mesure par leur capacité de faire participer les individus à la vie culturelle de leur communauté et de promouvoir des choix démocratiques. Elle est dans ce sens liée à l'idée d'un « développement

15 Voir P. SAUVE et K. STEINFATT, « Towards Multilateral Rules on Trade and Culture: Protective Regulation or Efficient Protection? », in P. SAUVE, *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, Cameron May, London, 2003, pp. 198-199.

humain », par opposition à celle de développement purement économique¹⁶. Cette conception ne fait, néanmoins, pas abstraction du marché. En effet, toute exclusion complète des échanges de produits culturels serait inacceptable, car nuisible à la diversité. Les mesures visant à promouvoir cette diversité doivent ainsi réduire au minimum tout effet négatif sur le commerce et l'investissement, de manière à garder les bénéfices pouvant advenir de la circulation des produits culturels pour le dialogue social. Par conséquent, les produits et services culturels doivent, dans une perspective d'enrichissement culturel global, être commercialisés. Ils ont donc indubitablement et en même temps une valeur commerciale, qui leur est attribuée sur le marché.

Toutefois, de la présence de l'aspect culturel et de son importance pour le renforcement et l'affirmation identitaire des sociétés, il est possible de déduire que la prééminence économique de certains produits ou services culturels sur le marché mondial peut entraîner une suprématie de la culture qu'ils véhiculent, au détriment des expressions culturelles locales ou de celles représentatives d'autres cultures. Dans cette perspective, le libre commerce causerait fatalement l'appauvrissement du dialogue culturel et de la démocratie elle-même. Les industries culturelles les plus faibles, ne pouvant pas vendre leurs produits et services, risqueraient de disparaître, cédant leur place à quelques entreprises très puissantes, capables de faire circuler leurs biens et, par conséquent, leur vision du monde. Il en résulterait évidemment une situation de standardisation et d'uniformisation culturelle très défavorable pour les sociétés.

Certes, il est possible de questionner la capacité de ces expressions culturelles économiquement plus fortes d'influer effectivement sur la culture d'autres communautés. Il a été affirmé, en effet, que l'audience d'un film ou d'une émission télévisée ne reçoit pas ces produits de manière passive et acritique et que cette perception se fait généralement selon les valeurs de chaque communauté¹⁷. Cependant, cette opinion est contestable et une étude récente du Conseil de l'Europe défend que le contenu culturel est « *l'un des principaux facteurs forgeant nos opinions politiques, nos goûts et notre vision de la société* » et qu'« *il est donc de la plus haute importance que les contenus incluent une diversité d'opinions et d'informations* »¹⁸.

16 World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, op. cit., pp. 22-23.

17 Voir E. KATZ et T. LIEBES, « Moyens de défense et vulnérabilités : typologie de la réaction des téléspectateurs face aux émissions de télévision importées », in D. ATKINSON, I. BERNIER et F. SAUVAGEAU, *Souveraineté et protectionnisme en matière culturelle. La circulation internationale des émissions de télévision à la lumière de l'expérience canado-américaine*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 1991, pp. 147-169.

18 Conseil de l'Europe - Division des médias de la Direction générale des Droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales des médias en Europe*, Strasbourg, Novembre 2004, AP-MD (2004) – 7, < http://www.ebu.ch/CMSimages/fr/BRUDOC_INFO_FR_158_tcm7-34549.pdf >, p. 25. Voir aussi J. SMIERS, *Arts under*

La commercialisation des produits et services culturels a ainsi un caractère culturel, social et politique d'extrême importance qui n'existe pas avec la même vigueur pour d'autres types de produits et services. Cette particularité, conjointement à d'autres caractéristiques d'ordre économique, implique que le marché culturel soit nécessairement contrôlé et réglementé et, dans ce contexte, que soit attribué un traitement différentiel aux produits et services culturels par rapport à d'autres produits et services.

2 - Les caractéristiques économiques

Parallèlement et en raison de leur double nature, les produits culturels présentent des conditions de production, de diffusion et de réception qui, ensemble, leur donnent une allure particulière.

Premièrement, ils constituent des « biens d'expérience », c'est-à-dire, des biens dont le prix ne correspond pas à la satisfaction qu'il assurera au consommateur, puisque la capacité d'un bien d'expérience de satisfaire le consommateur n'apparaît que lors de sa consommation. La définition de la qualité d'une œuvre culturelle est ainsi incertaine. De plus, il s'agit d'un bien d'expérience particulier, en raison de la subjectivité de l'appréciation de sa qualité. Il peut ainsi être qualifié de « bien de croyance », dont la qualité objective est rarement connue¹⁹.

Les produits culturels peuvent encore être qualifiés de « biens d'imitation ». Afin de réduire l'incertitude sur leur qualité, les consommateurs tendent à consommer des produits ou services culturels recommandés par quelqu'un ou ceux qui se vendent le plus. Ce mimétisme peut également être accompagné du souhait des consommateurs d'échanger leurs points de vue avec leur entourage. En raison de ces comportements, les produits et services culturels se caractérisent donc par des externalités résultant de la formation de réseaux. C'est ainsi qu'un film ayant un grand succès au moment de sa sortie en salle tendra à se diffuser plus largement.

En raison de l'incertitude associée à l'appréciation de la qualité des produits et services culturels, les industries culturelles doivent affronter un risque de production plus élevé que les autres industries. Les investissements dans la production d'un film, par exemple, doivent se faire intégralement avant que les possibilités d'un éventuel succès soient connues. Si le film n'atteint pas la réussite prévue, les dépenses encourues dans sa production, distribution et projection seront perdues. Le risque sera toutefois moins grand dans le cas des séries télévisées, où il est

pressure – Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalization, Zed Books Ltd, London, 2003, pp. 151-166. Cet auteur affirme, avec beaucoup de pertinence : « *If a medium has influence by sending out a commercial, it is unlikely that one minute later, in the same medium, there would be no influence at all* » (*Idem*, p. 154).

19 S. PELTIER, « L'économie de la culture. Les industries culturelles : une exception économique ? », in *Culture, État et marché*, Cahiers français, n° 312, La Documentation française, Janvier – Février 2003, p. 32.

possible de tester le succès futur avec la production d'un *pilot*²⁰, ainsi que dans le secteur du livre et du disque, où les coûts fixes sont moins élevés. Afin de se protéger contre ce risque de production important, les entreprises culturelles ont recours à divers moyens, lesquels peuvent conduire à une série de défaillances du marché.

Les moyens pour réduire les risques se trouvent premièrement dans les investissements publicitaires de promotion des produits que l'on envisage de lancer sur le marché, ainsi que dans des investissements en notoriété (les « stars » du cinéma, par exemple) ou encore à travers le contrôle des « faiseurs d'opinion » (presse écrite, radio et télévision). Les comportements de mimétisme expliquent en effet l'importance de la promotion commerciale des produits et services culturels et la prédominance évidente sur le marché des produits ayant été l'objet des plus grands efforts de commercialisation. D'ailleurs, dans certains secteurs culturels, tel que celui du cinéma, le fait que le consommateur paye le même prix pour des biens différents l'incitera probablement à choisir celui pour la production duquel on aura dépensé le plus. Seront ainsi avantagés les biens provenant d'industries fortes et établies sur un marché étendu, capables par conséquent d'investir massivement dans la production et de proposer des prix plus bas. Il est facile à comprendre à partir de là le succès des productions américaines dont une bonne partie du budget est consacrée à leur promotion. Par ailleurs, pour saisir une grande masse de consommateurs, une autre voie est celle du contrôle des réseaux de distribution, ce qu'ont également réussi à avoir les *Majors* américaines dans la plupart des pays.

Le risque plus élevé lié à la production, ainsi que la consommation mimétique, finissent également par favoriser la formation de grands groupes de production capables de faire de plus grands investissements en production et en promotion, au détriment des petits producteurs. La taille du marché ciblé y joue un rôle important car il est possible d'adopter des stratégies commerciales visant à inciter les comportements imitatifs d'une grande masse de consommateurs.

Cela est encore renforcé par la création d'économies d'échelle. Les produits et services culturels permettent en effet une « forme extrême d'économie d'échelle »²¹ car, tandis que leur production exige des coûts fixes élevés (et parfois très élevés, comme l'attestent les productions hollywoodiennes), leur coût marginal est très faible. Le coût unitaire sera d'autant plus bas que le marché du produit sera étendu. Un marché de grande taille permettra ainsi de baisser les prix des produits et d'accroître les budgets consacrés à la production et à la promotion. En outre, les

20 Dans le secteur de la télévision, la construction des œuvres est plus « formatée » selon les savoirs du programmeur et du producteur. Voir M. DAGNAUD, « L'exception culturelle profite-t-elle vraiment à la création ? », in *En Temps Réel*, Cahier 17, octobre 2004, < <http://en.temps.reel.free.fr/cahiers/cahier16.pdf> >, pp. 18-20.

21 Voir S. PELTIER, *op. cit.*, p. 32 et P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, p. 202.

économies d'échelle stimulent les entreprises à concentrer leur production sur un nombre réduit de produits et à se lancer dans le commerce international, de manière à profiter d'un marché plus large. Les économies d'échelle permettent ainsi que l'industrie du film puisse exporter ses produits sur le marché international, en adaptant ses prix de vente aux consommateurs des différents pays, une fois que le coût de production a déjà été amorti sur le marché domestique – ce qui peut ressembler à une espèce de « dumping », bien que cette qualification ne soit pas juridiquement exacte. Quant à la spécialisation sur un petit nombre de produits, elle peut évidemment signifier pour quelques pays la perte de leurs expressions culturelles.

Cette perte est d'autant plus considérable que la plupart des publics manifestent naturellement une préférence marquée pour le contenu local, présenté dans leur langue et faisant référence à la réalité dans laquelle ils vivent. Lorsque les biens provenant d'industries plus puissantes dominent le marché mondial, ils découragent nécessairement la production des biens de contenu local. Compte tenu de cette préférence pour des produits locaux, il est alors possible d'affirmer que le libre commerce et l'autorégulation du marché, dans ces conditions, nuisent aux consommateurs, car ils n'offrent pas le contenu que ceux-ci désirent véritablement.

Un élément de réflexion pouvant intervenir à ce stade est celui de « l'industrie dans l'enfance » (« *infant industry* »), selon lequel les agents économiques ayant un avantage initial d'économie d'échelle sont capables de dominer la totalité du marché. La spécialisation d'un État dans un certain domaine ne résulte ainsi pas d'un avantage spécifique en technologie, en ressources humaines ou en conditions naturelles, ce qui justifierait qu'il soit le seul ou l'un des seuls à produire un certain type de bien, conformément à la théorie des avantages comparatifs. Il a tout simplement réussi à prendre de l'avance par rapport aux autres États, dont les industries se trouveraient encore dans une phase d'« adolescence ». D'où la conclusion que tous les pays seraient également capables de développer leurs industries et participer ainsi à la concurrence internationale. Surtout pour le secteur culturel, l'application de la théorie des avantages comparatifs, fondement du libre-échange (et souvent aussi de l'explication du succès de l'industrie culturelle américaine), apparaît donc contestable, d'autant plus que, en raison de la composante culturelle des produits et services culturels, il serait inacceptable d'admettre une spécialisation exclusive à certains États dans ce secteur. Cela impliquerait évidemment des pertes aberrantes pour la diversité des cultures.

Afin de nuancer cette théorie dans le domaine culturel, une distinction a été faite par quelques auteurs entre les « avantages comparatifs » et les « avantages d'opportunité nationale » (*domestic opportunity ad-*

vantage)²², bien que leurs effets pratiques (la puissance sur un marché donné) soient similaires. Tandis que les premiers résultent de différences naturelles, de capacité industrielle ou d'éducation, les deuxièmes ont plutôt leur origine dans les caractéristiques de la consommation que de la production (telles que la largeur, la puissance économique du marché anglophone ou encore les similarités de valeurs et de langue, dans le cas des industries mexicaine et brésilienne, arrivées en tête sur leurs marchés linguistiques respectifs). Les *Majors* américaines auraient conquis leur place sur le marché mondial d'aujourd'hui pour des raisons historiques, mais aussi en vertu de la taille et du développement de leur marché national²³. Les industries des pays possédant un marché de taille plus réduite et moins développé auraient ainsi naturellement des difficultés pour affronter la concurrence des produits et services étrangers déjà bien établis sur le marché mondial, en raison du manque d'économies d'échelle.

Ces caractéristiques du marché culturel et les réactions des entreprises culturelles afin de réduire le risque qu'elles doivent affronter impliquent ainsi des défaillances considérables du marché. Si elles se manifestent clairement d'un point de vue culturel (en raison notamment d'une offre plus réduite et, par conséquent, d'une moindre pluralité d'expressions), une analyse économique permet également de les détecter.

D'un point de vue économique, ce marché se caractérise par l'existence d'externalités, comprises comme des coûts ou bénéfices circulant extérieurement au marché, c'est-à-dire, qui ne sont pas subis par l'unité économique responsable de leur production, car aucun prix ne leur est attribué. Une fois qu'il existe des externalités, le prix du produit ou service ne correspond pas à son vrai coût, ce qui est un indicateur d'inefficacité du marché. Dans le cas spécifique des produits et services

22 W.M. SHAO, « Is there no business like show business? Free trade and cultural protectionism », *YJIL*, vol. 20, n° 1, 1995, pp. 134-135, qui reprend ici un modèle de Wildman et Siwek.

23 Voir, pour les raisons ayant conduit à la puissance de l'industrie américaine, J. SINCLAIR, « Culture and Trade: Some Theoretical and Practical Considerations », in Mc ANANY, Emile G. et WILKINSON, Kenton T. (eds.), *Mass Media and Free Trade: NAFTA and the Cultural Industries*, University of Texas Press, Austin, 1997, pp. 41-45 et 46-47. Voir aussi, pour un bref historique de la formation du pouvoir des *majors* américaines, J. SMIERS, *Arts under pressure, op. cit.*, pp. 35-36. Cet auteur rappelle notamment l'autorisation donnée par le gouvernement américain aux studios de Hollywood d'opérer à l'étranger en forme de cartel. La *Motion Picture Export Association* a ainsi agi sur les marchés étrangers d'une manière qui était strictement interdite sur le marché national. Et il remarque : « *One of the conditions for European countries receiving Marshall aid was the obligation to buy certain quantities of American films and to give the Motion Picture Export Association the permission to change European currency into dollars* » (p. 35). Ce fort appui qu'ont eu historiquement les entreprises culturelles de la part du gouvernement américain va à l'encontre des arguments en faveur du désengagement de l'État dans le secteur culturel. Dans une logique d'« industrie naissante », il serait ainsi naturel que les industries des autres pays n'ayant pas atteint le même niveau de compétitivité puissent compter sur le soutien de leurs États respectifs.

culturels, le fait qu'ils puissent influencer sur le comportement des personnes et que ce comportement puisse affecter d'autres personnes crée des externalités dans le sens où le bien culturel aura une valeur (positive ou négative) pour des individus autres que son producteur et consommateur direct. En effet, la production culturelle fournit à la collectivité des bienfaits qui ne sont pas quantifiables dans la rémunération perçue par les producteurs (sentiment d'identité et de fierté nationales, de cohésion sociale, de prestige international, etc.)²⁴. En outre, dans la mesure où ces produits et services présentent des vues et perspectives différentes, l'entrée sur le marché de la plus grande variété de produits (y compris étrangers) générera des externalités positives en termes de dialogue inter-culturel, démocratie, introduction des notions d'égalité, de liberté, etc. L'intervention étatique sera ainsi nécessaire afin de protéger ces externalités positives.

Or, si l'entrée de contenus culturels étrangers sur un marché national implique un retrait d'autres produits culturels (de contenu local ou étranger provenant d'une autre origine), des externalités négatives seront créées (et subies par les consommateurs du pays importateur). Cette « faille dans la détermination du prix » du produit culturel pourra ainsi empêcher que les consommateurs aient accès à des contenus de leur préférence. L'État devra également intervenir pour corriger cela.

Ces externalités sont d'autant plus importantes que les produits culturels possèdent des caractéristiques de « bien public ». Dans la distinction établie par le droit entre « bien public » et « bien privé », les produits culturels seraient ainsi des « biens mixtes ». Ils possèdent en effet des caractéristiques liées à ces deux types de biens. Tandis que le bien public est accessible en même temps à tous, l'usage par un individu n'empêchant pas l'usage par un autre (non-rivalité), le bien privé implique nécessairement que sa consommation par un individu diminue sa disponibilité pour les autres. Par ailleurs, le coût de production d'un bien privé dépend du nombre de personnes qui le consomment. Dans le secteur du cinéma, de la télévision ou de la musique, la consommation par un spectateur supplémentaire ne résulte pas en une augmentation significative des coûts de production. Les différents secteurs de l'industrie culturelle présentent néanmoins des variations à cet égard. En effet, la télévision financée en partie ou en totalité par la publicité peut être qualifiée de « bien collectif pur », puisqu'elle réunit non seulement la « non-rivalité », mais également la « non-exclusion » des consommateurs (la simple acquisition d'un poste de télévision permet que les consommateurs bénéficient gratuitement des programmes). Les télévisions par abonnement et l'exploitation en salle, au contraire, seraient des « biens collectifs impurs »,

24 Voir I. BERNIER, « Les exigences de contenu local au cinéma, à la radio et à la télévision en tant que moyen de défense de la diversité culturelle : théorie et réalité », Partie II, Janvier-Mars 2004, < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique04-01-04.pdf> >, pp. 3 et s., ainsi que P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, p. 204.

caractérisés uniquement par la non-rivalité. Quant aux disques et aux livres, le fait qu'ils soient appropriables individuellement leur rend le statut de biens privés traditionnels.

Les biens publics peuvent engendrer des « problèmes d'action collective »²⁵ : puisque les biens publics produisent des bénéfices généraux, les individus rationnels et centrés sur leurs intérêts personnels ne se sentiront pas stimulés à agir en leur faveur, c'est-à-dire, dans l'intérêt général. Par conséquent, dans une situation où les consommateurs de biens culturels d'un certain pays auraient clairement une préférence pour des biens locaux et voudraient réagir à l'entrée excessive de biens étrangers en ne les consommant plus, toute décision dans ce sens ne serait effective que si tous les membres de la communauté la suivaient. Prise par un individu de manière isolée, cette décision n'aurait que des effets négligeables en termes de défense des biens locaux et éliminerait par ailleurs les bénéfices qui lui adviennent de la consommation des biens étrangers. Cette défaillance du marché, résultat d'externalités négatives auxquelles les consommateurs ne peuvent pas répondre individuellement, appelle l'intervention de l'État à travers, par exemple, des mesures comme les quotas à l'écran pour le cinéma.

En somme, les produits et services culturels se caractérisent par la présence simultanée d'un ensemble de traits qui peuvent isolément exister dans des biens traditionnels²⁶. C'est précisément cet ensemble de caractéristiques qui implique que le marché ne soit pas capable d'atteindre seul des résultats efficaces en termes de production et de distribution. Ces défaillances économiques découlent également des caractéristiques structurelles du secteur culturel, elles-mêmes résultantes des attributs des produits et services culturels examinés jusqu'ici.

B - Les particularités liées à l'organisation du marché

Certains aspects organisationnels du marché des produits et services culturels peuvent contribuer à un appauvrissement significatif en termes culturels. Ils concernent notamment l'inégalité des échanges culturels mondiaux, résultat des différents niveaux de développement des industries culturelles de chaque État. Parallèlement, le fonctionnement du marché atteste d'un haut degré de concentration de la production et de la commercialisation des produits et services culturels entre les mains d'un nombre très restreint d'entreprises.

1 - Le déséquilibre des échanges culturels

Les échanges internationaux sur le marché culturel se caractérisent par un déséquilibre majeur non seulement dans les échanges Nord-Sud, mais aussi Nord-Nord et Sud-Sud.

25 Voir, sur cette question, P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, pp. 206-207.

26 S. PELTIER, *op. cit.*, p. 33.

Sur le marché mondial et sur la plupart des marchés nationaux, le premier constat est celui de la prééminence des produits culturels américains. Dans certains marchés spécifiques et pour des secteurs déterminés, il est possible que des produits d'autres origines aient également du succès. Ces succès ponctuels ne peuvent cependant pas cacher la préoccupante situation générale de domination du marché par une « culture de masse » distribuée par un oligopole d'entreprises provenant notamment de pays développés. Il existe souvent une domination du marché par des produits et services provenant de l'étranger, ce qui conduit à la difficulté (affrontée par un grand nombre d'États) de garantir une part de marché significative pour les produits et services culturels nationaux. Un deuxième constat dans la quasi-totalité des pays est le manque frappant de diversité d'origine des produits et services qui arrivent sur un marché donné.

Des données statistiques témoignent de ces deux aspects du déséquilibre dans les échanges de produits et services culturels et de l'opposition d'intérêts des différents pays qu'il recèle. Compte tenu de l'absence d'une base de données concernant ce marché sur le plan international²⁷, les données les plus précises et les plus abondantes sont souvent publiées par des structures non étatiques et ne concernent malheureusement qu'un petit nombre de pays (généralement ceux qui possèdent les industries les mieux implantées sur le marché, capables d'organiser et de fournir cette information)²⁸. De plus, puisqu'il n'existe pas d'harmonisation méthodologique entre les données disponibles, leur analyse rencontre un problème sérieux de comparabilité et de fiabilité.

a) Le manque de diversité dans les pays du Nord

Les États-Unis sont le pays détenant la plus grande participation sur le marché des services culturels²⁹. L'importance des industries culturelles pour les États-Unis est évidente depuis plusieurs années : les industries fondées principalement sur l'attribution de droits d'auteur représentaient 6% du produit national brut des États-Unis et 4% des emplois de ce pays en 2002. De 1997 à 2001, ces industries ont présenté un niveau de croissance d'emplois de 3,19% par an, ce qui correspond à plus du double de la croissance générale des emplois dans le pays.

27 Le manque de données étant plus frappant pour le commerce dans le secteur des services en général que pour le commerce des produits.

28 Pour le marché africain, par exemple, le manque de statistiques et d'études officielles sur le secteur de l'audiovisuel est frappant (O. BARLET, « Les tendances du marché audiovisuel : perspectives africaines – Burkina Faso, Nigeria et Sénégal », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, p. 251).

29 Dans le commerce de produits culturels, le Royaume-Uni était le plus grand exportateur en 2002, talonné par les États-Unis et ensuite par la Chine (voir ISU, *Échanges internationaux (...)*, op. cit., p. 9, ainsi que la Figure n° 24 de cette même publication (p. 46), relative aux exportations de services audiovisuels et connexes en 2002).

En 2005, elles ont contribué en 12,96% à la croissance générale de l'économie américaine³⁰. De plus, la part des États-Unis dans les exportations de produits audiovisuels est passée de 35,7% en 1992 à 52,2% en 2002³¹. Les 20 films ayant obtenu les meilleures recettes dans le monde en 2004 étaient tous d'origine américaine ou réalisés en coproduction avec les États-Unis. En 2008, le film « Bienvenue chez les Ch'tis » (France) a fait la seule exception à cette règle³². Il n'est ainsi pas étonnant de savoir qu'en moyenne, 50% des revenus de l'industrie cinématographique américaine proviennent de l'étranger³³. L'importance des produits et services culturels pour l'économie américaine explique les énormes investissements dans ces industries et la lutte acharnée des États-Unis contre le piratage.

Dans le marché des films, de la littérature ou de la musique, les investissements en marketing sont extrêmement élevés. C'est la stratégie des *blockbusters*, des *best-sellers* et des *hits*, respectivement. En effet, la moyenne des coûts pour la production d'un film par les sept *Majors* était en 2002 de 58,8 millions de dollars US, dont 30,62 pour les copies et la publicité. En 2004, ces chiffres sont passés respectivement à 63,6 et 34,35 millions de dollars US. Outre les dépenses en marketing, les « stars » américaines reçoivent des salaires entre 20 et 30 millions de dollars (souvent complètement disproportionnés par rapport à leur contribution créative³⁴), compris dans le « coût de production », puisque payés par le producteur³⁵. Le coût moyen de production d'un film en 2004 pour le Royaume-Uni était de 13,3 millions de dollars US ; en France il était de 6,6 millions ; et en Italie, de 2,6 millions³⁶. L'investissement de telles sommes place les industries d'autres pays ne pouvant pas encourir de tels coûts dans une situation défavorable d'un point de vue concu-

30 Il s'agit des ainsi nommées « *core copyright industries* » (comprises comme celles dont l'objet principal est celui de produire et de distribuer des produits et services protégés par le droit d'auteur). Voir respectivement les rapports de S. SIWEK, *Copyright Industries in the US Economy, The 2004 Report* et *The 2006 Report*, International Intellectual Property Alliance, < <http://www.iipa.com> >.

31 C. VAN GRASSTÉK, « Le traitement des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, p. 120.

32 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2005* et *Focus 2009*, < http://www.obs.coe.int/oea_publications/market/focus.html >, pp. 9 et 13, respectivement.

33 G. REY, *La cultura en los tratados de libre comercio y el Alca, – Diez preguntas sencillas sobre diez asuntos complejos*, Collécion Papeles CAB, Convenio Andrés Bello, Bogotá, 2004, p. 17.

34 World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.*, p. 81.

35 Pour une évolution du coût moyen de production et de marketing des films produits par les *Majors* de 1984 à 2004, voir Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2005*, *op. cit.*, p. 13.

36 *Idem*, p. 7.

rentiel, ce qui contribue à renforcer l'inégalité d'accès au marché déjà existante entre pays développés et pays en développement.

Dans quelques pays développés, l'aide publique essaye depuis des années de contrer l'hégémonie américaine sur le marché culturel national. Bien que cet exemple puisse être difficilement suivi par la plupart des pays en développement, en raison notamment du manque de ressources dont ils disposent, le soutien public semble avoir permis que certains pays garantissent une part de leur marché national aux productions locales. C'est le cas, par exemple, de la France, où les films américains ont occupé en 2008 44% du marché et les films nationaux, 45,4%. En Italie, 29,3% des films projetés en 2008 étaient d'origine nationale et en Allemagne, ce pourcentage était de 26,6%³⁷.

Cependant, bien qu'il soit très important en termes de promotion des expressions culturelles locales que les produits nationaux s'assurent une part de marché face à la concurrence des produits étrangers, cela ne résout pas le problème du manque de diversité de l'offre culturelle. En effet, dans la majorité des pays, mis à part les produits américains et quelques produits locaux, la participation aux échanges de produits d'autres origines est souvent infime. Les deux principaux marchés occidentaux, le nord-américain et l'europpéen, sont largement fermés aux productions des autres parties du globe. Aux États-Unis, la part du marché occupée par des films non américains et non européens en 2008 était de 1,3%. Dans l'Union européenne, cette part était de 1,6% et uniquement 5% provenaient de pays européens autres que le Royaume-Uni, la France, l'Italie, l'Allemagne et l'Espagne³⁸.

Au Canada, les films américains détenaient 88,5% du marché en 2008 (contre 2,8% de films nationaux et 8,7% d'autres origines)³⁹. Une plus grande diversité d'origine n'apparaît qu'au Québec, où la production de films francophones a progressé ces dernières années, correspondant en 2004 à 13,8% des entrées⁴⁰. En Australie, la situation du secteur du cinéma est similaire, 84,2% du marché ayant été occupé en 2008 par des productions américaines (contre 3,8% de films nationaux ; 8% de productions provenant du Royaume-Uni ; et 4% d'autres origines)⁴¹. Au Japon, la part de marché des productions nationales a été en 2008 de 59,5%, mais, parmi les vingt films ayant obtenu le plus de recettes sur le marché

37 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009, op. cit.*, pp. 22, 26 et 24.

38 *Idem*, pp. 14, 19 et 42.

39 *Idem*, p. 44.

40 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2005, op. cit.*, pp. 14-15.

41 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009, op. cit.*, p. 50.

japonais cette même année, dix-neuf étaient des productions japonaises, américaines ou coproductions américaines⁴².

Le déséquilibre des flux culturels globaux provient en partie de la puissance d'un oligopole de quelques grands studios de cinéma sur le marché mondial de la production et de la distribution des films de cinéma. Dans le secteur des industries musicales la situation n'est pas moins préoccupante en termes de diversité d'offre. Environ 80% du marché est contrôlé par des sociétés provenant de quelques pays industrialisés, lesquelles sont alors capables d'imposer sur le marché les œuvres culturelles de leur choix. Dans le secteur de la presse, le marché européen fournit un bon exemple des inégalités existantes. Alors que, dans la plupart des pays d'Europe occidentale (à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de la Communauté française de Belgique), les éditeurs nationaux dominent le marché des journaux de ces pays, presque tous les marchés de la presse en Europe de l'Est sont dominés par des entreprises de capital étranger : en 2001, 83% du marché des quotidiens hongrois étaient détenus par des entreprises étrangères. En Estonie, tout le marché des quotidiens était entre les mains de sociétés étrangères (54% par Schibsted ASA (norvégienne) et 46% par Bonnier (suédois))⁴³.

Des inégalités semblables existent par rapport aux pays en développement, aggravées par l'insuffisance de leurs industries culturelles. En effet, une étude de marché réalisée par l'UNESCO montre que les plus grands exportateurs de films correspondent généralement aux plus grands producteurs⁴⁴. Le fait d'avoir une grande production contribue évidemment à de plus grandes possibilités d'exportation et, une fois ouvertes les possibilités d'exportation et par conséquent de récupération des coûts de production à l'étranger, la production en est naturellement stimulée.

b) La faiblesse des industries du Sud

Dans les pays en développement et les moins développés, la part de marché occupée par les productions américaines est souvent très importante⁴⁵. Dans certains cas, toutefois, aux quelques pays développés originaires des importations s'ajoutent un ou quelques pays en développement, qui exploitent un marché périphérique découlant de la proximité géographique ou de l'identité culturelle et linguistique. C'est ainsi que

42 *Idem*, pp. 49 et 51.

43 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...), op. cit.*, pp. 11-12.

44 UNESCO, « Enquête sur les cinémas nationaux », Septembre 1999, UNESCO, auparavant disponible sur < <http://www.unesco.org> >.

45 Pour un bilan statistique de quelques pays en développement, voir E. COCQ et F. LEVY, « Les Marchés Audiovisuels dans les pays en développement. Bilan statistique centré sur 11 pays », – Chine, Corée du Sud, Inde, Philippines, Thaïlande, Costa Rica, Mexique, Salvador, Burkina Faso, Sénégal, Nigeria », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, pp. 23-93.

l'Inde occupe des parts importantes des marchés des pays voisins, tels que le Bangladesh et le Pakistan⁴⁶. En Amérique Latine, ce sont des pays comme le Mexique, le Brésil et l'Argentine qui détiennent une industrie audiovisuelle relativement puissante, surtout dans le secteur de la production télévisuelle⁴⁷ (les dépenses y étant moins importantes que dans le secteur du cinéma ou de la musique).

En général, les exportations de produits culturels en provenance des pays en développement se concentrent notamment sur les équipements culturels⁴⁸. Les secteurs de la distribution nationale sont souvent très faibles (à l'instar du cinéma) ou très concentrés (dans le cas de la radio et de la télévision)⁴⁹ et souvent hautement internationalisés et tournés vers l'importation⁵⁰. Les capacités de production cinématographique sont, en outre, plus limitées que celles des pays développés, ces deux dernières décennies se caractérisant par une réduction importante de leur production⁵¹. De fait, les investissements dans le secteur culturel de la totalité des pays en développement correspondent au vingtième de ceux des pays

46 Le succès des films indiens dans certains pays (comme l'Égypte) a eu comme effet l'institution de quotas à l'écran limitant spécifiquement la projection des films indiens. Voir *idem*, p. 69. Depuis quelques années, l'Inde demeure le plus grand producteur de films cinématographiques, avec 1132 films certifiés en 2007 (Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009, op. cit.*, p. 58).

47 Au Mexique, par exemple, la production d'œuvres télévisuelles étant intégrée en grande partie aux deux chaînes majoritaires du pays (Canal 2 de Televisa et TV Azteca), 90% de leur temps d'antenne est consacré aux productions nationales. Voir, pour le marché cinématographique de certains pays latino-américains, E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 60, ainsi que G. REY, « Les tendances et perspectives du marché audiovisuel en Colombie, au Pérou et au Venezuela », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud - Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, p. 207.

48 C. VAN GRASSTÉK, *op. cit.*, p. 122.

49 Voir P. SAUVE, « Introduction », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud - Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, p. 10, ainsi que E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 50. Ces derniers auteurs attirent l'attention sur le fait que le marché de la télévision (notamment hertzienne) dans les pays en développement est particulièrement restreint, y compris pour les entreprises privées nationales. À titre d'exemple, ils citent la domination du marché mexicain par Televisa et du marché brésilien par Globo (*Idem*, p. 54).

50 Soit à travers la présence de filiales des *Majors* américaines dans le pays (qui agissent tant dans la distribution de films américains que de films nationaux), soit par le biais d'entreprises nationales spécialisées dans l'importation de films. Voir à ce sujet *idem*, p. 64.

51 Tandis que la production cinématographique des pays développés a progressé en moyenne de près de 10%, celle des pays en développement s'est réduite de 6% entre 1970 et 2002. À ce propos, l'exemple de certains pays est illustratif : la production thaïlandaise s'est réduite de 59% sur cette période, celle des Philippines de 50%, celle de la Corée du Sud de 63% et celle du Mexique de 87%. Voir *idem*, pp. 69-71.

développés⁵². Dans le secteur de l'exploitation cinématographique, les disparités entre pays développés et pays en développement sont aussi marquantes. La restructuration de ce marché dans les pays développés (en particulier par la création des multiplexes) n'a touché qu'une minorité de pays en développement⁵³. Puisque la modernisation des parcs de salles implique généralement une augmentation de la fréquentation cinématographique, une telle restructuration acquiert une importance considérable.

Dans le secteur de la musique, les *Majors* de l'industrie du disque dominant généralement le marché des pays en développement par le biais de leurs filiales, laissant peu de place aux producteurs nationaux indépendants. En 2003, ces entreprises représentaient environ 80% du marché européen et nord-américain, 75% du marché latino-américain et 62% de l'Asie (à l'exception du Japon)⁵⁴. Cette tendance est, néanmoins, démentie sur le marché africain, les *Majors* n'étant présentes que sur le marché sud-africain⁵⁵. Sur ce continent, les productions nationales indépendantes existent pour la plupart de façon informelle et artisanale⁵⁶, ce qui empêche toute évaluation officielle et la disponibilité de données fiables.

Dans le secteur cinématographique, les pays africains sont les plus grands importateurs de productions américaines par rapport aux films provenant d'autres origines : dans les pays africains anglophones, les films américains représentent 70% des films importés, tandis que les films européens correspondent à 15% ; dans les pays francophones, il existe une correspondance entre les productions européennes et américaines, les deux origines représentant 40% des importations. Au Maroc, exceptionnellement, l'importation de films hollywoodiens est en moyenne de 46%, les films indiens correspondant à 20% et les films français, à 8,5%. Le marché africain du cinéma se caractérise, en outre, par l'absence de cadre réglementaire dans la plupart des pays (le Burkina Faso et le Sénégal étant des exceptions) et par la faiblesse générale de la coopération et des échanges entre pays africains⁵⁷. Le Nigeria se distingue par la disparition totale de la production cinématographique nationale, remplacé par une production vidéo informelle très abondante⁵⁸. Dans le secteur de la télévision, l'observation du comportement des diffuseurs publics africains (notamment du Sénégal et du Burkina Faso) montre que le manque de leur participation à la production audiovisuelle, allié à

52 *Idem*, pp. 72-74.

53 Dans ceux-ci, cette restructuration est liée à leur capacité d'attirer des investissements étrangers, les chaînes de multiplexes provenant dans leur grande majorité des pays développés (*Idem*, p. 80).

54 *Idem*, p. 83.

55 *Idem*, p. 86.

56 *Idem*, p. 84.

57 Voir O. BARLET, *op. cit.*, pp. 254-255.

58 E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 65.

d'autres facteurs comme la gratuité des séries télévisées françaises, la quasi-gratuité des séries allemandes, le faible prix des séries américaines anciennes, et des facilités de rémunération des productions latino-américaines entraînent un grand recours à des importations⁵⁹.

En Asie, les productions de l'Inde, de Hong Kong, de Taiwan et du Japon ont depuis des années des participations significatives sur le marché de pays voisins. En Chine, 61% du marché de films cinématographiques a été occupé par des films de production nationale en 2008. En Inde, ce pourcentage était de 90,5%⁶⁰. Une autre tendance importante du marché asiatique concerne le mouvement de délocalisation de certaines opérations de la chaîne de production, tels que le montage, le doublage, l'infographie et l'animation, vers des pays comme les Philippines et l'Inde⁶¹. Il s'agit toutefois d'opérations techniques qui ajoutent peu au contenu culturel de ces productions, mais dont le développement peut sans doute servir par la suite au développement des productions nationales des pays bénéficiant d'une telle délocalisation. En Corée du Sud, 42,1% des films sortis en salle en 2008 étaient d'origine nationale, 48,8% provenant des États-Unis⁶². Cette proportion importante de films nationaux semble s'expliquer par l'existence d'un quota à l'écran dans ce pays, lequel a été la cible de beaucoup de pression de la part des États-Unis pour son abolition, étant réduit de moitié dans le cadre de l'accord de libre-échange (pas encore en vigueur) conclu avec ce dernier. La large adoption des nouvelles technologies en Corée présente un grand potentiel de croissance, mais aussi de perturbation du secteur audiovisuel en général⁶³. Sur le marché de la production musicale en Asie, l'Inde se distingue de la tendance mentionnée plus haut : les *Majors* ne couvrent que 20% du marché, lequel est dominé par quatre entreprises nationales. La Chine présente également quelques acteurs indépendants sur ce marché. Dans ces deux pays, cela s'explique en partie par la régulation des investissements étrangers dans ce secteur⁶⁴.

59 *Idem*, p. 62.

60 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009*, *op. cit.*, pp. 54 et 58 respectivement.

61 M. RAO (coord.), « Les tendances du marché audiovisuel : perspectives asiatiques », – Inde, Philippines, Thaïlande, in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >, p. 331.

62 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009*, *op. cit.*, p. 59.

63 Une nouvelle vague de petites entreprises formées à partir de la prolifération des contenus numériques pourrait influencer positivement sur le pluralisme dans le secteur (M. RAO, *op. cit.*, pp. 330-331).

64 Voir E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, pp. 83-84 et M. RAO, *op. cit.*, pp. 325-326. À noter toutefois que les politiques indiennes dans les secteurs culturels sont beaucoup moins interventionnistes que celles adoptées en Chine.

Quelques données statistiques de l'Amérique Latine peuvent aussi illustrer le déséquilibre existant sur le marché culturel des pays en développement. Tout d'abord, 83% des exportations de produits culturels du continent américain sont originaires des États-Unis, tandis que 56% des importations se dirigent vers ce pays. De plus, 84% de la distribution dans le secteur du cinéma est contrôlée par des entreprises américaines⁶⁵. Dans la plupart des pays de l'Amérique Latine, les productions européennes ne dépassent pas 10% du marché du cinéma, tandis que dans des pays comme le Costa Rica et le Chili, les films hollywoodiens sont parvenus à 95% du marché⁶⁶. En 2008, la part des productions cinématographiques nationales sur le marché a été d'environ 11,9% pour l'Argentine, 9,8% pour le Brésil et 7% pour le Mexique⁶⁷. Une étude sur le marché de la Colombie, du Pérou et du Venezuela montre que, dans ces trois pays, le nombre de films cinématographiques produits ne dépasse pas une moyenne de quatre films par an, la part de films américains sur le marché étant d'environ 95%⁶⁸. Les films d'autres origines (y compris des autres pays de l'Amérique Latine) sont rares sur ces marchés et ne peuvent être regardés que dans les quelques salles d'art et essai ou lors de festivals sporadiques.

Dans le secteur de la radiodiffusion, si en Colombie et au Venezuela (sous réserve des décisions de fermeture récentes adoptées par le gouvernement de ce dernier pays), l'industrie télévisuelle a pu se renforcer notamment avec la participation de chaînes privées, au Pérou plusieurs chaînes privées sont en situation d'insolvabilité⁶⁹. La programmation de la télévision par câble et par satellite est surtout d'origine étrangère dans ces pays⁷⁰. Parmi les importations, 77% des émissions et 94% des signaux importés sont originaires des États-Unis, les importations provenant des autres pays de la région ne représentant que 12%. Des exportations significatives de produits télévisuels sont à noter toutefois en Argentine, au Brésil et au Mexique.

Pour ce qui est du secteur de la musique enregistrée, 80% du marché de l'Amérique Latine est contrôlé par des *Majors* originaires de pays développés. Au Brésil et en Argentine, elles détiennent 93% du marché. En Bolivie, en Équateur, au Pérou et au Panama, il ne reste pratiquement plus d'entreprises de capital national dans ce secteur. Comme dans la plupart des pays en développement, parmi les ventes de l'industrie phonographique latino-américaine, les ventes de musique nationale

65 G. REY, *La cultura en los tratados de libre comercio (...)*, *op. cit.*, pp. 16-17.

66 UNESCO, « Enquête sur les cinémas nationaux », *op. cit.*

67 Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus 2009*, *op. cit.*, p. 46.

68 G. REY, « Les tendances et perspectives du marché (...) », *op. cit.*, pp. 173-174.

69 *Idem*, p. 175.

70 *Idem*, p. 177.

gardent une certaine importance : elles correspondent à environ 54% en moyenne (au Brésil ce pourcentage est de 65%)⁷¹. Cette proportion majoritaire ne cache pas le fait que la grande partie de ce répertoire musical national soit fournie par des grands groupes étrangers⁷².

Dans le secteur de l'édition, 73,8% des exportations de livres originaires du continent américain proviennent des États-Unis. Le Brésil, l'Argentine, le Mexique, la Colombie, le Venezuela, le Chili et le Pérou détiennent une industrie d'édition nationale relativement consolidée. Le Brésil représente 65% de la production de livres de l'Amérique Latine, les autres pays hispanophones étant responsables de 35%. Le marché des livres est de plus en plus détenu par des maisons d'édition espagnoles (à travers des importations ou l'établissement de filiales dans le continent latino-américain)⁷³. Sur le marché des périodiques, la majorité des entreprises est détenue par du capital national, bien que leur pénétration de marché ne soit pas aussi élevée que celle des pays développés, comme les États-Unis ou le Canada⁷⁴.

Quant à l'aide publique dans les pays d'Amérique Latine, l'exemple du film cinématographique peut servir d'illustration. Mis à part le Brésil, l'Argentine et le Mexique, où le soutien public atteint respectivement les chiffres de 8%, 16% et 12%, l'aide au cinéma ne dépasse pas 3% dans les autres pays latino-américains⁷⁵. Dans plusieurs de ces pays, la naissance d'une industrie culturelle viable se heurte au manque d'équipements et de technologie nécessaires.

Compte tenu des données examinées jusqu'ici, il est possible de constater l'existence d'un problème sérieux de diversité de l'offre culturelle dans pratiquement tous les pays. Le déséquilibre et la concentration sur le plan mondial ou régional s'accompagnent dans la plupart des cas d'un déséquilibre interne, sur chaque marché national, où un nombre également réduit d'entreprises se partage le marché (en tissant généralement des liens avec de grands groupes culturels transnationaux) et reproduit les principaux traits des grands conglomérats internationaux d'entreprises culturelles. Cette concentration a comme conséquence logique la difficulté d'accès au marché des productions indépendantes, confrontées à la fois à la concurrence des produits étrangers et celle des produits provenant de quelques entreprises nationales.

2 - La concentration du marché

Les industries culturelles présentent en général ce que l'on pourrait appeler une « *structure d'oligopole à frange* », ayant un « *degré de*

71 G. REY, *La cultura en los tratados de libre comercio (...)*, op. cit., pp. 17-18.

72 J. SMIERS, *Arts under pressure*, op. cit., p. 93.

73 G. REY, *La cultura en los tratados de libre comercio (...)*, op. cit., pp. 19 et 35.

74 *Idem*, p. 20.

75 *Idem*, p. 17.

concentration (...) croissant de l'amont vers l'aval »⁷⁶. Cette « frange », formée par une multitude de firmes indépendantes investissant habituellement les créneaux les plus novateurs (films d'auteur, par exemple) et se trouvant surtout dans le secteur de la production, n'occupent que des parties très faibles du marché. Les entreprises du « centre » oligopolistique concentrent leur activité de production sur les œuvres et les réalisateurs pouvant *a priori* avoir le plus de succès et profitent d'un éventuel succès des indépendants à travers leurs structures de distribution. Un large écart existe ainsi entre la part de marché de ces quelques produits et celle de la plupart des produits culturels. En effet, une tendance observée dans le secteur des produits et services culturels est celle de la séparation nette entre quelques produits qui atteignent une audience mondiale d'un côté, et d'autres produits qui ont une destination locale bien définie⁷⁷.

Le premier groupe se compose de quelques succès, dont le nombre diminue chaque année. Cela est manifeste dans le secteur du livre, où tous les efforts de promotion se concentrent sur un nombre réduit de titres, et également dans celui du cinéma, où les entrées se dirigent également vers un nombre restreint de films. Cette polarisation s'explique par les caractéristiques du marché culturel, fortement marqué par les risques liés à l'impossibilité d'évaluer exactement les chances de succès d'un produit. Du fait de la singularité et du besoin d'innovation des produits culturels, une simple observation de quelques « ingrédients de réussite » est insuffisante pour réduire avec effectivité l'incertitude et les risques de perte qu'affronte cette industrie. Les quelques produits qui créent des profits devront compenser les pertes de tous les autres. C'est ainsi que sur 7000 albums produits par an aux États-Unis et contenant une dizaine de titres en moyenne, seulement 10 à 20% sont diffusés par les stations de radio. En d'autres termes, environ 80% des albums ne sont pas rentables. Considérant qu'en moyenne 95% des albums lancés sur le marché mondial n'ont pas de succès, les plus grandes maisons de disque ont élevé le « standard minimum » de succès d'une œuvre musicale de 100.000 copies vendues à plus d'un million. Pour garantir ce niveau d'écoute, des investissements massifs en promotion et en publicité sont évidemment nécessaires⁷⁸. Dans le secteur du film, uniquement 10% des films produits génèrent des profits. Il est possible de concevoir les énormes investissements faits sur ces quelques produits et, par conséquent, le

76 E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 63.

77 Voir, sur ce point, F. BENHAMOU, « Les fondements économiques du droit d'auteur à l'épreuve de la mondialisation », in VIVANT, Michel (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 56-59.

78 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, p. 25.

nombre de personnes qui doivent regarder un film pour qu'il soit rentable. Les industries culturelles fonctionnent ainsi comme des jeux de hasard et la solution qu'elles ont rencontrée est la surproduction et l'achat extensif de droits d'auteurs ou créateurs à succès⁷⁹.

Afin d'amortir ces dépenses, les industries du marché culturel chercheront à élargir les marchés et la durée de vie des produits⁸⁰. D'où le lancement de produits dérivés et les efforts, de la part des pays possédant des industries culturelles fortes, en vue d'accroître la durée de la protection accordée par les droits de propriété intellectuelle sur ces produits. Quant aux produits dérivés, ils conduisent, conjointement avec les nouvelles technologies, à la possibilité pour une même entreprise de rentabiliser ses coûts sur divers marchés complémentaires, qui seront ainsi verticalement intégrés. En effet, les dépenses encourues pour la production et la distribution des films ne sont amorties qu'à 40% par les recettes en salle, ce qui est une source d'insécurité additionnelle (l'amortissement total des coûts ne sera atteint qu'après une période de temps assez longue). D'où l'intérêt aussi de rentabiliser les succès sur des marchés différents, ce que la libéralisation commerciale peut favoriser.

La concentration, horizontale et verticale, des entreprises culturelles est ainsi un moyen efficace de profiter des économies d'échelle d'un marché mondialisé. Elle sert à compenser l'importance des coûts irrécupérables de promotion des produits culturels, mais s'explique également par la nécessité de réduction des coûts transactionnels, très élevés dans un secteur où, notamment en raison de l'investissement en différents supports et marchés, il faut établir des règles relatives à la propriété intellectuelle sur les œuvres pour chaque transaction. Il en résulte, sur la plupart des marchés, qu'un nombre réduit d'entreprises exercent un pouvoir hégémonique et que les coûts d'entrée sur le marché sont très élevés. En raison de la composante culturelle des produits, il est évident que la diversité d'expressions et d'opinions en sort endommagée.

Dans le domaine de la télévision, la même tendance à la concentration et aux participations croisées peut être constatée. Souvent un réseau câblé desservant une région est unique et l'exploitant bénéficie d'une concession exclusive. La question se pose de savoir si le pouvoir économique des exploitants du câble peut être « contrôlé » par la concurrence d'autres opérateurs, comme ceux des signaux hertziens terrestres

79 F. BENHAMOU, *op. cit.*, pp. 57-59.

80 Pour les films cinématographiques, une chaîne de diffusions multiples permettant l'exploitation maximale du produit est ainsi établie : « la sortie initiale dans les salles du pays d'origine est suivie, après des délais variables, de la sortie en salle dans d'autres pays, de la distribution en vidéocassettes dans le pays d'origine, de la diffusion aux chaînes d'abonnés (chaînes câblées payantes), aux chaînes commerciales du pays d'origine puis d'autres pays, après quoi intervient une seconde diffusion sur les réseaux câblés payants ou les satellites de diffusion directe, suivie peut-être de rediffusions sur les chaînes financées par la publicité » (OCDE, *Politique de la concurrence et mutation du secteur de la diffusion audiovisuelle*, OCDE, Paris, 1993, p. 79).

ou de la radiodiffusion directe par satellite⁸¹. L'objectif recherché à travers la création de réseaux ici est également celui de profiter des économies d'échelle.

La concentration des entreprises du secteur audiovisuel et l'extension de leurs activités au marché mondial permettent la pratique de ce que certains qualifient de « dumping ». Les films américains à succès ont tous leurs coûts amortis en salle aux États-Unis même et en Europe, ainsi qu'à travers toutes les possibilités de débouché dans le secteur télévisuel. Ces produits peuvent ensuite être offerts sur le marché mondial à un prix beaucoup plus compétitif que les films provenant des pays ne pouvant pas compter sur la même taille de marché national, ni sur le même système de distribution que les *Majors* américaines ont créé. D'où la grande quantité d'émissions américaines dans les programmes des diffuseurs de télévision dans le monde, qui choisissent naturellement des programmes peu coûteux. Les préférences des spectateurs n'influencent ainsi pas forcément les choix des programmes diffusés, car ceux-ci sont déterminés selon la valeur attribuée par les annonceurs de publicité aux spectateurs d'une certaine chaîne. Dans le cas du cinéma, puisque le prix de l'entrée en salle est le même pour tous les films, les exploitants de salle auront également une tendance à donner priorité à des produits moins chers et ayant un grand potentiel d'attraction du public, ce qui dépend généralement d'un budget publicitaire important. Il en découle que les films indépendants sont fortement tributaires, pour leur viabilité économique, de l'aide publique.

S'ajoute à cela un autre facteur de compétitivité : le pouvoir de marché se fondant sur la maîtrise du processus de distribution, ce secteur se présente comme étant beaucoup plus concentré que celui de la production. Par conséquent, la production finit par être déterminée selon des conditions établies par les distributeurs. Une solution consiste alors à ce que les producteurs et les distributeurs s'associent afin de promouvoir un nombre restreint d'œuvres considérées prometteuses. À défaut de soutien étatique à la distribution ou de quotas, les films cinématographiques indépendants ne peuvent ainsi être compétitifs lors de la distribution aux exploitants de salles de cinéma que s'ils ont gagné des prix dans des festivals internationaux.

L'existence d'un oligopole de distributeurs qui décident en définitive quels biens seront mis sur le marché paraît incompatible avec l'exercice d'une véritable démocratie, car la réduction de l'offre d'options culturelles sur le marché a des conséquences politiques⁸². Si, d'un côté,

81 Voir *idem*, pp. 23-25.

82 La formation de réseaux et le comportement monopolistique dans le secteur des industries culturelles existe de longue date et le gouvernement américain s'y est d'ailleurs opposé à plusieurs reprises : en 1917, dans l'affaire opposant *Motion Picture Patents Co.* et *Universal Film Mfg. Co.*, la tentative d'un cartel de conditionner la distribution de projecteurs de film à la projection exclusive de films d'une certaine

la concentration peut assurer la compétitivité sur le marché mondial en réduisant les risques inhérents au marché des produits et services culturels, d'un autre côté elle conduit à une importante limitation des voies de communication d'un grand nombre d'œuvres représentatives d'expressions culturelles diverses. Cela implique naturellement la domination de certaines expressions sur d'autres et, par conséquent, un appauvrissement culturel mondial qui ne peut avoir que des effets néfastes pour la diversité.

Dans cette perspective, il est possible de conclure que les spécificités du marché des produits et services culturels conduisent en général à des défaillances que l'application exclusive de la logique de marché tend à accentuer. La simple autorégulation du marché ne semble en effet pas capable de prendre en compte les besoins des individus et des groupes en termes de diversité de l'offre d'expressions culturelles et de participation à la vie culturelle, ce que la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO affirme dans son article 11⁸³. Il est donc important qu'une réglementation adéquate soit imposée au secteur culturel. Elle devra répondre simultanément aux différents intérêts qui s'y mêlent.

§ 2 - LES DIFFICULTÉS RÉSULTANT DE LA DIVERSITÉ D'INTÉRÊTS SUR LE MARCHÉ

La diversité d'intérêts dans le secteur culturel reflète l'opposition des préoccupations économiques et culturelles présentes dans ce marché. Cette pluralité d'intérêts est d'autant plus importante que les nouvelles technologies du numérique y ont introduit de nouveaux acteurs. Les évolutions techniques des dernières décennies ont permis, par exemple, que les opérateurs de télécommunications deviennent également des fournisseurs de produits et services culturels. Cela est perceptible dans le secteur des services fournis par ADSL ou dans celui de la téléphonie mobile, où des programmes audiovisuels sont proposés par des fournisseurs d'accès à Internet et des opérateurs de télécommunications⁸⁴. La frontière entre les deux secteurs devient par conséquent difficile à établir.

compagnie a été invalidée ; en 1943, dans une affaire l'opposant à NBC, le gouvernement américain condamnait des pratiques de domination du marché par des chaînes de radio ; en 1948 contre *Paramount Pictures* et en 1962 contre *Loew's Inc.*, le gouvernement américain avait interdit la pratique de « *block-booking* » (« réservation groupée ») de films entre ces studios et les exploitants de salle (A.M. CARLSON, « The Country Music Television Dispute: An Illustration of the Tensions Between Canadian Cultural Protectionism and American Entertainment Exports », in *MJGT*, vol. 6-2, 1997, pp. 616-617, n. 179).

83 « *Les seules forces du marché ne peuvent garantir la préservation et la promotion de la diversité culturelle, gage d'un développement humain durable* ».

84 Voir sur cette question A. LANCELOT, « Les problèmes de concentration dans le domaine des médias », Rapport au Premier Ministre, Commission instituée par le décret n° 2005-217 du 8 mars 2005, décembre 2005, < <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000035/0000.pdf> », pp. 61 et s.

Une réglementation de l'audiovisuel fondée sur le principe de la neutralité technologique semble ainsi extrêmement importante afin de garantir non seulement les intérêts des entreprises qui agissent déjà dans le secteur de la communication audiovisuelle, mais aussi ceux du public, intérêts parmi lesquels se trouvent les préoccupations liées à la diversité culturelle. En effet, malgré le rôle grandissant des téléspectateurs et des auditeurs dans le choix du contenu qui leur est fourni, l'intervention étatique continue d'être primordiale pour assurer une offre diversifiée et pluraliste, capable de promouvoir le dialogue social et la démocratie.

A - La divergence d'intérêts

Parmi les entreprises privées pouvant agir dans le secteur culturel et ayant donc des intérêts sur ce marché, il existe évidemment celles qui composent les industries culturelles d'un État et qui sont responsables de la dynamique même de la production culturelle, mais également des entreprises agissant dans d'autres domaines, mais qui décident, notamment pour des raisons fiscales, d'investir dans la production culturelle.

En effet, on a assisté ces dernières années à une augmentation considérable des sponsorings du secteur de la culture de la part des sociétés privées. Le financement de festivals, de concerts ou d'expositions contribue à la fois à la promotion de leur propre image et à combler un vide résultant dans certains cas du désengagement ou de l'incapacité de l'État. Afin que cette immixtion de sociétés privées dans le domaine culturel ne mette en péril l'indépendance de celui-ci, l'État doit intervenir pour surveiller ce type de financement. D'un autre côté, l'intervention étatique peut dans certains cas correspondre à une forme de censure et de contrôle indésirable de la liberté de création. Un équilibre doit ainsi être établi, les partenariats entre le secteur public et le secteur privé pouvant représenter une solution satisfaisante à bien des égards dans la plupart des cas. La participation d'entreprises privées dans le financement d'œuvres artistiques peut être mise au profit d'une production culturelle riche et variée, notamment dans les pays en développement et les pays les moins avancés, où l'État est souvent confronté à des besoins plus urgents et à des ressources insuffisantes. Dans ce contexte, le rôle de l'État (et d'une réglementation étatique) serait de promouvoir une multiplicité de sources de financement de la culture, en dirigeant le sponsoring privé.

Quant aux entreprises de l'industrie culturelle, elles se sont multipliées au long des dernières années à la suite de la propagation des nouvelles technologies. Des nouveaux acteurs, tels que les responsables des sites Internet et les « blogueurs » sont venus s'ajouter aux entreprises culturelles dites classiques, agissant déjà dans les domaines de la presse écrite, de la radiodiffusion ou de l'enregistrement sonore. Leur influence est grandissante, bien qu'elle demeure encore limitée pour la plupart aux marchés nationaux et qu'elle exige des technologies qui ne sont pas encore accessibles à la majorité de la population mondiale. Leur pouvoir

de marché est en outre restreint par la part d'audience et la présence dans les nouveaux secteurs des entreprises classiques (qui ont également pour la plupart investi dans les nouveaux débouchés offerts par la technologie du numérique), ainsi que par l'entrée sur le marché du contenu d'entreprises agissant auparavant dans le secteur des télécommunications (tel que les opérateurs de téléphonie mobile ou les fournisseurs d'accès Internet). Ces dernières peuvent soit produire du contenu, soit établir des accords avec des producteurs puissants afin de fournir ces nouveaux services.

Le développement des technologies du numérique remet également en cause le pouvoir des entreprises déjà établies du point de vue du contrôle des droits de propriété intellectuelle qu'elles détiennent. Les possibilités accrues de reproduction et de distribution de contenu ouvrent la voie à des usages interdits par la loi ou du moins préjudiciables aux intérêts économiques des entreprises des médias et des sociétés collectives des droits d'auteurs. S'il est possible de concevoir leur adaptation à l'environnement numérique⁸⁵, leur comportement peut paraître anti-compétitif à bien des égards. Pour les acteurs traditionnels du marché culturel, les opérateurs de télécommunications représentent aussi une menace, non seulement parce qu'ils échappent en principe à la réglementation sur le contenu, mais également en raison de leur puissance financière. Les intérêts en jeu sont ainsi complexes et les réglementations applicables devront répondre à cette complexité, en demeurant en mesure de garantir les objectifs politiques de protection et de promotion de la culture.

Les préoccupations culturelles que soulève le commerce des produits et services culturels sont portées activement par la société civile. En effet, depuis 1945, le développement des institutions internationales a été accompagné par la multiplication des associations internationales pour la défense d'intérêts collectifs. Cette multiplication a comme l'une de ses justifications l'affirmation des droits de la personne sur le plan international en tant que fondement même de toutes les normes juridiques internationales⁸⁶. Au long des dernières décennies, ces associations ont agi en tant que « contre-pouvoir » à la puissance grandissante des entre-

85 Voir l'initiative de certaines sociétés de gestion collective des droits d'auteur dans l'Accord de Santiago, permettant de simplifier l'obtention de licences valables pour toute l'Europe pour des œuvres appartenant au répertoire musical de ces sociétés (H. HIETANEN, et V. OKSANEN, « Legal metadata, open content distribution and collecting societies », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Droit et Technologies, Éd. Romillat, 2005, < <http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf> >, pp. 105-106).

86 P.-M. DUPUY, Rapport « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in GHERARI, Habib et SZUREK, Sandra, *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, organisé sous les auspices de M. Hubert VEDRINE, Ministre des Affaires Etrangères, Cahiers internationaux, n° 18, CEDIN Paris X, Pedone, Paris, pp. 12-13.

prises multinationales, souvent avec succès. Elles se caractérisent par leur capacité d'agir et d'exiger des changements capables de corriger les injustices sociales et, par conséquent, de contribuer à une plus grande légitimité de la mondialisation.

En ce qui concerne la défense des expressions culturelles nationales, les ONG ont accompli un travail d'extrême importance et sont appelées à en faire autant dans les années à venir. De plus en plus présentes dans les grandes conférences internationales, elles participent activement à la sensibilisation des individus et des gouvernements sur les enjeux qui y sont impliqués et contribuent à la recherche de nouvelles solutions. Leur rôle a été crucial dans les discussions et négociations pour l'adoption de la Convention sur la protection et la promotion des expressions culturelles, adoptée en octobre 2005 à l'UNESCO, ainsi qu'à l'occasion du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) de 2003 et 2005, tenu à Genève et à Tunis respectivement.

Lors du SMSI, la société civile a réussi à s'organiser de manière autonome et a, au final, présenté une déclaration à part⁸⁷ qui a été annexée à celle des gouvernements. Cette déclaration vise à définir des sociétés de l'information (ou « sociétés des savoirs partagés ») centrées sur les besoins des êtres humains. En ce qui concerne la diversité culturelle, cette déclaration est beaucoup plus explicite que celle des gouvernements. L'importance du pluralisme, du dialogue culturel, du droit à communiquer, ainsi que d'un « domaine public du savoir global » y a été soulignée, en soulevant la question de la nécessité de révision et d'actualisation des accords de propriété intellectuelle. Elle a également soutenu expressément l'élaboration d'une Convention sur la diversité culturelle (item 2.3.1.3).

Un des organismes créés dans l'objectif de contrer les effets nuisibles de la mondialisation sur la diversité culturelle est le Réseau international pour la diversité culturelle (RIDC), composé d'artistes et d'organismes non gouvernementaux du secteur culturel, représentant les intérêts des créateurs⁸⁸. Ce réseau a été créé en 2000, lors d'une réunion en Grèce, à la suite d'une première réunion en 1998 en parallèle d'une rencontre des ministres d'État en matière culturelle à Ottawa. Il a notamment travaillé pour l'adoption d'un nouvel instrument juridique international capable d'encourager la préservation et la promotion de la diversité culturelle. C'est ainsi qu'il a élaboré une première ébauche de proposition de Convention sur la diversité culturelle en mai 2002, laquelle a contribué plus tard aux discussions précédant l'élaboration d'une Convention au sein de l'UNESCO en faveur de la diversité des

87 « Définir des sociétés de l'information centrées sur les besoins des êtres humains », Déclaration de la société civile au Sommet mondial sur la société de l'information adoptée le 8 décembre 2003, disponible sur < <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/civil-society-declaration-fr.pdf> >.

88 Voir < <http://www.incd.net> >.

expressions culturelles. Une caractéristique de ce projet, qui le distinguait par rapport à d'autres présentés au même moment, était l'affirmation de l'engagement juridique des futurs États parties de prendre des mesures positives de préservation et de promotion de la diversité culturelle. Il s'agissait de la reconnaissance de la nécessité d'une action positive de la part des États, qui se verraient non seulement accorder le droit de prendre des mesures de protection de la diversité culturelle, mais aussi imposer le devoir d'intervenir, de manière active, en sa faveur. Depuis l'adoption de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles en 2005 au sein de l'UNESCO, les principales activités du RIDC consistent à influencer le Réseau international sur la politique culturelle (RIPC, formé par des ministres d'État en matière culturelle) dans ses décisions et représenter le secteur culturel au sein de l'OMC et d'autres fora mondiaux.

Des « Coalitions pour la diversité culturelle » existent aussi dans plusieurs États. Regroupées initialement dans un Comité international de liaison constitué en 2003, celui-ci a donné lieu à la Fédération internationale des coalitions pour la diversité culturelle (FICDC) le 19 septembre 2007⁸⁹. Provenant d'une initiative canadienne, suivie par la France, les coalitions se sont rapidement répandues ces dernières années. À plusieurs reprises, elles ont joué un rôle central auprès de leurs pays d'origine lors de négociations commerciales bilatérales, régionales et multilatérales. Elles ont notamment travaillé pour convaincre les différents gouvernements des risques que le libre commerce dans le secteur culturel pouvait impliquer pour la diversité culturelle.

La Coalition canadienne pour la diversité culturelle (CDC)⁹⁰ a été créée par les principales organisations professionnelles du secteur culturel au Québec en 1998, dans le contexte de la lutte contre l'adoption de l'Accord multilatéral sur l'investissement au sein de l'OCDE (Organisation pour la coopération et le développement économiques). Elle a ensuite préconisé⁹¹ la mise en place d'un instrument international pour la diversité culturelle, qui consacrerait le droit fondamental des gouvernements d'adopter les politiques nécessaires au soutien de leurs expressions culturelles. Le nouveau traité devait, selon la CDC, être développé et géré dans un forum autre que l'OMC et autres organisations qui ne reconnaissent pas la spécificité des produits et services culturels.

La coalition française⁹², initialement appelée « Comité de vigilance pour la diversité culturelle (CVDC) », regroupe également depuis 1997 des organisations professionnelles de différents secteurs du domaine

89 Voir < <http://www.ifccd.com/fr> >.

90 < http://www.cdc-ccd.org/main_pages_fr/index_fr.htm >.

91 Voir la Déclaration de principes de la Coalition pour la diversité culturelle, présentée lors des Deuxièmes Rencontres des organisations professionnelles de la culture, Paris, Février 2003.

92 Voir < <http://www.coalitionfrancaise.org> >.

culturel. Afin de propager internationalement les intérêts qu'elle défend, elle a organisé à Paris les Deuxièmes rencontres internationales des organisations professionnelles de la culture, qui ont eu lieu du 2 au 4 février 2003⁹³. L'objectif de telles rencontres était que les représentants de ces organisations rentrent dans leurs pays avec une argumentation solide pour convaincre leurs gouvernements, tout d'abord, quant au danger de prendre des nouveaux engagements en matière culturelle dans les négociations commerciales ; et ensuite, quant à l'importance de l'adoption en dehors de l'OMC d'un instrument international contraignant spécifique au secteur culturel.

Les efforts des coalitions pour la diversité culturelle ont aussi visé la création et la conscientisation de groupes similaires dans d'autres pays et particulièrement dans des pays en développement. Ces pays sont en effet les plus vulnérables aux pressions en faveur de la libéralisation commerciale et la faiblesse, en règle générale, de leurs industries culturelles les amène davantage à faire des concessions importantes dans ce secteur. Conscientes de ces difficultés, les coalitions pour la diversité culturelle ont été très actives tout au long des débats sur l'élaboration d'un accord international pour la protection et la promotion des expressions culturelles et ont contribué indubitablement à la formation de la majorité écrasante qui a adopté cet instrument lors de la 33^e Conférence générale de l'UNESCO en 2005.

B - La recherche d'un équilibre

L'opposition et la complexité d'intérêts qui viennent d'être soulignées rendent difficile la réglementation du secteur. Si les États essaient d'atteindre un équilibre d'intérêts sur le plan national, l'intervention publique peut ne pas être suffisante pour régler toutes les questions que pose le marché mondial. Parallèlement, des organisations internationales multilatérales ou régionales spécialisées ont acquis une importance grandissante au long des dernières décennies et constituent aujourd'hui des sources normatives importantes.

1 - La contribution des organisations intergouvernementales

Les organisations intergouvernementales dont l'activité peut couvrir des aspects du marché des produits et services culturels sont nombreuses. L'activité normative de certaines de ces organisations est d'ailleurs devenue dans quelques cas essentielle pour une bonne réglementation du secteur. Ceci s'explique non seulement en raison de la mondialisation croissante du marché, mais aussi en vertu de la caractéristique transfrontières de certaines de ses activités. En raison de la

93 Les Premières rencontres internationales des organisations professionnelles du milieu de la culture avaient été organisées en 2001 à Montréal par la Coalition canadienne pour la diversité culturelle.

double nature économique et culturelle des produits et services culturels, des entités agissant dans des domaines très distincts peuvent avoir un rôle significatif à jouer dans le secteur.

En effet, comme tout échange commercial international, le commerce international des produits et services culturels sera naturellement régi par les divers accords multilatéraux de commerce à vocation universelle ou régionale, ainsi que par des accords bilatéraux de commerce. Par ailleurs, en vertu des différentes relations juridiques qui s'établissent dans la chaîne de production et de mise sur le marché des produits culturels, notamment relatives à des droits de propriété intellectuelle, l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) trouve également une place considérable dans ce secteur.

L'aspect culturel de ces produits et services et leur importance pour un « développement humain » des différentes communautés étant de plus en plus clairement reconnus, les échanges culturels ne pourront également pas se passer des normes adoptées par l'UNESCO. Cette organisation a en effet produit une large gamme de recommandations et de normes juridiques dans le secteur de la culture depuis sa création. Dans le domaine particulier des échanges de produits et services culturels, l'Accord de Florence (Accord sur l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel) adopté en 1950 démontre sa forte implication en faveur d'échanges équilibrés de produits culturels⁹⁴. En ce qui concerne spécifiquement le secteur de l'audiovisuel, une autre institution spécialisée des Nations Unies doit être citée : l'Union internationale des télécommunications (UIT), dont l'objet principal est la coopération internationale en matière de radiodiffusion. Elle attribue des fréquences du spectre, enregistre les assignations de fréquence et s'efforce de promouvoir la coopération technique en faveur des pays en développement en matière de télécommunications. Elle semble très ouverte aux entreprises privées et leurs intérêts, mais distante de la société civile. Le SMSI ayant été organisé par l'UIT, la participation importante de la société civile à ce Sommet était ainsi assez inattendue.

Des efforts ont aussi été entrepris en matière culturelle par des organisations comme le Conseil de l'Europe et l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF)⁹⁵, lesquelles ont fortement enrichi le débat sur le commerce des produits et services culturels et la nécessité de protection de la diversité culturelle. Leurs initiatives ont notamment débouché sur l'adoption de déclarations qui, bien que n'ayant pas de caractère contraignant, ont reflété l'importance du thème et les préoccupations qu'il soulève pour une grande majorité d'États. Une autre entité ayant un rôle important à jouer, particulièrement justifié par le

94 Voir, pour l'évolution de l'action de l'UNESCO en faveur de la diversité culturelle et des politiques culturelles, K. STENOUE et C. KEITNER, *op. cit.*

95 < <http://www.francophonie.org/actions/arts/ini-diversite.cfm> >.

déséquilibre des flux d'échanges commerciaux actuels en faveur des pays développés, est la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Plusieurs débats sur le développement des industries créatives dans les pays en développement ont eu en effet lieu au sein de cette organisation ⁹⁶.

La tendance, commune à d'autres secteurs atteints par la mondialisation, à transférer le traitement de certains sujets au plan international implique une coopération intergouvernementale accrue. Dans le domaine de la culture, cette coopération s'est vue institutionnaliser à travers la création d'un organisme particulier, réunissant informellement les ministres de la culture de plusieurs pays. Il s'agit du Réseau international sur la politique culturelle (RIPC) ⁹⁷, formé en 1998 à la suite du Sommet de Stockholm sur l'initiative de la ministre de la culture du Canada. Il offre, depuis, une enceinte souple de discussion sur les nouveaux enjeux concernant la politique culturelle et les possibilités de création de moyens concertés en faveur de la protection de la diversité culturelle. L'observation de l'évolution des thèmes de ses rencontres successives démontre l'actualité de son action et la pertinence de ses travaux ⁹⁸.

2 - La mise en balance par l'État

Afin de corriger les dysfonctionnements économiques du marché des produits et services culturels et de prendre en compte les intérêts de tous les acteurs de ce marché, les pouvoirs publics sont amenés à intervenir à travers des politiques et des réglementations d'ordre culturel.

96 Voir, par exemple, Summary prepared by the UNCTAD Secretariat, « High-level Panel on Creative Industries », São Paulo, TD/L.379, UNCTAD, 16 juin 2004, ainsi que UNCTAD, « Creative industries and Development », TD(XI)/BP/13, UNCTAD, 4 juin 2004, disponibles sur le site de cette organisation.

97 Voir < http://incp-ripic.org/index_f.shtml >.

98 Lors de leur cinquième réunion annuelle, du 14 au 16 octobre 2002 au Cap, Afrique du Sud, le RIPC a présenté un projet d'instrument international sur la diversité culturelle. En février 2003, les ministres du RIPC ont rencontré le directeur général de l'UNESCO afin d'inscrire l'élaboration d'un instrument international sur la diversité culturelle en tant que priorité dans les travaux de cette organisation. Ce processus a été effectivement lancé par la 32^e Conférence générale de l'UNESCO (octobre 2003) et une Convention a été finalement adoptée lors de la 33^e Conférence générale de l'UNESCO (octobre 2005). Reflet de l'actualité des discussions promues par le RIPC, la neuvième Réunion ministérielle, tenue du 22 au 24 novembre 2006 à Rio de Janeiro, a traité de la question de « L'exploration des flexibilités du système de propriété intellectuelle : l'introduction des nouvelles approches et alternatives émergentes ». Thème de discussion qui attire une attention grandissante, cette initiative témoigne à nouveau du rôle du RIPC pour la sensibilisation des différents gouvernements quant à l'importance des politiques culturelles et la régulation de ce secteur du marché. Sa dixième réunion (20-21 septembre 2007 à Séville) s'est concentrée sur l'exploration des possibilités de mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 2005 parallèlement à l'évolution du sujet au sein de l'UNESCO.

En effet, depuis les années 60 et 70, les gouvernements ont pris conscience des transformations intervenues au cours du XIX^e siècle ayant provoqué la réduction ou même l'élimination du mécénat en faveur des arts. L'appui accordé auparavant par la religion, les princes, les rois, ou encore l'aristocratie ou la bourgeoisie aisée a ainsi cédé sa place à l'intervention des pouvoirs publics. Des études montrent toutefois que les politiques publiques ont eu des résultats limités en termes de promotion égalitaire des différents secteurs culturels. Par exemple, il apparaît qu'au lieu d'aller aux musées ou de lire plus, la plus grande partie de la population mondiale consacre de plus en plus de son temps à la télévision. À partir de cette constatation, il est facile de comprendre la préoccupation des responsables des affaires culturelles d'améliorer la qualité des programmes audiovisuels et de diversifier leur contenu⁹⁹.

L'acquisition d'une identité culturelle par les individus est aujourd'hui fortement marquée par les industries culturelles, responsables d'une grande partie de la production et de la distribution culturelle mondiale. C'est donc pour s'assurer de l'effet positif de ces industries sur la diversité culturelle que la plupart des États ont adopté des politiques culturelles de soutien. Si les caractéristiques spécifiques du marché des produits et services culturels traitées plus haut justifient à elles seules l'intervention de l'État dans le secteur culturel, des arguments de nature économique et politique méritent également d'être soulignés.

En effet, l'entrée accrue de produits et services culturels étrangers et les difficultés de participation à l'espace culturel international semblent constituer non seulement une atteinte au droit à l'expression culturelle des différents peuples, mais aussi au droit au développement économique, lequel dépend nécessairement du développement culturel. C'est en effet l'idée qui s'est dégagée à partir des années 70, au sein de l'UNESCO, de la Banque Mondiale et de la Banque interaméricaine de développement. Depuis, le capital culturel est compris en tant que source de croissance économique et de développement, ce qui devient encore plus évident avec l'émergence de l'économie de l'information¹⁰⁰. L'importance des

99 L'importance de l'encouragement gouvernemental du secteur de l'audiovisuel a justifié la création d'organes spécialisés dans plusieurs pays : le *British Film Institute* en 1933 ; la Commission de modernisation de l'industrie cinématographique en France en 1946 (suivie de l'adoption, en 1948, de la loi d'aide aux producteurs de films, qui instituait la taxe sur la fréquentation du cinéma ; et en 1958, de la création d'un Ministère des affaires culturelles, dont la première décision a concerné des avances (prêts sans intérêts) aux réalisateurs). D'autres pays, comme la Suède, la Suisse et les Pays-Bas se sont inspirés de l'expérience britannique et française par la suite. Depuis les années 70, la plupart des États ont en effet instauré ou développé des mesures publiques en faveur du cinéma national. Voir à ce sujet B. GOURNAY, *Exception culturelle et mondialisation*, La Bibliothèque du citoyen, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, pp. 25 et s.

100 Des considérations sur l'importance des politiques culturelles pour le développement ont été apportées en 1970 par la Conférence intergouvernementale sur les aspects

enjeux économiques liés aux industries culturelles est ainsi un des facteurs justifiant l'intervention de l'État dans les pays les plus développés, y compris les États-Unis, et ce non seulement à travers l'aide publique, mais aussi à travers l'assouplissement des règles de concurrence et le renforcement de celles de propriété intellectuelle. L'intervention étatique dans le domaine culturel est ainsi nécessaire pour promouvoir l'identité culturelle (laquelle crée la confiance et l'autonomie essentielles au développement), pour permettre la confrontation entre les valeurs nationales et étrangères et le développement de la capacité créatrice dans tous les secteurs, et pour générer des emplois, des revenus et la mobilité des citoyens. En tant que « responsables au premier chef de promouvoir le progrès économique, social et culturel de [leur] peuple »¹⁰¹, les États devront ainsi mettre en balance les intérêts du public résultant de la forte composante culturelle des produits et services culturels et les intérêts des différentes entreprises agissant sur ce marché et ayant besoin de soutien pour affronter la concurrence nationale et internationale.

Sur le plan politique, la coexistence pacifique des diverses communautés culturelles fait preuve de légitimité des États sur leurs territoires respectifs. Les différentes communautés, de leur côté, ont l'État comme garant des conditions nécessaires à leur maintien et à leur reconnaissance politique. Cela signifie la concession des ressources et des moyens nécessaires à l'épanouissement et au développement des différents groupes culturels et, en contrepartie, l'acceptation de l'ordre politique que l'État propose. Sur le plan mondial, l'application de cette même logique implique que si la capacité des États d'exprimer et de promouvoir la culture (ou les cultures) qu'ils représentent dans cette sphère internationale est niée, cet ordre mondial pourra être remis en cause.

Si l'intervention gouvernementale en faveur des différentes cultures paraît justifiée, les opinions divergent sur la manière adéquate de le faire. Pour quelques-uns, les mesures gouvernementales seraient censées soutenir la culture, mais non procurer des avantages commerciaux aux industries culturelles¹⁰². Cependant, puisque la culture et le commerce

administratifs et financiers des politiques culturelles (où il a été traité de l'intégration des politiques culturelles dans les stratégies de développement) organisée par l'UNESCO à Venise ; en 1998 par la Conférence de Stockholm sur les politiques culturelles pour le développement, organisée également par l'UNESCO ; en octobre 1999 par la Conférence sur les financements, ressources et économie de la culture pour un développement durable, initiative conjointe de la Banque Mondiale et de l'UNESCO à Florence ; et lors de tables rondes des Ministres de la Culture, notamment à l'occasion de la 30^e session de la Conférence générale de l'UNESCO, traitant de la culture et de la créativité face à la mondialisation.

101 Comme le souligne la Charte des droits et devoirs économiques des États, Résolution 3281(XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 12 décembre 1974.

102 Pour certains auteurs, l'utilisation de l'argument culturel pour justifier des mesures restrictives au commerce ne serait qu'une excuse visant à cacher des objectifs purement

sont intimement liés sur ce marché, les mesures qui assurent la viabilité économique des industries culturelles (et des milieux culturels qui y participent) et qui garantissent l'accès des produits et services culturels nationaux aux marchés sont aussi des moyens nécessaires pour promouvoir des objectifs culturels.

En raison de l'importance de leur appui en faveur des divers intérêts (économiques et culturels) en jeu, les pouvoirs publics sont devenus un acteur particulièrement important dans le secteur culturel. Afin de répondre aux besoins des industries culturelles nationales, ils interviennent généralement de manière nette sur ce marché. Même les États qui défendent par principe la libéralisation complète du secteur et condamnent les interventions étatiques (généralement des pays de tradition anglo-saxonne) ont trouvé convenable, à un moment ou autre, d'adopter des réglementations visant à favoriser leurs industries culturelles. C'est le cas des États-Unis¹⁰³, où le gouvernement est intervenu sur le plan interne à travers une série de mesures, telles que la Loi sur les télécommunications de 1996 (laquelle a éliminé considérablement les restrictions à la concentration dans le domaine audiovisuel et a cédé gratuitement des fréquences aux grandes sociétés américaines de télédiffusion, de manière à faciliter leur passage à la transmission digitale), la loi de 1998 étendant la durée de protection des droits d'auteurs de 75 à 95 ans pour les entreprises, le *Digital Millennium Copyright Act* (ayant parmi ses buts la lutte contre le piratage) et la facilitation des fusions pour assurer une plus grande compétitivité internationale.

Il convient de noter, enfin, que les politiques culturelles ne sont pas par principe incompatibles avec les règles de libéralisation commerciale. Tout d'abord, puisque les politiques culturelles nationales peuvent contribuer à réduire les abus de pouvoir et les concentrations dans le secteur culturel, elles semblent renforcer la philosophie fondatrice de l'OMC de promouvoir des relations commerciales libres et équitables. De plus, en encourageant la production culturelle, c'est la créativité de chaque société qui est stimulée et, par conséquent, sa capacité d'innovation, de développement économique et d'échange commercial.

économiques (voir, par exemple, S.S. WILDMAN et S.E. SIWEK, *International trade in films and television programs*, Ballinger, Cambridge, Mass., 1988, p. 118).

103 Voir sur les mesures américaines de soutien I. BERNIER et D. ATKINSON, « Document de réflexion – Mondialisation de l'économie et diversité culturelle : 'Les arguments en faveur de la préservation de la diversité culturelle' », 2^e Concertation intergouvernementale, Paris, 12 décembre 2000, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, octobre 2000, < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_mondialisation_eco.pdf >, p. 31. A.M. CARLSON, *op. cit.*, p. 611, cite également l'expérience américaine dans le domaine de la radiodiffusion et l'importance de l'action de la *Federal Communications Commission* (FCC) vers une plus grande diversité et une meilleure qualité de programmation, à travers le contrôle des tendances à la monopolisation du secteur par quelques grandes entreprises. Il rappelle également les limites établies aux États-Unis à la participation étrangère dans le capital des entreprises de radiodiffusion (p. 613).

Le type de mesure de politique culturelle adoptée par un État et l'intensité de la restriction au libre commerce qu'elle peut introduire dépendent des circonstances et des nécessités particulières du marché de chaque pays, dans chacun de ses secteurs culturels. Certaines directives peuvent toutefois être tirées de l'expérience de quelques pays et servir de guide à l'intervention étatique en matière culturelle. La section suivante présente un panorama succinct de mesures de politique culturelle que les États ont instituées et qui se présentent aujourd'hui parmi les principaux moyens d'assurer le développement et le renforcement des industries culturelles nationales.

Section 2

LES CORRECTIONS APPORTÉES PAR L'ÉTAT

La complexité normative du secteur culturel apparaît tout d'abord dans la grande variété des règles nationales de protection et de promotion des expressions culturelles, car elles s'adaptent aux besoins et circonstances de chaque marché national. Parmi ces règles, il existe celles qui établissent des mesures de contribution financière aux industries culturelles (subventions directes, déductions ou crédits fiscaux) et celles qui, normalement présentées sous la forme de quotas et de contrôles des investissements étrangers, restreignent plus directement le commerce international des produits et services culturels. Au niveau international, ce sont surtout les dernières qui sont contestées, les premières étant souvent autorisées par des réserves dans les accords commerciaux ou du moins non incluses dans les engagements commerciaux des États.

Une telle contestation se fait souvent sur la base d'accusations de protectionnisme, en raison des effets de ces mesures sur le marché. Une telle vision réductrice néglige le fait que la diversité d'offre culturelle dépend d'un équilibre entre les industries culturelles qui agissent sur un marché donné (ce qui suppose qu'elles soient renforcées dans leurs pays et à l'étranger), mais aussi qu'une offre variée d'expressions étrangères soit disponible sur les territoires nationaux, ce qui contribue fortement au développement du dialogue culturel et démocratique local. Une différence doit ainsi être faite entre « protectionnisme » et « protection » légitime en faveur des choix des sociétés, cette dernière relevant des devoirs même de l'État¹⁰⁴.

Les défenseurs de l'élimination de toute mesure restrictive du commerce dans le secteur culturel affirment qu'une telle intervention

104 Tel que le proposait P. LAMY en tant que Commissaire européen au commerce, par exemple, lors de son intervention à la Conférence des Greens/European Free Alliance au Parlement européen portant sur « Promouvoir les préférences collectives à l'OMC et au-delà de l'OMC : coexistence entre politiques publiques et libre-commerce : y a-t-il du bon protectionnisme ? », tenue à Bruxelles le 5 mars 2004.

étatique ne vise en fin de compte qu'à créer des avantages (injustifiables, à leur sens) pour les industries locales, ces avantages ayant comme effet ultime de les affaiblir. Il en résulterait ainsi des industries non viables et inefficaces¹⁰⁵. En prônant le libre commerce et l'autorégulation du marché, ils affirment que ceux-ci conduisent naturellement à une série de bienfaits, parmi lesquels peuvent être cités : une plus grande satisfaction des consommateurs, en raison de l'augmentation potentielle de la variété des produits ; la diminution du pouvoir monopolistique des entreprises nationales en raison d'une plus grande concurrence ; l'efficacité technique des industries ; l'augmentation du nombre d'emplois ; la croissance économique générale ; des niveaux de vie plus élevés pour la population ; le développement technologique ; et le développement des pays en général. L'observation du marché culturel aujourd'hui semble cependant avoir conduit à l'inverse de tous ces bénéfices. Pour d'autres auteurs, les mesures de politique culturelle, justifiées par le besoin de correction des défaillances du marché, ne pourraient légitimement avoir qu'une durée temporaire et devraient être strictement encadrées. Elles viseraient à encourager les producteurs nationaux en supportant les coûts initiaux obligatoires d'exportation, de manière à leur permettre de conquérir une place sur le marché mondial¹⁰⁶.

Malgré les critiques dont il fait souvent l'objet, le soutien étatique en faveur des industries culturelles est très présent dans la pratique. Parmi les mesures auxquelles ont recours les États, se trouvent notamment des mesures de restriction à l'accès au marché local (telles que les quotas, l'exigence de licences pour l'exercice de l'activité, ou encore des restrictions à la propriété étrangère d'entreprises du secteur culturel) et les mesures de soutien financier aux productions nationales. D'autres mesures sont, néanmoins, également possibles et peuvent avoir des effets considérables en faveur des différentes cultures. Par exemple, il s'avère que la quasi-totalité des pays organisent des festivals de promotion des productions cinématographiques. Bien que demeurant encore marginaux dans la plupart des pays, des programmes de formation dans le cinéma sont aussi en développement, surtout afin de promouvoir l'utilisation des nouvelles technologies.

Les situations étant multiples, il incombera à chaque État de répondre le plus efficacement possible aux besoins des individus et des groupes qui le composent, en prenant en compte les caractéristiques de

105 Voir sur ce sujet K.A. KISH, « Protectionism to Promote Culture: South Korea and Japan, A Case Study », in *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 22, n° 1 (Spring 2001), pp. 168 à 172.

106 Selon S. PELTIER, *op. cit.*, p. 34, les pays finiraient ainsi tous par considérer, dans leur stratégie commerciale, les opportunités du marché mondial, ce qui leur permettrait de développer une économie d'échelle équivalente à celle des industries les plus fortes. Une telle logique correspond à celle contenue dans la théorie de l'« industrie dans l'enfance » mentionnée précédemment.

l'industrie culturelle en question, ses moyens de développement et les traits de la société dans laquelle elle existe. Les différents secteurs de la production culturelle réclameront des interventions distinctes et adaptées de la part de l'État. Elles pourront au demeurant être nécessaires pour faire face non seulement à la domination du marché national par des produits étrangers, mais aussi à la prédominance excessive de quelques-unes des expressions culturelles nationales au détriment d'autres. Un État pourra également introduire des mesures de politique culturelle pour favoriser l'entrée diversifiée de produits culturels étrangers sur son territoire.

Bien qu'il soit impraticable de dresser ici un catalogue complet de toutes les mesures nationales de soutien à la culture, un bref panorama des mesures les plus courantes servira à démontrer l'existence d'une certaine pratique générale de la part de nombreux États, leur expérience pouvant ensuite servir d'exemple à d'autres pays. Il permettra également de mieux comprendre l'action étatique en faveur de la culture et la façon dont elle peut être aujourd'hui menacée ou assurée par les règles internationales. Plus d'attention sera accordée aux mesures concernant le secteur de l'audiovisuel, puisqu'il s'agit du secteur où il existe le plus de politiques et de réglementations nationales, ainsi que le plus d'intérêts économiques en jeu. Il sera tout d'abord nécessaire d'examiner quelques considérations relatives à la définition de la nationalité d'une œuvre culturelle et qui serviront de base pour les développements qui suivront.

§ 1 - LA DÉFINITION DU « CONTENU NATIONAL »

Le qualificatif « national » attribué à un contenu culturel permet souvent à une œuvre culturelle de bénéficier des politiques culturelles d'un État. Il existe toutefois des approches variées du contenu local dans les différents pays, en l'absence de critères internationaux précis pour la définition de la nationalité d'une œuvre. Dans le secteur audiovisuel en général et plus particulièrement dans l'industrie cinématographique, il est souvent difficile de déterminer l'origine nationale d'une œuvre, en fonction notamment des arrangements de coproduction et des différents critères appliqués par chaque législation. Les critères communément reconnus pour définir la nationalité d'une œuvre sont : la nationalité ou le lieu de résidence du producteur, le lieu de production, le pays de provenance du financement, ainsi que la nationalité des acteurs ou du réalisateur. Cependant, d'autres critères peuvent être exigés par les lois nationales¹⁰⁷.

Les accords de coproduction permettent que les œuvres coproduites bénéficient de conditions plus favorables dans les pays concernés,

107 M. GYÖRY, « Production et distribution de films en Europe. La question de la nationalité », Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2000, p. 1, <http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/natfilm.html.fr>.

puisqu'elles sont communément assimilées aux œuvres nationales¹⁰⁸. Par ailleurs, des avantages culturels se font sentir dans la mesure où une même œuvre reflète des aspects de chaque culture, en promouvant la dynamique d'échange propre au développement culturel.

Des accords régionaux de coopération cinématographique se fondent également sur la notion de nationalité du film pour accorder un traitement plus favorable aux productions provenant des États parties. C'est le cas en Europe, où un régime préférentiel est attribué aux œuvres considérées comme ayant une « origine européenne ». Sans compter les critères de définition de la nationalité d'une œuvre culturelle par les divers États membres, il apparaît que, même sur le plan européen, « *il n'existe pas une seule définition du film européen mais bien autant de définitions qu'il y a d'instruments légaux ou de programmes d'aide* ». Des différences existent, par exemple, entre les critères établis par le programme EURIMAGES et par le programme MEDIA, deux mécanismes de soutien en faveur des œuvres européennes.

La première définition de « film européen » (en tant que film ayant la nationalité d'un des États membres) apparaît dans la Directive du Conseil de l'Union européenne du 15 octobre 1963, concernant le Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services en matière de cinématographie. Parmi les critères sélectionnés par cette directive pour la reconnaissance d'un film en tant que « film

108 Pour les questions de détermination de la nationalité, de financement, de mécanismes et de contrats de coproduction, voir S. COMANZO, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles*, Thèse soutenue à l'Université de Dijon, 1997. En ce qui concerne la double nationalité des films coproduits, cet auteur souligne que si, d'un côté, elle permet que le film coproduit bénéficie des avantages réservés aux films nationaux et soit exploité sur deux territoires (ce qui implique un élargissement important du marché), de l'autre, le traitement accordé par les accords de coproduction aux différents coproducteurs n'est pas toujours le même. Les traités bilatéraux de coproduction déterminent, certes, les critères de la double nationalité du film coproduit et présentent généralement une clause disposant que « *les films réalisés en coproduction et admis au bénéfice du présent accord sont considérés comme films nationaux par les autorités des deux pays. Ils bénéficient de plein droit des avantages qui en résultent en vertu des dispositions en vigueur ou qui pourraient être édictées dans chaque pays* » (*Idem*, p. 145). De plus, ils contiennent souvent une clause appelée « Échange de films », selon laquelle les États parties à l'accord sont interdits d'imposer des restrictions à l'importation et à l'exploitation de films ayant l'origine dans l'autre pays (*Idem*, p. 150). Cependant, les coproducteurs sont généralement soumis à des règles différentes, certains avantages n'étant conférés qu'à un seul des coproducteurs. C'est le cas du soutien financier accordé par les pays qui profite souvent uniquement au coproducteur national. De plus, les contrats de coproduction déterminent, pour chaque cas, une répartition des tâches différente entre les coproducteurs. Pour plus de détails, voir *idem*, pp. 152 et s. D'autres inconvénients de la coproduction internationale apparaissent dans les difficultés pratiques (langues et manière de travail différentes, distance, etc.) et juridiques (nécessité d'articulation des règles de chaque ordre juridique). Voir sur cela E. ENRICH, « Legal Aspects of International Film Co-production », European Audio-visual Observatory, 2005, < http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/coproduccion_aspectos-juridicos.pdf.en >, p. 3.

européen », figurent la langue du film, la nationalité du réalisateur (qui doit être un ressortissant de l'État membre concerné ou faire partie de son espace culturel) et la nationalité du producteur (dans le cas des personnes morales, celles-ci peuvent se passer de l'exigence de siège dans un État de la Communauté si leur activité présente « *un lien effectif et permanent avec l'économie de l'État membre* »). Il existe également une définition de « film européen » dans la Convention sur la télévision transfrontière de 1989 du Conseil de l'Europe¹⁰⁹, laquelle vise à favoriser la libre circulation des œuvres télévisuelles dans la perspective d'application du principe de liberté d'expression.

Une définition assez large d'« œuvre européenne » est également fournie par la directive « Services de médias audiovisuels sans frontières » (SMA)¹¹⁰. Les modifications apportées par cette directive à la Directive Télévision sans frontières (TSF, directive 89/552/CEE) doivent être transposées dans la législation des États membres de l'Union européenne avant le 19 décembre 2009. Il est intéressant de noter que les critères de détermination de la nationalité de l'œuvre ne se fondent pas sur les sujets, les thèmes ou d'autres éléments faisant référence aux valeurs culturelles européennes, mais plutôt sur l'origine des producteurs, auteurs ou employés dans la production d'un film. Cela découle de la difficulté de distinguer, dans la pratique, entre l'objectif de promotion des œuvres culturelles et celui de développement des industries culturelles responsables de leur production, ce qui se comprend par l'embarras à séparer l'aspect culturel de l'aspect économique présents dans les produits et services culturels.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur la coproduction cinématographique de 1992, à l'origine de plusieurs accords bilatéraux de coproduction entre États européens, met également en avant une série d'éléments pour qualifier une œuvre cinématographique

109 < <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/132.htm> >.

110 Directive 89/552/CEE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, adoptée dans le cadre de l'Union européenne et modifiée par la Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007. L'œuvre européenne est comprise dans cette directive comme une œuvre originale d'un des États membres ou d'un État tiers européen partie à la convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe et répondant à un certain nombre de conditions ; et une œuvre coproduite dans le cadre d'accords entre la Communauté et des pays tiers. Si l'accord a été conclu entre un État membre et un pays tiers, l'œuvre pourra être réputée européenne si « *les coproducteurs de la Communauté participent majoritairement au coût total de production et que la production n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors du territoire des États membres* ». Les accords de coproduction favorisent les producteurs étrangers, qui peuvent bénéficier des mesures européennes en faveur de l'audiovisuel. Dans le cas européen, cela voudra dire que ces œuvres coproduites seront régies, tel que les œuvres européennes, par les dispositions de la directive SMA.

d' « œuvre européenne ». Elle ne s'applique qu'aux coproductions associant au moins trois coproducteurs établis dans trois États (parties à la Convention) différents. La définition d' « œuvre cinématographique européenne » présente à l'annexe II de cette convention¹¹¹, se fonde sur un système de points. Elle n'établit pas de condition relative à la langue du film et les films répondant au nombre minimum d'éléments européens sont assimilés aux films nationaux de chacun des pays participant à la coproduction (ce qui leur permet de bénéficier de tous les avantages que ces pays accordent à leurs films nationaux). En outre, l'exigence de « reflet de l'identité européenne » permettant l'admission d'œuvres totalisant moins de 15 points se fonde sur un concept qui n'a pas de définition précise. Si, d'un côté, cela donne de la flexibilité à ce dispositif, d'un autre, il risque de rendre plus difficile son application, bien qu'un tel concept réponde dans une certaine mesure au souhait parfois exprimé que les critères pour la détermination de la nationalité d'une œuvre visent des objectifs primordialement culturels.

Quant aux systèmes adoptés par les pays européens dans leurs législations nationales, ils diffèrent beaucoup d'un pays à l'autre¹¹². Les critères exigés sont, dans la plupart de ces pays, de nature culturelle et économique à la fois et varient selon le type d'œuvre (long métrage, documentaire, dessin animé, etc.). En France¹¹³ et au Royaume-Uni, des systèmes très formels ont été établis. En Belgique, deux systèmes

111 Voir < <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/147.doc> >. L'annexe II prévoit que : « 1. Une œuvre cinématographique est européenne au sens de l'article 3, paragraphe 3, si elle contient des éléments européens représentant au moins 15 points sur un total de 19 points, selon les critères indiqués dans l'échelle ci-dessous. 2. Compte tenu des exigences du scénario, les autorités compétentes peuvent, après concertation entre elles, et lorsqu'elles estiment que l'œuvre reflète néanmoins l'identité européenne, admettre au régime de la coproduction une œuvre réunissant un nombre de points inférieur aux 15 points normalement exigés ». Ladite échelle de points d'évaluation établit les points suivants pour chacun des éléments européens ci-après : Groupe création auteur : Réalisateur – 3 ; Scénariste – 3 ; Compositeur – 1 (Total – 7) ; Groupe création acteur : Premier rôle – 3 ; Deuxième rôle – 2 ; Troisième rôle – 1 (Total – 6) ; Groupe création technique et de tournage : Image – 1 ; Son et mixage – 1 ; Montage – 1 ; Décors et costumes – 1 ; Studio ou lieu de tournage – 1 ; Lieu de la postproduction – 1 (Total – 6).

112 Voir, pour des détails sur ces critères, M. GYÖRY, *op. cit.*

113 Un exemple de l'application des critères de la législation française et des controverses dont ils peuvent faire l'objet est fourni par la décision du Conseil d'État du 10 août 2007, qui annule définitivement l'agrément du CNC (daté de 2003) pour le film *Un long dimanche de fiançailles*. Considéré de nationalité américaine en raison de son producteur (2003 Productions, contrôlé par Warner Bros), ce film s'est vu refuser l'accès aux fonds de soutien européens, malgré le fait d'avoir été réalisé par un cinéaste français, filmé en territoire français, en langue française, et avec un scénario adapté d'un roman français. Voir, pour plus de détails, « 'Un long dimanche de fiançailles', film américain », *NouvelObs.com*, 10 août 2007, disponible sur < http://tempsreel.nouvelobs.com/actualites/culture/20070810.OBS0161/un_long_dimanchede_fiancailles_film_americain.html >.

principaux sont en vigueur, instaurés par chacune des deux communautés majoritaires de cet État. En Norvège ou aux Pays-Bas, l'attribution de l'aide publique dépend d'un mécanisme beaucoup plus informel. D'autres pays, comme l'Allemagne, ont remplacé la notion de « film allemand » par celle de « film éligible au soutien », de manière à prendre en compte plus efficacement l'intégration européenne. L'Italie, de son côté, a opté pour un système très souple, qui peut aussi prendre en considération l'« intérêt culturel national » d'un film.

En dehors de l'Europe, les critères d'attribution de la nationalité à une œuvre culturelle sont également variés. Au Canada, le « contenu national » d'une œuvre audiovisuelle n'est pas évalué en fonction des aspects nationaux de l'histoire, des images et du son, mais plutôt sur la nationalité du financement, de la gestion et de la réalisation (critères d'ordre plutôt économique). Un système de points est pour cela applicable¹¹⁴. À l'opposé, l'Australie et la Nouvelle-Zélande adoptent des critères relevant d'une approche plus « culturelle » de l'origine des œuvres. La Cour Suprême australienne a ainsi interprété l'expression « contenu australien » comme étant celui qui reflète l'identité, le caractère ou la culture australienne. La nationalité des auteurs, acteurs ou producteurs y acquiert une importance secondaire¹¹⁵. Ce type d'approche, bien que fondé sur des critères très peu précis, peut servir à mieux justifier un traitement spécial et plus favorable aux œuvres culturelles nationales face à ceux qui voient, dans les mesures nationales de protection des produits et services culturels, des objectifs purement protectionnistes.

§ 2 - LES MESURES RESTRICTIVES DES ÉCHANGES

Les « mesures restrictives des échanges » les plus courantes et les plus importantes sont les quotas de contenu national, les exigences de licence pour l'entrée sur le marché de la radiodiffusion et les limitations à la propriété étrangère dans le secteur culturel.

A - Les exigences de contenu national

Malgré les critiques de pays comme les États-Unis et de certains auteurs dont elles peuvent faire l'objet, le recours aux exigences de

114 Les émissions d'information et d'affaires publiques produites par un radiodiffuseur canadien sont directement qualifiées de canadiennes, ainsi que les films bénéficiant du « Crédit d'impôt pour la production canadienne » (*Canadian Production Tax Credit*, CPTC) ou du « Fonds pour la télévision canadienne » (*Canadian Television Fund*, CTF). Voir, pour plus de détails, K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies: impact on trade*, HWWA, Hamburg, 2003, pp. 7 et 8.

115 Voir C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy: the stumbling block of trade liberalisation », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, p. 183.

contenu local (ou « quotas ») est fréquent. En garantissant un espace minimum sur le marché pour les productions nationales, les quotas réduisent indirectement l'entrée excessive de produits importés, sans empêcher l'entrée de produits d'une origine particulière¹¹⁶. Les quotas de contenu local ne visent ainsi pas à empêcher que des films étrangers soient accessibles aux consommateurs nationaux (l'idée même de diversité culturelle implique le plus grand accès à une offre étrangère diversifiée), mais à garantir un minimum d'accès aux films nationaux.

Pour quelques observateurs, ce type de mesure restrictive peut être aujourd'hui toléré, malgré sa contradiction avec la libéralisation progressive du commerce, en raison de sa perte d'utilité face aux avancées technologiques et, par conséquent, aux difficultés de contrôle des échanges dans le domaine de l'audiovisuel. Selon cette perspective, les quotas ne seraient plus à même de répondre à leurs objectifs, en raison de la multiplication du nombre de possibilités de distribution des œuvres culturelles (notamment sur Internet)¹¹⁷ et de la difficulté du contrôle de leur respect dans la pratique.

Cependant, si Internet offre certes des possibilités d'accès à une plus large gamme de produits, le déséquilibre des échanges culturels mondiaux subsiste. De plus, le fossé numérique qui sépare la population des pays développés d'une grande partie de la population des pays en développement et des pays les moins avancés implique que les services de communication traditionnels auront encore une place très importante dans la transmission d'informations et de contenus culturels dans le monde.

En ce qui concerne les possibilités d'exercice de contrôle des quotas aujourd'hui (surtout lorsque des produits ou services sont fournis sans qu'une frontière physiquement contrôlable soit franchie), il semble qu'une certaine surveillance soit encore possible. En effet, dès que le contenu fourni par le biais de ces nouvelles technologies n'est pas

116 En effet, pour des fins de diversité culturelle, les quotas qui déterminent un minimum de contenu local à respecter sont préférables à la limitation du nombre de produits importés, car cette dernière option favorise des produits importés de « contenu universel » (des « *blockbusters* ») et est ainsi plus nuisible à l'industrie locale et au dialogue culturel (P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, p. 211).

117 Une référence à cet aspect en ce qui concerne les mesures nationales de politique culturelle adoptées dans le domaine de la radiodiffusion apparaît dans WTO Secretariat, *Guide to the GATS, An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services*, WTO Secretariat, Kluwer, 2001, p. 139. Ce travail rappelle l'argument, déjà soulevé dans une étude de l'OCDE (Groupe de travail sur l'économie de l'information), « Problèmes stratégiques et réglementaires posés par les services de production et de diffusion de contenus sur réseaux », DSTI/ICCP/IE(96)9/FINAL, OCDE, Paris, 1999, p. 14), selon lequel la justification primaire de l'attribution de licences aux radiodiffuseurs de manière à s'assurer de la diffusion de contenu national était les capacités insuffisantes du spectre magnétique. Le bien-fondé de toute régulation deviendrait ainsi difficilement soutenable dans un environnement où il existe une multitude de chaînes de radiodiffusion en vertu de la diffusion numérique terrestre, par satellite, par câble, etc.

gratuit, le contrôle de l'acte de paiement permettrait indirectement que le contenu soit également contrôlé. En outre, si le contrôle par le biais des serveurs pour des fins morales ou pour empêcher le piratage est de plus en plus développé, il est logique qu'un contrôle de la diversité de l'offre culturelle sur Internet soit également réalisable. En ce sens, le discours des *Majors* américaines sur cette question paraît incohérent : d'un côté, elles affirment qu'il devient aujourd'hui impossible de contrôler les contenus numériques diffusés sur Internet (et que, par conséquent, les quotas deviendraient inapplicables) tandis que, de l'autre, elles réclament un plus grand contrôle des contenus diffusés lorsque cela atteint leurs intérêts économiques en matière de propriété intellectuelle.

Il semble ainsi que l'institution d'exigences de contenu local demeure justifiable et même d'extrême utilité pour des pays qui n'ont pas les moyens de recourir à des mesures d'aide financière pour garantir un espace minimum pour leurs expressions culturelles¹¹⁸. Par ailleurs, les quotas, ainsi que les exigences de propriété locale, garantissent une plus grande pluralité en décourageant la formation d'ententes entre les producteurs nationaux et les groupes étrangers agissant dans le domaine des médias¹¹⁹.

À l'encontre des exigences de contenu national, des doutes ont été émis quant à l'efficacité de ces restrictions par rapport aux objectifs culturels envisagés. Outre les possibilités de contournement des quotas en raison des nouvelles technologies, certains auteurs¹²⁰ indiquent le besoin d'ouverture des marchés nationaux pour le développement d'une industrie de qualité. Cependant, l'objectif de développement de l'industrie culturelle nationale par la production d'œuvres de qualité est précisément visé par ce type de restriction, qui tente de garantir l'espace minimal nécessaire à la prospérité et au développement de la production nationale.

Un autre argument avancé à l'encontre des exigences de contenu national considère ce type de mesure comme incompatible avec la libre circulation d'idées et d'informations (« *free flow of information* »), ainsi

118 Les pays en développement sont toutefois confrontés également à des difficultés pour instituer des quotas sur leurs territoires, en raison du manque de moyens réglementaires nécessaires pour le contrôle de leur respect et, souvent, de l'absence d'un organisme de réglementation indépendant dans le secteur de l'audiovisuel. Voir P. SAUVE, « Introduction », *op. cit.*, p. 12, ainsi que, pour plus de précisions, dans le même ouvrage, E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 57. Selon cette dernière étude, une minorité de pays en développement a institué des quotas de diffusion de programmes nationaux et souvent la réglementation applicable n'est pas suffisamment précise : parmi les onze pays étudiés, seuls la Corée du Sud, la Chine, le Nigeria et le Burkina Faso ont mis en place des mécanismes de quota de diffusion, les deux derniers pays ayant des règles assez vagues et générales (*Idem*).

119 OCDE, « Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, p. 8.

120 Voir, par exemple, R.L. VAN HARPEN, « Mamas, Don't Let Your Babies Grow Up to Be Cowboys: Reconciling Trade and Cultural Independence », *MJGT*, vol. 4, 1995, p. 180.

qu'avec la Convention européenne des droits de l'homme et notamment ses articles 10 et 14, relatifs respectivement à la liberté d'expression et à l'interdiction de la discrimination¹²¹. Cet argument est insoutenable face aux caractéristiques actuelles du marché culturel examinées précédemment, tendant à la limitation d'un flux d'information provenant d'une gamme large et variée d'origines culturelles. L'imposition de quotas vise à corriger les défaillances de ce flux et garantir le pluralisme d'opinions et de cultures.

D'autres critiques peuvent également être avancées, telles que l'impact limité des produits culturels étrangers sur la culture nationale, la difficulté de définition exacte et claire d'une identité culturelle devant bénéficier de quotas, et le manque de clarté du lien entre l'intervention étatique en faveur de la production culturelle et l'identité nationale. Par ailleurs, pour certains auteurs, le seul fait de limiter la diffusion d'un contenu à travers l'établissement de quotas équivaut à une diminution de la diversité et implique, par conséquent, un coût social significatif. Des mesures comme la création d'un radiodiffuseur public seraient ainsi de ce point de vue préférables, car moins restrictives et capables de garantir en même temps l'accès du public aux productions locales¹²².

Des études semblent toutefois démontrer que de bons résultats (notamment en termes d'accroissement de la production) ont été atteints avec ce type de mesure dans des pays comme l'Australie, l'Afrique du Sud et le Canada¹²³. Le marché français en fournit également une preuve, puisque, malgré les restrictions de ce type instituées par le gouvernement, il s'agit de l'un des pays où l'offre de films cinématographiques en salle est la plus diversifiée. Il est important, évidemment, que l'imposition d'exigences de contenu local soit suivie d'une surveillance sérieuse de leur mise en œuvre et de mesures complémentaires, capables de corriger des défaillances que les quotas, introduits isolément, ne pourraient pas atteindre – tels que la concentration des producteurs et le besoin d'aide aux productions.

En somme, les quotas offrent un mécanisme adéquat aux circonstances actuelles de plusieurs pays et doivent être maintenus parmi la large gamme de mesures de politique culturelle à la disposition des États. Dans la pratique, les États se montrent dans le secteur culturel de plus en plus réticents à prendre des engagements de libéralisation commerciale qui les obligerait à renoncer à l'utilisation de ce type de mesure, et ce non seulement dans le domaine des négociations multilatérales, mais aussi dans le cadre d'accords bilatéraux et régionaux de libre-échange. Les exigences de contenu national continuent ainsi d'être adoptées, tant

121 *Idem*, pp. 188-189.

122 M. RICHARDSON (« *Cultural quotas in broadcasting: local content requirements, advertising limits and public radio* », (2002) University of Otago, Duedin, New Zealand) *apud* I. BERNIER, « Les exigences de contenu local (...) », Partie II, *op. cit.*, p. 14.

123 *Idem*, pp. 11 et s.

dans le secteur des œuvres cinématographiques que dans celui de la radio ou de la télévision.

1 - Les quotas à l'écran

Institués après la Première Guerre mondiale, les quotas dans le secteur du cinéma ont subi beaucoup de pression de la part de l'industrie du cinéma et du gouvernement américains et ont été l'objet d'accords étatiques bilatéraux (tels que l'Accord Blum-Byrnes de 1946 entre la France et les États-Unis, qui accordait aux films américains des quotas moins sévères en contrepartie de l'aide américaine pour le paiement de la dette de guerre française) et d'ententes entre la *Motion Picture Export Association of America* et plusieurs gouvernements. Ces pressions se sont réduites en vertu de la consécration des quotas à l'écran par le GATT 1947. Au long des dernières décennies, quelques pays ont toutefois abandonné leurs règles établissant des systèmes de quotas sous la pression étrangère. C'est le cas de l'Italie en 1962, du Danemark en 1975, du Royaume-Uni en 1985 et de la Suisse en 1993. Dans le cadre de traités bilatéraux, les États-Unis ont plus récemment exigé l'élimination ou la forte réduction des quotas comme condition préalable à la signature avec quelques États, à l'exemple de la Corée du Sud.

La récurrence des réglementations nationales instituant des quotas de contenu local à l'écran est pourtant patente. Par exemple, au Brésil, quasiment tous les ans, un décret établit le nombre de jours dans l'année où des films brésiliens de long-métrage doivent être projetés¹²⁴. En Corée du Sud, un système de quotas a été instauré et modifié depuis 1993¹²⁵.

124 À partir de 1932, des mesures législatives isolées ont déterminé au Brésil la proportion obligatoire de films nationaux dans les salles de cinéma. Jusqu'en 1999, en raison du manque de surveillance de la part du gouvernement, les exploitants de salle ne respectaient que très rarement cette obligation (voir Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura do Brasil, *Relatório de Atividades da Secretaria do Audiovisual – Cinema, Som e Vídeo: 1995-2002*, <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/11/relatorio-de-atividades-sav-19952002.pdf>>, pp. 74-75). Au long des dernières années, des décrets ont imposé un nombre de jours de projection obligatoire d'œuvres brésiliennes par rapport au nombre de salles d'un exploitant. Ces décrets établissent la possibilité de transfert du quota d'un complexe cinématographique à un autre, ce qui peut, semble-t-il, poser des problèmes en termes culturels, l'exploitant de salle pouvant concentrer des films à grand budget (et présentant un plus grand potentiel de recettes) selon la localisation du plus grand public.

125 Voir C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 198 et s. Cet auteur précisait que les opérateurs de cinéma étaient tenus d'accorder en Corée du Sud un nombre minimum de 146 jours par an à des films nationaux, le Ministère coréen de la culture pouvant réduire ce nombre à 106 jours. En janvier 2006, face aux pressions des États-Unis, le gouvernement sud-coréen a annoncé qu'à partir du 1^{er} juillet 2006, le nombre de 146 jours serait réduit à la moitié (73 jours). Voir les nouvelles fournies par le Ministère de la culture et des communications du Québec dans le bulletin « La Diversité des Expressions Culturelles », vol. 6, n° 6, 20 février 2006, <<http://www.diversite-culturelle.qc.ca/index.php?id=13>>.

Des quotas à l'écran existent également au Venezuela et au Mexique¹²⁶. En Inde, l'accès au marché des films étrangers était jusqu'à récemment soumis à un contingentement annuel¹²⁷.

2 - Les quotas radiophoniques

Les quotas radiophoniques sont moins courants dans la pratique que les quotas à l'écran. L'Australie en a introduit en 1942 avec le *Broadcasting Act*, qui fut remplacé par le *Broadcasting Services Act 1992*, selon lequel ces quotas ont été intégrés à un code de conduite volontaire pour les radiodiffuseurs¹²⁸. Au Canada, les quotas radiophoniques ont été introduits en 1972. Au niveau fédéral, l'obligation est de diffuser 30% de contenu canadien, tandis qu'au Québec, les radiodiffuseurs doivent diffuser 65% de contenu en langue française¹²⁹. En France, la Loi du 1^{er} février 1994 a introduit l'obligation pour les radios privées de diffuser, dans les heures d'écoute significative, 40% de chansons d'expression française dans leur programme de musique de variété, la moitié devant provenir de nouveaux talents ou de nouvelles productions¹³⁰. Au Pérou, il existe une obligation pour les radiodiffuseurs que 10% de la programmation quotidienne soient occupés par du folklore et de la musique nationale (Loi sur la radio et la télévision)¹³¹.

3 - Les quotas télévisuels

Un grand nombre de pays maintiennent également des quotas dans le secteur de la télévision¹³². C'est le cas des États membres de la Communauté européenne, engagés dans ce domaine depuis la directive

126 I. BERNIER, « Les exigences de contenu local au cinéma, à la radio et à la télévision en tant que moyen de défense de la diversité culturelle : théorie et réalité », Partie I, Novembre-Décembre 2003, < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-11-12.pdf> >, p. 6.

127 Cette restriction quantitative imposée par l'Inde aux importations de films a été dans la pratique retirée en 1992, mais fait encore partie de sa liste d'engagements au sein de l'AGCS. Depuis cette date et jusqu'à 2002, il subsistait uniquement quelques standards de qualité à être respectés par les films étrangers pour entrer sur le marché indien. Ces conditions ont été retirées en 2002, mais il existe encore des restrictions à l'importation de matériels publicitaires de films étrangers (posters, t-shirts, etc.). Voir sur cette question A. MUKHERJEE, *Audiovisual policies and international trade: the case of India*, HWWA, Hamburg, 2003, pp. 11 et 15.

128 I. BERNIER, « Les exigences de contenu local (...) », Partie I, *op. cit.*, p. 9.

129 WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 147.

130 P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, p. 208, n. 14, citent l'effet positif des quotas radiophoniques en France, les chansons françaises étant passées d'une part de marché de 42% en 1994 à 55% en 1999. Les investissements en France effectués par les plus grandes entreprises d'enregistrement sonore ont quintuplé dans la même période.

131 G. REY, « Les tendances et perspectives du marché (...) », *op. cit.*, p. 176.

132 Pour les exemples qui suivent, voir C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 180 et s.

TSF. Les quotas de diffusion prévus dans cette directive ont été repris par la directive SMA du 11 décembre 2007. Les États membres sont tenus d'établir des quotas audiovisuels au titre des articles 4 (quota de diffusion) et 5 (quota de production), consistant en l'obligation de diffusion d'une proportion majoritaire d'œuvres européennes et l'obligation pour les organismes de radiodiffusion de réserver au moins 10% de leur temps d'antenne ou 10% de leur budget de programmation (investissements directs) à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants. Les États membres peuvent, en outre, selon l'article 3 de cette directive, prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la directive. Pour ce qui est des services audiovisuels « non linéaires » (à la demande), l'article 3 *decies* dispose que les États veillent à ce que ce type de service audiovisuel promeuve, « lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés », la production et l'accès à des œuvres européennes. Cela pourrait se faire, conformément à la directive, par une contribution financière à la production ou à l'acquisition de droits, ou encore par une « place importante » réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes que ces services proposent.

Dans ce cadre, la France impose un pourcentage minimum de 60% d'œuvres européennes aux chaînes de télévision, dont 40% d'œuvres d'expression originale française¹³³. En Allemagne, les chaînes publiques de télévision ont le rôle de fournir de l'information sur la politique, la société et la culture. Des commissions de radiodiffusion surveillent par conséquent le contenu de leur programmation¹³⁴.

D'autres États exigent également des quotas télévisuels de contenu local. C'est le cas, par exemple, du Canada¹³⁵, de l'Australie¹³⁶ et de la

133 Pour P.A. MESSERLIN, S.E. SIWEK et E.COCQ, *The Audiovisual Services Sector in the GATS Negotiations*, American Enterprise Institute et Groupe d'Économie Mondiale de Sciences Po, AEI Press, Washington/Paris, <http://www.aei.org/books/bookID.760,filter.all/book_detail.asp>, p. 40, les mesures ainsi instituées n'ont pas atteint les résultats en matière culturelle envisagés, car il n'y aurait pas assez de production de films français capables de remplir les heures de grande écoute à la télévision. Cela aurait, selon eux, obligé les chaînes à rediffuser des films anciens.

134 G. PERINO et G.G. SCHULZE, *Competition, cultural autonomy and global governance: the audiovisual sector in Germany*, HWWA, Hamburg, 2003, p. 23. De plus, la loi exige que les chaînes de télévision produisent, coproduisent ou commandent une « partie substantielle » de leur contenu. Mais il n'existe pas de discrimination entre des radiodiffuseurs allemands et étrangers. De plus, il semble que cette règle ne soit pas appliquée dans la pratique (*Idem*, p. 25).

135 Le Canada exige 60% de contenu canadien pour la télévision conventionnelle et 20% de contenu canadien pour la télévision par câble (WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 147).

136 Selon le *Australian Content Standard*, défini par l'*Australian Broadcasting Authority*, 55% de tous les programmes diffusés entre 6 heures et minuit doivent être d'origine australienne (C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, p. 180, n. 48).

Colombie¹³⁷, où ces pourcentages sont en général immédiatement applicables. En Argentine et au Chili, en revanche, un décret constatant le non-respect du quota est nécessaire pour que celui-ci soit imposable. En Inde, aucune restriction de contenu local n'est imposée pour la télévision, mais la loi de 2000 sur la télévision par câble a établi une obligation, pour toutes les chaînes privées utilisant ce moyen de transmission, de retransmettre un certain nombre de chaînes du radiodiffuseur public Doordarshan¹³⁸, ce qui constitue une « *must carry rule* » (obligation imposée à des radiodiffuseurs de transmettre ou de retransmettre certaines émissions).

B - Les licences pour l'exercice de l'activité

Une autre forme de mesure répandue dans différents pays consiste en l'exigence d'une autorisation pour l'exercice de l'activité radiophonique ou télévisuelle. La Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle consacre la liberté d'expression dans son article 10, proclame également que celle-ci n'est pas incompatible avec un régime d'autorisations pour les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision.

En Allemagne, une licence attribuée par les autorités de régulation des *Länder* (les *Landesmedienanstalten*) est exigée pour les entreprises privées de radiodiffusion¹³⁹. Au Brésil, la Constitution fédérale prévoit la nécessité d'une concession, d'une permission ou d'une autorisation du Pouvoir exécutif pour les services de radiodiffusion et de télévision (article 223). L'exercice de l'activité de radiodiffusion au Canada dépend d'une licence accordée par la Commission canadienne de radiotélévision et télécommunications (*Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission* - CRTC)¹⁴⁰, ce qui a déjà fait l'objet de litiges entre le Canada et les EUA en dehors de l'OMC¹⁴¹. Pour le secteur du film cinématographique, une licence est nécessaire au Québec pour la distribution de films aux exploitants de cinéma et elle ne peut être accordée qu'à des distributeurs canadiens basés au Québec. Des permis spéciaux peuvent également être attribués à d'autres distributeurs

137 G. REY, « Les tendances et perspectives du marché (...) », *op. cit.*, pp. 176-177.

138 A. MUKHERJEE, *op. cit.*, pp. 6-7.

139 G. PERINO et G.G. SCHULZE, *op. cit.*, p. 6.

140 K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies (...)*, *op. cit.*, p. 3. Pour obtenir une licence, les entreprises s'engagent à assurer de l'espace aux contenus canadiens selon des exigences de la CRTC, bien que dans la pratique ceci ne soit pas entièrement respecté, pour des raisons de viabilité économique (*Idem*, pp. 4-5).

141 Un de ces litiges concernait l'exclusion de la chaîne américaine *Country Music Television* de la liste des services éligibles malgré sa présence sur le marché canadien depuis plus de dix ans. Les États-Unis ont contesté cette décision devant la Cour Fédérale canadienne et ont menacé d'appliquer la *Section 301* de la *Trade Act 1974*, mais ont abandonné une telle idée quand la chaîne américaine a fusionné avec la chaîne canadienne *New Country Network* (A.M. CARLSON, *op. cit.*, pp. 585-623).

pour la distribution de films dont ils ont la propriété¹⁴². En Inde, une licence est également exigée pour l'exercice des activités de radiodiffusion (sauf dans le secteur de la télévision par câble), mais elle est interdite aux entreprises étrangères¹⁴³.

C - Les limites à la propriété étrangère

Dans le secteur culturel, sont aussi fréquentes les mesures qui restreignent l'investissement étranger ou qui exigent que certaines entreprises soient détenues par des nationaux. Elles se justifient par l'idée que les entreprises nationales tendent plus souvent à investir dans la production et la distribution de contenu national comparativement aux entreprises étrangères. Pour certains auteurs, cela ne change en rien le fait que toute entreprise, nationale ou étrangère, cherchera à investir dans les programmes les plus rentables¹⁴⁴. Son intérêt en termes de promotion de la culture locale doit ainsi être considéré conjointement avec d'autres règles, comme les exigences de contenu local. Les mêmes auteurs soulignent, en outre, que les règles de limitation de la propriété étrangère peuvent avoir des effets néfastes pour le marché, car l'entrée d'entreprises étrangères servirait à promouvoir une plus grande concurrence et, de ce fait, de plus grands efforts pour la création d'industries nationales plus fortes et compétitives.

La présence de dispositions de restriction de la propriété étrangère dans le secteur culturel est toutefois courante dans la pratique. En Allemagne, par exemple, les radiodiffuseurs privés doivent avoir leur siège dans ce pays ou être détenus par un résident allemand et, dans le cas d'une entreprise européenne, avoir leur lieu de résidence en Europe¹⁴⁵. En outre, un plafonnement de la participation à l'audience globale pour les éditeurs de chaînes de télévision existe également, lequel est réduit lorsqu'un éditeur a simultanément des activités dans d'autres marchés culturels¹⁴⁶. En Australie, l'investissement étranger ne peut dépasser 15% dans les entreprises de radiodiffusion nationales¹⁴⁷. Au Canada, ce type de restriction existe dans le secteur de la distribution de films et de vidéos (l'acquisition de distributeurs canadiens par des étrangers est interdite et l'investissement dans de nouvelles compagnies est soumis à

142 Un accord spécial avec la *Motion Picture Association* a été négocié par le Québec en 1986, lequel donne à cette association, dans la pratique, des conditions bien plus favorables que celles accordées à d'autres distributeurs (K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies (...)*, *op. cit.*, pp. 3 et 5-6). Voir également l'affaire *Canada - Mesures visant les services de distribution de films* (DS 117) à l'OMC.

143 A. MUKHERJEE, *op. cit.*, p. 13.

144 K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies (...)*, *op. cit.*, pp. 16-17.

145 G. PERINO, et G.G. SCHULZE, *op. cit.*, p. 14.

146 A. LANCELOT, *op. cit.*, p. 23.

147 L'Autriche et le Royaume-Uni ont des dispositions similaires. Voir, par exemple, *idem*, p. 24.

conditions¹⁴⁸) et dans celui de l'enregistrement sonore (l'acquisition d'entreprises sous contrôle canadien est de même interdite et toute nouvelle compagnie doit prendre la forme d'une *joint venture* sous contrôle canadien¹⁴⁹). La propriété étrangère dans le secteur de la télévision hertzienne terrestre en langue française est soumise à une limite de 20% du capital social ou des droits de vote des sociétés titulaires d'une autorisation pour la fourniture de ce type de service¹⁵⁰. En Inde, des restrictions existent pour la télévision par câble (l'investissement direct étranger est limité à 49%¹⁵¹), la télévision directe par satellite (20%) et les radios FM (l'investissement direct étranger est interdit¹⁵²). En Italie, les entreprises ayant leur domicile à l'extérieur de l'Union européenne ne peuvent acquérir plus de 50% du capital de sociétés privées de radio et de télévision, sauf réciprocité¹⁵³. Au Pérou, la participation étrangère dans les entreprises détenant une autorisation ou une licence ne peut dépasser 40% du capital¹⁵⁴.

Même aux États-Unis, il existe des réglementations limitant la propriété dans les entreprises de radiodiffusion. Afin d'assurer la diversité et la concurrence, la propriété d'un opérateur ne peut dépasser 35% du marché national de la radiodiffusion. Il existe aussi des restrictions à la détention de radios et de télévisions locales, ainsi qu'à la propriété concomitante dans le secteur de la presse et de la radiodiffusion et dans celui du câble et de la télévision. Il s'agit de restrictions applicables également aux entreprises étrangères et qui témoignent de la reconnaissance de l'importance de la garantie de pluralisme dans ces secteurs. Les investissements étrangers dans des entreprises américaines ayant des licences de radiodiffusion sont permis dans une limite de 20% du capital. La *Federal Communications Commission* (FCC) peut, néanmoins, décider qu'un investissement étranger répond à des intérêts publics et peut, donc, dépasser un tel pourcentage¹⁵⁵.

148 Une « *grandfathering clause* » a, néanmoins, été établie en 1988 pour les grands distributeurs américains (K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies (...)*, *op. cit.*, p. 15). Cette préférence a été questionnée en 1995 par la Communauté européenne (représentant les intérêts de Polygram) au sein de l'OMC. L'affaire a été retirée en 1998, lorsque Polygram a été achetée par Universal (de capital canadien à ce moment).

149 WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 147.

150 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 47. La télévision publique joue un rôle important dans la promotion de la programmation d'origine française.

151 A. MUKHERJEE, *op. cit.*, p. 13.

152 M. RAO, *op. cit.*, p. 326.

153 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 47.

154 G. REY, « Les tendances et perspectives du marché (...) », *op. cit.*, p. 180.

155 Voir également C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 190-193 et A. LANCELOT, *op. cit.*, p. 23.

Les mesures illustrées jusqu'ici, très fréquentes notamment dans des États ayant pu développer leurs industries culturelles à un plus ou moins grand degré, sont souvent accompagnées de mesures de soutien financier en faveur de la production des œuvres culturelles nationales.

§ 3 - LES MESURES DE FINANCEMENT

Les subventions établies par des mécanismes directs ou indirects de financement figurent parmi les moyens les plus importants de soutien au secteur audiovisuel¹⁵⁶ et sont en général mieux acceptées par les opposants aux mesures étatiques de soutien au secteur culturel. Elles devront être, néanmoins, accompagnées d'autres types de mesure, surtout dans les pays en développement et les moins avancés, en raison du manque de ressources et de l'urgence à laquelle ces États sont confrontés dans des secteurs autres que celui de la culture.

Des inégalités existent toutefois également entre pays développés. Le marché cinématographique anglophone, bien homogène et structuré (Australie, Canada, Royaume-Uni et États-Unis), constitue le groupe où le rapport entre le volume de fonds publics et le volume de production est le moins élevé. L'Europe occidentale, à l'opposé, regroupant une production en langues et cultures diverses, est le groupe qui reçoit le montant le plus élevé d'aides publiques¹⁵⁷. En Europe, les subventions et les prêts publics attribués à la production de films correspondent en moyenne à 42% de la production et atteignent 60% dans certains pays¹⁵⁸.

156 L'importance du soutien financier pour le développement de l'industrie audiovisuelle semble aujourd'hui manifeste. La plupart des pays en développement ne pouvant pas compter sur ce type de mesure ont des industries audiovisuelles locales très faibles ou inexistantes. L'expérience des moyens de financement innovants (comme celle du Groupe pilote sur les financements innovants) mériterait ainsi d'être explorée pour le secteur culturel. Sur les types d'aides financières et leur application très rare et peu organisée dans les pays en développement, voir E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, pp. 36 et 65 et s. Ces auteurs attirent l'attention sur le fait que « *le financement de la production africaine repose intégralement sur les fonds de soutien spécifiques mis en place par les pays du Nord (Union Européenne, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Fonds Sud, Aide au développement des Cinématographies du Sud...)* », accompagnés d'effets pervers comme « *lourdeurs administratives, frein potentiel au développement des sociétés de production africaine, risque de mise sous influence des goûts dominants des pays du nord, risque d'homogénéisation de la production dans le but de satisfaire les critères d'attribution* » (p. 65).

157 UNESCO, « Enquête sur les cinémas nationaux », *op. cit.*

158 C. GERMANN, « Diversité culturelle et cinéma : une vision pour un pays en voie de développement », in BEAT GRABER, Christoph, GIRSBERGER, Michael et NENOVA, Mira, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, p. 79. Pour plus de détails sur les aides des pays européens à la production, à la distribution et à l'exploitation des films, voir OCDE, « Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, tableaux 4 à 7, pp. 28-31.

En dehors de l'Europe, le Canada est le pays qui subventionne le plus son industrie audiovisuelle¹⁵⁹.

En général, les mécanismes de soutien direct aux œuvres culturelles sont fondés soit sur une procédure de sélection, soit sur un système automatique d'attribution du financement. Tandis que ce dernier ne comporte pas de jugement sur la qualité des œuvres, le mécanisme sélectif dépend d'une appréciation qualitative et est le plus courant. Les exemples de ces mécanismes dans les différents pays sont multiples. Afin de créer des fonds à attribuer ensuite aux œuvres culturelles, des taxes peuvent être imposées, par exemple, sur les recettes obtenues de la vente de tickets de cinéma, sur les revenus des opérateurs de radiodiffusion, ainsi que sur la vente de DVD.

Des exemples apparaissent dans le secteur de la production cinématographique en Allemagne (subventions attribuées tant par les gouvernements des *Länder* que par le gouvernement fédéral sous la forme de prêts qui doivent être remboursés selon le succès du film)¹⁶⁰, en Australie (par l'*Australian Film Finance Corporation – FFC*)¹⁶¹ et au Brésil (création depuis la Loi n° 8.313 du 23 décembre 1991 d'un Fonds national de la culture, pouvant financer jusqu'à 80% d'un projet culturel, ainsi que l'établissement de possibilités de réductions de l'impôt sur le revenu pour les contributions à ce fonds ou les contributions directes à certains projets culturels).

En France, un soutien automatique et un soutien sélectif existent, le dernier étant réservé aux œuvres de producteurs indépendants¹⁶², à des

159 En 1994, 1,5 milliards de dollars canadiens ont été accordés au niveau fédéral à la radiodiffusion. Pour le secteur du film et de la vidéo, cette aide financière directe a atteint 240 millions de dollars. Pour l'enregistrement sonore, cette somme est arrivée à 5,5 milliards (WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 147, qui reprend des informations de la *Trade Policy Review of Canada 1996*).

160 G. PERINO et G.G. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 13 et s. Ces auteurs soulignent que, malgré ce soutien de l'État allemand et son importance pour la production de certains films, la distorsion de marché qu'ils pourraient impliquer face aux produits américains est minime, en raison de l'avantage budgétaire considérable de ces derniers (*Idem*, p. 34).

161 OCDE, « Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, pp. 18-19.

162 La loi française établit des critères fondés sur des caractéristiques de l'œuvre et de l'entreprise de production pour qu'une œuvre soit considérée indépendante. Voir M. DAGNAUD, *op. cit.*, pp. 11-12. Cet auteur attire l'attention sur les défauts et inefficiences de la politique française en matière de l'audiovisuel, dont une des raisons se trouve dans la distinction établie, par cette politique, entre le cinéma et l'audiovisuel pour la télévision. Les aides publiques favorisent trop, selon cet auteur, les films cinématographiques et les documentaires de création, « précisément les œuvres dont l'accès à un large public est le plus incertain », au détriment des produits de télévision (*Idem*, pp. 12-17). Quant au soutien à la production indépendante, ce même auteur défend également que « c'est (...) l'alliance production indépendante/chaînes publiques qui paraît vertueuse, génératrice de diversité, plus que la production indépendante en elle-même » (*Idem*, pp. 29-30). Pour d'autres critiques du système français, voir E. COCQ et P. MESSERLIN, *The French audiovisual policy: impact and compatibility with trade*

films innovateurs, ainsi qu'à la promotion des premiers films de jeunes réalisateurs et de nouveaux talents. Un système d'avances sur recettes (rarement remboursées dans la pratique) a été également établi.

La compagnie responsable du service public de radiodiffusion en Suisse (*Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft*) compte sur une aide significative de l'État (correspondant à 80% de la production audiovisuelle suisse pour la télévision¹⁶³) et un budget est également accordé à la promotion du cinéma. La loi sur la culture et la production cinématographique, adoptée le 14 décembre 2001¹⁶⁴ a prévu également la possibilité d'instituer une taxe en faveur de la diversité culturelle dans le cinéma (articles 21, alinéas 1 et 3), mais il revient avant tout aux entreprises de distribution et de projection de se concerter pour adopter des mesures qui contribuent à la diversité de l'offre (article 17)¹⁶⁵. L'industrie cinématographique s'est en fait engagée dans ce sens en août 2000 par le biais d'une déclaration.

Au niveau européen, le Fonds EURIMAGES, existant depuis 1989 dans le cadre du Conseil de l'Europe, vise à soutenir financièrement la coproduction et la diffusion d'œuvres européennes cinématographiques et audiovisuelles. Le mécanisme financier le plus important dans l'Union européenne est le Programme MEDIA (« Mesures pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle »), actuellement dans sa version « MEDIA 2007 », prévu pour une période de sept ans (2007-2013)¹⁶⁶.

En Corée, des systèmes d'aide à la production visent plus spécifiquement les films artistiques, la production indépendante et des secteurs considérés stratégiques comme les films d'animation, les films numériques et les films d'étudiants (politique de renouvellement des talents). Des prêts à taux préférentiel sont aussi offerts au secteur de l'exploitation, pour la rénovation des salles¹⁶⁷.

negotiations, HWWA, Hamburg, 2003, pp. 14-18. Voir aussi, pour une critique du système européen en général, P.A. MESSERLIN, S.E. SIWEK et E. COCQ, *op. cit.*, pp. 38 et s.

163 C. GERMANN, « Diversité culturelle et cinéma (...) », *op. cit.*, p. 79.

164 < <http://www.admin.ch/ch/f/as/2002/1904.pdf> >.

165 Selon la loi suisse, la diversité de l'offre dépend non seulement de l'origine, mais également des genres et des styles variés des films. L'article 20 prévoit une procédure de surveillance, selon laquelle l'office compétent procède à l'évaluation des mesures adoptées par la branche cinématographique et leur donne la possibilité de se prononcer. S'il constate qu'il n'y a pas de diversité d'offre dans une région déterminée, il invite les entreprises concernées à adopter des mesures correctives dans un délai raisonnable.

166 Voir la Décision n° 1718/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 portant sur la mise en œuvre d'un programme de soutien au secteur audiovisuel européen. Le Programme MEDIA 2007 remplace le programme « MEDIA Plus », prévu initialement du 1^{er} janvier 2001 à la fin de l'année 2005, mais prorogé, par une décision du 26 avril 2004 du Conseil de Ministres, jusqu'au 31 décembre 2006.

167 E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 66.

Aux États-Unis, bien que le financement public en tant que mesure de soutien direct ne soit pas significatif¹⁶⁸, les différents États fédéraux ont recours à des mesures d'encouragement propres, visant à attirer la production audiovisuelle. De plus, il existe des fonds nationaux de soutien à la production de films et de vidéos dans le domaine de l'art¹⁶⁹ (*National Endowment for the Arts*¹⁷⁰), des aides aux jeunes cinéastes pour leur première œuvre, des fonds réservés aux scénaristes¹⁷¹, ainsi que des aides indirectes, à l'instar de celles soutenant la politique anti-drogue de l'État américain¹⁷².

En plus des mesures financières d'encouragement direct accordées par l'État aux œuvres culturelles, les transferts indirects de fonds acquièrent aujourd'hui un rôle davantage important. En effet, plusieurs pays fondent leurs politiques culturelles sur des réductions ou allègements fiscaux et/ou des contributions du secteur privé et d'organisations non gouvernementales. Selon une étude de l'OCDE¹⁷³, la tendance de ses membres consiste à remplacer les financements directs par des politiques d'encouragement indirect.

168 Cependant, l'existence même de ce soutien peut être considérée comme « *la preuve que l'ensemble des sociétés accepte l'idée que l'État doit jouer un rôle dans la protection de la culture. Toutes reconnaissent que, dans une certaine mesure, un bien public est en jeu* » (C. VAN GRASSTÉK, *op. cit.*, p. 106).

169 Voir Note d'information du Secrétariat de l'OMC, à la demande du Conseil du commerce des services de l'Organisation Mondiale du Commerce, relative aux services audiovisuels, site de l'OMC, 15 juin 1998 (S/C/W/40) et B. GOURNAY, *op. cit.*, pp. 32 et s. En effet, en 1965 a été adoptée la loi créant la « Dotation Nationale pour les Arts » (*National Endowment for the Arts - NEA*), agence indépendante financée par le budget fédéral. Cette entité est intervenue de rares fois pour soutenir la production de documentaires de qualité ou de films visant à présenter au public des disciplines artistiques traditionnelles.

170 Voir T. COWEN, *How the United States funds the Arts*, National Endowment for the Arts, Washington, Octobre 2004, < <http://www.arts.gov/pub/how.pdf> >, p. 4. L'organisation décentralisée du financement de la culture aux États-Unis permet que l'attribution d'une subvention directe de la part du NEA légitime une expression artistique et soit ainsi suivie d'autres donations et subventions (*Idem*, p. vii). Cette décentralisation permet, selon les États-Unis, que le NEA ne contrôle pas la politique dans le domaine de l'art et laisse de la place à la diversité (*Idem*, p. viii). Dans le domaine de la radiodiffusion, il est considéré que le public américain peut avoir accès à une programmation culturelle dans les chaînes publiques de télévision et de radio. La *Corporation for Public Broadcasting* (CPB), entreprise privée à but non lucratif dont le conseil d'administration est nommé par le Président, soutient des programmes de radio et de télévision réputés « de nature non commerciale » (*Idem*, p. 8).

171 UNESCO, « Enquête sur les cinémas nationaux », *op. cit.*

172 Le gouvernement américain place des publicités anti-drogue dans la programmation de chaînes dont les émissions sont en accord avec la politique anti-drogue de l'État. Voir sur cette question C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 177.

173 Voir OCDE, « Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, p. 17.

Des exemples de mesures d'incitation ou d'allègement fiscaux sont observables en Australie¹⁷⁴, au Brésil¹⁷⁵, au Canada¹⁷⁶, aux États-Unis¹⁷⁷, en France¹⁷⁸, en Inde¹⁷⁹ ou au Royaume-Uni¹⁸⁰. Elles présentent l'avantage de décharger les pouvoirs publics d'une partie de leur responsabilité d'intervenir financièrement de manière directe en faveur du secteur culturel.

Par ailleurs, dans certains pays, des entités non gouvernementales sont appelées également à s'impliquer davantage dans le financement des œuvres culturelles. Par exemple, il peut être imposé, aux entités de gestion collective autorisées par les gouvernements nationaux à gérer en exclusivité les revenus provenant des droits d'auteur de reproduction ou de retransmission de films, de verser un pourcentage de leurs revenus à des projets locaux de production audiovisuelle. Un autre type de mesure prévue par quelques législations depuis une vingtaine d'années est l'obligation imposée aux sociétés de télévision de soutenir la production cinématographique nationale (à travers la production de films ou leur achat afin de les diffuser)¹⁸¹. En France, par exemple, le décret n° 90-67

174 *Idem*, pp. 18-19.

175 La Loi n° 8.685, du 20 juillet 1993, créant des mécanismes de promotion de l'activité audiovisuelle, prévoyait jusqu'en 2003 la possibilité de déduction de l'impôt sur le revenu des montants investis dans la production (article 1) ou dans la coproduction (article 3) d'œuvres cinématographiques brésiliennes indépendantes. Une mesure provisoire avait prorogé cette possibilité jusqu'à la fin de l'exercice fiscal 2006 (MP n° 2.228, du 6 septembre 2001) et la Loi 11.437 du 28 décembre 2006 l'a étendue jusqu'à l'exercice fiscal 2010.

176 Des incitations fiscales à la production et à la distribution audiovisuelles existent au niveau fédéral et dans les provinces canadiennes (K. ACHESON et C. MAULE, *Canada - audiovisual policies (...), op. cit.*, pp. 17-18).

177 Diverses possibilités de déduction fiscale existent pour le secteur privé, qui répond à 40% de la demande de financement du secteur culturel dans ce pays, les donations des individus en représentant 20% (T. COWEN, *op. cit.*, p. 2). Les États-Unis octroyaient également des avantages fiscaux à l'exportation en général, lesquels ont été contestés par la Communauté européenne devant le juge de l'OMC (*États-Unis - Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger » (FSC)*, Rapports de l'Organe d'appel du 24 février 2000 et du 14 janvier 2002, WT/DS108/AB/R ET WT/DS108/AB/RW).

178 Notamment à travers les SOFICA, exemple important d'encouragement de l'investissement dans la production d'œuvres cinématographiques à travers un abattement fiscal.

179 Plusieurs États de ce pays attribuent également des exemptions fiscales pour les films produits en langue locale. Voir E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, pp. 68-69 et A. MUKHERJEE, *op. cit.*, pp. 8-9.

180 Un nouveau mécanisme a d'ailleurs été approuvé récemment par la Commission européenne (voir Communiqué de presse « Aides d'État : la Commission autorise un nouveau régime britannique d'aides fiscales pour le cinéma, 22 novembre 2006 (IP/06/1611, < <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1611> >).

181 En effet, « la contribution des diffuseurs au financement a joué un rôle décisif dans la préservation et l'amélioration du volume de la production cinématographique nationale tout au long des années 1990. C'est particulièrement le cas des pays à production moyenne (de 20 à 199 productions annuelles), catégorie qui comprend l'Europe. Dans

du 17 janvier 1990 et ensuite le décret n° 2001-609 du 9 juillet 2001 (abrogeant le premier) imposent que les éditeurs de service en clair accordent 3,2% de leur chiffre d'affaires annuel net de l'année précédente au développement de la production d'œuvres cinématographiques européennes. Ce pourcentage passe à 2,5% pour la production d'œuvres d'expression originale française (article 3). Pour Canal Plus, ce pourcentage s'élève à 20% pour la production de films. Les chaînes du câble et par satellite sont également obligées depuis 2000 à investir dans la production¹⁸². Ce type de mesure offre des avantages significatifs dans des pays éprouvant des difficultés à lever des fonds pour la culture.

Cependant, les subventions, directes ou indirectes, tout comme les autres moyens de protection et de promotion de l'industrie culturelle, ne sont pas à l'abri de critiques. Elles sont souvent décriées par des États comme les États-Unis et également par une partie de la doctrine pour engendrer une distorsion de la concurrence et du commerce international. Pourtant, dans certains cas, c'est précisément cette distorsion (contrôlée et proportionnelle aux objectifs poursuivis d'ordre culturel) qui est nécessaire, afin de corriger les défaillances du marché. Sur le plan international toutefois, la multiplication des accords internationaux pouvant avoir une incidence sur le commerce des produits et services culturels peut remettre en cause la capacité des États d'adopter et de maintenir des mesures nationales de politique culturelle.

la plupart de ces pays, la participation financière des diffuseurs est obligatoire et varie de 15,7% en France à 75% en Italie. » (UNESCO, « Enquête sur les cinémas nationaux », *op. cit.*).

182 M. DAGNAUD, *op. cit.*, p. 11.

Chapitre 2

LA MULTIPLICITÉ DE RÈGLES INTERNATIONALES

L'ouverture des marchés nationaux au commerce international et l'obligation d'accorder aux entreprises étrangères un traitement non moins favorable que celui attribué aux entreprises nationales peut se heurter directement aux mesures visant à soutenir les produits et les services culturels locaux. De ce fait, plusieurs mesures de politique culturelle nationale peuvent être remises en question par les accords de libéralisation commerciale. Un conflit entre l'objectif de libéralisation sur le plan international et l'intérêt public de protection et de promotion de la culture nationale est ainsi nettement perceptible. Il s'agit en définitive du reflet de la double nature de ce type de produit ou service et qui apparaît non seulement dans les accords multilatéraux, mais également dans les accords régionaux et bilatéraux qui envisagent de réduire les barrières au libre commerce entre les États parties.

Afin de proposer des voies permettant de résoudre ce conflit, en rééquilibrant le rapport existant entre les intérêts commerciaux et culturels, il est nécessaire d'examiner avec exactitude l'incidence de la réglementation internationale sur le commerce des produits et services culturels. Seront ainsi étudiées, dans un premier temps, les règles internationales à vocation universelle, afin de passer ensuite à l'analyse des réglementations bilatérale et régionale. Ces règles sont multiples et leur imbrication est souvent difficilement dénouable. Elles sont en évolution et, prises séparément, peuvent parfois donner l'impression d'une certaine flexibilité pour la prise en compte positive d'intérêts autres que commerciaux. Leur développement et articulation témoignent toutefois d'une véritable tendance à l'assimilation des produits et services culturels à tout autre produit ou service commercialisable. En raison des caractéristiques particulières de ce marché, cela ne peut assurer une véritable diversité et pluralité d'expressions culturelles.

Section 1

LA RÉGLEMENTATION À VOCATION UNIVERSELLE

Les règles contenues dans les accords multilatéraux de commerce pouvant avoir des effets sur le secteur culturel semblent incapables, dans leur état actuel, de pourvoir à un traitement spécifique pour les produits et services de ce secteur. L'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC a aggravé cette inaptitude dans des affaires où des intérêts autres

que celui de la libéralisation commerciale ont été mis en jeu. La prééminence accordée au libre commerce au sein notamment de l'OMC relègue la culture à une situation d'infériorité sur le plan du droit international, et cette tendance s'accroît au fur et à mesure des nouvelles négociations internationales commerciales.

§ 1 - LA LIBÉRALISATION DU SECTEUR CULTUREL DANS LES ACCORDS MULTILATÉRAUX

Si les cultures présentent un caractère évolutif et dynamique et si le contact avec d'autres cultures est pour le moins favorable à la créativité, à l'innovation et au développement, il a été démontré précédemment qu'une soumission du secteur culturel aux seules règles du marché déclenche des difficultés relativement à l'exercice du droit fondamental à l'expression culturelle.

Afin d'examiner les effets des dispositions multilatérales commerciales sur la capacité des États de protéger et de développer les expressions culturelles locales, seront analysés trois domaines de réglementation distincts mais interdépendants : celui du commerce des produits, celui du commerce des services et celui de la protection de la propriété intellectuelle. Si la plupart des règles commerciales ayant un impact sur le secteur culturel relèvent du commerce des services, domaine où les enjeux économiques mais aussi les inégalités paraissent les plus remarquables, les dispositions touchant le commerce des marchandises peuvent avoir également une incidence importante, notamment en raison des difficultés pratiques de distinction entre un service et un produit dans ce secteur. Parallèlement à ces deux champs de libéralisation, celui de la protection de la propriété intellectuelle peut avoir des retombées importantes non seulement en matière de promotion de l'innovation et de la créativité, mais aussi en termes d'accès aux produits et services culturels.

A - La libéralisation du commerce des produits culturels

La libéralisation du commerce des produits portant un contenu culturel respecte les règles et principes applicables à la libéralisation du commerce des marchandises en général. Un premier élan a été donné à cette libéralisation à la fin des années quarante, lors de l'adoption de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT) en 1947. Depuis cette date, des cycles de négociation interétatique successifs ont contribué à la modification progressive de cet accord en faveur d'une plus grande libéralisation commerciale, jusqu'à l'entrée en vigueur des Accords de Marrakech et la création de l'OMC. Celle-ci a repris les acquis du GATT de 1947, qui s'est vu intégrer dans le nouveau GATT de 1994. Par ailleurs, d'autres accords applicables au commerce des marchandises ont été également adoptés relativement à des thèmes précis, comme l'investissement, les

produits des technologies de l'information, l'application de droits anti-dumping, de subventions ou encore de mesures de sauvegarde. Tous ces accords s'appliquent indistinctement au commerce des produits culturels ou de toute autre type de produit, avec des exceptions peu nombreuses.

Par ailleurs, dans le cadre de l'UNESCO, une initiative visant à promouvoir de manière spécifique le commerce des produits culturels, éducatifs et scientifiques a débouché en 1950 sur l'adoption de l'Accord sur l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique et culturel, appelé « Accord de Florence ». Cet accord a fait plus récemment l'objet de discussions sur sa validité et pertinence face aux nouveaux accords internationaux de commerce et notamment ceux de l'OMC.

1 - La libéralisation selon les règles de l'OMC

L'évolution technologique rapide du secteur culturel et notamment audiovisuel pourrait donner l'impression d'un dépassement des règles de l'OMC, car celles-ci ne se développent qu'à travers un processus lent de cycles de négociations ayant lieu après de longs intervalles. Cependant, les règles de cette organisation jouent encore un rôle très important dans la définition des politiques et réglementations nationales dans ce secteur, en raison de la conservation et de l'importance des technologies traditionnelles, des tentatives de réglementation des nouveaux secteurs et du postulat de « neutralité technologique » des accords de l'OMC.

Or, les préoccupations de diversité culturelle manifestées par l'adoption de mesures de politique culturelle peuvent dans l'optique de l'OMC être considérées comme une entrave aux échanges commerciaux, voire créer la possibilité d'une plainte auprès de l'ORD. Étant donné les multiples approches philosophiques de la culture adoptées par les divers Membres de cette organisation et, par conséquent, leur positionnement différent par rapport à l'importance de l'intervention étatique dans le secteur culturel, l'atteinte d'un consensus et d'une solution d'équilibre relatifs au domaine culturel y est en effet très difficile.

Si certaines règles de l'OMC applicables au commerce des marchandises en général ont des effets sur le commerce des produits culturels, d'autres dispositions concernant plus immédiatement ce secteur semblent lui reconnaître une certaine spécificité.

a) Les dispositions générales

Parallèlement aux règles envisageant de promouvoir la libéralisation du commerce et pouvant clairement s'opposer aux mesures étatiques de soutien aux industries culturelles nationales, d'autres dispositions visent à permettre aux Membres de l'OMC de faire rempart à cette même libéralisation sous certaines conditions. Elles ne paraissent toutefois pas suffisantes, en raison de leur application mitigée au secteur culturel.

i) Les engagements d'ouverture des marchés

L'OMC se fonde en général sur l'adhésion aux préceptes du libre commerce et de la libre concurrence, la théorie des avantages comparatifs y trouve sa pleine application, justifiant la spécialisation des différents États dans les secteurs pour lesquels ils se montrent les plus performants. Les obligations résultant des accords de l'OMC étant applicables *a priori* de manière générale au commerce des produits culturels, il est nécessaire de les analyser pour mesurer le niveau d'ouverture au libre commerce et de réduction de la marge de manœuvre des États pour intervenir dans ce secteur.

Parmi les clauses du GATT ayant une incidence sur le commerce des produits culturels, se trouvent en particulier celles portant sur le traitement de la nation la plus favorisée, les listes de concessions, le traitement national et l'élimination des restrictions quantitatives. Il s'agit de règles qui mettent en place le principe général de non-discrimination prôné par l'OMC.

L'article I:1 du GATT consacre le principe du traitement de la nation la plus favorisée. À l'exception des situations prévues au § 2 de cet article, aucune préférence ne peut être accordée à un produit provenant d'un pays déterminé sans que ce traitement préférentiel ne soit étendu aux produits des autres Membres. L'application de cette règle au secteur culturel implique logiquement qu'il n'y ait pas de discrimination entre les œuvres provenant de pays étrangers différents, ce qui ne va pas en soi à l'encontre de la diversité. Cependant, au titre de cette disposition, un Membre se trouve en principe empêché d'adopter des mesures qui favoriseraient exclusivement, par exemple, les produits culturels de ses pays voisins ou d'autres partenaires pour des fins d'équilibre et de diversité de l'offre culturelle (sauf si des unions douanières ou zones de libre-échange sont conclues entre ces États, conformément à l'article XXIV du GATT).

La non-discrimination est en outre garantie par la consolidation de l'ouverture des marchés consentie par les Membres. Selon l'article II du GATT, l'application des droits de douane et autres impositions à l'importation ou à l'occasion de l'importation est limitée à ce qui est prévu dans la liste de concessions de chaque État. Au long des années et des divers cycles de négociation qui se sont succédés, ces impositions ont été progressivement réduites. Pour le secteur culturel et particulièrement pour le secteur des produits audiovisuels, l'imposition de droits de douane est en pratique difficilement applicable, en raison des possibilités de transmission internationale par voie hertzienne, par câble et par la technologie du numérique et Internet. L'imposition de tarifs douaniers aux produits culturels n'est toutefois pas exclue par principe de l'Accord.

L'article III du GATT, à son tour, relatif au traitement national, mérite une attention particulière. Il interdit le traitement discriminatoire entre produits nationaux et produits étrangers en matière d'impositions et de réglementations intérieures. Ainsi, toute exigence de contenu local

imposée aux produits étrangers, du fait qu'elle avantage les produits nationaux, peut être considérée comme violant cet article. Conformément à son § 2, la discrimination entre produits nationaux et produits étrangers similaires ou directement concurrents ou substituables est interdite en matière de taxes et d'impositions intérieures, tandis que le § 4 interdit la discrimination entre produits similaires par le biais de lois, règlements et prescriptions. L'objectif de cet article est de garantir l'égalité de conditions de concurrence entre produits importés et nationaux¹⁸³. C'est ainsi que, par exemple, dans le cas où une taxe sur les recettes de cinéma serait considérée comme une taxe applicable à un produit (le film cinématographique), elle serait sujette à l'article III:2 du GATT et toute imposition supérieure sur les films étrangers constituerait une violation de cet article¹⁸⁴.

Parallèlement aux obligations de non-discrimination et afin de garantir l'ouverture des marchés et la transparence, les Membres de l'OMC ne peuvent adopter des restrictions quantitatives au commerce, conformément à l'article XI du GATT. Les restrictions tarifaires sont ainsi préférées à toute restriction quantitative. Sont exclues de cette interdiction, entre autres, les mesures d'interdiction ou de restriction à l'importation ou à l'exportation nécessaires à l'application de normes ou réglementations relatives à la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international (article XI:2 (b))¹⁸⁵. Pour ce qui est du secteur culturel, l'interdiction de l'article XI fait naturellement penser à l'utilisation des quotas pour l'audiovisuel. Selon cet article, ces mesures pourraient être considérées comme prohibées. Une exception à cette règle, limitée aux quotas pour les films cinématographiques, figure néanmoins à l'article IV.

183 Voir la note interprétative à l'article III (Annexe I du GATT, note *Ad Article III*), ainsi que l'interprétation qui en a été développée par l'ORD dans *Japon – Boissons alcooliques II* (DS10), *Corée – Boissons alcooliques* (DS75 et DS84), *Canada – Périodiques* (DS31) et *Argentine – Peaux et cuirs* (DS155).

184 Cette question a été soulevée dans une consultation entre les États-Unis et la Turquie devant l'OMC dans l'affaire *Turquie – Taxation des recettes provenant des films étrangers* (DS43).

185 Il existe ainsi dans le GATT une distinction, absente dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), entre la réglementation imposée à un « produit » et celle applicable au « processus de production » de ce même produit. Dans le cadre du GATT, la réglementation des processus de production des produits étrangers n'est pas soumise à l'article III (strictement relatif à la réglementation applicable sur le territoire du pays importateur), mais seulement à l'article XI, qui se réfère de manière générale à l'interdiction de toute restriction qui ne soit pas concrétisée par des droits de douane, taxes ou autres impositions. Pour le commerce des services le principe du traitement national s'applique aussi aux processus de production (J.P. TRACHTMAN, « Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation », in A. MATTOO et P. SAUVE, *Domestic regulation and services trade liberalization*, The World Bank, Washington, 2003, pp. 62-63).

Le principe du traitement national et l'interdiction des restrictions quantitatives établis par le GATT dans ses articles III et XI ont été réaffirmés et développés dans le cadre d'un autre accord de l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'OMC, l'« Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce » (Accord MIC ou *TRIMs Agreement*), lequel concerne exclusivement le domaine du commerce de marchandises. Puisque certains mécanismes de protection des expressions culturelles nationales peuvent affecter le commerce de produits culturels et les investissements dans ce secteur, il n'est pas impossible que de telles mesures soient remises en question dans le cadre de l'Accord MIC.

Cet accord oblige les Membres de l'OMC à respecter les articles III et XI du GATT en ce qui concerne les mesures relatives aux investissements dans le commerce des marchandises (article II). L'article V:1 de l'Accord prévoit que de telles mesures devront être notifiées et progressivement éliminées. Une annexe fournit une liste exemplative, qui distingue les MIC incompatibles avec l'article III:4 et celles qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT. Pour les premières, les mesures prohibées sont les prescriptions concernant la teneur en éléments d'origine locale. Par exemple, les mesures adoptées jusqu'en 1990 par l'Espagne dans le domaine de la distribution de films, et qui conditionnaient l'achat de films étrangers à celui de films d'origine espagnole, auraient pu, dans le cas où elles auraient été maintenues, poser un problème de compatibilité avec l'Accord MIC.

Le deuxième type de mesures prohibées par cet accord, car incompatibles avec l'obligation de l'article XI du GATT, sont les prescriptions d'équilibrage des échanges. Une incitation fiscale ou une subvention en matière culturelle dépendantes d'exigences gouvernementales liées à la distribution ou à l'achat de produits culturels nationaux par les investisseurs étrangers pourraient être contestées dans le cadre de cet Accord. Au même titre, il est possible de concevoir que l'exigence de la part d'un Membre selon laquelle les distributeurs étrangers agissant dans le pays devraient distribuer un minimum d'œuvres nationales sur le plan international afin de pouvoir importer des produits pourrait être également mise en cause.

L'application de l'Accord MIC au secteur culturel est, néanmoins, amoindrie du fait que les mesures visant à protéger le secteur culturel (et notamment audiovisuel) relèvent généralement du commerce des services et ne sont ainsi pas directement visées par cet accord. Cependant, la distinction, dans certaines situations pratiques, entre les mesures touchant au commerce des produits et celles touchant au commerce des services est souvent ardue, ce qui rend plus difficile la définition des limites d'application de cet accord¹⁸⁶. De plus, dans l'affaire *Indonésie – Autos*

186 Voir notamment les affaires *CE – Bananes* (DS27), *Canada – Périodiques* (DS31) et *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363).

(DS54, DS55, DS59 et DS64), le Groupe spécial a adopté une interprétation large de l'expression « mesures concernant les investissements », comprenant que les MIC puissent faire référence non seulement à des mesures visant spécifiquement les investissements, mais également, par exemple, à des règles internes en matière d'avantages fiscaux et de subventions. Si elles contiennent des exigences de contenu local, elles peuvent être considérées comme des avantages pouvant influencer sur les décisions des investisseurs étrangers et être incompatibles avec l'Accord MIC¹⁸⁷. L'utilisation de l'argument selon lequel une mesure ne serait pas soumise à cet accord car non « liée au commerce » n'est pas non plus aisée à mettre en pratique. Le Groupe spécial, dans la même affaire, a affirmé que toute exigence de contenu local constitue nécessairement une mesure liée au commerce¹⁸⁸.

Un autre accord de libéralisation du commerce des marchandises pouvant influencer indirectement sur le commerce des produits culturels est l'Accord sur les technologies de l'information (ATI), adopté en décembre 1996, lors de la Conférence ministérielle de Singapour¹⁸⁹. Cet accord vise à réduire progressivement et jusqu'à leur élimination les tarifs applicables aux produits des technologies de l'information. Il ne concerne actuellement pas les produits ayant directement un contenu culturel, mais uniquement les produits pouvant les transporter (« équipements » servant aux producteurs et distributeurs de contenu culturel). Il est néanmoins intéressant de noter que, parmi les produits couverts par cette réduction tarifaire (énumérés dans une annexe), se trouvent les « *disques pour systèmes de lecture par faisceau laser pour la reproduction du son uniquement* », les ordinateurs et les « *unités de mémoire à disques optiques pour machines automatiques de traitement de l'information (y compris unités de disques audionumériques (CD) et de vidéodisques (DVD)), avec ou sans possibilité d'écriture / enregistrement et de lecture* ».

187 Voir le § 14.81 du Rapport du Groupe spécial, rendu le 2 juillet 1998 dans cette affaire : « *S'agissant des arguments de l'Indonésie selon lesquels les mesures en cause ne sont pas des mesures concernant les investissements parce que le gouvernement indonésien ne considère pas les programmes comme des programmes d'investissement et parce que les mesures n'ont pas été adoptées par les autorités chargées de la politique d'investissement, nous estimons qu'il n'y a dans le texte de l'Accord sur les MIC rien qui indique qu'une mesure n'est pas une mesure concernant les investissements simplement au motif qu'un Membre ne la qualifie pas comme telle, ou au motif que la mesure n'est pas expressément adoptée en tant que réglementation de l'investissement* ».

188 Il a notamment affirmé que « *si ces mesures sont des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale, elles seraient nécessairement "liées au commerce" parce que ce genre de prescriptions, par définition, encouragent toujours l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés et ont donc une incidence sur les échanges* » (§ 14.82 du Rapport du Groupe spécial).

189 Signé initialement par 29 Membres, parmi lesquels les États-Unis, le Canada, le Japon, les Communautés européennes, Singapour et Hong Kong, en août 2000 70 pays étaient parties à cet accord, représentant 97% du commerce mondial des produits des technologies de l'information.

sous leur propre enveloppe ou non » (Appendice B). Dans la mesure où quelques États établissent des taxes sur ces produits afin de répondre à des intérêts en matière de propriété intellectuelle, l'inclusion des CD et DVD dans la liste des produits couverts peut susciter des questionnements. De telles taxes semblent être désormais interdites aux parties à cet accord.

Les inquiétudes soulevées par la libéralisation commerciale pourraient éventuellement être apaisées par d'autres dispositifs normatifs sur le commerce des marchandises, lesquels garantissent la possibilité pour les Membres de l'OMC, selon des conditions bien définies, de freiner l'ouverture de leurs marchés.

ii) Les obstacles résiduels à la libéralisation

Certaines dispositions des accords de l'OMC permettent aux Membres de protéger leurs marchés nationaux, en finançant certaines de leurs industries et en les protégeant contre des comportements de dumping des industries étrangères concurrentes ou des dommages provenant d'une importation brutalement accrue. Cependant, leur application se trouve généralement limitée dans le secteur culturel en raison des conditions précises exigées pour leur application.

En ce qui concerne les subventions dans le domaine des marchandises en général, le GATT impose, dans son article XVI, quelques obligations en matière de consultation et de limitation des effets négatifs de ces mesures sur le commerce. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, ajouté lors du Cycle d'Uruguay, concerne les subventions considérées « spécifiques », c'est-à-dire, celles qui bénéficient uniquement à une entreprise, une branche de production, ou un groupe d'entreprises ou de branches de production (ainsi comprises conformément aux principes énoncés à l'article 2 de l'Accord). Une distinction est établie entre les subventions « prohibées » et les subventions « pouvant donner lieu à une action »¹⁹⁰. Les premières sont celles qui, pour être accordées, exigent que l'intéressé atteigne un certain volume d'exportations ou qu'il utilise des produits nationaux pour la production. Quant aux subventions actionnables, elles sont permises tant qu'aucun Membre ne prouve qu'elles affectent négativement ses intérêts.

Pour ce qui est du secteur culturel, il est possible que des mesures de financement des produits audiovisuels, par exemple, puissent être contestées dans le cadre de cet Accord, en raison de la définition large du terme « subvention » adoptée à l'article 1:1. Une subvention correspond tout d'abord à l'attribution d'un avantage. En outre, elle peut être soit une contribution financière des pouvoirs publics (y compris les transferts

¹⁹⁰ Jusqu'au 31 décembre 1999, une autre catégorie existait également : celle des subventions « non actionnables ». Elles ont été éliminées conformément aux prévisions de l'article 31 de l'Accord, qui exigeait le consensus des États membres à cette date pour le maintien de cette catégorie. Voir les articles 3, 5, 6 et 8 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

directs de fonds, les transferts directs potentiels de fonds ou de passif, les abandons ou non-perceptions de recettes tels que les incitations fiscales et la fourniture ou l'achat de tout autre bien ou service ne faisant pas partie d'une infrastructure générale), soit « *une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994* ». Toute attribution d'avantage financier à une industrie nationale (par exemple, audiovisuelle) pourrait ainsi en principe être attaquée dès qu'elle affecte les intérêts d'un autre Membre.

L'article III du GATT, relatif au traitement national, admet néanmoins une exception à ce principe au § 8, alinéa b, pour ce qui est des subventions attribuées directement aux seuls producteurs nationaux (ce qui répond à un souci de transparence). Les subventions accordées directement aux producteurs de certains produits culturels étudiés plus haut semblent ainsi couvertes par cette disposition. En revanche, les aides financières attribuées indirectement et souvent employées en faveur des industries culturelles, telles que la renonciation à des recettes, devront respecter le principe du traitement national et être appliquées identiquement aux produits nationaux et étrangers. En effet, les remises de taxe, par exemple, n'ont pas été considérées dans le cadre de la jurisprudence de l'OMC (affaire *Canada – Périodiques* (DS31)) comme étant compatibles avec l'article III:8. Il s'ensuit que la marge de manœuvre des Membres pour adopter des mesures de soutien financier comme cela leur semble le plus adapté à leurs marchés culturels et même à leurs réalités administratives devient très réduite.

Cela est d'autant plus regrettable que d'autres mécanismes prévus par le GATT permettant de protéger les industries nationales ont une faible application dans le domaine culturel. C'est le cas, par exemple, des mesures antidumping. Le GATT définit le « dumping » dans son article VI comme étant la vente de produits à l'exportation à un prix inférieur à la valeur normale, celle-ci étant comprise comme le prix de vente pour les mêmes produits dans le pays d'exportation. Cette différence de prix, appelée « marge de dumping » et servant de base à l'imposition de « droits antidumping », est calculée conformément au § 1 de ce même article.

Certains pays, ainsi qu'une certaine partie de la doctrine, mettent en avant que les prix moins élevés des produits audiovisuels américains sur les marchés étrangers s'assimilent à des pratiques de dumping. Une telle affirmation, si confirmée, ouvrirait la voie à la possibilité d'imposition de droits antidumping par les Membres désirant protéger leur industrie audiovisuelle.

Or, il apparaît que l'utilisation de ce terme tel que défini par les Accords de l'OMC pour les produits audiovisuels n'est pas aisée dans la pratique. Selon le secteur concerné, le calcul de la marge de dumping conformément aux critères de l'article VI:1 pourrait être problématique. Le fait que les échanges dans le secteur de l'audiovisuel concernent le

plus souvent le commerce des services rend encore plus ardue toute tentative de calcul d'une éventuelle marge de dumping et, par conséquent, d'application concrète de ce dispositif. En outre, les caractéristiques de bien public des produits audiovisuels, comme la non-rivalité et le fait qu'un plus grand nombre de consommateurs n'augmente pas substantiellement les coûts de production, impliquent qu'ils puissent être naturellement présentés sur les différents marchés à des prix variés. L'article VI exige par ailleurs, pour l'imposition de droits antidumping, la démonstration que la pratique de dumping cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale établie, ou qu'elle retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale. D'un point de vue culturel, l'éventuelle imposition de droits antidumping afin d'élever le prix des productions américaines, par exemple, sur les marchés nationaux pourrait, en outre, signifier une perte pour les consommateurs qui leur accordent une valeur inférieure à celle qui résulterait de l'application de ce mécanisme.

Une telle discordance entre les exigences énoncées pour l'application d'un mécanisme de protection et la réalité du secteur culturel existe également quant au recours à des mesures de sauvegarde.

En effet, le GATT prévoit à l'article XIX la possibilité d'adoption de « mesures d'urgence concernant l'importation de produits particuliers », ce qui consiste pour un Membre à suspendre l'un de ses engagements en totalité ou en partie, ou à retirer ou modifier une concession. Pour qu'un engagement puisse être suspendu ou qu'une concession puisse être retirée ou modifiée au titre de l'application d'une mesure de sauvegarde¹⁹¹, il faut qu'il y ait une augmentation brutale des importations, un dommage ou une menace de dommage grave aux producteurs nationaux, et un lien de causalité entre cette importation et le dommage. À la fin du Cycle d'Uruguay, l'Accord sur les sauvegardes a été signé, établissant de manière plus précise les règles pour l'application d'un tel type de mesure. Les conditions prévues à l'article XIX du GATT sont reprises par l'article 2 de cet Accord. Son article 8 prévoit que des compensations soient ensuite négociées entre le Membre qui adopte la mesure et les pays exportateurs affectés par elle.

L'utilisation de ces dispositions dans le secteur culturel n'est pas non plus évidente. Par exemple, l'application d'une mesure de sauvegarde dans le secteur audiovisuel exigerait tout d'abord qu'il y ait une augmentation brutale de l'entrée de produits audiovisuels sur un marché, nuisant ou menaçant de nuire gravement à l'industrie locale. Il faudrait ainsi que le pays importateur possède initialement une industrie relativement forte et que la participation des produits étrangers sur le marché augmente considérablement par rapport à la situation existant précédemment. La

¹⁹¹ Les mesures de sauvegarde adoptent généralement la forme d'une augmentation tarifaire (notamment dans leur phase provisoire) et de restrictions quantitatives (quotas).

situation de déséquilibre du marché audiovisuel mondial, parce qu'elle est très ancienne, semble empêcher que ces conditions puissent être remplies. De plus, le dommage ou menace de dommage grave doit avoir, pour une de ses causes directes, les engagements ou concessions tarifaires que le Membre affecté aura contractés. Ce n'est évidemment pas la cause (ou du moins pas la seule) des difficultés éprouvées par la plupart des industries culturelles nationales. Par ailleurs, même dans le cas où ces conditions existeraient, il faudrait que la partie ayant recours à la mesure de sauvegarde offre des compensations aux Membres affectés, si ceux-ci le demandent. Les pays économiquement plus faibles seraient ainsi difficilement encouragés à y recourir.

L'utilité de ce type de mesure dans le secteur culturel semble pourtant reconnue depuis longtemps, trouvant un précédent important dans un Protocole à l'Accord de Florence de 1950, adopté sous l'égide de l'UNESCO. La légitimité de certains obstacles au commerce en faveur des industries culturelles nationales a été également admise dans le cadre du GATT de 1947, où une certaine spécificité du secteur culturel, bien que très modérée, a été reconnue.

b) La spécificité du secteur culturel

Le GATT comporte une clause d'exception à la non-discrimination pour le cinéma, de manière à admettre la légalité des quotas à l'écran pour les films nationaux. L'article IV du GATT (« Dispositions spéciales relatives aux films cinématographiques ») témoigne ainsi d'une « *old tradition in world trade law of treating cultural issues in a specific way* »¹⁹². La reconnaissance de la légalité des quotas est encore renforcée par le § 10 de l'article III du GATT (traitement national), lequel établit que « [I]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 ». La nécessité d'une telle disposition semble s'expliquer par la reconnaissance du caractère culturel de ces mesures restrictives.

Les promoteurs de cette exception, le Royaume-Uni, la Norvège et la Tchécoslovaquie, la fondaient effectivement sur des considérations culturelles. Cette justification culturelle a été également soulignée par le Secrétariat du GATT lors des négociations du Cycle d'Uruguay. La spécificité du film par rapport aux autres produits faisant partie du commerce international a donc été consacrée à cette occasion. Les États-Unis, néanmoins, ont insisté depuis sur un autre fondement à cette règle, en la justifiant sur la base de la difficulté pratique des États parties au GATT de 1947 à obtenir du temps à l'écran pour leurs films¹⁹³. Cette

192 C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 199-200.

193 L'exception à l'interdiction de toute forme de discrimination quantitative intérieure pour le cinéma était déjà présente dans la Charte de la Havane, dans son article 19,

différence d'argumentation correspond bien à la divergence de points de vue des Européens et des Américains quant à la nature même des industries culturelles - les arguments avancés par les Européens étant fondamentalement de nature culturelle, tandis que les États-Unis se fondent sur des éléments plutôt économiques. Quoi qu'il en soit, il semble que les deux raisonnements peuvent conjointement servir de fondement au maintien de cette disposition. En effet, s'il s'agissait d'une mesure temporaire (l'article IV (d) disposant que « [l]es contingents à l'écran feront l'objet de négociations tendant à en limiter la portée, à les assouplir ou à les supprimer »), les objectifs qu'elle poursuit demeurent tout à fait d'actualité.

L'application de cette exception est toutefois assez étroite. Tout d'abord, ce dispositif traite uniquement des réglementations quantitatives « intérieures », ce qui semble exclure toute restriction quantitative à l'importation de films. Par conséquent, un contingent d'importation de films étrangers comme celui qui était auparavant imposé par l'Inde, par exemple, semblerait être, selon ce dispositif, incompatible avec le GATT. En outre, l'article IV limite les quotas à l'écran exclusivement aux films d'origine nationale, dans un souci de garder la compatibilité de ces mesures avec la clause du traitement de la nation la plus favorisée (article I du GATT). En effet, d'une part, l'alinéa (a) prévoit que ces restrictions quantitatives déterminent une fraction minimum de projection de films nationaux sur le temps total des projections de films de toute origine. Une restriction qui viserait une fraction maximale pour les films étrangers ne serait donc pas couverte par cet article. D'autre part, l'alinéa (b) spécifie que les quotas à l'écran ne peuvent discriminer qu'entre films étrangers et films nationaux. Une réglementation nationale qui voudrait promouvoir l'accès aux films étrangers en limitant uniquement la part de marché des films américains, par exemple, serait donc interdite. La discrimination entre films étrangers provenant de différentes origines n'est ainsi pas permise, sauf dans le cas précis de l'alinéa (c), qui permet une discrimination positive en faveur des films provenant d'un État étranger déterminé selon les valeurs de 1947.

Chapitre IV, relatif à la Politique Commerciale. Au moment de la rédaction des dispositions de cette charte et de celles du GATT de 1947, les producteurs de films nationaux éprouvaient, en effet, de grandes difficultés à projeter leurs œuvres. Depuis la fin de la Première Guerre mondiale, plusieurs États européens avaient adopté des systèmes de quotas pour contrer l'énorme flux de films américains vers leurs territoires, en soutenant à cette époque que les droits de douane ne suffiraient pas à la protection de l'industrie cinématographique nationale (Note du Secrétariat de l'OMC, « Questions relatives au commerce des services audiovisuels », OMC, MTN.GNS/AUD/W/1, 4 octobre 1990). Une disposition spécifique pour les films cinématographiques paraissait donc nécessaire. Ainsi, la France et le Royaume-Uni ont fait une déclaration commune sur les films le 16 septembre 1948, où ils affirmaient que les quotas à l'écran étaient nécessaires pour la récupération de leur balance de paiements après la Deuxième Guerre mondiale et ils prévoient leur élimination progressive lorsque les conditions justifiant cette mesure disparaîtraient (R.L. VAN HARPEN, *op. cit.*, p. 169, n. 18).

Enfin, l'article IV ne s'applique qu'au contingentement des films cinématographiques impressionnés et ne concerne ainsi pas d'autres produits ou services audiovisuels¹⁹⁴. Limité au secteur du cinéma, il ne couvre pas les quotas dans le domaine de la télévision ou de la radio. Ceci s'explique en raison des conditions du marché à l'époque de la signature du GATT, où une hégémonie internationale n'était envisageable que dans le secteur du cinéma¹⁹⁵. En 1961, les États-Unis ont en effet soulevé la question de l'application des dispositions du GATT au commerce des programmes de télévision, en entendant que les restrictions à ce commerce constituaient une violation de l'Accord¹⁹⁶. Un groupe de travail avait été formé en 1961, puis en 1962 et 1964, sans jamais avoir pu atteindre un consensus sur la question. Quand les accords de Punta del Este de 1986 ont ouvert le Cycle d'Uruguay, les membres du GATT ont étendu le champ des négociations commerciales aux services. Les États-Unis, ayant libéralisé leur secteur des services audiovisuels au début des années 60, ont exigé l'extension des règles internationales de libéralisation à l'audiovisuel. Le secteur des services audiovisuels a été effectivement inclus dans la classification des services utilisée dans l'AGCS. Sauf pour les films cinématographiques impressionnés, l'audiovisuel ne ferait ainsi pas partie du champ d'application du GATT, mais plutôt de celui de l'AGCS, qui le vise directement¹⁹⁷. Par conséquent, la non référence à ces secteurs à l'article IV du GATT ne voudrait pas dire qu'ils doivent être soumis aux règles de non-discrimination prévues dans cet accord, bien que la distinction entre le champ d'application du GATT et de l'AGCS ne soit pas bien aisée depuis que l'Organe d'appel s'est prononcé en faveur d'une application conjointe des deux accords (notamment dans les affaires *CE – Bananes* (DS27) et *Canada – périodiques* (DS31)).

Une autre disposition contenant des références expresses à des aspects culturels est l'article XX du GATT, prévoyant des exceptions

194 Selon quelques auteurs, l'article IV aurait été incorporé au texte du GATT en tant que résultat d'un débat quant à la nature des contingents à l'écran, autrement dit, si ceux-ci consistaient en des mesures affectant la circulation des produits et, par conséquent, soumises aux dispositions du GATT, ou s'ils étaient relatifs aux services et donc extérieurs à l'accord. L'inclusion de l'article IV servirait à éliminer ce doute, en déterminant que ces contingents sont autorisés en vertu du GATT (Voir A. McCASKILL, « La culture et les règles commerciales internationales : enjeux et perspectives », Septembre 2001, auparavant disponible sur < http://incp-ripc.org/w-group/wg-edg/reader/index_f.shtml >).

195 C. CARMODY, « When 'Cultural Identity was not an issue': thinking about Canada - certain measures concerning periodicals », in *Law and policy in international business*, vol. 30, n° 2, 1999, pp. 254-255.

196 Lors de leur demande en 1961, les États-Unis avaient admis que la télévision revêtait une importance particulière pour les États en tant que véhicule culturel et d'information (Note du Secrétariat de l'OMC, « Questions relatives au commerce des services audiovisuels », *op. cit.*).

197 Dans l'enceinte communautaire européenne, l'audiovisuel a été jugé à plusieurs reprises comme ayant la qualification de « service » (arrêt *Sacchi* du 30 avril 1974 (affaire 155/73) et arrêts *Debauve* (affaire 52/79) et *Coditel* (affaire 62/79)).

générales aux principes de non-discrimination de cet accord. Il s'agit de la protection de valeurs qui étaient considérées par les Parties contractantes après la Deuxième Guerre mondiale comme reflétant la société de l'époque, mais qui ont été gardées dans le GATT 1994 et transposées dans l'AGCS, malgré l'augmentation exponentielle du nombre d'États parties à ces traités. Pour certains, puisque les valeurs, les problèmes et les réalités politiques des États diffèrent aujourd'hui de ceux de 1947, les Accords de l'OMC s'en trouveraient affaiblis et incapables de répondre adéquatement aux besoins de la communauté internationale¹⁹⁸, parmi lesquels se trouve la protection de la diversité culturelle. C'est, néanmoins, sur les exceptions prévues expressément dans ces Accords que le juge de l'OMC fonde ses décisions. Il est ainsi nécessaire d'explorer toutes les possibilités, même limitées, que les exceptions générales fournies par le système actuel pourraient offrir à la protection des intérêts culturels.

Premièrement, l'alinéa (a) de cet article prévoit la possibilité d'adoption de mesures incompatibles avec les règles du GATT lorsqu'elles sont nécessaires à la protection de la moralité publique, ce qui ouvre en principe aux Membres la possibilité de réglementer le contenu des œuvres audiovisuelles. Cette exception pourrait ainsi être alléguée pour bloquer l'entrée de certains types de films sur le marché national d'un Membre. Cependant, dans la pratique, elle ne semble pas pouvoir servir à la protection effective des expressions culturelles nationales, car son application semble limitée à des cas restreints, en raison de la notion même de « moralité publique » et du qualificatif « nécessaire ». La Chine s'est ainsi appuyée, sans succès, sur cet alinéa, afin de justifier des mesures de restriction à l'entrée de matériels de lecture et certains produits audiovisuels dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363)¹⁹⁹. Par ailleurs, le recours à la notion de « moralité publique » risque d'orienter les préoccupations culturelles vers des questions de valeurs, ce qui n'est pas sans poser de problèmes pratiques liés au subjectivisme²⁰⁰.

L'alinéa (f) établit une exception concernant spécifiquement les restrictions « *imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une*

198 D.P. STEGER, « Afterword: The 'Trade and...' Conundrum – A Commentary », in *AJIL*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, p. 164.

199 Le Groupe spécial a considéré que la Chine n'a pas démontré la nécessité de ses mesures établissant un mécanisme d'examen du contenu et un système de sélection d'entités importatrices pour ces produits (Rapport du Groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R, § 7.911).

200 L'expression « moralité publique » a été examinée dans l'affaire *États-Unis – Jeux* (DS285) dans le cadre de l'article XIV (a) de l'AGCS. Le Groupe spécial y a constaté que cette expression « désigne les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom » (Rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004, § 6.465, WT/DS285/R).

valeur artistique, historique ou archéologique »²⁰¹. Son application pratique semble toutefois bloquée par une série de conditions. Tout d'abord, il est nécessaire que les objets en question soient classés en tant que « trésors nationaux », qualification qui relève des considérations propres de chaque État et qui s'applique à un nombre relativement restreint d'œuvres. Il paraît ainsi que la plupart des « produits culturels » d'aujourd'hui ne peuvent être couverts par cette qualification. Par ailleurs, les exceptions générales de l'article XX sont interprétées de manière à éviter des abus. L'alinéa (f) n'a pas fait l'objet de litiges devant le système de règlement de différends du GATT ou de l'OMC, mais il est possible d'envisager que, dans le cadre d'un éventuel différend concernant une mesure nationale de protection d'une œuvre d'art, l'ORD serait amené tout d'abord à examiner la notion même de « trésor national » adoptée par le pays concerné, ainsi que la nature des mesures imposées sur la base de cette définition, pour conclure quant à la conformité desdites mesures avec cet alinéa.

Dans le cas où certaines mesures pourraient effectivement être couvertes par l'un des alinéas de l'article XX, la compatibilité avec le GATT dépendra également de la présence des conditions prévues au chapeau de l'article XX. Celui-ci impose que les mesures restrictives ainsi adoptées, en dérogation aux obligations imposées par cet Accord, ne soient pas appliquées de manière à constituer « *un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable* » ou « *une restriction déguisée au commerce international* ». Ces conditions ayant été contrôlées de manière très étroite depuis l'affaire *États-Unis – Essence* (DS2), les possibilités d'utilisation pratique de ce dispositif pour justifier l'adoption d'une mesure contraire aux principes de libéralisation du GATT sont limitées.

Au-delà des articles IV et XX du GATT, le commerce des produits culturels est régi par le système multilatéral du commerce comme toute autre marchandise. Bien que l'accord de l'OMC ayant le plus d'incidence sur le commerce dans le secteur culturel soit l'AGCS, les dispositions du GATT gardent leur importance notamment en raison des incertitudes de classification entre « produits » et « services » et de la possibilité, consacrée par l'Organe d'appel, d'application simultanée du GATT et de l'AGCS. Elles deviennent aujourd'hui davantage importantes, car certaines industries de contenu, comme l'industrie audiovisuelle, offrent de plus en plus de nouveaux services qui dépendent également du commerce des produits. Cette problématique s'est illustrée de manière remarquable déjà en 1997 dans l'affaire *Canada – périodiques* (DS31) et

201 Cet alinéa permet de respecter, par exemple, les principes de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et prévenir l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (C. VAN GRASSTEK, *op. cit.*, p. 131). Le respect de cette Convention pourrait être également couvert par l'alinéa (d) de l'article XX du GATT.

plus récemment dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363).

Outre les règles du GATT, le marché des produits culturels est soumis à d'autres dispositions multilatérales, dont celles de l'Accord de Florence, adopté au sein de l'UNESCO en 1950.

2 - La libéralisation selon l'Accord de Florence de l'UNESCO

L'Accord de Florence (Accord pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique et culturel) a été établi en 1950 sous l'égide de l'UNESCO et contient des dispositifs de libéralisation du commerce des produits éducatifs, scientifiques et culturels²⁰². La plupart de ces objets ne semblent pas représenter aujourd'hui des enjeux économiques significatifs au regard du commerce mondial de produits culturels : documents officiels, affiches de propagande touristique, films produits par l'ONU ou par ses institutions, appareils scientifiques, etc. Cependant, l'Accord de 1950 traite aussi de produits comme les livres, qui ont une plus grande importance commerciale. Lors des discussions à l'UNESCO sur l'élaboration d'un instrument international contraignant visant à protéger et promouvoir la diversité culturelle, la possibilité d'adoption d'un protocole à l'Accord de Florence a été étudiée²⁰³. En effet, cet accord, toujours en vigueur, a acquis de nouveaux signataires depuis les années 90.

Le Préambule de l'Accord de 1950 envisage « *la libre circulation des idées et des connaissances et (...) la diffusion la plus large des diverses formes d'expression* » en tant que « *conditions impérieuses tant du progrès intellectuel que de la compréhension internationale* ». De même, la coopération entre les nations est préconisée. Est ainsi reconnue l'importance de la pluralité d'expressions et de l'ouverture la plus large possible aux autres cultures.

Avant son adoption, l'Accord de Florence a été harmonisé avec le GATT 1947, les propositions initiales ayant été soumises à un groupe de travail du GATT. Étant donné la prééminence actuelle des Accords de l'OMC (en raison notamment de la représentativité, des mécanismes de suivi et de règlement des différends de cette organisation) sur d'autres accords internationaux de commerce, il est possible de s'interroger sur la place que l'Accord de Florence pourrait encore avoir aujourd'hui. L'analyse de ses principaux dispositifs semble montrer que le droit de l'OMC le contient sous plusieurs aspects et va souvent plus loin que lui. Son actualité dépend du degré de superposition qu'il existe entre ses dispositions et celles résultant des obligations imposées par les accords de l'OMC.

202 Des préoccupations similaires avaient déjà été soulevées dans le cadre de la Société des Nations, qui a adopté en 1933 une Convention visant à faciliter la libre circulation de films éducatifs (C. VAN GRASSTÉK, *op. cit.*, p. 100).

203 Voir l'« Étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle » préparée par le Conseil exécutif de l'UNESCO, 166^e session, cote 166 EX/28 (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718f.pdf>), le 12 mars 2003, p. 6.

Plusieurs articles de l'Accord de Florence et de son Protocole de 1976 (Protocole de Nairobi) rappellent les dispositions de libéralisation commerciale prévues par le GATT, en prévoyant le renforcement des échanges des produits visés. Ces similarités donnent, au premier abord, l'impression d'une superposition totale entre les deux accords dans le domaine propre à l'Accord de 1950 (objets de caractère éducatif, scientifique et culturel, qui sont dans leur quasi-totalité visés également par les Accords de Marrakech) et d'une vraie absorption par les accords de l'OMC, dont le champ d'application est beaucoup plus large et les dispositions plus exigeantes. Cependant, il ne s'agit là que d'une perception globale. Sans une comparaison précise entre les engagements souscrits par chaque État (à la fois Membre de l'OMC et signataire de l'Accord de Florence) dans le cadre du GATT par rapport aux prévisions des annexes de l'Accord de 1950, il est impossible d'affirmer que le même degré d'ouverture commerciale a été atteint au titre de ces deux corps de règles. En effet, à première vue, l'Accord de Florence semble aller au-delà du GATT, puisqu'il prévoit directement la franchise douanière pour les objets contenus dans son annexe A (article I.1). Pour les produits appartenant aux annexes B à E, quelques conditions sont établies pour l'application de cette franchise douanière. Tant que la superposition entre les traités n'est pas entière, l'Accord de 1950 gardera ainsi son utilité, en prévoyant une plus grande libéralisation pour ces produits par rapport aux dispositions du GATT²⁰⁴.

L'Accord de Florence et le GATT posent les mêmes principes et mécanismes de libéralisation. À l'article I.2, les États contractants se voient attribuer le droit de percevoir, sur les objets importés : (a) des taxes ou autres impositions intérieures, dans la limite de celles qui atteignent directement ou indirectement les produits nationaux similaires ; et (b) des redevances et impositions autres que les droits de douane, dans la limite du coût approximatif des services rendus en contrepartie et dans le cas où elles ne constituent pas une protection indirecte de la production nationale, ou des taxes à l'importation de caractère fiscal. Il existe une grande similarité entre ces dispositifs et les articles III:2 (traitement national) et VIII:1 (a) (redevances et formalités se rapportant à l'importation et à l'exportation) du GATT, bien que les sanctions pouvant être imposées à l'OMC et dans le cadre de l'Accord de Florence ne soient pas les mêmes. Des différences existent également quant au niveau de traitement national exigé, mieux précisé par la jurisprudence de l'OMC. En

204 Puisque l'Accord de Florence ne prévoit la franchise douanière que pour ses États parties, une incompatibilité avec le GATT pourrait exister en ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée dans le cadre de cet accord (J.G.T. PAZ, « Le traitement des œuvres d'art dans le cadre de l'OMC », in *Revue du droit de l'Union européenne - RTDE*, n° 4, Clément Juglar, Paris, 2000, p. 877), lorsque la franchise douanière serait accordée à des pays signataires de l'Accord de Florence mais non Membres de l'OMC (à supposer qu'il en existe).

autre, tandis que l'Accord de Florence ne concerne que les produits nationaux similaires, le dispositif de l'OMC a trait aussi aux produits nationaux directement concurrents ou substituables. Dans ce sens, sous réserve de possibles engagements non équivalents entre l'Accord de Florence et l'OMC, cette dernière serait plus exigeante par rapport à cet aspect et absorberait, par conséquent, le premier, lequel ne garderait son utilité que dans la mesure où des États parties à ce dernier préféreraient s'y référer dans leurs relations plutôt qu'au droit de l'OMC.

L'article II de l'Accord de Florence concerne l'obligation pour les États contractants d'accorder les devises et les licences nécessaires à l'importation d'un certain nombre d'objets. Son § 1 dépasse d'une certaine manière la disposition correspondante du GATT, qui ne fait que reconnaître, de manière générale, la « *nécessité de réduire au minimum les effets et la complexité des formalités d'importation et d'exportation et de réduire et de simplifier les exigences en matière de documents requis* » (article VIII:1 (c)). Ce dernier texte n'établit donc pas d'obligation pour les Membres de l'OMC d'accorder les licences et devises concernant certains produits. Sur ce point également, une comparaison des engagements des pays devient donc nécessaire pour que l'on puisse affirmer l'existence d'une superposition ou d'un dépassement entre les deux enceintes²⁰⁵. L'article II.2 prévoit ensuite une extension de cette obligation à d'autres objets de caractère éducatif, scientifique et culturel « *dans toute la mesure du possible* », ce qui démontre un esprit de libéralisation assez poussé, qui existe également à l'article IV de l'Accord. Ce dernier article détermine l'engagement des États, « *dans toute la mesure du possible* », à entreprendre des efforts pour favoriser la libre circulation des produits de caractère éducatif, scientifique et culturel et à abolir ou réduire toute restriction qui ne soit pas prévue par l'Accord même, à simplifier les formalités administratives exigées lors de leur importation et à faciliter le dédouanement rapide de ces produits.

Le Protocole de Nairobi de 1976 étend les engagements de l'Accord de Florence à d'autres produits indiqués dans ses annexes et réitère plusieurs des dispositions de l'Accord. C'est ainsi que son article I:1 prévoit l'exemption des droits de douane et d'autres impositions à l'importation ou à l'occasion de celle-ci pour les objets visés dans ses

205 L'Accord sur les procédures de licences d'importation de l'OMC prévoit, d'une part, des critères pour qu'il n'y ait pas de restriction aux échanges par le biais des licences automatiques et, d'autre part, une limite, dans la mesure de leur nécessité, pour les licences non automatiques. Le système de licences automatiques de l'article II de l'Accord de Florence paraît compatible avec les Accords de l'OMC dans la mesure du respect, lors des procédures d'attribution des licences qu'il prévoit, des critères énoncés par l'article 1 et 2 de l'Accord sur les procédures de licences d'importation. Puisque l'Accord de Florence ne prévoit pas de règles aussi précises et exigeantes pour les procédures de concession de licences, il semble être dépassé par les dispositions de l'OMC pour ce qui a trait à cette question. En même temps, rien n'empêche qu'il soit mis en œuvre de manière compatible avec de telles règles.

annexes A, B, D et E et, de manière facultative, dans les annexes C.1, F, G et H, sous certaines conditions. L'article II détermine une liste d'objets sur lesquels les impositions intérieures, redevances et autres impositions sont interdites. Par ailleurs, l'article IV étend à d'autres objets l'obligation d'octroi de licences et devises prévue dans l'Accord de Florence. L'article VI:8 (b) manifeste une préoccupation particulière envers les pays en développement, en encourageant la circulation et la distribution des produits visés par l'Accord et le Protocole dans ces pays. Il témoigne ainsi des inquiétudes liées au rééquilibrage des flux d'information manifestées dans les années 1970 au sein de l'UNESCO, bien que des mesures précises pour atteindre ce but ne soient pas prévues.

Bien que les produits visés par l'Accord de Florence et son Protocole soient relativement restreints, leur libéralisation complète pourrait en théorie soulever les mêmes questions concernant les risques de déséquilibre des échanges en faveur de quelques expressions culturelles. Certains de leurs dispositifs semblent toutefois répondre, du moins partiellement, à ces préoccupations, en établissant des limitations au libre-échange des produits couverts. Ils impliquent en effet un conditionnement des dispositions de libre circulation commerciale contenues dans ces textes, mais ne sont pas suffisants pour faire utilement contrepoids aux dispositions du droit de l'OMC si un État partie choisissait de se prévaloir de ce dernier.

Dans son article V, l'Accord de 1950 prévoit ainsi une exception relative aux mesures justifiées par la sécurité nationale, la moralité et l'ordre public. Il s'agit d'une disposition proche de celles des articles XXI (exceptions concernant la sécurité) et XX (exceptions générales, notamment l'alinéa (a)) du GATT, mais qui ne présente pas d'équivalent au chapeau de l'article XX de ce dernier accord. Le droit de l'OMC se montre donc, à cet égard, plus exigeant que l'Accord de Florence, pouvant même le contredire au stade de l'application.

L'annexe C de l'Accord, relatif au matériel visuel et auditif, reflète une certaine réticence des États face à la libéralisation, telle qu'exprimée également à l'article IV du GATT, relatif aux films cinématographiques. Cette annexe détermine une condition de destination des films, films fixes, microfilms et diapositives de caractère éducatif, scientifique et culturel importés, pour qu'ils puissent être reçus en franchise²⁰⁶. Une condition alternative est celle de l'origine de ces objets, produits par l'Organisation des Nations Unies ou par l'une de ses institutions spécialisées. Cette règle permettrait, en l'absence d'engagements contraires à l'OMC, un contrôle considérable de la part des gouvernements nationaux

206 Ils doivent être importés par des « *organisations (y compris, au gré du pays d'importation, les organismes de radiodiffusion) agréées* » et « *destinés exclusivement à être utilisés par ces organisations ou par toute autre institution ou association publique ou privée, de caractère éducatif, scientifique ou culturel, également agréée par les autorités susmentionnées* ».

des produits visuels et auditifs couverts par l'Accord. Ils pourraient en effet bloquer l'entrée des produits qu'ils considèrent nuire à leur industrie nationale, par le biais de la non-concession d'un agrément et de l'exigence d'utilisation exclusive par les institutions citées plus haut.

En plus de ces dispositions, un protocole annexe à l'Accord de Florence qui, conformément à l'article XVII de l'Accord, fait partie intégrante de celui-ci, prévoit une « réserve », destinée à faciliter l'accès des États-Unis à l'Accord. Elle consiste, à proprement parler, en un mécanisme de sauvegarde²⁰⁷. L'adoption d'une telle mesure doit être précédée d'un avis écrit à l'UNESCO et de la possibilité de consultations sur la question avec les autres États contractants. La logique de ce mécanisme se rapproche fortement de celle de l'Accord sur les sauvegardes de l'OMC et de l'article XIX du GATT. Le préambule du Protocole fournit quelques pistes pour la compréhension du champ d'application de cette clause. En principe, le Protocole n'autorise qu'un seul État (les États-Unis) à introduire cette réserve. Néanmoins, son deuxième paragraphe détermine qu'elle est applicable sur une base de réciprocité. À partir du moment où les États-Unis l'auraient formulée en devenant partie à l'Accord, la réserve pourrait être invoquée « *aussi bien par les États-Unis d'Amérique à l'égard de tout État contractant au présent Accord que par tout État contractant à l'égard des États-Unis* ». Le droit des États-Unis d'utiliser ce mécanisme implique ainsi le droit de tout État signataire de faire de même à leur égard²⁰⁸. Reste à savoir si une application pratique d'une telle « réserve » est envisageable. Si l'on adopte comme prémisse que le degré de libéralisation déterminé par l'Accord de Florence et par les accords de l'OMC est le même (ce qui ne peut être vérifié qu'à travers une comparaison des engagements souscrits par chaque État dans le cadre des deux enceintes), le mécanisme de sauvegarde prévu par le premier se trouve potentiellement en concurrence avec celui

207 Le terme « réserve » y est employé dans un sens qui ne correspond pas exactement à celui retenu par la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Il n'y a pas en principe d'exclusion ou de modification de l'effet juridique de dispositions du traité pour l'État auteur de la réserve, sauf si les conditions qu'elle prévoit sont remplies. Elle prévoit qu'une augmentation relative des importations dans des conditions qui « *portent ou menacent de porter un préjudice grave aux producteurs nationaux de produits similaires ou directement concurrents* » permet la suspension totale ou en partie des engagements assumés par l'État concerné en vertu de l'Accord de Florence - et postérieurement de son Protocole de 1976 également. Il est aussi prévu la possibilité d'adoption de mesures provisoires, « *lorsqu'un retard entraînerait des dommages qu'il serait difficile de réparer* » (§ 18 du Protocole de Nairobi).

208 Il y est ajouté qu'« *aucune mesure prise en vertu de cette réserve ne devra avoir un caractère discriminatoire* ». Cela semble vouloir dire que sont interdites les mesures qui frapperaient des produits en provenance ou à destination des États-Unis sans frapper les produits similaires en provenance d'autres États contractants à destination de l'auteur de la mesure de sauvegarde (États-Unis ou un autre État utilisant le mécanisme sur la base de la réciprocité). La seule exigence pour la mise en œuvre de la réserve serait ainsi qu'il y ait une part d'importations en provenance des États-Unis.

prévu dans le cadre de l'OMC. La plus grande précision des dispositions en matière de mesures de sauvegarde de l'OMC et le plus grand contrôle par cette organisation impliquent que le dispositif du protocole de l'Accord de 1950 ne pourra être employé en pratique que s'il respecte ces conditions supplémentaires d'application et de contrôle, de façon à ne pas encourir le risque que les mesures ainsi prises soient contestées devant l'OMC.

Le Protocole de 1976 contient aussi des règles qui restreignent l'entrée des produits qu'il couvre. À titre d'exemple, l'article VII:10 reprend les préoccupations concernant les pays en développement en leur donnant la possibilité d'adoption d'une mesure de sauvegarde dans le cas où l'importation « *cause ou menace de causer un grave préjudice à l'industrie indigène naissante de ce pays* ». Une telle mesure pourrait être très utile dans le sens du rééquilibrage des échanges des produits culturels, d'autant plus qu'elle n'exige que très peu de conditions pour son application. En réalité, toutefois, son utilisation pratique se heurterait aux engagements contractés dans le cadre de l'OMC par les États parties au Protocole. De plus, ce dispositif, similaire à la « réserve » exigée par les États-Unis lors de la signature de l'Accord de Florence, ne fournit pas beaucoup de précisions pour son application. Il prévoit simplement que cette mesure ne doit pas être discriminatoire et que l'UNESCO et les autres parties au Protocole devront en être informées.

En ce qui concerne les conditions applicables à l'importation de matériel visuel et auditif selon le Protocole de Nairobi, le point qui suscite le plus de difficulté est celui de l'existence de deux annexes C. Tandis que l'annexe C.2 comprend une obligation minimale pour les pays signataires, l'annexe C.1 est facultative et élargit l'Accord de 1950, en n'exigeant plus les conditions d'agrément ou de production par l'ONU ou ses institutions spécialisées. La possibilité de choix entre les deux Annexes permet aux États de décider de contrôler l'importation des produits culturels qui y sont visés. Un examen attentif du choix de chaque État permettrait de mesurer le degré de libéralisation atteint dans ce domaine au titre du Protocole et, par conséquent, le décalage existant par rapport à la libéralisation découlant des Accords de l'OMC.

Étant un accord de nature principalement commerciale, présentant les mêmes principes de libéralisation que le droit de l'OMC, il semble avoir été en grande partie absorbé par les accords beaucoup plus vastes et contraignants de l'OMC. C'est donc essentiellement dans la mesure où il fonde une libéralisation plus ample que celle prévue par l'OMC que l'Accord de Florence peut avoir une utilité face aux Accords de Marrakech. Par ailleurs, il ne paraît pas permettre de réagir face à la menace pour le secteur culturel que représentent les négociations commerciales multilatérales, dans la mesure où elles s'orientent surtout vers des secteurs qui échappent à son champ d'application. Toutefois, l'absence de hiérarchie entre cet accord et les Accords de l'OMC pourrait rendre difficile la

résolution de contradictions éventuelles entre les deux, poussant peut-être vers une approche conciliatrice, ouverte aux préoccupations scientifiques, culturelles et éducatives.

B - L'extension de la libéralisation au commerce des services

La réglementation internationale multilatérale visant à libéraliser le commerce dans le domaine culturel s'est renforcée depuis l'avènement des Accords de Marrakech, notamment en raison de l'inclusion du secteur des services parmi les secteurs sujets à libéralisation. En effet, le secteur des services audiovisuels, par exemple, couvre aujourd'hui les activités culturelles présentant les plus grands enjeux économiques et aussi les marchés comptant les plus grands déséquilibres. Si les dangers pour la diversité culturelle provenant de l'extension du libre-échange aux services culturels ont été identifiés avant même les négociations du Cycle d'Uruguay, les tentatives de blocage de cette extension n'ont malheureusement pas abouti.

1 - L'échec des tentatives de blocage

Au long des dernières décennies, des solutions ont été trouvées pour l'établissement d'un équilibre entre les intérêts commerciaux et culturels et la prise en compte de la double nature des produits et services culturels dans certains accords. Ces réponses empiriques ont créé des modèles que les États ont essayé de transposer lors du Cycle d'Uruguay.

a) Les modèles fondamentaux

L'analyse des différents accords commerciaux témoigne de l'existence de deux types d'approche du binôme commerce - culture. D'un côté, il existe des accords commerciaux qui octroient aux produits et services culturels le même traitement qu'à tout autre type de produit ou service. De l'autre, se trouvent des textes de nature commerciale qui prévoient une clause de dérogation pour certains produits et services culturels. Elles tentent de préserver la capacité d'intervention des États dans le domaine culturel et seront ici regroupées en deux catégories : l'exception et l'exemption culturelles.

i) L'exception culturelle

Le mécanisme de l'« exception culturelle » consiste à soustraire la culture ou les mesures adoptées en la matière à l'application des accords de commerce. Il s'agit donc de l'inscription d'une clause générale d'exception dans un accord commercial²⁰⁹. C'est le type de mécanisme qui

²⁰⁹ L'expression « exception culturelle » a été largement employée par la presse et les associations professionnelles, ce qui a conduit à sa vulgarisation et son utilisation par certains comme synonyme de toute mesure en faveur de la culture face à la mondialisation et au commerce international.

existe pour l'article XX du GATT (exceptions générales de l'accord, relatives *inter alia* aux mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou encore visant à la protection des trésors nationaux). Un dispositif similaire figure à l'article XIV de l'AGCS, bien qu'il n'y existe pas d'exception pour les mesures imposées pour la protection des trésors nationaux. Il s'agit dans tous ces cas de mesures dont la délimitation et la définition appartiennent aux États eux-mêmes et qui présentent donc un risque d'abus, d'où la limitation de leur usage par l'exigence d'absence de discrimination arbitraire ou injustifiée, l'interdiction des restrictions déguisées contre le commerce et la nécessité.

Le même risque d'abus existe bien évidemment lorsque ce type d'exception vise des objectifs culturels, et cela explique la réticence d'une grande partie des États à l'accepter. Un autre inconvénient de ce modèle se trouve dans le fait que, en l'absence d'un autre cadre réglementaire international précis et contraignant sur le thème de la culture, un système fondé sur des exceptions finirait par priver le secteur culturel de toute protection internationale. De plus, bien que l'inclusion aujourd'hui d'une clause d'exception culturelle dans le cadre normatif de l'OMC soit difficilement réalisable, il est possible de concevoir en théorie que, une fois présentées devant le juge de l'OMC, celui-ci devrait décider si les mesures culturelles prises par un État et contraires aux règles générales du droit international du commerce sont ou non justifiées. Ce serait donc à l'OMC, évidemment selon une approche commerciale, de déterminer ce qui serait culturel ou pas.

Dans la pratique, il y a eu deux tentatives d'inscrire une clause de ce type pour la protection de la culture et des mesures de politique publique visant des objectifs culturels sur le plan multilatéral. La première concerne la tentative sans succès d'inclure une telle clause dans l'AGCS en 1993, à la fin du Cycle d'Uruguay. La deuxième se rapporte aux négociations de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) au sein de l'OCDE, abandonnées en 1998²¹⁰.

Le projet d'AMI visait à la libéralisation du régime des investissements et à l'établissement de procédures efficaces de règlement de

210 La difficulté de consensus entre les pays et particulièrement l'opposition entre les États-Unis et l'Union Européenne sur le thème de la libéralisation des services audiovisuels s'est présentée également dans le cadre de l'OCDE lors des négociations relatives à l'adhésion des pays de l'Europe de l'Est. À l'occasion de leur adhésion parallèle à l'Union Européenne, ces pays devraient reprendre l'acquis communautaire en matière de soutien au secteur audiovisuel. Les États-Unis s'y sont fortement opposés. Le Code de libération des opérations invisibles courantes de l'OCDE a particulièrement créé des difficultés lors de l'adhésion de la Pologne et de la Slovaquie à cette organisation, bien qu'il n'ait pas eu d'effectivité pendant longtemps. En effet, il couvre plusieurs services et, parmi eux, les services audiovisuels (Annexe A, H/1 du Code), pour lesquels ont été établies des règles spécifiques autorisant les contingents d'émissions et les subventions à la production, ainsi que des réserves au regard du secteur cinématographique.

différents dans ce domaine. En raison de l'étendue de son champ d'application, qui se prétendait le plus large possible, une obligation rigoureuse de non-discrimination (comprenant la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national) aurait été créée, englobant certainement le secteur culturel²¹¹. Les États-Unis envisageaient d'obtenir dans le cadre de l'OCDE ce qu'ils n'avaient pas obtenu à l'OMC. Par le biais de l'application du traitement national, de la clause de la nation la plus favorisée, de l'interdiction d'obligations de résultat (*performance requirements*) et de l'absence de dispositions d'exception à la protection des droits de propriété intellectuelle, toute atteinte aux chiffres d'affaires d'un entrepreneur étranger aurait pu être considérée comme contraire à l'AMI. De plus, ce projet d'accord prévoyait des procédures de règlement de différends utilisables directement par les entreprises contre les États. Dans le domaine culturel, cela revenait à ouvrir la possibilité pour ces entreprises de remettre en cause la liberté des États de maintenir et d'adopter des mesures de protection et de promotion de leurs expressions culturelles.

En réaction, des États comme la France, l'Italie, l'Espagne, la Grèce, la Belgique et le Canada ont demandé l'exclusion des services culturels et notamment audiovisuels de l'AMI, à travers une clause d'exception. Soutenue par une forte mobilisation des professionnels français de l'audiovisuel, cette résistance peut être indiquée comme l'une des raisons de l'échec de cet accord. L'exclusion du secteur culturel que ces États demandaient correspondait à la reconnaissance d'un droit d'intervention des États en matière culturelle²¹². La clause d'exception proposée a fait l'objet de l'opposition de pays comme les États-Unis, le Japon, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Allemagne, le Danemark et la Nouvelle-Zélande. Tandis que quelques-uns se sont opposés par principe à une telle exception, d'autres ont trouvé que des risques trop importants pourraient découler de la généralité et de l'abstraction d'une telle clause (ce qui rendrait, à leur avis, très difficile son interprétation pratique). L'appui à

211 Sur l'approche de l'AMI par rapport à la culture, voir C. HUBIN, « La Culture dans l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI) : avancée en terrain miné », *RDAI*, n° 8, 1998, pp. 955-959. Le projet d'AMI ne prévoyait que deux exceptions, relatives à la sécurité et à l'ordre public, au-delà d'une clause de sauvegarde temporaire. Toute autre mesure discriminatoire ne pourrait être maintenue que si inscrite dans une liste annexe d'exceptions spécifiques par pays, appelées « mesures non conformes en vigueur ».

212 En effet, la clause proposée par le gouvernement français prévoyait : « *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 sur son territoire* » (Résolution contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission concernant les négociations conduites dans le cadre de l'OCDE en vue d'un accord multilatéral sur l'investissement (AMI), A4-0073/1998, § 26).

cette clause a ainsi été très limitée. Selon quelques auteurs²¹³, les raisons pour cet échec se trouvent, d'une part, dans le manque d'une vision claire de ce que l'exception culturelle devait couvrir (ce qui l'a affaiblie dans le contexte des négociations commerciales en général) et dans le fait que peu de pays semblent vouloir abandonner « une carte » pouvant leur servir pour obtenir un avantage commercial dans d'autres secteurs. La culture se présente ainsi comme une « monnaie d'échange ». À cela s'ajoute l'énorme pression de quelques pays, comme les États-Unis, qui trouvent un grand intérêt à l'ouverture des marchés dans le secteur culturel. La possibilité d'introduction effective d'une clause d'exception culturelle à part entière dans un accord commercial multilatéral apparaît ainsi bien lointaine.

Les seuls exemples concrets d'exclusion complète du secteur culturel d'un accord de libéralisation commerciale se présentent dans des accords bilatéraux et régionaux. Parmi eux, se trouvent les accords de libre-échange et d'investissement signés par le Canada, tels que les accords Canada - Israël, Canada - Chili et Canada - Costa Rica. Dans les accords de libre-échange Chili - Union européenne et Mexique - Union européenne, une clause d'exclusion qui ne concerne que le secteur audiovisuel a été également introduite. Un autre exemple est l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 et signé par les États-Unis, le Canada et le Mexique. Dans ce cas, il existe une approche à géométrie variable selon les pays membres : tandis que le Canada a obtenu le droit de soustraire ses industries culturelles de l'accord, les États-Unis et le Mexique ont choisi au contraire de traiter le secteur culturel comme tout autre secteur, avec quelques exceptions pour le Mexique. Pour le Canada, il existe en effet deux dispositions qui établissent une exception culturelle (l'article 2005 de l'Accord de libre-échange Canada - États-Unis et l'article 2106 de l'ALENA), mais il est précisé que si ces dispositions sont invoquées pour justifier une mesure qui serait autrement incompatible avec l'Accord, les parties affectées peuvent recourir automatiquement à des mesures de rétorsion, applicables dans tous les secteurs de produits et de services. Malgré une telle faiblesse, l'acceptation de cette clause par un pays comme les États-Unis démontre qu'un statut particulier peut être accordé à la culture.

Dans une moindre mesure, une telle spécificité a été reconnue en faveur des produits et services culturels dans des accords où un mécanisme d'exemption culturelle a été préféré.

213 Tel que D. ATKINSON, « Le droit des États et des gouvernements de soutenir la culture à la lumière de l'évolution du cadre normatif du commerce international : vers un instrument international ? », Mai 2001, < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/docatkin.pdf> >, pp. 17 et s.

ii) L'exemption culturelle

L'« exemption culturelle » correspond ici à la position adoptée par des États qui, tout en refusant de contracter des engagements de libéralisation commerciale dans le secteur culturel, prennent toutes les réserves possibles (appelés aussi « dérogations » par quelques auteurs, bien que ce terme ait un sens propre dans le cadre des accords de l'OMC) pour éviter que les règles commerciales s'appliquent à ce secteur. C'est le mécanisme accepté aujourd'hui dans le cadre de l'AGCS, pour ce qui est de l'accès aux marchés et du traitement national, et notamment des « exemptions » au traitement de la nation la plus favorisée. Cette solution peut être entendue comme une réaction à l'échec de l'exception générale, en tant que réponse individuelle, à défaut d'une réponse concertée à la logique de libéralisation des accords multilatéraux. Elle présente quelques avantages par rapport à la première, puisqu'elle permet effectivement de soustraire le secteur culturel aux grands principes de libéralisation des accords commerciaux, et présente une plus grande clarté, car la réserve relative à un accord de coproduction, par exemple, face au traitement de la nation la plus favorisée, ne soulève généralement pas de problème d'interprétation.

Cependant, quelques inconvénients peuvent être soulignés. Premièrement, cette solution n'accorde aucun statut spécifique à la culture par rapport à l'accord commercial. Le secteur culturel est ainsi soumis en principe à toutes les règles de l'accord en question. Puisqu'elle n'empêche pas les États d'assumer progressivement des engagements en matière culturelle, elle contient l'idée que la culture n'est pas un domaine particulier par rapport aux autres produits et services. Cette solution présente donc une faiblesse à l'égard de la dynamique de l'évolution du cadre normatif du commerce international. Puisque la non prise d'engagements et les réserves (temporaires) ne garantissent pas une exclusion permanente du secteur, notamment face aux pressions pour sa libéralisation (notamment dans le secteur audiovisuel), le risque existe qu'au fur et à mesure, d'autres États acceptent d'ouvrir leurs marchés. Il semble que ces pressions s'exerceront davantage en fonction de l'évolution technologique, de la numérisation et de la convergence entre les télécommunications et la radiodiffusion, lesquelles rendront moins identifiables les engagements de libéralisation et les mesures de protection. Il s'agit donc d'une solution simplement temporaire. Il semble néanmoins qu'aucune autre solution plus favorable à la spécificité des produits et services culturels n'eut été possible à l'occasion des négociations du Cycle d'Uruguay.

b) La tentative de transposition lors du Cycle d'Uruguay

Lorsque l'inclusion des services dans les négociations commerciales multilatérales a été soulevée, la Communauté européenne a essayé de soustraire le secteur audiovisuel aux règles de libéralisation. En janvier 1993, la Communauté a présenté une proposition d'amendement

de l'article XIV de l'AGCS, afin d'y établir une exception pour les mesures : « (...) *f* réglementant la fourniture de services audiovisuels en vertu des politiques destinées à préserver et promouvoir les identités culturelles locales, nationales et régionales ». Il s'agissait d'une véritable clause d'exception pour l'audiovisuel, qui aurait eu l'avantage de l'exclure définitivement des règles de droit commun de l'AGCS. Elle impliquerait toutefois les problèmes d'interprétation soulignés précédemment, lors de l'examen par un Groupe spécial ou par l'Organe d'appel de la compatibilité des mesures adoptées sur ce fondement et de l'interdiction du chapeau de l'article XIV.

Face à l'insécurité et au manque d'appui à cette solution, la Communauté a adopté ensuite, en juillet 1993, une stratégie fondée sur une notion plus large de « spécificité culturelle », soutenant la soumission du secteur aux règles communes, mais en lui attribuant en même temps un régime adapté. Cela servirait à limiter, pour le secteur audiovisuel, l'application des règles de libéralisation commerciale (au lieu d'y déroger). Le débat concernant la position commune à défendre dans les négociations multilatérales divisait la Communauté. En octobre 1993, lors du séminaire de Mons, les Ministres européens chargés de l'audiovisuel ont pu trouver un accord quant à la définition exacte du mandat du négociateur communautaire auprès de l'OMC. Celui-ci était finalement fondé sur quatre volets : l'exemption sans limite de temps au traitement de la nation la plus favorisée pour le secteur audiovisuel ; le maintien de la politique européenne de soutien à l'audiovisuel ; le maintien du droit des États membres et de la Communauté de réglementer le secteur audiovisuel ; et la non-soumission du secteur au principe de libéralisation progressive de l'article XIX de l'AGCS²¹⁴.

Les États s'opposant à toute exclusion du secteur culturel des accords de commerce, ainsi qu'à la légitimité du soutien aux œuvres audiovisuelles, ont vu leurs arguments se renforcer au long des négociations du Cycle d'Uruguay. Ils mettaient en avant les bienfaits du libre-échange pour tous les secteurs, le manque d'efficacité des politiques publiques en faveur de l'audiovisuel, ainsi que l'idée que « fatalement » il ne serait plus possible de lutter contre l'entrée de films hollywoodiens, surtout après la numérisation. De plus, les aides publiques et les quotas seraient, selon eux, inopérants, puisque les œuvres de bonne qualité s'imposeraient d'elles-mêmes. Les aides publiques créeraient, en outre, une mentalité d'assistés et bénéficieraient surtout aux producteurs, la plupart des films produits sur la base de ces mesures n'étant pas diffusés en salle. Par ailleurs, les politiques de soutien à la culture consisteraient en une atteinte à la démocratie et aux libertés fondamentales équivalente à la censure, puisque d'une certaine manière les États seraient en train

214 Voir E. DUJAT, « La Libéralisation des services audiovisuels », Intellex, 2000, auparavant disponible sur < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca> >, p. 10.

d'imposer ce que le public est censé regarder. Elles seraient le reflet d'une posture défensive et négative, qui reconnaît en fin de compte la faiblesse et le déclin de la culture qu'elle prétend défendre (les « cultures fortes » n'ayant pas besoin de se protéger...). Un autre aspect avancé concernait la nature même des produits des industries culturelles, les productions cinématographiques et télévisuelles étant considérées comme du simple divertissement, dépourvu de caractéristiques artistiques et culturelles. Ils défendaient également l'existence d'une « culture de masse », qui s'oppose à la « haute culture », qui peut, elle, être soutenue par les pouvoirs publics – à l'image du système américain fondé sur le *National Endowment for the Arts*.

Face à une telle opposition, l'occasion d'adopter l'exception culturelle dans les accords de l'OMC a été manquée en 1994.

2 - La libéralisation des services culturels

L'AGCS est l'accord voué à avoir le plus d'influence directe sur le commerce dans le secteur culturel et particulièrement dans le secteur de l'audiovisuel car, selon la *Services Sectoral Classification List* (MTN. GNS/W/120), la production, la distribution et la projection de films cinématographiques, les services de radio et de télévision, la diffusion radiophonique et l'enregistrement sonore relèvent du commerce des services audiovisuels et sont ainsi soumis aux dispositions de cet accord²¹⁵. Cependant, ces classifications ne sont pas sans soulever des problèmes dans certaines situations. Par exemple, il peut paraître difficile dans la pratique d'établir si une taxe touchant la vente de tickets de cinéma concerne exclusivement le secteur des services ou à la fois celui des marchandises et celui des services. Comme vu précédemment, les affaires *CE – Bananes* et *Canada – Périodiques* examinées par l'ORD de l'OMC ont établi que le GATT et l'AGCS ne s'excluent pas dans leur application, car certains aspects d'une même mesure gouvernementale peuvent relever du domaine des services, tandis que d'autres peuvent être plus clairement liés au commerce des marchandises.

²¹⁵ Les services audiovisuels correspondent, dans la Classification sectorielle des services, au sous-secteur « D » de la catégorie « 2. Services de communication », lequel contient six positions, chacune renvoyant à la Classification centrale des produits provisoire de l'ONU (CPC) : services de production et de distribution de films cinématographiques et bandes vidéo (CPC 9611) ; services de projection de films cinématographiques (CPC 9612) ; services de radio et de télévision (CPC 9613) ; services de diffusion radiophonique et télévisuelle (CPC 7524), services d'enregistrement sonore (CPC n.c.) et autres services. Il est parfois difficile de distinguer les services qui relèvent des télécommunications et ceux qui relèvent de l'audiovisuel. Dans la pratique, il est généralement admis que les engagements relatifs à la programmation concernent les services audiovisuels et ceux qui visent de manière exclusive le transport d'informations sont considérés comme relevant des services de télécommunication. L'évolution rapide des technologies a bouleversé les définitions de plusieurs services audiovisuels.

Quoi qu'il en soit, l'AGCS inclut effectivement les services culturels et audiovisuels, ce qui est d'ailleurs conforme à son article I:3 (b), qui définit de manière large la portée de l'accord : « les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». À l'instar des autres secteurs de services, les services culturels sont classés selon leur modalité de fourniture : 1. fourniture transfrontières (« *cross border supply* », où seul le service dépasse les frontières nationales. C'est le cas, dans le secteur audiovisuel, de la diffusion directe de programmes de télévision à l'étranger) ; 2. consommation à l'étranger (« *consumption abroad* », situation dans laquelle le consommateur se rend dans le pays du fournisseur, comme c'est le cas d'un voyage touristique ou de la fréquentation d'un établissement d'enseignement. Dans le secteur de l'audiovisuel, ce mode de fourniture existerait lorsqu'un touriste regarde un film à l'étranger, ce qui n'est pas nécessairement très important économiquement pour le secteur) ; 3. présence commerciale sur le territoire du pays consommateur (« *commercial presence* », à travers, par exemple, la création de succursales ou d'agences²¹⁶. Ce mode de fourniture implique que l'AGCS contienne indirectement des obligations en matière d'investissement dans le domaine des services. Une illustration peut en être donnée avec la coproduction d'un film à l'étranger) ; et 4. présence de personnes physiques (« *presence of natural persons* », ressortissants étrangers qui se rendent dans un autre pays membre de l'OMC pour y fournir des services. C'est le cas, par exemple, d'une équipe étrangère qui produit un film pour un studio de production local).

Quant à l'exclusion de l'AGCS de tout « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », l'article I:3 (c) définit ce type de service comme étant « *tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services* ». Une question qui se pose est celle de savoir si, par le biais de cet article, les services publics de radiodiffusion peuvent être exclus de l'application de l'AGCS. Cela ne paraît pas être le cas, notamment parce que les services de radiodiffusion publique sont souvent en concurrence avec d'autres fournisseurs. De plus, l'article VIII, lequel établit des règles précises pour les monopoles et les fournisseurs exclusifs de services, détermine que ceux-ci devront agir selon les obligations définies par l'AGCS pour le Membre où ils opèrent. Les services publics de radiodiffusion sont ainsi soumis également aux règles de l'AGCS.

L'examen de ces règles démontre une réduction générale de la marge de manœuvre des Membres dans le secteur culturel, bien que certains thèmes pouvant avoir une incidence à ce sujet soient encore en

216 Le concept de « présence commerciale » dans l'AGCS relève d'une approche fonctionnelle, qui inclut non seulement la création ou l'acquisition d'une personne juridique sur le territoire d'un autre Membre, mais aussi toute succursale ou bureau de représentation, selon la n. 12 de l'article XXVIII de l'AGCS.

négociation. Le postulat de flexibilité de l'AGCS ne peut ainsi être aujourd'hui véritablement défendu.

a) La réduction de la marge de manœuvre des Membres dans les secteurs culturels

Si l'AGCS autorise, sous quelques conditions, l'exercice de la régulation nationale par les Membres, il envisage globalement de promouvoir l'accès aux marchés et la libéralisation progressive du commerce dans le secteur des services. En consacrant le principe de non-discrimination aussi pour le commerce des services culturels, il risque de mettre en péril certaines mesures de politique culturelle.

i) La réduction découlant des principes d'application générale

Deux principes d'application générale de l'AGCS peuvent influencer sur la capacité des Membres d'intervenir pour protéger leurs industries culturelles. Il s'agit de l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée (« traitement NPF ») et de l'obligation de transparence pour l'adoption des réglementations nationales sur les services.

Quant au traitement NPF, les Membres de l'OMC ont été autorisés, au moment de l'entrée en vigueur des Accords de Marrakech, à inclure dans une liste annexe à l'AGCS toute exemption à cette obligation (article II:2). Dans le domaine de la culture, les pays signent généralement des accords particuliers bilatéraux visant à la promotion des échanges et d'une collaboration plus étroite, selon leurs affinités culturelles et linguistiques. Les accords de coproduction en sont de bons exemples. Il existe aussi des accords régionaux et même multilatéraux qui prévoient l'existence de préférences entre les pays (comme le Code de la libération des opérations invisibles courantes de l'OCDE, lequel contient une annexe relative aux œuvres filmées et prévoit des réserves pour certains aspects du commerce des services audiovisuels). Un autre exemple apparaît dans l'Union européenne, où les œuvres audiovisuelles des pays membres bénéficient des quotas communautaires. Dans la perspective de l'application du traitement NPF, tous ces accords pourraient être considérés illicites, si ce n'était la possibilité d'inclusion d'exemptions à ce principe. Ces exemptions ont donc l'effet d'une *grandfathering clause*, qui permet le maintien d'une situation discriminatoire par rapport aux autres Membres.

Au moment de l'entrée en vigueur de l'AGCS, certains Membres ont adopté des exemptions au traitement NPF concernant spécifiquement le secteur audiovisuel²¹⁷. Huit autres exemptions s'appliquent de manière générale à tous les secteurs de services, y compris le secteur audio-

217 Il s'agit de l'Australie, de la Bolivie, du Brésil, du Brunei, du Canada, du Chili, de la Colombie, des Communautés Européennes, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, de l'Islande, d'Israël, du Liechtenstein, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, du Panama, de Singapour, de la Suisse, de la Tunisie, des États-Unis et du Venezuela.

visuel²¹⁸. Les exemptions NPF en matière audiovisuelle concernent généralement les accords de coproduction, lesquels peuvent attribuer aux parties à l'accord le traitement national à l'égard de l'éligibilité à l'assistance financière, à des réductions fiscales et à des procédures simplifiées d'entrée pour les personnes physiques. De plus, quelques exemptions couvrent un traitement préférentiel au temps d'écran, tandis que d'autres prévoient des moyens de représailles contre des mesures unilatérales de la part d'autres Membres dans le secteur audiovisuel. Les Membres qui n'ont pas inscrit d'exemption à l'article II de l'AGCS, faute d'accords de coproduction ou de fonds régionaux d'aide au cinéma au moment de la signature des accords de l'OMC, ne pourront plus le faire.

L'Annexe relative aux exemptions à l'article II de l'AGCS contient une colonne où figurent les raisons justifiant leur adoption. Dans la plupart des cas, elles se fondent sur le besoin de préserver et de promouvoir une identité nationale ou régionale, ce qu'illustrent quelques exemples contenus dans les listes des Membres.

Les exemptions de la Communauté européenne concernent divers secteurs et certaines sont très générales²¹⁹. Elles visent à garantir que la possibilité de bénéficier des programmes européens d'aide à l'audiovisuel soit limitée aux pays européens et aux œuvres répondant à certains critères d'origine européenne. Dans le secteur de la distribution des œuvres audiovisuelles, il est déterminé que des droits de redressement pourront être imposés « *face aux pratiques déloyales en matière de prix de certains pays tiers distributeurs d'œuvres audiovisuelles* », pouvant causer des distorsions graves à la distribution d'œuvres audiovisuelles européennes. Sont également exemptées de l'obligation de traitement NPF les mesures qui accordent le traitement national dans le cadre d'accords de coproduction d'œuvres audiovisuelles avec d'autres pays. Cette exemption permet l'application du traitement national (exclusivement) aux « *pays avec lesquels une coopération culturelle peut être souhaitable* ». En outre, les mesures accordant le traitement national uniquement aux œuvres considérées d'origine européenne sont permises et s'appliquent aux pays ayant participé à la Convention sur la télévision transfrontières du Conseil

218 Note d'information du Secrétariat de l'OMC relative aux services audiovisuels du 15 juin 1998 (S/C/W/40).

219 Portant sur tout le secteur de l'audiovisuel, l'une d'entre elles, sans spécifier les mesures couvertes, affirme simplement qu'elle envisage de « *prévenir, corriger ou compenser les conditions ou actions préjudiciables, déloyales ou déraisonnables imposées aux services audiovisuels des CE, à leurs produits ou à leurs fournisseurs de services, en réaction à des actions de cette nature ou comparables d'autres membres* ». D'autres exemptions sont prévues dans les domaines de la production et de la distribution d'œuvres audiovisuelles par la radiodiffusion ou d'autres formes de transmission au public ; de la production et de la distribution d'œuvres cinématographiques et de programmes de télévision ; des services de distribution de l'audiovisuel ; et des services de diffusion télévisuelle et radiophonique. Voir la liste finale d'exemptions de l'article II des Communautés européennes, GATS/EL/31, pp. 1-3.

de l'Europe de 1989 et à d'autres pays européens. Toutes ces exemptions ont comme justification la promotion de l'identité régionale, de valeurs culturelles et d'objectifs de protection linguistique. Accompagnées de l'absence d'engagements en matière de traitement national et d'accès aux marchés dans le secteur audiovisuel²²⁰, elles permettent à la Communauté européenne de garder une large liberté dans le domaine de la politique audiovisuelle.

De la même manière, la liste d'exemptions à l'article II de la Suisse couvre l'attribution du traitement national uniquement aux œuvres couvertes par des accords bilatéraux ou plurilatéraux de coproduction audiovisuelle, l'attribution de soutien à travers les programmes MEDIA et EURIMAGES, ainsi que l'allocation de temps d'écran à des œuvres et des prestataires de services audiovisuels répondant à des critères spécifiques d'origine européenne (conformément à la Convention du Conseil de l'Europe sur la Télévision transfrontières). Comme justification de ces mesures, la Suisse indique la « *promotion d'objectifs culturels communs* ». Pour ce qui est de la radiodiffusion, sont exemptées les mesures de concession pour l'opération de stations de radio ou de télévision fondées sur des accords bilatéraux de coopération culturelle. Outre l'objectif de promotion d'intérêts culturels communs, ces mesures servent à réglementer l'accès au marché suisse, afin de garantir la diversité de l'offre²²¹.

Pour le Brésil, une exemption concernant la production de films cinématographiques et de bandes vidéo prévoit que le traitement national ne sera applicable qu'aux œuvres résultant d'accords de coproduction avec le Brésil²²².

Le Venezuela a également établi une exemption large à la clause de la nation la plus favorisée en matière de services audiovisuels²²³, retirant de l'application de la clause NPF les mesures prévues par des accords de coproduction, l'Accord pour la création d'un marché commun

220 Cf. *infra*.

221 Voir GATS/EL/83.

222 GATS/EL/13, p. 1. Un supplément a été rajouté à la liste brésilienne en 1997 (GATS/EL/13/Suppl.1) concernant les « *services de télécommunications fournis en vue de la diffusion de programmes radiophoniques ou télévisuels reçus directement par les consommateurs* » (et non les services de radiodiffusion eux-mêmes). Cette nouvelle exemption au traitement NPF, d'ordre en principe économique, vise les « *mesures ou accords internationaux prévoyant l'accès aux marchés sur une base réciproque ou l'application d'un traitement différencié à certains pays* » et présente l'objectif de garantir un accès effectif à tous les marchés pour les entreprises brésiliennes. Elle peut, néanmoins, avoir des effets indirects sur la diffusion de contenu audiovisuel, notamment en cas d'absence de réglementation ou de contrôle du contenu. La programmation provenant de certains pays pourrait ainsi être favorisée en raison du traitement préférentiel accordé à leurs entreprises de diffusion directe.

223 GATS/EL/92, pp. 1-6.

latino-américain du cinéma²²⁴, l'Accord latino-américain de coproduction cinématographique et l'Accord d'intégration cinématographique ibéro-américaine.

Le Canada, à son tour, a introduit dans sa liste d'exemptions le droit d'accorder un traitement préférentiel à des entreprises ou des personnes physiques des pays avec lesquels le gouvernement central ou le Québec ont conclu des accords de coproduction. Cette réserve a comme but explicite la préservation des cultures canadienne et québécoise²²⁵.

Dans le même sens, afin de « *préserver la culture et l'identité arabes* », l'Égypte accorde le traitement national aux œuvres réalisées dans le cadre d'accords de coproduction signés avec certains pays²²⁶.

La reconnaissance générale de l'importance culturelle de ces exemptions n'est démentie que par les États-Unis, dont la seule exemption à la clause de la nation la plus favorisée dans le domaine de l'audiovisuel exige la réciprocité pour qu'une entreprise étrangère de radiodiffusion puisse déduire des impôts ses dépenses de publicité destinée principalement au marché américain²²⁷. Dans la colonne correspondant à l'objectif visé par la mesure, aucune considération d'ordre culturel n'est mentionnée. Son but est simplement d'« *encourager la déduction des dépenses de publicité sur le plan international* ». Cependant, une telle mesure modifie la compétitivité des entreprises bénéficiant de cette possibilité de déduction et, par conséquent, leur capacité de mettre leurs produits audiovisuels sur le marché.

Une autre tendance observable est celle du refus de la plupart des États d'indiquer une durée précise pour ces exemptions. En effet, dans plusieurs listes, la durée des exemptions pour le secteur audiovisuel est expressément indiquée comme étant « indéterminée ». L'Annexe concernant l'article II de l'AGCS affirme toutefois le caractère provisoire de ces exemptions (§ 3), en prévoyant par ailleurs leur réexamen par le Conseil du commerce des services. Ce réexamen consiste en la vérification de la

224 Cet accord n'est pas mentionné dans la liste d'exemptions à la clause NPF du Brésil, par exemple, bien que ce pays y soit également partie. On peut ainsi s'interroger quant aux possibles incompatibilités entre cet accord et les engagements assumés par le Brésil dans le cadre de l'AGCS.

225 GATS/EL/16, p. 1.

226 GATS/EL/30, p. 1.

227 GATS/EL/90, p. 5. Dans un supplément de 1997 (GATS/EL/90/Suppl.2), une exemption a été insérée par cet État quant à l'application d'un traitement différencié à certains pays, selon un critère de réciprocité ou en raison d'accords internationaux, dans le secteur des télécommunications, pour la « *transmission unidirectionnelle par satellite de services de télévision directe (DTH) et de diffusion directe par satellite (DBS), et de services audio-numériques* ». L'objectif déclaré de ce traitement différencié est celui de garantir l'accès aux marchés et le traitement national sur certains marchés, mais il serait possible de concevoir une influence indirecte de ces mesures sur le contenu culturel véhiculé par ces services.

présence des « *conditions qui ont rendu l'exemption nécessaire* » (§ 4), ce qui crée la possibilité de son éventuelle prorogation.

Une première révision des exemptions a été effectuée par le Conseil du commerce des services en 2000, où il a été décidé qu'une nouvelle révision serait réalisée avant juin 2004. Une telle date se justifiait en raison de la limite maximale établie pour ces exemptions au § 6 de l'Annexe, qui prévoit qu'« [e]n principe, les exemptions ne devraient pas dépasser une période de 10 ans » (années 2004-2005). Ensuite, il est établi qu'« [e]n tout cas, elles feront l'objet de négociations lors des séries de libéralisation des échanges ultérieures ». Par l'emploi de l'expression « en principe », cette disposition semble reconnaître que dans certaines situations le dépassement d'un tel délai pourrait être nécessaire. Elle ouvre donc la possibilité pour les Membres de maintenir leurs exemptions. En pratique, de nouveaux accords de coproduction sont toujours conclus et ceux qui sont actuellement protégés au sein de l'AGCS n'ont pas été éliminés en 2005. Cette question fait partie du programme de travail de l'AGCS dans les négociations actuelles et il n'existe pas de consensus entre les Membres de l'OMC. Lors d'une réunion le 24 juin 2005, dans le cadre du réexamen des exemptions NPF par le Conseil du commerce des services, il a été décidé que le prochain réexamen ne se fera « *pas plus tard qu'en juin 2010* »²²⁸.

Cette extension de délai ne cache pas, néanmoins, des tentatives d'élimination des exemptions NPF, comme celle contenue dans une demande plurilatérale pour le secteur de l'audiovisuel présentée en mars 2006 par la Chine, Hong Kong, Taiwan, le Mexique et le Japon, laquelle demandait également que des clarifications et des précisions soient données sur les listes des Membres, lorsque la complète élimination de ces exemptions ne serait pas possible. De telles clarifications et précisions peuvent naturellement signifier une élimination ou du moins une importante réduction de la portée des exemptions. S'agissant d'un domaine où la marge de manœuvre des pouvoirs publics nationaux doit être large, l'acceptation de ce type de demande pourrait poser de sérieux problèmes d'ordre culturel.

Un autre article de l'AGCS contenant une exclusion à l'obligation de traitement NPF est l'article V, relatif à la possibilité d'établissement, par un groupe réduit de pays, d'unions économiques relevant d'un plus grand niveau de libéralisation (Accords commerciaux régionaux (ACR) ou *Regional Trade Agreements* (RTA)), sous condition d'une « couverture sectorielle substantielle » (*substantial sectoral coverage*). Il serait, par exemple, envisageable que les parties à un ACR définissent des politiques

228 Rapport du Secrétariat S/C/M/79, du 16 août 2005. À l'occasion de cette réunion, il a été souligné que quelques pays seraient prêts à éliminer toutes leurs exemptions NPF (p. 5), tandis que d'autres indiquaient qu'ils maintiendraient leurs exemptions, sans même essayer d'examiner les conditions qui les avaient rendues nécessaires au moment de leur adoption (*Idem*, p. 6).

audiovisuelles communes pouvant engendrer des discriminations par rapport aux pays non parties. Puisque le concept de « couverture sectorielle substantielle » est assez flexible²²⁹, il serait théoriquement possible que le secteur de l'audiovisuel soit exclu en pratique du processus de libéralisation régionale, si les parties y consentent. Les parties à l'accord régional pourraient ainsi mener leur propre politique audiovisuelle nationale (y compris en discriminant les autres parties au même accord), pourvu que le niveau de libéralisation atteint par le traité dans d'autres domaines soit suffisant.

Cependant, la liberté garantie par l'article V n'est pas absolue. Dans l'affaire *Turquie – Textiles* (DS 34), où l'Inde, ainsi que d'autres États, contestaient des restrictions quantitatives adoptées par la Turquie contre l'importation de certains produits textiles et vêtements, l'argument de justification avancé par la Turquie se fondait sur la conclusion d'une union douanière avec la Communauté européenne (et l'application de l'article correspondant (article XXIV) du GATT). Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont rejeté cet argument. L'Organe d'appel a posé deux éléments pour qu'une mesure incompatible avec le GATT puisse être justifiée par la conclusion d'un accord commercial régional : le respect des conditions prévues par l'article XXIV et, critère très strict, la preuve qu'une telle union douanière n'aurait pas pu se former sans l'adoption d'une telle mesure (éléments repris également dans l'affaire *Argentine – Chaussures* (DS121)). Il a également souligné que la formation d'une union douanière doit promouvoir le commerce entre les États parties à l'union et ne doit pas créer de nouveaux obstacles au commerce avec les États tiers²³⁰. Par conséquent, un accord régional économique qui ne toucherait pas au secteur des services audiovisuels (ayant atteint une couverture sectorielle substantielle dans d'autres secteurs) obligerait tout de même les États parties à ne pas créer plus d'obstacles que ceux prévus dans leurs engagements au titre de l'AGCS.

Un contrôle de la poursuite de l'objectif d'expansion et d'approfondissement de la libéralisation commerciale est par ailleurs garanti en vertu de l'obligation générale de transparence de l'article III de l'AGCS. Celle-ci exige que les États se tiennent mutuellement informés à propos des mesures qu'ils adoptent dans les différents secteurs des services. Elle contribue à la sûreté du système de l'OMC et prend beaucoup d'impor-

229 Et même peu applicable, comme le constate P. SUTHERLAND *et al.*, « L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire », Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, OMC, Genève, 2004, <http://www.wto.org/french/thewto_f/10anniv_f/future_wto_f.pdf>, p. 24.

230 L'article V de l'AGCS confirme cette interprétation en affirmant que « *Tout accord visé au paragraphe 1 sera destiné à faciliter les échanges entre les parties et ne relèvera pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services dans les secteurs ou sous-secteurs respectifs par rapport au niveau applicable avant un tel accord* » (§ 4).

tance dans le secteur du commerce des services, en raison de la densité des réglementations dans ce domaine. Pour ce qui est spécifiquement des mesures affectant le commerce des services culturels et étant donné qu'il est difficile d'envisager aujourd'hui l'exclusion du secteur culturel du champ d'application des accords de l'OMC, il semble qu'un répertoire plus complet des législations en la matière pourrait promouvoir une meilleure connaissance et compréhension des mesures adoptées par les différents Membres selon leurs circonstances particulières. Cela servirait éventuellement à légitimer certaines politiques culturelles et à inspirer des pays n'ayant pas de telles politiques à en établir.

Le respect de ces dispositions de transparence doit, néanmoins, prendre en compte l'écart des moyens entre les pays développés, d'un côté, et les pays en développement ou les moins avancés, de l'autre, et la difficulté qu'auront ces derniers à les respecter. C'est notamment pour cette raison que paraît excessive la proposition, défendue par certains Membres depuis quelques années en ce qui concerne l'obligation de transparence, d'exigence d'une « notification préalable » (*prior notice*). La transparence permettrait ainsi une plus grande participation à la procédure (interne) d'adoption d'une mesure, ce qui n'a pas été prévu initialement par l'article III de l'AGCS. Dans le secteur culturel, ce type d'intervention dans l'élaboration de la réglementation intérieure des Membres peut s'avérer très dangereux. Il est difficile de concilier une « *structure [qui] devrait favoriser le développement, ménager une flexibilité, et être entièrement compatible avec le droit d'un gouvernement de réglementer dans l'intérêt général* », tel que le souligne par exemple le Canada dans une communication d'avril 2003²³¹, et une telle intrusion dans les affaires intérieures d'un État.

Lors d'une réunion du Groupe de travail sur la réglementation intérieure en 2005²³², les États-Unis proposaient, pour l'application du concept de « notification préalable », qu'une différence soit établie entre les « réglementations d'application générale » et les « législations et lois ». La notification préalable serait applicable pour les premières et non pour les secondes. Cette distinction semble ne pas être facile à appliquer en pratique. Dans le secteur culturel, elle impliquerait l'exercice d'un contrôle injustifiable sur la capacité des États d'adopter des mesures de politique culturelle, ce qui reviendrait à restreindre encore plus leur marge de manœuvre telle que définie par leurs engagements spécifiques.

ii) La réduction résultant des engagements spécifiques

D'autres principes de base de l'AGCS se réfèrent à l'accès aux marchés et au traitement national (TN). Dans le cadre de l'AGCS, ces principes ne s'appliquent qu'aux secteurs où les Membres ont pris des

231 WT/WGTI/W/155, p. 4.

232 Voir le Rapport du 11 juillet 2005 du Groupe de travail sur la réglementation intérieure, S/WPDR/M/29, p. 25.

engagements, à travers des listes positives établies par catégories de secteurs, lesquelles constituent une partie intégrante des Accords de l'OMC. Ces listes sont encore complétées par des engagements « additionnels ». Une fois que des engagements ont été pris, les Membres ne peuvent plus revenir en arrière (double mécanisme des clauses de consolidation (*standstill*) et d'élimination (*rollback*) des restrictions) et, en cas de non-respect des obligations contractées, ils risquent d'être soumis au système de règlement des différends de l'OMC.

L'article XVI de l'AGCS, relatif aux engagements en matière d'accès aux marchés, dispose que « (...) *chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste* ». Son § 2 prévoit les six catégories de limitations à l'accès aux marchés qui sont en principe interdites lorsqu'un Membre assume des engagements d'accès aux marchés, sauf à les indiquer expressément dans sa liste. Il s'agit dans leur majorité de limitations quantitatives, liées au nombre de fournisseurs, à la valeur des transactions, au nombre d'opérations ou à la quantité de services, au nombre de personnes physiques employées, aux types d'entité juridique exigé pour la fourniture d'un service et aux limitations à la participation du capital étranger.

Puisque la fourniture transfrontières de services audiovisuels se fait soit par l'importation ou l'exportation d'œuvres audiovisuelles sur un support physique, soit par la transmission internationale par câble ou ondes hertziennes, dans le premier cas les engagements d'accès aux marchés viseront, par exemple, des contingents à l'importation et/ou à l'écran d'œuvres cinématographiques et télévisuelles. Cette première forme de fourniture transfrontières atteste des difficultés à distinguer le commerce des marchandises du commerce des services, ce qui revient à renforcer les considérations développées plus haut concernant la séparation pratique entre les champs d'application du GATT et de l'AGCS. Quant à la fourniture par câble ou ondes hertziennes, l'accès aux marchés pourra dépendre de l'accès aux réseaux de télécommunication du pays importateur, l'existence de monopoles nationaux pouvant rendre cet accès plus difficile. Un contrôle de l'accès au marché du film peut aussi être opéré par le biais de prohibitions ou de l'exigence de licences de doublage des films étrangers, comme observé respectivement au Mexique et autrefois en Espagne. Dans les cas où un Membre assume des engagements d'ouverture de son marché dans le secteur de l'audiovisuel, ce type de restriction doit être consigné de manière expresse dans sa liste afin d'être maintenu légalement. Les nouvelles techniques et habitudes de consommation dans le secteur de l'audiovisuel, tel que la télédiffusion directe par satellite, apportent des caractéristiques particulières à l'accès aux marchés dans ce secteur. En ce qui concerne la fourniture à travers la présence commerciale, l'accès aux marchés peut être influencé par des

politiques d'achat accordant une préférence aux productions nationales, des subventions à l'industrie nationale ou des règlements imposant aux productions nationales de recourir à des studios et laboratoires nationaux. Des restrictions à la propriété et à l'investissement étrangers peuvent également représenter d'importants obstacles pour l'accès au marché audiovisuel²³³.

Les engagements pris en vertu de l'obligation d'accès aux marchés obligent ainsi les Membres de l'OMC à éliminer toute restriction quantitative ou toute autre mesure pouvant influencer sur le chiffre d'affaires ou la valeur des actifs d'une entreprise étrangère, à moins qu'ils ne fassent figurer sur leurs listes d'engagements des « modalités, limitations et conditions » de manière spécifique et claire. La souplesse du régime actuel de l'AGCS vient de la libéralisation effectuée par des listes positives, ce que l'on appelle l'approche « *bottom up* »²³⁴ : les États ne libéralisent que les secteurs spécifiques où ils prennent des engagements et uniquement dans la mesure indiquée par ceux-ci.

C'est ainsi que, dans la pratique, peu de Membres ont pris des engagements dans le secteur de l'audiovisuel à travers ce mécanisme (13 sur les 105 signataires de l'Accord de Marrakech²³⁵ et, en août 2009, 29

233 Sur l'application de la règle de l'accès aux marchés au secteur audiovisuel, voir la Note du Secrétariat de l'OMC « Questions relatives au commerce des services audiovisuels », *op. cit.*

234 Contrairement au GATT et à plusieurs accords de libre-échange bilatéraux, où les obligations assumées par les Parties obéissent à une approche *top down*, c'est-à-dire, les engagements d'accès aux marchés, le traitement national et le traitement NPF sont automatiquement applicables à tous les secteurs, les États devant établir des exemptions négociées pour les limiter ou conditionner. L'AGCS est donc fondé sur une structure différente, où les obligations d'accès aux marchés et de traitement national sont assumées secteur par secteur, dans la mesure des engagements des pays. Le traitement NPF s'applique, toutefois, de manière générale aussi pour l'AGCS, avec la possibilité d'établissement d'exemptions pour préserver quelques traitements préférentiels, comme vu précédemment.

235 Voir Note d'information du Secrétariat de l'OMC relative aux services audiovisuels du 15 juin 1998 (S/C/W/40), p. 19. En 1998, 19 Membres avaient pris des engagements dans ce secteur. Seuls l'Albanie, la République centrafricaine et les États-Unis ont pris des engagements relatifs à toutes les six positions des services audiovisuels. La Nouvelle-Zélande et le Kirghizstan ont pris des engagements dans cinq catégories ; le Panama, le Lesotho, la Géorgie et la Gambie en ont pris dans quatre ; et Hong Kong, le Japon, la Chine et la Jordanie ont pris des engagements dans trois positions (voir WTO Secrétariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 141). Au total, 58 Membres de l'OMC ont pris des engagements partiels ou complets dans les sous-secteurs culturels, ceux-ci comprenant les services de communication, récréatifs, culturels et sportifs (P. SAUVE, « Introduction », *op. cit.*, p. 13). Les engagements les plus nombreux concernent les services de spectacle (40 Membres, y compris les Communautés européennes), ce qui s'explique probablement en raison des moins grands enjeux économiques dans ce sous-secteur et du fait qu'un certain nombre de Membres ont considéré que la libéralisation commerciale ne poserait ici pas suffisamment de problèmes culturels pour être empêchée.

sur les 153 Membres²³⁶). Afin d'empêcher l'ouverture de leur marché audiovisuel, des pays comme le Canada et ceux de la Communauté européenne n'ont pas pris d'engagements dans ce secteur. Cela a permis, par exemple, à ces derniers de prendre de nouvelles initiatives en matière de politique audiovisuelle depuis 1995, comme le programme « Media Plus ». Parmi les restrictions qui figurent le plus souvent dans les listes d'engagements dans le secteur de l'audiovisuel, se trouvent en premier lieu celles relatives au mouvement des personnes physiques, suivies par celles concernant la participation d'actionnaires étrangers, le temps d'antenne autorisé aux productions étrangères et l'exclusion des subventions nationales du principe du traitement national²³⁷.

L'observation de quelques exemples d'engagements des Membres atteste de la manière dont ces derniers ont pu établir des barrières à l'entrée sur leur marché, afin de protéger leurs mesures nationales de soutien à la culture. Les Membres ayant contracté des engagements dans le secteur de l'audiovisuel sont en général ceux qui détiennent une industrie audiovisuelle relativement puissante (ne serait-ce que sur le plan régional), ou ceux qui, ayant accédé plus tard aux Accords de l'OMC, ont subi de fortes pressions les conduisant à ouvrir leur marché audiovisuel.

Parmi les derniers, se trouvent le Kirghizstan, la Géorgie et la Chine. Celle-ci a adopté des engagements dans les secteurs des services de distribution de vidéos, y compris les logiciels de divertissement, de distribution d'enregistrements sonores et des services relatifs aux salles de cinéma²³⁸. Pour ces trois secteurs, aucune limitation n'a été établie en ce qui concerne les modes 1 et 2²³⁹. En mode 3, l'accès au marché de la distribution de vidéos (à l'exception des films cinématographiques) et d'enregistrement sonore est permis par le biais de « *coentreprises contractuelles avec des partenaires chinois* ». Pour ce qui est des services relatifs aux salles de cinéma, ce pays a établi en mode 3 que « *les fournisseurs de services étrangers seront autorisés à construire et/ou à rénover des salles de cinéma, la part de l'investissement étranger étant limitée à 49 pour cent* ». Ces conditions et limitations étant consolidées,

236 Voir la base de données sur les services disponible sur < www.wto.org >.

237 Voir la Note d'information du Secrétariat de l'OMC relative aux services audiovisuels du 15 juin 1998 (S/C/W/40), p. 9, ainsi que WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 141 et la base de données sur les services disponible sur < www.wto.org >.

238 GATS/SC/135.

239 Dans la colonne des engagements additionnels, il est précisé que ces engagements sont « *Sans préjudice du respect des réglementations chinoises concernant l'administration des films* » et que « *la Chine autorisera dès l'accession l'importation de films cinématographiques pour projection en salle sur la base du partage des recettes, le nombre de films importés étant de 20 par année* ». L'utilisation dans cet énoncé du mot « importé », faisant référence plus directement au commerce des produits qu'à celui des services, témoigne à nouveau de la difficulté de distinction, notamment dans le domaine de l'audiovisuel, entre les « produits » et les « services ».

ce pays ne pourra en introduire de nouvelles à l'avenir, nonobstant toute éventuelle évolution du secteur. Ce n'est qu'en mode 4, pour les secteurs susmentionnés, que la Chine a gardé son droit d'introduire de nouvelles limitations à l'accès aux marchés. Ces engagements ont d'ailleurs fondé les arguments des États-Unis contestant des mesures chinoises en matière de distribution de produits audiovisuels devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (*Chine – Publications et produits audiovisuels*)²⁴⁰.

Parmi les pays détenant une industrie audiovisuelle puissante, l'Inde, par exemple, a adopté des engagements uniquement dans le secteur de la distribution de films et de cassettes vidéo en mode 3 et mode 4²⁴¹. En matière de présence commerciale, ce pays a ouvert son marché aux entreprises étrangères dans ce secteur, sous réserve de deux conditions : que ces entreprises agissent à travers des bureaux de représentation autorisés à fonctionner en tant que filiales d'entreprises constituées en dehors du territoire indien ; et que l'importation de titres soit restreinte à 100 par an. En mode 4, les engagements et limitations sont ceux indiqués dans la section horizontale de la liste d'engagements de ce pays, applicable à tous les secteurs.

Le Japon a également adopté des engagements d'accès aux marchés sans limitations en mode 1, 2 et 3 dans les secteurs de la production et de la distribution de films cinématographiques et des vidéos, de la projection cinématographique et de l'enregistrement sonore²⁴². En mode 4, aucun engagement n'a été assumé, sauf pour ceux qui ont été inclus dans la liste d'engagements horizontaux. Aucune référence n'étant faite, par exemple, aux services de transmission et de programmation à la télévision, le Japon demeure libre d'adopter ou de maintenir des mesures limitatives de l'accès aux marchés dans ces secteurs.

Enfin, les États-Unis ont assumé des engagements sans limitations en matière d'accès aux marchés en modes 1, 2 et 3, dans les secteurs des services de production et de distribution de films cinématographiques, de projection de films cinématographiques, de radio et de télévision, d'enregistrement du son et d'« autres services audiovisuels »²⁴³. Cet État ne pourra ainsi pas établir des restrictions à l'accès à son marché de l'audiovisuel dans ces trois modes. Dans le sous-secteur de la diffusion radiophonique et télévisuelle, des limitations à la présence commerciale ont été établies en ce qui concerne la propriété simultanée de quotidiens d'information et de stations de radio et de télévision sur un même marché et la détention d'un permis d'exploitation pour la radio ou la télévision

240 Certaines mesures chinoises ont en effet été considérées incompatibles avec les obligations de ce pays à l'OMC par le Groupe spécial ayant examiné l'affaire (Rapport du 12 août 2009, WT/DS363/R).

241 GATS/SC/42.

242 GATS/SC/46.

243 GATS/SC/90.

par des entreprises ou gouvernements étrangers, ce qui témoigne de certaines préoccupations de pluralisme dans ce secteur.

La plupart des Membres n'ont toutefois pas mentionné le secteur de l'audiovisuel dans leurs listes d'engagements spécifiques, de manière à garder toute leur liberté pour établir des barrières à l'accès aux marchés dans ce secteur. C'est le cas, par exemple, de la Communauté européenne, de l'Égypte et du Brésil²⁴⁴. Bien qu'une telle position ne soit pas irréversible, car ils ont été et risquent encore d'être confrontés à une pression certaine en faveur de la libéralisation du secteur dans l'avenir, leur abstention de prendre des engagements dans ce domaine témoigne d'une volonté claire de maintenir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle en faveur de l'industrie audiovisuelle nationale.

L'attitude de chacun de ces pays, fruit de leur vision sur l'importance de l'audiovisuel pour les cultures nationales, a été également confirmée en matière d'engagements de traitement national. Établi à l'article XVII de l'AGCS, le traitement national interdit toute discrimination entre services et fournisseurs de services similaires nationaux et étrangers dans les secteurs spécifiés dans les listes des Membres. Il est ainsi applicable non seulement à la réglementation des services, mais aussi à celle des fournisseurs de services, ceux-ci faisant souvent partie du « service final ». La réglementation des fournisseurs de service sera donc soumise aux obligations de traitement national, même lorsque le fournisseur se situe à l'étranger. Quant à la notion de similarité, sa vérification doit être faite entre services ou entre fournisseurs de services de manière séparée, une interprétation diverse pouvant conduire à des résultats aberrants.

Dans le cas de l'audiovisuel, la non-discrimination au titre du traitement national se présente différemment selon les sous-secteurs et les modes de fourniture²⁴⁵. Ses effets sur le commerce transfrontières de supports physiques sont assez proches de ceux résultant des règles touchant aux marchandises en général. Quant à la diffusion par satellite, les conséquences du traitement national peuvent être similaires à celles relatives aux obligations d'accès aux marchés. Par exemple, il faudra accorder aux entreprises étrangères les mêmes possibilités d'accès aux réseaux de télécommunication que celles attribuées aux entreprises nationales.

L'application du principe de traitement national peut ainsi contribuer à l'amélioration des conditions d'accès aux marchés par des

244 GATS/SC/31, GATS/SC/30 et GATS/SC/13 respectivement.

245 Sur les conséquences de la notion de traitement national pour le secteur audiovisuel, voir la Note du Secrétariat de l'OMC « Questions relatives au commerce des services audiovisuels », *op. cit.*, §§ 10 et s. Il y est rappelé que l'application du principe de traitement national peut avoir des résultats divers selon les pays, en fonction de la définition d'« entreprise nationale » pour chaque segment de l'industrie audiovisuelle (production, distribution, présentation, etc.) et de « production nationale » selon l'apport étranger qui y est admis.

entreprises étrangères en raison de ses conséquences sur les éventuelles mesures discriminatoires existantes (par exemple, les exigences de contenu local, les politiques d'achat, les abattements fiscaux, les crédits et garanties publiques de crédit, les restrictions discriminatoires pour la concession de licences, les subventions accordées uniquement à des nationaux, etc.). Ces mesures seront logiquement interdites une fois qu'un Membre aura contracté des engagements de traitement national et, par conséquent, toute mesure de politique culturelle qui favoriserait l'industrie audiovisuelle nationale au détriment des fournisseurs étrangers pourrait être soumise à l'ORD.

Par exemple, la Chine a assumé des engagements amples, sans limitations, au traitement national dans sa liste (à l'exception de celles relatives à l'accès aux marchés pouvant avoir des effets en matière de traitement national) pour les services de distribution de vidéos, de distribution d'enregistrements sonores et les services relatifs aux salles de cinéma en modes 1, 2 et 3²⁴⁶. Cela veut dire que le traitement national est applicable entièrement dans ces secteurs lorsque ces services sont fournis selon ces trois modes. En mode 4, aucun engagement spécifique à ces secteurs n'a été pris, à l'exception de ceux applicables à tous les secteurs des services.

Selon sa liste d'engagements, l'Inde devra appliquer le traitement national dans le secteur de la distribution de films et de cassettes vidéo aux entreprises étrangères répondant aux conditions prévues sous la rubrique « accès aux marchés »²⁴⁷. Pour que la distribution de films puisse être réalisée par une entreprise étrangère présente en Inde, les films doivent avoir été certifiés par une autorité compétente comme ayant reçu un prix dans un festival international, participé à une des sections officielles d'un festival international ou reçu de bonnes critiques dans un journal considéré comme « prestigieux » par le Ministère indien de l'information et de la radiodiffusion.

Le Japon, à son tour, a pris des engagements complets en matière de traitement national pour les modes 1 et 2, dans les secteurs des services de production et de distribution de films cinématographiques et de vidéos, de projection cinématographique et d'enregistrement sonore²⁴⁸. En mode 3, aucune limitation n'est établie, à l'exception de celles incluses dans les engagements horizontaux de ce pays. Le seul mode de fourniture où il demeure libre d'établir un traitement moins favorable aux services étrangers dans ces trois secteurs est le mode 4, sauf également pour les engagements horizontaux assumés.

Enfin, les États-Unis ont assumé des engagements en matière de traitement national pour tous les secteurs de l'audiovisuel, en établissant

246 GATS/SC/135.

247 GATS/SC/42.

248 GATS/SC/46.

une seule exception, pour les modes 1 et 3 de fourniture de services de production et de distribution de films cinématographiques quant aux subventions accordées par le *National Endowment for the Arts*²⁴⁹. Ces subventions ne pourront bénéficier qu'aux « *personnes physiques ayant la citoyenneté des États-Unis, ou détentrices du permis de résidence permanente pour les étrangers, ainsi qu'aux sociétés sans but lucratif* ».

Les mesures de politique culturelle nationale qui visent à favoriser le local au détriment de l'étranger vont bien évidemment à l'encontre du principe du traitement national. Les Membres ayant assumé des engagements étendus de traitement national pour les secteurs culturels seront ainsi privés de la possibilité de prendre toute mesure de soutien de l'industrie culturelle locale qui exclurait les services étrangers. Il serait d'ailleurs possible de concevoir la remise en question des quotas à l'écran (en principe protégés par l'article IV du GATT) à travers l'AGCS, dans le cas où un Membre aurait adopté des engagements en matière d'accès aux marchés ou de traitement national dans le secteur de la distribution des services audiovisuels. Cette limitation de l'intervention étatique peut impliquer des situations d'extrême gravité lorsqu'elle est nécessaire pour pallier l'incapacité des industries nationales de concurrencer l'offre étrangère et les défaillances du marché.

Une troisième catégorie d'engagements des Membres de l'OMC au titre de l'AGCS touche aux « engagements additionnels », traités par l'article XVIII de l'Accord. La liste d'engagements additionnels semble au premier abord concerner des engagements en matière de réglementation intérieure (prévue à l'article VI de l'AGCS), car touchant aux qualifications, normes et licences pour la fourniture d'un service. Cependant, cette liste « additionnelle » a servi, lors de la négociation du Document de référence sur les télécommunications, par exemple, à l'introduction d'engagements qui, dans la pratique, promeuvent l'accès aux marchés. Ce document contient en effet des engagements en matière de réglementation qui visent, d'un côté, à empêcher les entreprises ayant un pouvoir dominant d'en abuser et, de l'autre, à garantir que les entreprises étrangères soient traitées de manière juste par les autorités nationales²⁵⁰. Il n'est ainsi pas aisé d'établir une séparation claire entre ce qui appartient aux engagements d'accès aux marchés et de traitement national et ce qui relève du domaine de la réglementation intérieure. Cette difficulté est encore accrue par l'imprécision du thème de la réglementation intérieure, lequel figure parmi les questions faisant encore l'objet de négociations.

249 GATS/SC/90.

250 Pour un résumé bref des types d'engagements additionnels assumés par les Membres, voir la Note du Secrétariat « Initiatives réglementaires internationales dans le secteur des services » du 1^{er} mars 1999, S/C/W/97, p. 5.

b) Les risques indirects pour les secteurs culturels

La capacité des Membres d'adopter des mesures de politique culturelle peut être encore limitée en raison du processus de négociation de certains thèmes transversaux, comme les subventions, les mesures de sauvegarde d'urgence et la réglementation intérieure dans le secteur du commerce des services. En outre, face à la convergence technologique, une attention particulière devra aussi être prêtée aux engagements contractés dans le secteur des télécommunications.

i) L'évolution des thèmes transversaux

Pour quelques auteurs, le thème des subventions serait au cœur de toute négociation sur le secteur de l'audiovisuel²⁵¹. Pour d'autres, toute discussion sur la question culturelle qui ne prendrait en compte que les subventions impliquerait une soumission de cette question à un point de vue exclusivement économique²⁵². Les États-Unis ont souvent insisté pour que les subventions soient le seul moyen de soutien aux industries culturelles. La plupart des gouvernements, n'ayant pas les moyens financiers nécessaires pour subventionner leurs industries culturelles, dépendent toutefois d'autres types de mesure pour les soutenir.

L'article XV de l'AGCS est le seul dispositif traitant des subventions dans le domaine des services. Il n'apporte pas de définition du terme « subvention » et prévoit uniquement que des négociations seront engagées afin d'élaborer des disciplines multilatérales pour éviter les effets de distorsion du commerce que ce type de mesure peut causer, ainsi que la possibilité de consultations entre les Membres. Il n'existe donc pas encore, dans le domaine du commerce des services, de dispositif précis sur les subventions et les critères permettant leur acceptation. Selon une note à cet article, « *un programme de travail futur déterminera de quelle manière et dans quels délais les négociations sur ces disciplines multilatérales seront menées* ». Tant que ces disciplines ne sont pas établies, les Membres semblent libres d'adopter des subventions visant les services audiovisuels, sous réserve de leurs engagements en matière de traitement national. En effet, selon une approche systémique de l'accord, une liberté effective d'action dans ce domaine dépendra du fait que ces subventions soient exclues de l'application du traitement national (soit par l'absence d'engagements dans le secteur, soit par l'indication de ce type de mesure en tant que limitation à des engagements).

Jusqu'à présent, ce thème n'a pas beaucoup avancé dans le cadre des négociations du Groupe de travail de l'AGCS, en raison de la

251 Voir E. COCQ et P. MESSERLIN, *op. cit.*, p. 26, qui argumentent en faveur de la distinction entre les subventions « pour des raisons culturelles » et celles « pour des raisons simplement industrielles ». Selon eux, un instrument tel qu'un « *Reference Paper* », plus flexible, pourrait éventuellement servir à apporter des précisions pour ce secteur.

252 C. CARMODY, *op. cit.*, p. 305.

complexité d'éventuelles règles sur les subventions et de la difficulté d'application pratique d'une telle disposition dans les secteurs des services. En tout état de cause, l'article XV laisse comprendre que l'AGCS admet les subventions, ce qui est déjà un acquis en termes culturels, car dans le domaine du commerce des services, c'est le secteur des services audiovisuels qui est le plus souvent indiqué comme bénéficiant de subventions dans les examens périodiques de politique commerciale de l'OMC²⁵³.

Un point important est celui de savoir si les nouvelles dispositions sur les subventions dans le commerce des services devraient suivre l'exemple de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires existant pour le commerce des produits. Dans le cas où les critères de cet accord (coût subi par les pouvoirs publics, attribution d'un bénéfice et attribution spécifique à certaines entreprises ou industries) seraient adoptés dans le domaine des services, la plupart des aides accordées aujourd'hui au secteur de la radiodiffusion publique, par exemple, seraient non seulement qualifiées de « subventions », mais tomberaient aussi probablement dans la catégorie des « subventions pouvant donner lieu à une action ». Ceci réduirait bien évidemment, dans la pratique, leur possibilité d'utilisation pour le soutien des industries culturelles nationales.

Des controverses existent aussi quant à la définition même du terme « subvention » pour le secteur des services, certains Membres défendant qu'une définition différente de celle applicable aux marchandises serait nécessaire²⁵⁴. Lors des négociations, l'importance de l'échange de renseignements sur les subventions a été reconnue et un questionnaire a été distribué aux Membres en 2000 afin d'analyser les effets de distorsion de ces mesures sur le commerce. Le programme de travail prévu à l'article XV n'a été finalement adopté qu'en 2002. Le peu d'avancement dans ces négociations semble découler, du moins en partie, de la complexité du thème pour le secteur des services. En effet, dès le début, les Membres ont soulevé la nécessité d'aborder cette question avec prudence et de manière systématique. « L'ensemble des résultats de juillet 2004 »²⁵⁵ avait prévu, dans son Annexe C, que « (e) Les Membres doivent intensifier leurs efforts pour conclure les négociations sur l'élaboration de règles dans le cadre des articles VI:4, X, XIII et XV de l'AGCS conformément à leurs mandats et délais respectifs ». Le rapport de 2004 du Conseil du commerce des services faisait pourtant état du manque d'avancement dans les négociations sur les subventions, les États n'étant pas d'accord

253 I. BERNIER, « Les subventions aux services audiovisuels dans le cadre du GATS : situation actuelle et impact des négociations », août 2003, < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-08.pdf> >, p. 1.

254 Voir sur cette question le Rapport du Président du Groupe de Travail des règles de l'AGCS, Négociations sur les subventions du 30 juin 2003, S/WPGR/10, 12 p.

255 Décision du Conseil général du 1^{er} août 2004, WT/L/579.

sur la manière dont devait se faire l'échange des renseignements prévue à l'article XV²⁵⁶, malgré quelques propositions de certains Membres²⁵⁷.

Quoi qu'il en soit, les Membres devront prêter attention à ce que ces négociations ne restreignent pas davantage l'utilisation des subventions en tant qu'outil de soutien aux expressions culturelles.

Quant aux mesures de sauvegarde dans le domaine du commerce des services, il est intéressant de noter que certains Membres, dans leurs listes d'exemptions à la clause NPF, ont introduit des mécanismes similaires à ces mesures visant à protéger leurs industries nationales contre des entrées dommageables de services étrangers. C'est le cas de la Communauté européenne, avec la prévision dans le secteur de l'audiovisuel de la possibilité d'imposition de mesures correctives des prix dans le secteur de la distribution audiovisuelle. Cependant, en matière de sauvegarde d'urgence, comme pour les subventions, l'AGCS se limite à prévoir des négociations futures (article X:1 de l'AGCS). Ces négociations exigent une attention renforcée des Membres s'ils souhaitent conserver leur capacité de régler les secteurs des services culturels.

Les divergences entre les Membres sont nombreuses, y compris sur l'opportunité même d'une telle disposition, ainsi que sa faisabilité²⁵⁸, questions laissées en attente déjà lors du Cycle d'Uruguay²⁵⁹. En effet, la difficulté de parvenir à des règles multilatérales pour les sauvegardes dans le secteur des services provient tout d'abord de l'idée même de « sauvegarde » dans le système de l'OMC, laquelle est liée à la protection d'une industrie nationale spécifique lors de l'importation de produits similaires. Le concept même d'« importation » (ou de consommation de services étrangers) dans le domaine des services est plus large et la détermination d'un dommage à l'industrie n'est pas non plus aisée.

De plus, l'existence de quatre modes de fourniture dans l'AGCS rend l'accord sur un cadre normatif en la matière beaucoup plus compliqué²⁶⁰. Tandis que, pour le commerce des produits, les fonctionnaires de douane peuvent bloquer l'entrée de certaines marchandises, ceci est beaucoup plus difficile dans le domaine du commerce des services, par exemple lorsqu'il se réalise en mode 1 (fourniture transfrontières). Dans le secteur de l'audiovisuel, ce type de problème peut apparaître, par exemple, pour les services de radiodiffusion. En mode 2 (consommation

256 S/C/22, du 2 décembre 2004, p. 13.

257 Rapport annuel du Conseil du commerce des services au Conseil général de 2005 du 28 septembre 2005, S/C/24, p. 9.

258 Rapport annuel du Groupe de travail sur les règles de l'AGCS au Conseil du commerce des services du 25 novembre 2004, (S/WPGR/14), p. 1.

259 Communication des Communautés Européennes et leurs États membres au Groupe de travail des règles de l'AGCS le 3 mars 2003, S/WPGR/W/41, p. 2.

260 La Communication des Communautés Européennes et de leurs États membres du 21 janvier 2002, S/WPGR/W/38, 7 p., faisait état de cette difficulté et proposait des négociations sur les mesures de sauvegarde d'urgence conformément au mode de fourniture.

à l'étranger), une mesure de sauvegarde impliquerait curieusement l'interdiction pour les ressortissants d'un État de consommer des services similaires à l'étranger (y compris lorsqu'ils sont fournis par les filiales étrangères d'entreprises nationales). Pour le mode 3 (présence commerciale), les difficultés existent quant à l'identification même de ce qui peut être considéré comme « industrie nationale ». Les entreprises étrangères établies sur le territoire d'un État ne sont souvent pas considérées comme faisant partie de l'industrie nationale. Néanmoins, plusieurs pays ont des accords bilatéraux d'investissement par lesquels ils accordent le traitement national aux entreprises étrangères. Une sauvegarde établie en mode 3 (visant donc les entreprises étrangères installées en territoire national) irait à l'encontre des dispositions prévues dans de tels accords et risquerait de repousser les investissements étrangers. Enfin, une sauvegarde en mode 4 serait peut-être la plus facilement exécutable en pratique, car il suffirait, à l'État qui envisage de protéger son industrie nationale, de freiner l'entrée de personnes physiques. Pour que cela ne se confonde pas avec les politiques d'immigration ou de marché de travail, ce type de mesure doit concerner directement un secteur spécifique de services.

Reste encore à savoir si des disciplines éventuelles établies selon les modes de fourniture de services pourraient effectivement répondre aux besoins de l'industrie nationale, en raison de la possibilité de concurrence entre les modes et de distorsion des échanges. D'autres éléments sujets à négociation semblent applicables à tous les modes : la situation justifiant l'adoption d'une mesure de sauvegarde, la conduite de l'enquête, la notification à l'OMC, un éventuel mécanisme de compensation, les indicateurs d'un dommage à l'industrie nationale et la détermination de la branche de production nationale ayant subi le dommage.

Il s'agit en tout cas de mesures d'« urgence » qui, ainsi qu'il en a déjà été décidé par l'Organe d'appel, ont un caractère transitoire et doivent être interprétées restrictivement²⁶¹. La Communauté européenne a souligné cet aspect dans une Communication présentée au Groupe de travail des règles de l'AGCS le 3 mars 2003, en affirmant que « *le mandat énoncé à l'article X de l'AGCS n'était pas censé autoriser les membres à introduire de nouvelles exceptions générales dans l'AGCS pour procéder à des ajustements structurels ou pour protéger des industries naissantes* »²⁶². Elle affirme, ensuite, que : « *Pour ce qui est des problèmes structurels, qui, par leur nature même, ne sont pas exceptionnels, et en particulier de la protection des industries naissantes, l'architecture inclusive de l'AGCS offre suffisamment de flexibilité aux membres pour leur permettre de prendre ces éléments pleinement en*

261 Bien que l'Organe d'appel ait également reconnu que les mesures de sauvegarde constituent une « *partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC* » dans l'affaire *États-Unis – Vêtements de dessous* (DS24). Voir H. RUIZ FABRI, « OMC – Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *JDI*, n° 2, 1999, p. 463.

262 S/WPGR/W/41, p. 1.

compte lorsqu'ils contractent des engagements. *L'Accord prévoit également une procédure pour composer avec des situations où des membres décident de modifier ou de retirer en totalité ou en partie leurs engagements (article XXI de l'AGCS)* » (souligné par l'auteur).

Il semble toutefois qu'une telle apologie de la flexibilité de l'AGCS dans le discours de la Communauté européenne (qui apparaît également dans d'autres documents²⁶³) serait en contradiction avec ses tentatives de retirer le secteur audiovisuel de l'application de l'AGCS, ainsi qu'avec son fort soutien à l'adoption de la Convention sur la diversité des expressions culturelles au sein de l'UNESCO. L'un des arguments utilisés à ces occasions était justement le manque de flexibilité offert par l'AGCS pour les secteurs culturels.

Une autre disposition transversale pouvant avoir des effets sur tous les secteurs des services et, par conséquent, aussi sur le secteur culturel, est celle relative à la réglementation intérieure des Membres, surtout depuis les conclusions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Jeux* (DS285). Il s'agit d'un thème particulièrement important pour le commerce des services, dont la libéralisation, différemment du commerce des marchandises, dépendra souvent de réformes réglementaires profondes. En effet, plusieurs aspects de politique publique en matière culturelle peuvent être traités en tant qu'objet de la réglementation intérieure d'un État²⁶⁴.

C'est le cas des procédures en matière de qualification, des normes techniques et des prescriptions en matière de licences dans les secteurs où les Membres ont adopté des engagements (en principe, engagements additionnels prévus à l'article XVIII), lesquelles devront être administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale (article VI:1). L'objectif de cette clause est de garantir un standard minimum dans les réglementations intérieures servant à appliquer des politiques publiques, de manière à éviter qu'elles ne deviennent des barrières au commerce²⁶⁵.

Mais l'article VI ne se limite pas à la manière d'appliquer d'autres normes juridiques. Il prévoit que des disciplines seront élaborées par le Conseil du commerce des services « *afin de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services* »

263 Comme la Communication du 7 avril 2003, adressée au Groupe de travail sur la relation entre le commerce et l'investissement, WT/WGTI/W/154.

264 La Note du Secrétariat « Initiatives réglementaires internationales dans le secteur des services », *op. cit.*, p. 6, donne une bonne image de l'ampleur de ce thème.

265 En effet, « [u]ne réglementation nationale opaque, inéquitable ou exagérément rigoureuse peut amoindrir la valeur des engagements librement contractés par un membre de l'OMC en ce qui concerne l'accès à ses marchés » (OCDE, *Pour l'ouverture des marchés des services – L'Accord Général sur le commerce des services*, OCDE, Paris, 2002, p. 75).

(§ 4). Ces disciplines sont en négociation et devront « *faire en sorte que ces prescriptions, entre autres choses : a) soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service; b) ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service ; c) dans le cas des procédures de licences, ne constituent pas en soi une restriction à la fourniture du service* ».

Les Membres demeurent ainsi libres d'adopter des mesures réglementaires non discriminatoires nécessaires pour assurer la qualité d'un service, mais la notion de « nécessité »²⁶⁶ et de « qualité » devra être précisée par les négociateurs. Puisque l'article VI:4 (b) ne fait référence qu'à la qualité d'un service, d'autres objectifs réglementaires semblent être écartés. Il s'agit ainsi d'un dispositif interventionniste, car il ne restreint pas uniquement les moyens d'atteindre un objectif, mais également les types d'objectif recherchés²⁶⁷. Certains auteurs²⁶⁸ proposent ainsi que la notion de « qualité » puisse être remplacée par celle d'« objectif légitime », ce qui permettrait que des mesures visant à protéger la diversité culturelle soient admises. Par ailleurs, il est possible que l'exigence d'« administration d'une manière raisonnable » soit utilisée et développée dans la jurisprudence de façon à imposer des obligations substantielles de proportionnalité.

Le grand défi posé par l'article VI:4 est celui de renforcer les disciplines en matière de réglementation intérieure sans trop restreindre la marge de manœuvre des États²⁶⁹. Il sera nécessaire de prêter attention aux circonstances selon lesquelles des mesures de réglementation intérieure

266 La jurisprudence dans le cadre du GATT et notamment de son article XX peut fournir des pistes sur l'interprétation de l'exigence de « nécessité ». Une mesure sera considérée nécessaire lorsqu'elle est la mesure raisonnablement disponible la moins restrictive du commerce en vue des objectifs souhaités. Voir, par exemple, pour des réflexions sur cette notion, J.P. TRACHTMAN, « Lessons for the GATS (...) », *op. cit.*, pp. 67 et s., la Note du Secrétariat « Les 'critères de nécessité' à l'OMC », du 2 décembre 2003, S/WPDR/W/27, 21 p., ainsi que D. LUFF, « Telecommunications and Audio-visual Services: Considerations for a Convergence Policy at the World Trade Organization Level », in *JWT*, vol. 38(6), 2004, p. 1075.

267 J.P. TRACHTMAN, « Negotiations on Domestic Regulation and Trade in Services (GATS Article VI): A Legal Analysis of Selected Current Issues », in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 214.

268 Comme D. LUFF, « Telecommunications and Audio-visual Services (...) », *op. cit.*, p. 1076.

269 Dans une Communication adressée par la Suisse au Groupe de travail sur la réglementation intérieure, intitulée « Proposition de disciplines relatives aux normes techniques applicables aux services », du 1^{er} février 2005, S/WPDR/W/32, p. 1, ce pays témoigne de cette préoccupation, en affirmant que : « ces disciplines n'ont ni pour finalité ni pour but de définir la teneur des réglementations. Les réglementations intérieures doivent être formulées et élaborées en fonction de l'évolution de l'environnement juridique, social et économique et de la situation qui prévaut sur le territoire de chaque Membre ».

non discriminatoires pourront être adoptées lorsque des engagements dans le secteur de l'audiovisuel ont été assumés. Il faudra aussi que ces disciplines prennent en compte le besoin de flexibilité des États en développement membres pour maintenir et adopter de nouvelles réglementations de nature prudentielle.

Pour le moment, les négociations sur les disciplines prévues à l'article VI:4 n'ont pas abouti²⁷⁰. Avant que ces nouvelles disciplines ne soient établies, le § 5 de l'article VI prévoit que, dans les secteurs où des engagements ont été assumés, les prescriptions en matière de licences, qualifications et normes techniques ne doivent pas annuler ou compromettre ces engagements d'une manière non conforme aux critères du § 4 et à ce que l'on pouvait raisonnablement s'attendre de la part du Membre concerné lorsqu'il a contracté ces engagements. Afin de contester les prescriptions en matière de licences et de qualifications, ainsi que les normes techniques instituées par un Membre, la partie plaignante devra ainsi prouver que les mesures en question n'auraient pas pu être raisonnablement anticipées. Il s'agit de l'incorporation ici du concept d'« annulation ou réduction d'avantages », lequel n'est pas présent dans le cadre du commerce des marchandises pour ce qui est des standards réglementaires (contenus dans le GATT, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce et l'Accord relatif aux mesures sanitaires et phytosanitaires). L'attribution de la charge de la preuve à la partie plaignante rend plus difficile, dans la pratique, le recours à ce dispositif²⁷¹.

Un danger qui apparaît dans les négociations sur la réglementation intérieure réside dans la possibilité que l'idée d'empêcher au maximum les effets négatifs de la réglementation intérieure sur les échanges s'accompagne d'un test de nécessité et, par conséquent, de proportionnalité d'une mesure par rapport à la libéralisation, au détriment d'une évaluation par rapport aux objectifs de la mesure même²⁷². Ceci représenterait un

270 À l'exception des Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables, adoptées par le Conseil du commerce des services le 14 décembre 1998 (S/L/64). Des disciplines en matière de réglementation intérieure ont également été convenues dans le Document de référence sur les télécommunications, visant à établir un contexte pro-compétitif et favorable à l'accès aux marchés. Sur les questions soulevées dans les négociations de l'article VI:4, voir la Note du Secrétariat de l'OMC intitulée « Article VI:4 de l'AGCS : disciplines concernant la réglementation intérieure applicables à tous les services », datée du 1^{er} mars 1999, S/C/W/96, 12 p., ainsi que la Note du Secrétariat « Initiatives réglementaires internationales dans le secteur des services », *op. cit.*, 34 p.

271 Pour une analyse des deux critères imposés par l'article VI:5, voir J.P. TRACHTMAN, « Negotiations on Domestic Regulation (...) », *op. cit.*, pp. 212 et s., ainsi que « Lessons for the GATS (...) », *op. cit.*, pp. 67 et s.

272 Conseil de l'Europe, Document de travail du Comité de la Culture, « Vers une stratégie transversale pour la promotion de la diversité culturelle », Conférence « Industries culturelles et nouvelles technologies de l'information » Strasbourg, 19-20 novembre 2001, auparavant disponible sur < <http://www.coe.int> >. Voir, sur l'importance des négo-

risque majeur d'incompatibilité des mesures de politique publique adoptées en faveur de la culture nationale avec le droit international du commerce.

En effet, il n'est pas difficile d'entrevoir les répercussions de ces disciplines sur le secteur culturel dans le cas où un Membre assumerait des engagements, en imposant des limitations à la fourniture des services à travers, par exemple, l'exigence d'une autorisation ou d'une licence gouvernementale pour les activités de radiodiffusion et de cinéma. Ces mesures devront logiquement respecter les dispositions de l'article VI, bien qu'elles soient en même temps soumises aux articles XVI (accès aux marchés) et XVII (traitement national) de l'AGCS. L'application de ces trois dispositifs est en réalité interdépendante. L'obligation de traitement national peut servir à contester des réglementations intérieures considérées illégales (parce qu'elles établissent un traitement différencié et moins favorable à des services similaires ou à des fournisseurs de services similaires). De même, l'article VI contribue à l'ouverture des marchés et à l'accès effectif à ceux-ci. Néanmoins, une distinction plus claire peut être établie entre les engagements en mode 4 (considérés comme déterminant des « mesures de frontière ») et les règles de réglementation intérieure (considérées comme des « mesures internes »).

L'application de l'article VI a également une importance particulière en ce qui concerne les normes techniques, par exemple, lors de la transmission de signaux de télévision numérique. L'imposition par quelques États des recommandations de l'Union internationale des télécommunications en la matière pourrait éventuellement être perçue comme une barrière à l'entrée de quelques prestataires de services. Ce type de barrière pourrait être considéré incompatible avec l'AGCS dans le cas où le Membre en question aurait assumé des engagements dans le secteur concerné.

Il peut être toutefois délicat de distinguer entre ce qui relève des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national (devant être fixés de manière précise dans les listes des pays) et ce qui reste dans le domaine de la réglementation intérieure des États (où il doit y avoir une certaine flexibilité d'action, à condition que ces mesures soient appliquées de manière raisonnable, objective et impartiale). Cette distinction s'avère particulièrement subtile depuis l'affaire *États-Unis – Jeux* (DS285) et pose la question de la marge de manœuvre (*policy space*) effectivement laissée aux Membres par l'AGCS.

En effet, malgré l'approche *bottom up* d'adoption d'engagements sous l'AGCS, la flexibilité effectivement laissée aux Membres de l'OMC par les négociations commerciales multilatérales n'est pas aussi grande que certains le prétendent. L'impact indirect d'obligations autres que celles contractées expressément par les Membres dans les secteurs culturels

ciations sur l'article VI pour le secteur de l'audiovisuel, C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 210-211.

lors des négociations de l'AGCS ou de leur adhésion à cet Accord peut être considérable. La réglementation des services de télécommunication en fournit un autre exemple, notamment depuis l'avènement des technologies du numérique.

ii) La délimitation vis-à-vis des services de télécommunications

Bien que le secteur des services de télécommunication soit nettement séparé du secteur de l'audiovisuel dans la classification des services et dans la liste d'engagements de la plupart des Membres (car les définitions utilisées par chaque Membre ne sont pas toujours identiques²⁷³), l'Annexe à l'AGCS sur les télécommunications, la Décision ministérielle sur les télécommunications de base et le quatrième Protocole contenant des engagements dans les télécommunications de base peuvent avoir un impact significatif, bien qu'indirect, sur le commerce des services audiovisuels.

Selon l'Annexe de l'AGCS sur les télécommunications, les gouvernements d'accueil s'engagent à fournir aux entreprises étrangères l'accès au réseau et aux services publics de télécommunication, sur une base non discriminatoire et raisonnable, pour la fourniture des services couverts par des engagements (services bancaires, d'informatique et de télécommunications avancées). L'Annexe exclut expressément les mesures affectant la distribution par câble ou par diffusion de programmes de radio et de télévision (§ 2 (b) de l'Annexe). La plupart des engagements pris à la fin du Cycle d'Uruguay dans le secteur des télécommunications couvrent des services à valeur ajoutée (*value-added services*) et non des services de base, ceux-ci devant être négociés jusqu'en avril 1996 selon la Décision sur les négociations sur les télécommunications de base. Les négociations sur les télécommunications de base ont été finalement conclues en février 1997 et les engagements assumés ont été annexés au Quatrième Protocole sur les télécommunications de base, entré en vigueur le 5 février 1998. En outre, le Document de référence du 24 avril 1996 contenant les définitions et les principes pour le cadre réglementaire des services de télécommunications de base, incorporé parfois sous la forme d'engagements additionnels aux listes des Membres, prévoit également des obligations pour les signataires en matière réglementaire (concurrence, transparence des procédures de licence, interconnexion, indépendance des organes réglementaires). Ces obligations ont été considérées essen-

273 C'est ainsi que les services de diffusion par satellite, considérés par les États-Unis comme des services de télécommunication, ne sont pas inclus dans leurs engagements en matière de radio et de télévision. La plupart des autres Membres ne sont pas d'accord avec cette interprétation. Une définition générale des services de télécommunications apparaît à l'Annexe sur les télécommunications de l'AGCS. Ils y sont compris comme les services de « *transmission et de (...) réception de signaux par tout moyen électromagnétique* » (§ 3 (a)).

tielles pour une libéralisation effective et limitent la liberté en matière de réglementation intérieure dans ce secteur.

Les engagements assumés dans le secteur des télécommunications n'affectent pas le commerce de contenus, mais touchent à des services qui portent de plus en plus des contenus. Ils peuvent ainsi indirectement influencer sur le secteur audiovisuel et les politiques y afférentes. Par ailleurs, la classification même des services de télécommunication n'est pas aisée²⁷⁴. Un premier problème provient des différences entre la classification contenue dans le document MTN.GNS/W/120 (*Services Sectoral Classification List*) et celle de la CPC (*Provisional Central Product Classification* des Nations Unies). Dans le secteur des services de télécommunication, il n'existe pas de lien clair établi entre le W120 et la CPC. Par exemple, tandis que le premier se réfère aux services de transmission de radio et de télévision en tant que partie des services audiovisuels, la CPC inclut, parmi les services de télécommunication, les « *services de réseau nécessaires à la retransmission d'émissions* » (7524), qui comprennent les services de réseau de retransmission d'émissions de télévision (75241) et les services de réseau de retransmission d'émissions de radiodiffusion (75242). Or, l'impact de la libéralisation de tels services pour les industries culturelles nationales est manifeste.

La question des licences pour l'utilisation du spectre de fréquences est un autre élément qui peut être examiné dans le cadre des engagements en matière de télécommunications. La note intitulée « *Limitations concernant l'accès aux marchés qui ont trait à la disponibilité du spectre* » (S/GBT/W/3), déterminant que « *les limitations concernant le spectre disponible pour les services de télécommunication peuvent limiter le nombre d'opérateurs sans être considérées comme une restriction de l'accès aux marchés* », est utilisée dans la rédaction d'engagements dans le secteur des télécommunications. Il est donc difficile de distinguer dans certains cas entre les services de télécommunication et les services audiovisuels, notamment avec la convergence technologique.

Puisque des obligations différentes pour les mêmes types de service peuvent conduire à des réglementations artificielles, qui favoriseraient les possibilités de contournement des politiques audiovisuelles, il est nécessaire que tous les services audiovisuels soient régis par les mêmes règles. La possibilité de confusion entre les services de télécommunications et les services audiovisuels, ainsi que l'existence de règles différentes pour chacun des deux sous-secteurs, peut compliquer leur

274 Voir, par exemple, la Communication des Communautés Européennes portant sur la « *Classification dans le secteur des télécommunications dans le cadre de l'OMC et de l'AGCS* », du 10 février 2005, TN/S/W/27 et S/CSC/W/44. Elles y proposent que « *les services de transmission et de réception de signaux par des moyens électromagnétiques relèvent du secteur des télécommunications, et les autres, y compris toute fonction supplémentaire sans lien intrinsèque avec la transmission et la réception, devraient être classés ailleurs, que les deux services soient ou non fournis par la même entité* » (p. 9).

réglementation. Des politiques culturelles prétendument touchées uniquement par les éventuels engagements en matière d'audiovisuel pourraient être influencées (ou même interdites) en raison d'engagements pris dans le secteur des télécommunications. L'impact de l'AGCS sur les mesures de politique culturelle peut ainsi dépasser son rayon d'action tel qu'il a été conçu à l'origine.

c) Les limites du postulat de flexibilité de l'AGCS

L'un des principaux arguments des États souhaitant une ouverture accrue des marchés dans le secteur culturel et notamment audiovisuel concerne une soi-disant « flexibilité » des Accords de l'OMC et particulièrement de l'AGCS. Si certaines dispositions de cet accord prévoient en effet des soupapes de sécurité qui pourraient être exploitées au bénéfice des politiques culturelles nationales, afin de les écarter de la dynamique de la libéralisation, leurs effets sont extrêmement limités dans la pratique.

La première caractéristique de l'AGCS indiquée souvent comme la principale source de flexibilité pour cet accord est le mécanisme *bottom up* d'adoption d'engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés et de traitement national. Les Membres sont ainsi libres de choisir les secteurs qu'ils souhaitent libéraliser, ce qui leur permet en principe d'exclure des secteurs réputés sensibles, comme l'audiovisuel, l'éducation ou la santé. Ce choix est, toutefois, logiquement soumis au jeu de la négociation et aux pressions de leurs partenaires commerciaux, ce qui met dans la pratique souvent en désavantage les pays en développement ou les moins avancés. En effet, face à l'inexistence d'une exclusion des secteurs culturels de l'AGCS, ils serviront naturellement de monnaie d'échange lors de chaque cycle de négociation. Il est ainsi probable que les États réclamant, par exemple, une plus grande ouverture pour leurs produits agricoles, n'hésitent pas à ouvrir leur marché de l'audiovisuel, surtout si leur industrie dans ce secteur ne leur apporte pas de gain économique important. La liberté de choisir les secteurs à libéraliser n'est donc pas aussi étendue que l'on pourrait le prétendre.

Une autre source de flexibilité pourrait être recherchée également à l'article XIV de l'AGCS, relatif aux exceptions générales aux obligations de l'Accord. Il s'agit de la disposition correspondant, dans le domaine du commerce des services, à l'article XX du GATT. Bien qu'il ne prévoie pas d'équivalent à l'alinéa (f) de l'article XX du GATT, relatif aux mesures de protection des trésors nationaux, il envisage la possibilité d'exceptions, si les conditions de son chapeau sont remplies, pour les mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ». Les tentatives de certains Membres de se prévaloir du concept de « moralité publique » devant le juge de l'OMC n'ont pas été encourageantes²⁷⁵. La notion d'ordre public, à son tour, ne

²⁷⁵ Voir les affaires *États-Unis – Jeux* (DS285) et *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363).

trouve pas de correspondant à l'article XX du GATT et se réfère aux « *cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société* » (note à l'article XIV (a)). Il serait théoriquement possible d'arguer que l'entrée excessive de services culturels étrangers menace la diversité de l'offre culturelle, et que celles-ci font partie de ces intérêts fondamentaux, notamment depuis leur reconnaissance par la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO et la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles²⁷⁶. Une telle interprétation n'a pas été écartée par l'ORD, mais il est probable que cet organe maintiendra ici la perspective limitative qu'il a développée dans sa jurisprudence à propos d'autres exceptions générales.

Un autre dispositif de l'AGCS susceptible d'être utilisé par certains Membres afin de protéger leurs industries culturelles face à la libéralisation générale de cet Accord concerne le traitement spécial et différencié prévu pour les pays en développement et les pays les moins avancés. Il consiste en une exception à la règle du traitement NPF.

Le GATT de 1947 prévoyait déjà des dispositions spécifiques pour les pays les moins développés en matière de négociations tarifaires à l'article XXVIII *bis*. Les relations avec les pays en développement et les moins avancés dans le cadre de cet Accord ont ainsi été régies par un principe de non-réciprocité et de traitement préférentiel²⁷⁷. En 1971, une décision des Parties Contractantes du GATT a permis, pendant dix ans, de déroger aux dispositions de l'article I (traitement NPF) de cet Accord en faveur uniquement des pays en développement. C'était la fondation du Système général de préférences (SGP ou *Generalized System of Preferences* – GSP), selon lequel les pays développés accordent un traitement préférentiel non réciproque à certains produits et pays en développement de leur choix. Ce système a fait l'objet de critiques, surtout vis-à-vis de son efficacité pour la protection des intérêts de ces pays, car il dépend en définitive de la bonne volonté des pays développés. En 1979, une autre décision, appelée « *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement* » ou « *Clause d'habilitation* » (*Enabling clause*) a ouvert de nouveau la voie à un traitement différencié et plus favorable aux pays en développement. Elle consacre juridiquement le Système général de préférences (§ 2 (a))

276 J. WOUTERS, et B. DE MEESTER, « UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory ? », Working Paper N° 73, Institute for International Law, K.U. Leuven, April 2005, auparavant disponible sur <<http://www.law.kuleuven.be>>, pp. 18-19.

277 La discrimination positive en faveur des pays en développement a été introduite dans le GATT dans les années 60 avec l'inclusion de la Partie IV de cet accord.

et exclut la réciprocité (§ 5)²⁷⁸. Un tel système a l'avantage de la flexibilité, mais l'inconvénient du manque de sécurité juridique²⁷⁹.

Cette logique a été transposée également dans l'AGCS, lequel contient des dispositions visant à favoriser un traitement spécifique pour les pays en développement et les moins avancés, et notamment l'article IV, intitulé « Participation croissante des pays en développement ». L'alinéa (c) de l'article IV:1, prévoyant la libéralisation des secteurs intéressant ces pays, pourrait jouer un rôle important en termes culturels, en permettant un plus grand accès des produits et services culturels en provenance des pays en développement au marché mondial. Il demeure, toutefois, entièrement dépendant de la volonté des États développés membres, qui choisiront à leur gré les secteurs et le niveau d'engagement qu'ils souhaitent contracter. Cet article est complété par l'article XIX:2, qui, dans sa deuxième partie, prévoit une certaine flexibilité au moment des négociations et de la prise d'engagements spécifiques pour les pays en développement, mais se limite à encourager des engagements plus appropriés pour ces pays. Ici encore, aucune véritable obligation ne pèse sur les pays développés avec lesquels ils négocient.

Dans l'« ensemble des résultats de juillet » de 2004 (décision du Conseil général du 1^{er} août 2004), une attention significative a été accordée à la question du traitement spécial et différencié²⁸⁰. Encore une fois, il ne s'agit toutefois pas de mesures obligatoires capables de garantir effectivement un traitement favorable aux pays en développement et aux pays les moins avancés. Cependant, la reconnaissance par le Conseil général de la nécessité d'un tel traitement n'est pas sans importance. Elle pourra servir, conjointement avec les dispositions précédentes de l'AGCS, comme moyen de pression lors des négociations face aux pays développés. Dans le domaine spécifique des négociations concernant la libéralisation du secteur culturel, elle pourrait en théorie aider les pays en développement et les moins avancés à exiger de garder leur marge de

278 « Les pays développés n'attendent pas de réciprocité pour les engagements, pris par eux au cours de négociations commerciales, de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des pays en voie de développement, c'est-à-dire que les pays développés n'attendent pas des pays en voie de développement qu'ils apportent, au cours de négociations commerciales, des contributions incompatibles avec les besoins du développement, des finances et du commerce de chacun de ces pays » (Décision du 28 novembre 1979, « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement », L/4903, p. 3).

279 K. BAGWELL, P.C. MAVROIDIS et R.W. STAIGER, « It's a Question of Market Access », in *AJIL, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, p. 72.

280 « (...) le Conseil général réaffirme que les dispositions en matière de traitement spécial et différencié font partie intégrante des Accords de l'OMC. Le Conseil rappelle la décision prise par les Ministres à Doha de réexaminer toutes les dispositions relatives au traitement spécial et différencié en vue de les renforcer et de les rendre plus précises, plus effectives et plus opérationnelles (...) ».

manœuvre pour adopter des mesures qu'ils considèrent nécessaires à la protection et la promotion de leurs expressions culturelles nationales, en limitant la libéralisation dans leur secteur culturel et en réclamant une plus grande ouverture à leurs produits et services de la part des pays développés.

Ce traitement spécial et différencié est d'autant plus important pour les pays qui en bénéficient que la plupart d'entre eux possèdent des industries culturelles très faibles, incapables de faire face à la concurrence étrangère à court ou moyen terme sans un soutien étatique. Dans la logique du « donnant-donnant » des négociations commerciales, ils auront naturellement tendance à faire des offres dans leurs secteurs économiquement moins forts, afin d'obtenir des concessions de leurs partenaires commerciaux dans les domaines où ils possèdent une industrie plus compétitive.

À l'image des autres secteurs de services, la capacité nationale des pays en développement à participer au commerce des services culturels (et particulièrement de l'audiovisuel) dépend de leur accès à la technologie, de la formation de personnel, de la libération des marchés d'exportation et du financement. D'autres questions à traiter sont la nécessité d'accès aux circuits de distribution et la concentration des entreprises de distribution des pays développés, lesquelles rendent difficile la distribution des œuvres audiovisuelles provenant des pays en développement. Ces derniers, prenant de plus en plus conscience de l'importance de leur participation²⁸¹, devront refuser de prendre des engagements dans le secteur culturel. La non-application du principe de réciprocité, garantie par les dispositions en matière de traitement spécial et différencié, s'avère être un moyen d'y parvenir. De plus, la Convention sur la diversité des expressions culturelles adoptée en octobre 2005 au sein de l'UNESCO pourra également leur servir d'appui dans leur stratégie de négociation. L'idée demeure la même que celle défendue dans la Clause d'habilitation de 1979 : les pays développés ne doivent pas attendre que les pays en développement et les moins avancés apportent, dans les négociations commerciales, des contributions qui seraient incompatibles avec leurs besoins de développement, y compris culturel.

D'un autre côté, un courant de réflexion contraire défend que les pays en développement et les moins avancés seraient mieux avantagés si, au lieu de s'extraire du principe de réciprocité applicable aux négociations

281 Voir la Communication de la part de l'Argentine, du Brésil, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Namibie, du Pakistan, des Philippines, de l'Afrique du Sud et du Venezuela adressée au Comité du commerce et du développement le 1^{er} décembre 2005 (WT/COMTD/W/145) sous le titre « *Reclaiming Development in the WTO Doha Development Round* ». Les auteurs de ce document demandent qu'une plus grande flexibilité soit accordée aux pays en développement pour qu'ils puissent tenir compte des sensibilités et des nécessités d'accommodation de certains secteurs, ainsi que du niveau de développement de ces États, conformément au principe du traitement spécial et différencié.

commerciales, ils adoptaient une approche plus active, sur la base même de ce principe. À partir d'un raisonnement fondé sur la théorie des jeux, il serait possible de défendre que les négociations commerciales doivent non seulement concerner les barrières non tarifaires au commerce, mais aussi les questions, essentielles pour les pays en développement et les moins avancés, de balance de paiements, dette internationale et sécurité globale. En d'autres termes, il s'agit d'établir des liens (*linkages*) entre différents thèmes de négociation. L'utilisation de la règle de réciprocité dans le cadre du GATT contribuerait ainsi à la diminution de l'arbitraire dans les négociations et créerait une apparence de partage égal de ces gains²⁸². Tandis que des mécanismes non réciproques comme le Système généralisé de préférences dépendent de la bonne volonté des pays développés, des concessions fondées sur la réciprocité seraient ainsi plus sûres, puisque basées sur des intérêts commerciaux de ces pays.

Quoi qu'il en soit, la participation active des pays en développement aux négociations commerciales touchant la libéralisation du secteur culturel est aujourd'hui essentielle, d'autant plus que l'AGCS ne garantit pas une véritable marge de manœuvre à ses Membres. Certes, l'approche *bottom up* de cet accord lui rend une certaine flexibilité, et la première partie du § 2 de l'article XIX de cet Accord dispose que « [l]e processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs (...) ». Toutefois, ce dispositif n'établit aucune spécificité pour les services culturels, lesquels y sont donc soumis comme tout autre service et doivent, par conséquent, obéir également au paragraphe précédent de ce même article : « les Membres engageront des séries de négociations successives, qui commenceront cinq ans au plus tard après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC²⁸³ et auront lieu périodiquement par la suite, en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation (...) » (souligné par l'auteur).

Ces deux paragraphes de l'article XIX déterminent deux vitesses de libéralisation, l'une d'elles ne concernant, cependant, que les pays en développement. Si, d'un côté, ceux-ci peuvent bénéficier, du moins en théorie, de règles spéciales (comme celles de l'article IV et de l'ar-

282 Elle pourrait servir également à augmenter le pouvoir de négociation des pays en développement, car « *one's bargaining power is greater the more one has to offer that the other party wants (via reciprocal bargaining) and, conversely, the more the other party would be harmed if one withheld what one has (in retaliation for violation of the agreement)* » (J. McMILLAN, « A Game-Theoretic View of International Trade Negotiations: Implications for the Developing Countries », in ANDERSON, Kym et HOEKMAN, Bernard, *The Global Trading System*, vol. 2, London, Tauris, 2002, pp. 184-197, et notamment pp. 192-193).

283 Une première série de négociations a commencé effectivement à Genève au début de l'année 2000 et est toujours en cours, dans le cadre du Programme de Doha pour le développement.

ticle XIX:2) qu'ils pourraient faire jouer en faveur de leurs besoins de développement, les pays développés dont les industries culturelles dépendent pour leur survie des aides et réglementations gouvernementales ne pourront recourir à de telles règles pour justifier un refus d'engagement dans le secteur culturel.

La libéralisation progressive comme ligne directrice des négociations de l'OMC apparaît également à l'Annexe C de « l'ensemble des résultats de juillet 2004 »²⁸⁴, qui indique quelques recommandations du Conseil du commerce des services : « (d) *Les Membres s'efforceront d'obtenir une élévation progressive des niveaux de libéralisation sans qu'aucun secteur de service ou mode de fourniture ne soit exclu a priori et accorderont une attention spéciale aux secteurs et aux modes de fourniture qui intéressent les pays en développement du point de vue des exportations. Les Membres notent l'intérêt des pays en développement, ainsi que d'autres Membres pour le mode 4* » (souligné par l'auteur). La non-exclusion *a priori* d'aucun service dans les efforts de libéralisation commerciale progressive a été invoquée par les États-Unis à plusieurs reprises et cela non seulement dans le cadre de l'OMC, mais également dans le cadre des négociations à l'UNESCO pour l'élaboration de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. L'« attention spéciale » aux intérêts des pays en développement ne peut constituer un véritable frein juridique à la libéralisation.

Dans ce contexte, il semble difficile de croire en l'existence d'une flexibilité effective dans les négociations touchant au commerce de services. Elle est néanmoins souvent utilisée, surtout par les pays développés, comme argument en vue de convaincre les autres États d'adopter de nouveaux engagements dans les différents secteurs. Selon eux, et de manière pertinente d'ailleurs, aucune règle juridique n'empêche que les Membres stimulent la libéralisation envisagée par l'AGCS en assumant des engagements et qu'ils y imposent, parallèlement, des limitations et conditions relevant de leurs sensibilités nationales²⁸⁵. Ce discours est employé non seulement par les États-Unis, mais aussi par les Communautés européennes et le Canada²⁸⁶, ces derniers considérant

284 Décision du Conseil général du 1^{er} août 2004, WT/L/579.

285 Pour quelques auteurs, une flexibilité existerait également dans le GATT, car l'accès au marché des produits peut être limité par des droits de douane, ce qui implique que la prohibition de restrictions quantitatives à l'importation par le GATT n'empêche pas qu'un État continue de contrôler et de réguler les importations dans des secteurs qu'il considère sensibles, comme l'agriculture, à travers l'imposition de ces droits. Ceci explique que, l'imposition des droits de douane n'étant pas possible pour le secteur des services, l'approche *bottom up* (et la plus grande flexibilité qu'elle contient) ait dû être choisie lors du Cycle d'Uruguay pour l'AGCS (voir C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, p. 172).

286 À titre d'exemple, la Communication des Communautés Européennes et de leurs États membres adressée au Groupe de travail des règles de l'AGCS, « Application d'une mesure de sauvegarde d'urgence en fonction du mode de fourniture », 21 janvier

toutefois que, en matière culturelle, l'AGCS n'est pas suffisamment flexible. Cette incohérence apparente risque, semble-t-il, d'affaiblir leur argument en faveur de la nécessité de traiter la culture en dehors de l'AGCS et de l'OMC, position qu'ils ont fortement défendue lors des négociations de la Convention sur la diversité des expressions culturelles au sein de l'UNESCO.

Afin de corriger une telle contradiction, une solution pourrait être éventuellement recherchée dans une distinction plus claire entre des sensibilités « nationales », qui concernent uniquement un pays ou un certain nombre de pays²⁸⁷, et celles qui ont vocation à concerner l'humanité entière²⁸⁸, bien que la frontière entre ces deux sortes de sensibilités ne soit pas facile à établir dans la pratique. Les premières pourraient être traitées dans le cadre des conditions et limitations d'engagements permises par l'AGCS, restant ainsi soumises aux négociations fondées sur des concessions réciproques, tandis que les sensibilités considérées d'ordre universel exigeraient une solution particulière. On peut soutenir que la diversité des cultures fait partie de ces dernières, l'adoption par une majorité écrasante de la Convention sur la diversité des expressions culturelles à l'UNESCO en octobre 2005 ayant démontré une très large acceptation des préoccupations culturelles face à la libéralisation commerciale.

À ces inquiétudes soulevées par la progression de la libéralisation du commerce des produits et services culturels s'ajoutent en outre des difficultés résultant de la tendance au renforcement et à la généralisation de la protection de la propriété intellectuelle, l'un des fondements du pouvoir des grands conglomérats des médias.

2002, S/WPGR/W/38, 7 p. ; la Communication des Communautés Européennes et leurs États membres au Groupe de travail des règles de l'AGCS, « Possibilité d'appliquer des mesures de sauvegarde d'urgence dans le cadre de l'AGCS » du 3 mars 2003, S/WPGR/W/41, 3 p. ; la Communication des Communautés Européennes et leurs États membres adressée au Groupe de travail sur la relation entre le commerce et l'investissement, « Document conceptuel sur la marge de manœuvre pour le développement » du 7 avril 2003, WT/WGTI/W/154, 9 p. ; et la Communication du Canada au Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, « Liens réciproques et infrastructure naissante d'un éventuel cadre multilatéral de l'OMC pour l'investissement reposant sur des éléments mentionnés au paragraphe 22 de la Déclaration de Doha » du 10 avril 2003, WT/WGTI/W/157, 4 p.

287 Voir, par exemple, L. COULTER, « Japan's Gaiben Law: Economic Protectionism or Cultural Perfectionism », in *HJIL*, vol. 17-3, Spring 1995, pp. 431-461, concernant les inquiétudes japonaises, d'ordre culturel, quant à l'entrée sur leur marché d'avocats américains.

288 Les « préférences collectives à vocation universaliste », distinctes des préférences collectives définies dans chaque État par les choix de sa société. P. LAMY utilise cette expression pour faire référence exclusivement aux droits de l'homme et classe les préoccupations relatives à l'environnement, à la sécurité alimentaire, au service public dans l'enseignement ou la santé, aux droits sociaux et aussi à la diversité culturelle parmi les préférences collectives de l'Union européenne (voir, par exemple, son intervention du 5 mars 2004 dans le cadre de la Conférence des Greens/European Free Alliance au Parlement européen, *op. cit.*).

C - La généralisation de la protection de la propriété intellectuelle

Outre les règles régissant leur circulation sur le marché, les œuvres culturelles sont généralement protégées par des droits de propriété intellectuelle et particulièrement par les droits d'auteur et les droits voisins²⁸⁹. Avant leur inclusion dans les accords de Marrakech, d'autres conventions sur ce sujet prétendaient établir un équilibre entre, d'une part, la nécessité de récompenser l'auteur d'une création intellectuelle et, d'autre part, celle de promouvoir la création et l'innovation dans la société, en garantissant l'accès du public aux œuvres ainsi produites.

Depuis quelques années, les grands groupes des médias allèguent que le manque de protection de la propriété intellectuelle dans certains États constitue la plus grande barrière à leurs activités. Dans le même sens, certains auteurs²⁹⁰ soulignent que le manque de protection des droits de propriété intellectuelle peut être nuisible non seulement pour les productions des *Majors* américaines, mais aussi pour les productions locales, car le piratage (ainsi compris en tant que reproduction non autorisée d'œuvres protégées) peut impliquer la faillite d'exploitants de salle et de chaînes de télévision sur le territoire national. Par ailleurs, outre les pertes qu'il peut impliquer pour les producteurs et distributeurs de produits culturels, le piratage perturbe le calendrier de sortie des produits culturels établi dans les différents médias et pays, en éliminant ou réduisant certaines voies de distribution.

D'un autre côté, il n'y a pas de certitude quant aux effets directs que le piratage peut causer sur les consommateurs. En effet, lorsque le marché est trop concentré et que les prix des produits sont trop élevés pour la majorité de la population (notamment dans les pays en développement), le piratage favorise un plus grand accès des consommateurs aux œuvres, dont les copies gagnent progressivement en qualité aujourd'hui.

Quoi qu'il en soit, on assiste depuis quelques années au renforcement de la protection des droits d'auteur particulièrement en faveur des détenteurs des droits, qui ne sont souvent pas les véritables auteurs des

289 L'expression « droit d'auteur » sera utilisée ici en tant que terme général correspondant aux droits exclusifs accordés par la loi au créateur ou à celui qui en détient les droits. Le « *copyright* » couvre une gamme plus large d'objets, comprenant également ce qui, dans les systèmes continentaux, est appelé « droits voisins ». Voir, pour une approche rapide de l'évolution des termes « droit d'auteur » et « *copyright* », M. CORNU, de I. LAMBERTERIE, P. SIRINELLI et C. WALLAERT, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS Éditions, Paris, 2003, 449 p.

290 Comme W.M. SHAO, *op. cit.*, p. 118, S.S. WILDMAN et S.S. SIWEK, *op. cit.*, p. 99 et pp. 112-113 et P. SAUVE, « Introduction », *op. cit.*, p. 14, qui indique que toutes les études empiriques ont montré que le piratage fait perdre non seulement aux producteurs étrangers, mais aussi aux nationaux. Dans le même sens, C. VAN GRASSTEK, *op. cit.*, pp. 123-124, qui souligne l'importance d'une application rigoureuse des règles de propriété intellectuelle pour le secteur culturel des pays en développement, bien qu'il admette que dans d'autres secteurs (comme celui des brevets pour les produits pharmaceutiques) le système n'apporte pas autant d'avantages pour ces pays.

œuvres, censés initialement être protégés par ces droits. Cette tendance au renforcement peut en outre soulever des problèmes d'accès aux œuvres culturelles par le public, élément central de toute politique de soutien de la diversité de l'offre culturelle. L'Accord sur les ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) au sein de l'OMC peut être vu comme un aboutissement d'une telle tendance. Afin de contrer le durcissement de la protection des droits d'auteur, quelques exceptions, bien qu'insuffisantes, ont été expressément prévues.

1 - L'accentuation de la protection des droits d'auteur

L'évolution de la protection des droits d'auteur sur le plan international s'est faite dans le sens de son renforcement et d'une plus grande rigidité. Cela peut être observé non seulement dans les négociations ayant conduit à la signature de l'Accord sur les ADPIC, mais également à l'extérieur de cette organisation et notamment dans le cadre de l'OMPI.

La source normative internationale la plus importante pour le droit d'auteur est la Convention de Berne, signée le 9 septembre 1886 et révisée à plusieurs reprises. L'Accord sur les ADPIC, adopté en 1994 et introduit dans l'Annexe 1C de l'Accord instituant l'OMC, reprend les dispositions de la Convention de Berne. Cette convention prévoit, pour ses 164 États membres²⁹¹, trois principes : 1. le traitement national (les œuvres originaires de l'un des pays de l'Union devront bénéficier dans tout autre État contractant de la même protection que celui-ci accorde à ses nationaux) ; 2. l'indépendance de la protection (la protection accordée est indépendante de celle du pays d'origine de l'œuvre) ; et 3. la protection automatique (aucune formalité ne doit être exigée pour l'attribution de la protection). Les pays contractants de la Convention s'engagent à appliquer, indépendamment de ce que prévoient leurs législations nationales, un droit uniforme minimum de protection. Par ailleurs, tant les droits patrimoniaux que les droits moraux d'auteur sont garantis, distinction qui existe souvent dans les systèmes de *Civil Law*. En droit français, par exemple, les droits patrimoniaux comprennent un monopole d'exploitation et des droits pécuniaires, composés du droit de reproduction, du droit de représentation publique et du droit de suite pour certaines œuvres, ce qui permet à l'auteur d'avoir une rémunération sur son travail et de pouvoir se consacrer à la création. D'un autre côté, les droits moraux d'auteur sont considérés comme un droit de la personnalité comprenant le droit de divulgation, le droit de retrait (de l'autorisation donnée auparavant pour l'utilisation de l'œuvre) et de repentir, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit au respect du nom (permettant à l'auteur de conserver la maîtrise et le contrôle de l'œuvre)²⁹². Les droits moraux

291 En août 2009 (< <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/index.html> >).

292 P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2003, pp. 154-155 et pp. 4-5.

sont inaliénables, perpétuels, imprescriptibles et insaisissables. Selon l'article 7:1 de la Convention de Berne, la protection des droits d'auteur a une durée minimale comprenant la vie de l'auteur plus 50 ans après sa mort. Plusieurs pays (souvent développés) ont toutefois établi dans leurs lois nationales une durée de protection plus grande.

La Convention de Rome du 26 octobre 1961 (« Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion ») complète la gamme des droits de propriété intellectuelle applicables aux produits culturels, en établissant des règles minimales en matière de droits voisins²⁹³. Aux artistes interprètes et exécutants est accordé un droit exclusif d'autoriser la reproduction et la communication au public de leurs représentations. Aux producteurs de phonogrammes a été reconnu le droit exclusif d'autoriser la reproduction (directe ou indirecte), la distribution et la communication au public de leurs phonogrammes. Les organismes de radiodiffusion ont, à leur tour, le droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion, la retransmission par satellite, l'enregistrement et la communication au public de leurs émissions. Cette protection doit avoir une durée minimale de 20 ans (article 14).

Depuis la prise de conscience de l'importance des droits de la propriété intellectuelle pour l'économie américaine et l'adoption de la loi américaine sur le commerce de 1988, les États-Unis s'efforcent de renforcer ces droits sur le plan international. Ces efforts se sont concentrés jusqu'à présent sur trois voies. Tout d'abord, l'introduction du thème dans une perspective commerciale placée dans le cadre multilatéral, à travers la négociation d'un accord de protection de la propriété intellectuelle sous l'égide de l'OMC (l'Accord sur les ADPIC). Ensuite, l'inclusion de dispositions sur la protection de la propriété intellectuelle dans les traités de commerce bilatéraux, l'avantage de cette voie se trouvant dans la possibilité pour les États-Unis d'imposer plus facilement leur modèle et niveau de protection, ainsi que des aspects du système de *copyright* qu'ils ne pourraient pas faire intégrer aux accords négociés sur le plan multilatéral. C'est ainsi qu'ils ont réussi à imposer à des pays de système continental, en vertu de la différence de force dans les négociations, les règles de libre transférabilité de droits et de possibilité d'attribution de titularité de droits d'auteur à des personnes morales. Enfin, la troisième voie utilisée par les États-Unis a été celle de l'adoption de mesures unilatérales fondées sur la procédure *Special 301*. Selon cette procédure, le *United States Trade Representative* (USTR) établit chaque année une liste de pays qu'il considère ne pas protéger adéquatement la propriété intellectuelle. L'USTR prend en compte des informations

293 Y trouvent aussi application la Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes du 29 octobre 1971 et la Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite du 21 mai 1974 (UNESCO).

fournies par l'IIPA (*International Intellectual Property Alliance*). L'USTR entame alors une procédure en trois étapes. Tout d'abord, il avertit le pays observé pour ses pratiques en propriété intellectuelle, à travers son inclusion dans une « *watch list* ». Si rien n'est fait pour changer cette situation, le pays est placé dans une « *priority watch list* ». Si, malgré les pressions américaines, l'État ne renforce pas son système de protection de la propriété intellectuelle, il est désigné comme « *priority foreign country* ». Dans le cas où il n'y a pas de progrès substantiel de la part du pays considéré comme « pays étranger à traiter en priorité », l'USTR peut appliquer des sanctions. Ces sanctions, adoptées normalement dans les 30 jours suivant la troisième étape, peuvent atteindre des domaines autres que la propriété intellectuelle. Cela donne un pouvoir remarquable au gouvernement américain, puisqu'il peut choisir d'appliquer des sanctions dans un domaine capable d'affecter gravement le pays ciblé²⁹⁴.

Le traitement du thème de la propriété intellectuelle par un accord de l'OMC leur semblait intéressant, en raison, tout d'abord, du mécanisme de règlement des différends institué par cette organisation, mais également de la logique des négociations dans cette enceinte, lesquelles, selon quelques auteurs²⁹⁵, sont plus dynamiques, moins transparentes et permettent une plus grande influence des pays industrialisés dans le processus de négociation. Lors des négociations sur la propriété intellectuelle du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont exigé que le droit moral, qu'ils n'avaient pas intégré dans leur droit interne au niveau demandé par la Convention de Berne, soit exclu de l'accord négocié au sein de l'OMC. Des discussions ont également été entreprises à ce moment sur la base d'une proposition des États-Unis selon laquelle le traitement national devrait s'appliquer aux droits contractuels sur une œuvre (droits assignés aux producteurs) et la notion de « jouissance » des droits d'auteur devrait être intégrée dans l'accord. Si cette proposition avait été acceptée, les prescriptions concernant, par exemple, la teneur en éléments d'origine nationale, les quotas de diffusion et les contingents à l'écran, pouvant être considérées contraires à la pleine jouissance des droits

294 S. VON LEWINSKI parle d'« exportation du droit national américain » et même d'« impérialisme du droit » pour désigner les résultats de ce mécanisme, dans son « Américanisation », in M. VIVANT (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 18-20. Ce même auteur indique également, comme moyen utilisé par les États-Unis pour influencer le droit de propriété intellectuelle d'autres États, la pratique d'assistance technique américaine, ainsi que l'utilisation de la loi-type de l'OMPI par les pays en transition, contenant des aspects du système de *copyright*, tandis que les pays censés l'appliquer ont souvent adhéré au système de droit d'auteur.

295 Voir sur ce point *idem*, p. 17.

économiques attachés aux droits d'auteur, auraient été automatiquement interdites.

L'Accord sur les ADPIC, et notamment ses dispositions relatives aux droits d'auteur et droits voisins, présente une grande importance pour le secteur culturel dans la mesure où il façonne les législations nationales dans ce domaine, dont l'un des objectifs primordiaux est de promouvoir la créativité, en garantissant aux créateurs la rémunération de leur travail et en les incitant, par conséquent, à investir dans la création. Il va sans dire que cette garantie de la créativité est essentielle pour le développement des industries culturelles. Cependant, le fait que l'Accord sur les ADPIC vise des objectifs d'ordre commercial peut impliquer que l'exploitation économique des œuvres culturelles prime les intérêts du créateur. Ce risque est d'autant plus élevé que les industries culturelles les plus puissantes œuvrent davantage aujourd'hui pour le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle, et cela non seulement pour son extension au plus grand nombre d'États, mais également pour l'augmentation de sa durée.

L'Accord sur les ADPIC contient deux groupes principaux de règles. Premièrement, celles qui définissent des standards de protection minimum pour chaque type de droit envisagé par l'Accord et qui reflètent les conventions sur la propriété intellectuelle signées avant et administrées par l'OMPI. Il étend ainsi les dispositions de la Convention de Berne à tous les Membres de l'OMC. Deuxièmement, d'autres règles décrivent les procédures et les remèdes devant être prévus par les Membres dans leurs législations nationales, de manière à garantir aux nationaux d'autres Membres la protection effective de leurs droits de propriété intellectuelle²⁹⁶.

En ce qui concerne les droits d'auteur et les droits voisins, les Membres de l'OMC s'engagent, à travers l'Accord sur les ADPIC, à accorder aux nationaux d'autres Membres les garanties établies par la Convention de Berne (sur les œuvres littéraires et artistiques) et la Convention de Rome (relative aux droits voisins). Les articles 3 et 4 prévoient, respectivement, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée pour toutes les catégories de propriété intellectuelle couvertes par l'Accord. L'article 9.1 incorpore à l'Accord les articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne de 1971, ainsi que son annexe, mais exclut les droits reconnus à l'article 6 *bis* de cette Convention, concernant

296 Ces règles ont été considérées par des pays en développement comme favorisant davantage les pays développés. Voir, par exemple, la Communication de l'Argentine, du Brésil, de l'Inde, de l'Indonésie, de la Namibie, du Pakistan, des Philippines, de l'Afrique du Sud et du Venezuela adressée au Comité du commerce et du développement le 1^{er} décembre 2005 intitulée « *Reclaiming Development in the WTO Doha Development Round* », *op. cit.*, où ces États s'expriment en faveur d'amendements à l'Accord sur les ADPIC, considéré, conjointement avec l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC) et l'Accord anti-dumping, comme favorisant les intérêts des pays développés.

le droit moral d'auteur (non reconnu dans le système anglo-saxon du *copyright*). L'incorporation des dispositions de la Convention de Berne à l'Accord sur les ADPIC implique que tous les Membres de l'OMC respectent désormais cette convention dans sa version la plus protectrice (résultant de l'Acte de Paris de 1971).

Quant au droit de location d'œuvres cinématographiques, l'Accord sur les ADPIC semble aller plus loin que la Convention de Berne et présente un article spécifique, l'article 11, relatif aux programmes d'ordinateur et aux œuvres cinématographiques, qui stipule qu'« *un Membre accordera aux auteurs et à leurs ayants droit le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs œuvres protégées par le droit d'auteur* ». Cet article envisage de garantir la rémunération des détenteurs de droits d'auteur sur ces œuvres, en raison, d'une part, de la diminution des ventes et, d'autre part, des risques de copies illicites qu'implique la possibilité de location. Si toutefois il est démontré par un Membre que l'activité de location commerciale sur son territoire n'a pas conduit « *à la réalisation largement répandue de copies de ces œuvres qui compromet de façon importante le droit exclusif de reproduction* », ce Membre peut être exempté de cette obligation.

Pour ce qui est des droits voisins, leur protection est prévue à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC. La durée de cette protection a été partiellement étendue, l'Accord déterminant dans son article 14.5 que les artistes interprètes et exécutants, ainsi que les producteurs de phonogrammes, jouiront d'une durée de protection qui ne sera pas inférieure à 50 ans, ce qui représente un renforcement par rapport à ce qui était prévu dans la Convention de Rome. Pour les organismes de radiodiffusion, cette durée a été maintenue à 20 ans.

La tendance au renforcement des droits et notamment d'une perspective à fort caractère économique du sujet apparaît également dans les accords sur la propriété intellectuelle signés les dernières années à l'extérieur de l'OMC et notamment au sein de l'OMPI. Ils visent à une plus grande protection des différents droits de la propriété intellectuelle. Un accord est entré en vigueur en 1996 prévoyant la coopération entre l'OMC et l'OMPI²⁹⁷. Le Conseil des ADPIC de la première travaille conjointement avec la dernière afin de mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC et de faire en sorte que les Membres en développement et les moins avancés se conforment à cet Accord. En outre, dans le cas où tous les membres de l'OMC auraient accepté des règles de protection d'un niveau plus élevé dans d'autres accords multilatéraux, la Conférence ministérielle de l'OMC serait autorisée à incorporer ces règles en tant qu'amendements de l'Accord sur les ADPIC (article 71).

297 Voir, pour le texte intégral de cet accord, < http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtowip_f.htm >.

Le Traité OMPI sur le droit d'auteur (*WIPO Copyright Treaty - WCT*)²⁹⁸ a été adopté le 20 décembre 1996, afin d'établir de nouvelles règles et de préciser l'interprétation de quelques dispositions déjà existantes sous la Convention de Berne²⁹⁹. Il s'agit d'un « arrangement particulier » entre pays de l'Union (arrangements conférant des droits plus étendus ou contenant des stipulations non contraires à la Convention, conformément à l'article 20 de celle-ci). Il contient, contrairement à l'Accord sur les ADPIC, une référence aux droits moraux d'auteur.

Bien qu'il reconnaisse en principe, dans son préambule, l'importance de l'équilibre entre la protection des droits d'auteur et l'intérêt public relatif à la création et l'accès à l'information, il prévoit un régime de protection qui se veut plus adapté aux nouvelles technologies et qui est plus strict en termes de contrôle du respect des droits d'auteur, notamment contre le piratage. Il octroie ainsi le droit aux titulaires de *copyright* d'adopter des mesures techniques comme des codes d'accès pour garantir la protection de leurs droits. De leur côté, les États parties ont l'obligation de sanctionner tout acte de contournement de ces mécanismes techniques (article 11), ce qui montre bien les efforts des parties contractantes pour renforcer davantage la protection des droits d'auteur dans l'environnement numérique.

En contrepartie de la protection du titulaire des droits de propriété intellectuelle, les textes internationaux prévoient des exceptions visant à protéger les intérêts publics de promotion de la création et de l'innovation, mais qui sont incapables, aujourd'hui, de compenser la tendance au renforcement indiquée précédemment.

2 - L'insuffisance des exceptions en faveur du public

Les textes internationaux sur les droits d'auteur, qui synthétisent des cultures juridiques différentes et cherchent un compromis pour satisfaire tous les États signataires, contiennent des exceptions favorables aux intérêts du public, parmi lesquels se trouvent la liberté d'expression, l'encouragement de la création et l'accès à l'information et à la culture.

La Convention de Berne³⁰⁰ a établi, à ce propos, un « test de trois étapes » dans son article 9(2), applicable au droit de reproduction de

298 Voir, pour le texte de cet accord, < <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct> >.

299 Bien qu'un certain nombre de pays n'y soit pas encore partie, ce traité prévoit des obligations en matière de droits d'auteurs applicables à l'Internet et la plupart de ses dispositions ont été reprises par la directive communautaire du 22 mai 2000. Voir, pour la liste des Parties contractantes à cet accord, < <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/index.html> > (70 Parties en août 2009, parmi lesquelles figurent les États-Unis, le Japon, le Canada, la France et un bon nombre de pays en développement).

300 Voir, pour les exceptions et limitations de la Convention de Berne, S. RICKETSON, *Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique*, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, SCCR/9/7, 5 avril 2003, < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_9/sccr_9_7.pdf >, pp. 11-46. Voir aussi, pour un aperçu général de la même

l'auteur. À ce test renvoient également l'Accord sur les ADPIC (qui l'étend, dans son article 13, à tous les droits patrimoniaux d'auteur qu'il reconnaît) et le traité de l'OMPI (article 10). Selon ce test, les législations nationales, afin de prévoir des limitations ou exceptions au droit exclusif de reproduction des auteurs, par exemple, doivent les conformer à trois limites, qui sont aujourd'hui contrôlées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC par l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

La première condition est celle qui détermine que les exceptions ne peuvent être prévues que pour des cas spéciaux. Ensuite, elles ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, c'est-à-dire, l'exploitation à laquelle l'auteur pourrait raisonnablement s'attendre. Cette exigence peut poser des problèmes quant à la définition de ce qui peut être considéré comme « exploitation normale », notamment dans l'exploitation numérique. Troisièmement, l'exception ainsi déterminée ne peut causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. L'idée est donc que le préjudice causé par l'application d'une telle exception peut dans certains cas être justifié par des intérêts jugés supérieurs. Le législateur pourra, bien évidemment, compenser ce préjudice, en utilisant, par exemple, un mécanisme de licence obligatoire, accompagné d'une rémunération équitable de l'auteur ou du détenteur de droits. Si, d'un côté, la définition exacte de ce que veulent dire ces trois critères est difficile à établir, d'un autre ce test permet une grande flexibilité, en créant la possibilité pour les pays signataires d'adopter des exceptions adaptées à leurs exigences sociales. Le droit du public à l'information et à la culture pourrait donc en théorie être pris en considération lors de l'application de ce test.

La Convention de Berne prévoit également d'autres limitations et exceptions aux droits d'auteur. Dans ses articles 10 et 10 *bis*, elle établit des exceptions pour les citations ; les reproductions d'œuvres vues ou entendues au cours d'un événement dont on fait un compte rendu, ainsi que la reproduction d'articles d'actualité économique, politique ou religieuse ; et les reproductions à des fins d'enseignement conformes aux bons usages. Une exception à l'exclusivité du droit d'auteur est prévue également à travers la possibilité de licences obligatoires en matière de radiodiffusion et d'enregistrements sonores (articles 11 *bis* et 13). Il existe aussi des exceptions relatives à la durée de la protection, laquelle pourra être réduite dans le cas d'œuvres cinématographiques (article 7.2), d'œuvres photographiques et d'œuvres des arts appliqués (article 7.4), ainsi que d'œuvres anonymes et pseudonymes (article 7.3). La Convention de Rome, dans son article 15, établit certaines limitations à la protection qu'elle accorde et prévoit que les États contractants puissent déterminer

question, R.L. OKEDIJI, *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, Issue Paper n° 15, ICSTD et UNCTAD, Mars 2006, < <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/ruth%202405.pdf> >, pp. 10-15.

des limites similaires à celles qu'ils imposent à la protection du droit d'auteur.

Dans l'Accord sur les ADPIC, l'article 13 reprend le test introduit par la Convention de Berne et l'applique à tous les droits exclusifs reconnus à l'auteur ou au détenteur des droits d'auteur (non seulement tous les droits reconnus par la Convention de Berne, mais aussi le droit de location, introduit par l'Accord sur les ADPIC). Il établit en effet que « *Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ». Le remplacement de la formule « intérêts légitimes de l'auteur » (de la Convention de Berne) par « intérêts légitimes du détenteur du droit » ouvre la possibilité de référence à des droits patrimoniaux susceptibles d'être transférés librement. L'application de ce test de trois étapes peut servir à justifier, par exemple, dans le secteur de la radiodiffusion, les droits de « *short reporting* » ou d'accès à des événements majeurs tels que définis par les États européens. Le Traité WCT, à son tour, suit le modèle de l'Accord sur les ADPIC, en étendant encore le triple critère à tous les droits qu'il reconnaît.

Malgré la flexibilité proportionnée par ce « test de trois étapes », la prévision de l'article 71 de l'Accord sur les ADPIC, rendant plus facile l'« *adaptation [de l'Accord] à des niveaux plus élevés de protection des droits de propriété intellectuelle* », ainsi que les négociations au sein de l'OMPI en vue de l'élaboration de traités internationaux renforçant cette protection, semblent contribuer progressivement à un déséquilibre entre la protection des détenteurs de droits et l'encouragement de la créativité à travers l'accès du public aux œuvres de l'esprit.

Dans d'autres domaines de l'Accord sur les ADPIC, un certain progrès en vue de la prise en compte des intérêts du public a, néanmoins, été atteint depuis la Conférence Ministérielle de Doha. Tout d'abord, la reconnaissance de la nécessité de protection des connaissances et du folklore traditionnels, thème de grande importance pour la protection des expressions culturelles nationales³⁰¹. De plus, la Déclaration de Doha dispose qu'une attention spéciale devra être donnée aux intérêts des pays en développement³⁰². Dans la Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre, adoptée à l'occasion de cette même

301 Dans son § 19, la Déclaration de Doha affirme : « *Nous donnons pour instruction au Conseil des ADPIC (...) d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et (...) la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres conformément à l'article 71:1* » (ce dernier article se référant à l'examen de la mise en œuvre de l'Accord et à ses amendements).

302 § 19, dernière partie.

Conférence³⁰³, il a été également affirmé (§ 11.2) que l'article 66:2 de l'Accord sur les ADPIC (concernant le transfert de technologie aux pays les moins avancés) contient une disposition impérative pour les pays développés. La valeur juridique d'une telle décision et ses effets pratiques en faveur des pays en développement et les moins avancés sont toutefois discutables.

La possibilité de solutions capables de prendre en compte de manière plus satisfaisante d'autres intérêts que les intérêts commerciaux liés à la propriété intellectuelle semble être également confortée par la décision adoptée par le Conseil général de l'OMC le 6 décembre 2005 à Hong Kong concernant les licences obligatoires pour les produits pharmaceutiques. La dérogation aux règles de l'Accord sur les ADPIC dans le domaine de la santé publique, autorisée le 30 août 2003 (Décision du Conseil général³⁰⁴), a été transposée dans un amendement à l'Accord qui incorpore à celui-ci un article 31 *bis* et une annexe établissant un système en faveur des Membres de l'OMC « *ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique* », de manière à leur permettre de recourir plus efficacement aux licences obligatoires prévues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC³⁰⁵. Une telle évolution apporte indubitablement de l'espoir dans le sens de la possibilité d'un plus grand équilibre entre le renforcement de la propriété intellectuelle (particulièrement bénéfique aux pays développés) et l'intérêt des pays en développement et les moins avancés. Reste à savoir si un développement similaire serait également possible dans le cadre des droits d'auteur en ce qui concerne la garantie de l'accès aux œuvres culturelles pour ces pays.

En tout état de cause, vu ce qui précède, il est possible de conclure que les règles multilatérales applicables au commerce des produits et services culturels contiennent en général une grande disproportion entre les dispositifs de libéralisation du commerce et ceux qui garantissent une marge de manœuvre pour l'adoption de mesures de politique culturelle. Ce manque de contreponds à la logique du libre commerce est, par ailleurs, renforcé par la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, qui résiste en général à accorder une véritable place à des intérêts non commerciaux lors de l'interprétation des accords de cette organisation.

303 Décision du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/17, 20 novembre 2001.

304 WT/L/540 et Corr. 1, du 1^{er} septembre 2003.

305 Voir « Amendement de l'Accord sur les ADPIC », Décision du Conseil général du 6 décembre 2005, WT/L/641, du 8 décembre 2005.

§ 2 - LE RENFORCEMENT DE LA LIBÉRALISATION PAR LA JURISPRUDENCE DE L'OMC

Le principe de non-discrimination soutenu par l'OMC semble avoir été interprété par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de manière plutôt intrusive dans les affaires de politique nationale³⁰⁶. En matière de politique culturelle, déjà dans le cadre du GATT de 1947 et antérieurement à la création de l'OMC, des arguments d'ordre socio-culturel ont été mis en avant à l'occasion de certains litiges³⁰⁷.

C'est le cas, par exemple, de l'affaire *CE – Restrictions quantitatives contre l'importation de certains produits de provenance de Hong Kong* (1983). L'affaire concernait des restrictions imposées par la France à l'importation de produits divers : quelques produits textiles, des parapluies, des récepteurs-radio, des bateaux de plaisance et de sport, des microscopes optiques, des jouets et certains types de montres. Les Communautés européennes ont argumenté dans cette affaire en faveur d'une interprétation socioculturelle plus large des obligations de la France³⁰⁸, mais le Groupe spécial a fait valoir qu'aucune justification à une telle interprétation sur la base des dispositions du GATT n'avait été présentée³⁰⁹.

En 1984, dans l'affaire *Japon – Mesures affectant l'importation de produits en cuir*, le Japon a mis en avant un objectif d'ordre social pour l'introduction des mesures contestées, qui touchaient le « problème Dowa » (les Dowa étant un groupe de personnes ayant souffert de discrimination dans ce pays pendant une longue période). Les mesures de

306 D.P. STEGER, *op. cit.*, p. 162.

307 Dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques* (DS8, DS10, DS11), l'Organe d'appel a déterminé que les rapports des groupes spéciaux adoptés avant l'avènement de l'OMC (et donc sous l'égide du GATT de 1947), mis à part leur application contraignante à la question spécifique qu'ils devraient régler, pouvaient soutenir le raisonnement juridique de l'Organe d'appel. Malgré leur autorité relative, ils sont donc considérés comme une part importante de l'acquis du GATT, créant des attentes légitimes pour les Membres de l'OMC. Des informations plus détaillées sur les affaires antérieures à l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC et touchant à des questions culturelles peuvent être trouvées dans C. CARMODY, *op. cit.*, pp. 261-269.

308 Au § 12 du Rapport du Groupe spécial (adopté le 1^{er} juillet 1983, L/5511 - 30S/129), il est affirmé que « *De l'avis de la Communauté européenne, il ne suffit pas, pour juger de la compatibilité de ces restrictions avec les dispositions de l'Accord général, de limiter l'examen à un exercice purement juridique (...). Il faut tenir compte des facteurs d'ordre historique et général ainsi que de la situation économique et sociale propre à chaque secteur, par exemple la faiblesse des structures industrielles et l'insuffisance de l'ajustement technologique (...)* ».

309 Au § 27 de son Rapport, le Groupe spécial affirme qu'il « *a examiné les arguments de la Communauté européenne fondés sur la situation sociale et économique dans les divers secteurs de production à l'examen. La Communauté européenne n'a invoqué aucune disposition de l'Accord général à l'appui de ces arguments. Le Groupe spécial a estimé que les questions de cet ordre n'étaient pas visées par les articles XI et XIII de l'Accord général et en a conclu qu'en l'espèce elles n'étaient pas de sa compétence* » (souligné par l'auteur).

protection de l'industrie du cuir visaient à garantir ainsi la survie de ce groupe. Les États-Unis n'ont pas accepté que les quotas d'importation fussent un moyen valable pour résoudre des problèmes d'ordre social. Le Groupe spécial a conclu que son mandat consistait à examiner l'affaire à la lumière des dispositions du GATT et que celui-ci ne contenait pas une telle justification socioculturelle pour des restrictions à l'importation.

En 1988, dans l'affaire *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, le Japon a demandé au Groupe spécial de tenir compte des « réalités historiques » et de l'importance économique et sociale de certaines restrictions à l'importation des produits agricoles. Ceux-ci auraient des caractéristiques spécifiques qui ne pourraient être gouvernées uniquement par des préoccupations d'efficacité économique. Encore une fois, le Groupe spécial ne les a pas prises en compte.

Enfin, en 1988, l'affaire *Canada – Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par des agences provinciales canadiennes de marketing*, concernant des mesures imposées à l'importation de liqueur par des monopoles canadiens, a également soulevé des considérations socioculturelles. Le Groupe spécial a dû appliquer l'article II:4 du GATT et l'article 31 de la Charte de la Havane³¹⁰, qui prévoit qu'« *il sera dûment tenu compte du fait que certains monopoles sont établis et appliqués essentiellement à des fins sociales, culturelles, humanitaires ou fiscales* ». Le Canada n'a pas soulevé d'objectif de nature culturelle pour ces mesures, mais le Groupe spécial a décidé en faveur d'une réduction de la portée de l'article 31, qui ne devrait, selon lui, être applicable que dans la mesure de sa pertinence dans le contexte du GATT.

Dans aucune de ces affaires, le Groupe spécial chargé de la question n'a pris en compte les intérêts de politique culturelle ou sociale qu'avaient présentés les parties au différend³¹¹. Cela est assez décourageant, d'autant plus que, malheureusement, c'est la même perspective primordialement commerciale qui a régi les décisions adoptées depuis l'entrée en vigueur de l'OMC. Dans la pratique, lorsque des intérêts culturels ont été soulevés pour justifier l'adoption d'une mesure restrictive du commerce, ils ont été écartés par le Groupe spécial chargé de l'affaire ou par l'Organe d'appel, en faveur des intérêts économiques en jeu. Par ailleurs, certaines interprétations de ces organes dans le cadre d'affaires ne touchant pas directement le secteur culturel conduisent à penser qu'ils

310 Dans la note interprétative de l'article II:4 du GATT (concernant l'établissement de monopoles), il a été déterminé que « *Sauf convention expresse entre les parties contractantes qui ont primitivement négocié la concession, les dispositions du paragraphe 4 seront appliquées en tenant compte des dispositions de l'article 31 de la Charte de La Havane* ».

311 Certes, il faut faire attention à ce que des préoccupations culturelles (souvent très légitimes aux yeux des pays qui les invoquent) ne soient pas mises en avant pour justifier des restrictions au commerce dans des secteurs qui ne sont pas « culturels en eux-mêmes », bien qu'il s'agisse d'une distinction difficile à établir concrètement.

seraient également défavorables à toute invocation des besoins de politique culturelle, car elles semblent aggraver les obligations contractées par les Membres.

A - La primauté des intérêts économiques

Depuis la création de l'OMC, quelques affaires concernant plus directement le secteur culturel ont été traitées, telles que celle opposant les États-Unis et la Turquie et réglée au stade des consultations, concernant une taxe discriminatoire sur le billet de cinéma instituée par la Turquie, ainsi que la demande de consultations présentée par la Communauté européenne au Canada relative à la politique de distribution des films instituée par ce pays. Une affaire importante qui a dépassé la phase des consultations et atteint l'examen par un Groupe spécial et par l'Organe d'appel est celle des périodiques, opposant les États-Unis et le Canada. Dans toutes ces affaires, l'intérêt culturel s'est vu subordonner à des intérêts économiques. La récente affaire *Chine - Publications et produits audiovisuels* (DS363) a soulevé également d'importantes questions d'ordre culturel. Dans son rapport du 12 août 2009, le Groupe spécial s'est fondé largement sur la jurisprudence antérieure de l'OMC et n'a pas retenu les arguments de la Chine qui, entre autres, soulignaient le caractère culturel et spécifique des produits et services concernés.

1 - La primauté lors des consultations

Arrêtée au stade des consultations, l'affaire *Turquie – Taxation des recettes provenant des films étrangers* (DS43) n'a pas fait l'objet de beaucoup de commentaires dans la doctrine. Elle soulève néanmoins un grave problème, qui sera étudié de plus près par l'ORD lors de l'affaire des périodiques opposant le Canada et les États-Unis : celui des limites de l'applicabilité du GATT et de l'AGCS. En effet, le 12 juin 1996, les États-Unis présentaient une demande de consultations à la Turquie³¹² dans le cadre de l'article 4:4 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends mettant en question « *la façon dont la Turquie taxe les recettes provenant de la projection de films étrangers, qui est moins favorable que la façon dont sont taxées les recettes provenant de la projection de films d'origine nationale, du fait, entre autres choses, de l'application de la Loi turque sur les recettes municipales* ». Cette taxe imposée par la Turquie était considérée par les États-Unis comme une violation à l'article III du GATT, relatif au traitement national des produits étrangers.

Il n'a jamais été question, dans les communications adressées à l'ORD, de l'application de l'AGCS. Pourtant, les taxes étaient appliquées sur les recettes obtenues de la fourniture d'un service, celui de la projection des films. C'est d'ailleurs ce que la demande américaine d'établissement

312 WT/DS43/1, du 17 juin 1996.

d'un Groupe spécial affirme sur la question³¹³ : « *Le gouvernement turc impose actuellement une taxe municipale de 25 pour cent sur les recettes des entrées liées à la projection de films étrangers, mais n'impose pas de taxe de ce type pour les recettes des entrées liées à la projection de films d'origine nationale* ». La taxe ne concernait donc pas à proprement parler l'importation des films, mais plutôt le service de projection en salle. Les États-Unis ont toutefois demandé qu'un Groupe spécial soit constitué « *pour examiner cette question à la lumière du GATT de 1994* », demande à laquelle ils ont ensuite renoncé en raison d'un accord conclu avec la Turquie et notifié à l'ORD le 14 juillet 1997³¹⁴. La Turquie n'ayant pas assumé d'engagement dans le secteur des services audiovisuels³¹⁵, des mesures discriminatoires incidentes sur la projection de films n'auraient en principe pas été contestables dans le cadre de l'AGCS. Il est possible de se demander si, au cas où la question aurait été portée devant un Groupe spécial et éventuellement devant l'Organe d'appel, il n'aurait pas été fait de distinction plus claire entre l'application du GATT et de l'AGCS au secteur de l'audiovisuel.

Dans l'affaire *Canada - Mesures visant les services de distribution de films* (DS 117), une demande de consultations a été présentée par la Communauté européenne au Canada le 20 janvier 1998, concernant la « *Canadian 1987 Policy Decision on film distribution* » et son application aux entreprises européennes. La Communauté européenne considérait que les entreprises européennes étaient traitées de manière moins favorable que leurs concurrents américains³¹⁶. Cette différence de traitement se justifiait par une *grandfathering clause* établie en 1988 en faveur des grands distributeurs américains déjà présents sur le territoire canadien, qui écartait pour ceux-ci l'application des règles interdisant l'acquisition de distributeurs de films canadiens par des étrangers et limitant l'investissement dans de nouvelles compagnies. Selon la Communauté européenne, étaient violés par cette mesure les articles II (traitement de la nation la plus favorisée) et III:1 (transparence) de l'AGCS, puisque le Canada n'avait pas adopté une exemption NPF pour les mesures relatives à la distribution des films.

La demande a été finalement retirée lorsque l'entreprise européenne la plus affectée par cette mesure a été rachetée par une entreprise

313 WT/DS43/2, datant du 10 janvier 1997.

314 Selon cet accord, la Turquie s'est soumise à la plainte américaine en concluant que « *conformément aux obligations découlant pour la Turquie de l'article III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, la Turquie égalisera toute taxe imposée en Turquie sur les recettes provenant de la projection de films nationaux et de films importés aussitôt qu'il sera raisonnablement possible* » (WT/DS43/3, « *Turkey – Taxation of Foreign Film Revenues* », Notification of Mutually Agreed Solution, 24 juillet 1997).

315 Voir sa Liste d'engagements spécifiques GATS/SC/88.

316 Voir, pour le texte de la demande de consultations, WT/DS117/1, S/L/53.

canadienne. L'attitude de la Communauté européenne, compréhensible pour des raisons économiques (les seules d'ailleurs pouvant être directement soulevées dans le cadre d'un litige devant l'OMC) confirme toutefois le danger pour la diversité des cultures inhérent à la logique même des accords de libre commerce. Une subordination à des intérêts économiques s'est également dégagée de l'interprétation de l'ORD.

2 - *La primauté confirmée par le juge de l'OMC*

La supériorité des intérêts commerciaux face aux intérêts culturels a été clairement reconnue par l'ORD dans le litige canado-américain sur les périodiques à tirage dédoublé³¹⁷ (affaire *Canada - périodiques* (DS31)), dans lequel a été démontrée l'inefficacité d'une des rares clauses d'exception culturelle existantes dans un accord commercial international (l'ALENA). Ce différend a fait émerger les principaux enjeux relatifs au concept d'exception culturelle et notamment celui du droit des États de protéger et de promouvoir leur identité culturelle³¹⁸. Si la défense des mesures de politique culturelle face aux intérêts du libre commerce a été au cœur de l'argumentation canadienne, l'ORD a pris parti pour une application stricte et sévère des Accords de l'OMC, en faveur des intérêts commerciaux de ses Membres et contre toute spécificité du secteur culturel.

Les mesures canadiennes en faveur de son industrie des périodiques contestées par les États-Unis devant l'ORD avaient une longue histoire juridique. Elles visaient à protéger la culture canadienne véhiculée par ces produits face à une offre économiquement plus compétitive des

317 Il s'agit d'éditions de périodiques étrangers qui présentent le même contenu ou presque que les périodiques vendus à l'étranger, sauf pour la publicité, qui n'est pas identique dans toutes les éditions. Le contenu étant le même, le coût de production du périodique à tirage dédoublé est beaucoup plus bas que celui d'un magazine de contenu rédactionnel nouveau. Cela permet que les éditions dédoublées offrent des prix pour la publicité beaucoup moins chers que les magazines à tirage non dédoublé. Sur ce différend, voir D. ATKINSON, dans « Le droit des États (...) », *op. cit.*, pp. 28-29, H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *op. cit.*, pp. 469-472, G. GAGNÉ, « Libéralisation et exception culturelle – le différend canado-américain sur les périodiques », in *Études internationales*, vol. XXX, n° 3, Institut Québécois des Hautes Études Internationales, Québec, Septembre 1999, pp. 571-588, M.-P. LANFRANCHI, « Canada – Certaines mesures concernant les périodiques », in B. STERN et H. RUIZ FABRI, *La jurisprudence de l'OMC – 1996-1997*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 125-148, C. CARMODY, *op. cit.*, pp. 231-320, ainsi que A. SCOW, « The Sports Illustrated Canada Controversy: Canada 'Strikes Out' in Its Bid to Protect Its Periodical Industry from U.S. Split-Run Periodicals », *MJGT*, vol. 7, Issue 1, 1998, pp. 245-285.

318 Un conflit opposant les mêmes États également en matière culturelle a été celui relatif à la *Country Music Television* (CMT) en 1994, où la Commission canadienne pour la radiodiffusion et les télécommunications avait révoqué la licence de la CMT pour le câble, en la remplaçant par une station de télévision de musique « country » détenue par une entreprise canadienne (*New Country Network*). Voir sur ce conflit A.M. CARLSON, *op. cit.*, pp. 585-623.

entreprises américaines du secteur. Pendant des années, il n'avait pas été possible de trouver un accord sur la manière la plus efficace de préserver les périodiques canadiens. Des Commissions ont été formées pour étudier la question.

Le rapport de la *O'Leary Commission*, présenté en 1961, affirmait l'importance des magazines et des communications pour l'unité et les valeurs d'une nation. Deux mesures y ont été proposées pour que les périodiques canadiens puissent concurrencer l'offre étrangère sur un pied d'égalité : l'interdiction de la déduction fiscale pour les publicités dans les périodiques étrangers et l'interdiction de l'importation de périodiques à tirage dédoublé, contenant de la publicité visant spécifiquement le marché canadien. Ceux-ci devraient être imprimés en territoire canadien. En avril 1965, ces mesures ont été adoptées, donnant toutefois une exemption totale aux deux plus grands magazines américains installés au Canada, *Time* et *Reader's Digest*.

Peu avant l'affaire devant l'OMC, les deux réglementations canadiennes traitant des éditions à tirage dédoublé étaient donc le Code tarifaire 9958, qui interdisait depuis 1965 l'importation d'éditions régionales (magazines destinées uniquement au marché canadien) ou à tirage dédoublé de périodiques, lorsque les annonces publicitaires visaient principalement le marché canadien³¹⁹ ; et la Loi relative à l'impôt sur le revenu (*Section 19*), qui interdisait la déductibilité, du montant du revenu, des dépenses réalisées pour l'inclusion dans une publication étrangère³²⁰ de publicité visant principalement le marché canadien. De plus, Postes Canada attribuait à certains types de revues des tarifs postaux préférentiels, dans le cadre du Programme d'aide aux publications du Ministère du Patrimoine canadien. Il existait ainsi un barème de tarifs, qui distinguait entre « tarifs subventionnés », « tarifs commerciaux canadiens » et « tarifs commerciaux internationaux », et qui favorisait nettement les périodiques canadiens³²¹.

319 Une exception avait de plus été ajoutée au Code tarifaire en 1988, autorisant les éditeurs canadiens à faire composer ou imprimer leurs revues en territoire américain, de manière à réduire les coûts de production des magazines canadiens à tirage dédoublé. (M.-P. LANFRANCHI, *op. cit.*, p. 128 et F. MAKKI et P. MORRISON, « Canada – Certain Measures Concerning Periodicals », in J. CAMERON et K. CAMPBELL (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, London, Cameron May, 1998, p. 408). S. DE BOER, dans « Trading Culture: The Canada-US Magazine Dispute », in J. CAMERON et K. CAMPBELL (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, London, Cameron May, 1998, p. 248, fait remarquer que ce Code tarifaire n'avait jamais été remis en question par les États-Unis depuis son adoption (1965) jusqu'à la soumission de l'affaire devant l'ORD.

320 Pour être qualifiée de publication canadienne selon la *Section 19* de la Loi relative à l'impôt sur le revenu, un périodique devrait être détenu par du capital canadien dans une proportion minimale de 75% et présenter un contenu éditorial différent de celui d'un périodique imprimé, édité ou publié à l'extérieur du Canada selon un pourcentage minimum de 80% (A. SCOW, *op. cit.*, p. 253).

321 Les tarifs subventionnés, fortement soutenus par l'État, exigeaient une série de critères déterminés par le Ministère du Patrimoine Canadien : publication, impression,

L'observation du marché canadien après l'adoption de ces mesures ne laissait pas entrevoir d'obstacles substantiels à l'entrée et à la vente des périodiques américains. D'un autre côté, elles semblaient faire preuve d'une certaine efficacité, car tandis qu'en 1956 il n'existait que 661 titres publiés au Canada, en 1992 ce nombre était passé à 1440 et la circulation des périodiques canadiens sur le marché était passée de 25% à presque 68%³²².

Les mesures canadiennes en faveur de l'industrie des périodiques ont été contournées en avril 1993, lorsque l'entreprise américaine *Time Warner* a transmis, par satellite, à des imprimeries situées en Ontario, le contenu de son périodique *Sports Illustrated*. Puisqu'il ne s'agissait pas d'une importation proprement dite, la société a commencé à vendre des espaces publicitaires à des annonceurs canadiens dans « son édition canadienne », à un prix beaucoup plus bas que celui pratiqué par les éditeurs de périodiques canadiens, tandis que son contenu rédactionnel demeurait presque entièrement d'origine américaine. La réduction des prix des annonces publicitaires compensait toute attractivité qu'exerçait précédemment la *Section 19* de la Loi relative à l'impôt sur le revenu. En réaction à ce comportement, le Canada a imposé aux éditeurs, en décembre 1995, une taxe de 80% sur la valeur des annonces publicitaires d'éditions de périodiques à tirage dédoublé distribués au Canada (Partie V.1 de la Loi sur la taxe d'accise). Elle s'appliquait rétroactivement à toute édition dédoublée ayant commencé sa publication après le mois de mars 1993, en établissant en même temps une exemption qui protégeait les périodiques établis depuis longtemps sur le territoire canadien (tels que *Time* et *Reader's Digest*). L'exemption de cette taxe était permise selon le nombre d'éditions à tirage dédoublé publiées par une entreprise sur la période de douze mois précédant le 26 mars 1993.

En mars 1996, les États-Unis ont annoncé leur intention de porter plainte auprès de l'OMC contre cette taxe et aussi contre l'interdiction d'importation de périodiques à tirage dédoublé. Des consultations ont eu lieu entre le Canada et les États-Unis le 10 avril 1996, mais n'ont pas réussi à empêcher la suite de la procédure devant l'ORD.

composition et édition réalisées sur le territoire canadien ; production et publication par un citoyen canadien ou une société contrôlée par des citoyens canadiens ; et le fait que la publication ne soit pas faite sous licence d'un éditeur étranger ou qu'elle ne contienne pas de contenu éditorial qui soit substantiellement le même que celui d'une édition imprimée en dehors du Canada et n'ayant pas été éditée d'abord sur le territoire canadien. Les tarifs commerciaux canadiens étaient, à leur tour, applicables à des publications canadiennes qui ne répondaient pas aux exigences des tarifs subventionnés, et les tarifs internationaux, aux publications étrangères. Le Ministère du Patrimoine Canadien fournissait à Postes Canada les noms des périodiques pouvant bénéficier des tarifs subventionnés.

322 S. DE BOER, *op. cit.*, p. 236.

a) *L'application rigoureuse des accords de commerce*

Les États-Unis se sont abstenus de porter l'affaire devant l'ALENA, où la mesure canadienne aurait pu être couverte par l'exception relative aux industries culturelles de cet Accord³²³. La préférence pour le système de l'OMC s'explique également en raison du caractère plus contraignant de la procédure de règlement des différends de l'OMC³²⁴.

Le Groupe spécial formé à la demande des États-Unis au sein de l'OMC a examiné les mesures canadiennes³²⁵ au regard des articles XI:1 (interdiction des restrictions quantitatives), III:2, III:4 et III:8 (traitement national) du GATT³²⁶. Les États-Unis alléguaient que l'interdiction d'importation du Code tarifaire était incompatible avec l'article XI:1 du GATT. De plus, en considérant que les magazines à tirage dédoublé et tous les autres magazines nationaux étaient des « produits similaires », la taxe d'accise instituée en 1995 était à leurs yeux contraire à l'article III:2. À titre subsidiaire, ils alléguaient que, dans le cas d'inapplicabilité de l'article III:2, la taxe d'accise était incompatible avec l'article III:4, en ce qu'elle affectait la vente des périodiques à tirage dédoublé. En ce qui concerne les tarifs postaux introduits par Postes Canada, les États-Unis affirmaient qu'ils étaient incompatibles avec l'article III:4, car ils favorisaient les périodiques produits nationalement, et n'étaient pas couverts par l'article III:8.

Le Canada, de son côté, justifiait le Code tarifaire sur la base de l'exception générale de l'article XX (d) du GATT, en tant que mesure « [nécessaire] pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord », et affirmait que l'article III du GATT n'était pas applicable à la taxe d'accise, car il s'agissait d'une mesure concernant le commerce des services de publicité et, par conséquent, soumise à l'application de l'AGCS. Quoi qu'il en soit, le Canada affirmait que la taxe était de toute façon compatible avec le dispositif susmentionné du GATT, car elle respectait les obligations de traitement national qu'il déterminait³²⁷. Quant aux tarifs postaux, le

323 En effet, selon l'article 2012 (a) de l'ALENA, sont comprises comme « industries culturelles » (et, par conséquent, couvertes par l'exception culturelle que cet Accord prévoit) la publication, la distribution ou la vente de livres, revues, périodiques ou journaux. Le choix de l'enceinte de jugement a résulté ainsi de considérations stratégiques des États-Unis.

324 C. CARMODY, *op. cit.*, p. 287, n. 233, attire l'attention sur l'absence de tierces parties dans cette procédure, ce qui est assez curieux dans la pratique du règlement des différends de l'OMC et surtout face à l'importance de la question traitée dans cette affaire.

325 À l'exception de la *Section 19* de la Loi relative à l'impôt sur le revenu, que les États-Unis n'ont pas contestée.

326 Voir, pour les arguments des parties dans cette affaire, ainsi que l'examen du Groupe spécial et l'Organe d'appel, M.-P. LANFRANCHI, *op. cit.*, pp. 130-137.

327 Un premier argument du Canada faisait valoir que, puisque les magazines à tirage dédoublé étaient produits dans le Canada (et, par conséquent, non importés), l'article

Canada considérait les « tarifs subventionnés » comme des subventions autorisées par l'article III:8 (b) du GATT.

Le Groupe spécial a donné raison aux États-Unis dans son rapport du 21 février 1997, transmis aux Membres le 14 mars 1997 et, en juin de la même année, c'est l'Organe d'appel qui corrobore cette conclusion, en confirmant que les mesures de protection de l'industrie canadienne de périodiques étaient incompatibles avec les articles III et XI du GATT.

À propos de l'interdiction établie par le Code tarifaire 9958, le Groupe spécial a considéré qu'il s'agissait d'une mesure incompatible avec l'article XI:1 du GATT et injustifiable au regard de l'article XX (d) de ce même accord³²⁸. Le Groupe spécial a, néanmoins, affirmé qu'il n'examinerait pas, ni ne donnerait de jugement de valeur concernant les objectifs politiques de la mesure canadienne relative aux périodiques. Il analyserait uniquement les « *instruments choisis par le gouvernement canadien pour les réaliser* »³²⁹. Le jugement de violation de l'article XI:1 du GATT par le Code tarifaire 9958 n'a pas été contesté par le Canada lorsqu'il a soumis l'affaire à l'Organe d'appel.

Le plus grand désaccord est apparu à propos de l'applicabilité de l'obligation de traitement national de l'article III du GATT. Le Groupe spécial a tout d'abord établi que l'article III:2 du GATT était bien applicable à l'affaire. Il a affirmé la non-existence d'une hiérarchie entre le

III:2 du GATT n'était pas applicable. À cela, les États-Unis répondaient que l'article III:2 visait les attentes des Membres de l'OMC et pas nécessairement une situation réelle du marché (Voir S.M. CONE, « The Appellate Body and Harrowsmith Country Life », *JWT*, vol. 32, n° 2, 1998, p. 104). Le Canada a également argumenté, sans succès, que la première caractéristique à être prise en compte pour la détermination de la similarité entre deux produits dans le cas d'un produit culturel comme les périodiques devrait être son contenu intellectuel. Celui-ci impliquerait nécessairement des différences en termes d'usage final, ainsi que de goûts et habitudes des consommateurs (Voir le Rapport du Groupe spécial, § 3.61). Pour les États-Unis, les périodiques importés à tirage dédoublé et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé étaient similaires aux yeux des acheteurs d'espaces de publicité. Afin de démontrer que la taxe d'accise n'était pas discriminatoire, le Canada a donné l'exemple d'un magazine de propriété canadienne, le *Harrowsmith Country Life*, qui existait avant la taxe d'accise en deux éditions : une édition canadienne et une édition américaine. Comme leur contenu rédactionnel était similaire dans les deux éditions, mais les publicités visaient les marchés respectifs, l'édition canadienne aurait été considérée comme une édition à tirage dédoublé, soumise donc à la taxe d'accise. Ainsi, le Canada prétendait montrer qu'il n'existait pas de discrimination par rapport à l'origine de l'éditeur du périodique. Le Groupe spécial a utilisé ensuite ce même exemple pour conclure que les périodiques à tirage dédoublé et non dédoublé constituaient des produits similaires aux fins de l'article III:2.

328 Voir le Rapport du Groupe spécial, §§ 5.9 à 5.11, où celui-ci souligne la nécessité d'une interprétation restrictive de l'alinéa (d) de l'article XX. Le Canada avait fait valoir que la conformité « substantielle » (et non formelle) ne pourrait être séparée des objectifs sociaux et économiques sous-jacents à la mesure. Dans cette perspective, l'interdiction d'importation n'imposerait pas de discrimination arbitraire ou injustifiable, selon le chapeau de l'article XX.

329 Rapport du Groupe spécial, p. 85, § 5.9.

GATT et l'AGCS³³⁰ et l'existence inévitable de chevauchements entre les deux accords. Sur cette question, le Canada soutenait en revanche que, parce que le « *GATS is a more specific expression of the intention of WTO Members with respect to disciplines applicable to trade in services, it should prevail over the GATT 1994 in case of a true conflict, where the conflict relates primarily to trade in services. The more appropriate approach is clearly to interpret both agreements so as to minimize any overlaps and resulting conflicts, and thus to preserve the integrity and independence of each regime as the negotiators intended* »³³¹.

Quant à la compatibilité de la taxe d'accise avec l'article III, le Groupe spécial a considéré, sur la base d'une abstraction³³², que les périodiques importés à tirage dédoublé et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé constituaient des produits similaires et que, la taxe étant plus favorable aux produits nationaux, il y avait bien une violation de l'article III. Le Groupe spécial s'est, par ailleurs, fondé sur la considération que la définition de « périodique à tirage dédoublé » donnée par la Loi sur la taxe d'accise relevait uniquement de facteurs extérieurs au marché canadien, tels que le contenu éditorial et publicitaire, sans prendre vraiment en compte la question de la « canadienneté » du produit. Comme souligné précédemment, il peut être, toutefois, souvent très difficile pour les États, dans la pratique, de choisir des critères de définition de la nationalité d'un produit pour des fins de protection ou de promotion culturelle qui ne se confondent pas avec des critères économiques ou commerciaux. Le Groupe spécial n'a au demeurant fourni aucune indication plus précise à ce sujet.

Quant aux tarifs postaux, ils ont été considérés comme une mesure gouvernementale (bien que Postes Canada soit une entreprise privée, la politique tarifaire était contrôlée et déterminée par les pouvoirs publics³³³)

330 Le Groupe spécial a fait valoir que l'article XVI:3 de l'Accord instituant l'OMC et la Note interprétative de l'Annexe 1A établissaient une hiérarchie entre les Accords de Marrakech, mais puisque rien n'était dit à propos d'une hiérarchie entre le GATT et l'AGCS, il fallait conclure qu'ils se trouvent sur le même plan. Le Groupe spécial a en outre cité une série de précédents où les services de publicité avaient été examinés dans le cadre de l'article III du GATT.

331 Deuxième soumission canadienne au Groupe spécial, § 9.

332 Puisque, en raison de l'interdiction du Code tarifaire, aucun périodique à tirage dédoublé n'était effectivement commercialisé sur le territoire canadien. Le Groupe spécial, au lieu d'examiner les exemples fournis par les Parties, a comparé les éditions canadienne et américaine du périodique *Harrowsmith Country Life* (détenu par une entreprise canadienne), bien qu'ils n'aient jamais pu être simultanément sur le même territoire.

333 Le Canada avait en principe qualifié Postes Canada comme une agence privée. Pour le Groupe spécial, deux critères devaient être présents pour qu'une mesure appliquée par une entité privée puisse être qualifiée de mesure gouvernementale : l'existence d'encouragements et de non-encouragements pour que les mesures produisent leurs effets ; et la dépendance de l'action gouvernementale pour que la mesure soit mise en œuvre. Dans l'affaire *Japon – Film* (WT/DS44/R), il a été également affirmé qu'un

incompatible avec l'article III:4 (car elle établissait une différence de traitement favorable aux produits nationaux, de manière contraire à l'article III:1). Cependant, le Groupe spécial a qualifié les tarifs subventionnés de « subventions autorisées » au regard de l'article III:8, car Postes Canada ne tirait aucun bénéfice économique des subventions accordées par le Ministère du Patrimoine Canadien et, par conséquent, il s'agissait d'une « attribution aux seuls producteurs nationaux », telle que prévue par cet article³³⁴.

Face au rapport du Groupe spécial, rendu le 21 février 1997, le Canada et les États-Unis ont soumis l'affaire à l'Organe d'appel le 12 mai et le 14 mai, respectivement. Le Canada a avancé que le Groupe spécial avait commis des erreurs de droit concernant les points suivants : 1. la qualification de la Partie V.1 de la Loi sur la taxe d'accise en tant que mesure soumise au GATT et non à l'AGCS. Cette loi ne serait pas, selon le Canada, une mesure affectant le commerce des produits, mais une mesure qui réglemente l'accès au marché canadien de la publicité dans les périodiques ; 2. la qualification des périodiques à tirage dédoublé importés et des périodiques nationaux comme des produits similaires. Le Groupe spécial n'aurait pas respecté la méthodologie employée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* (DS8, DS10 et DS11) ; et 3. la constatation de discrimination de la Loi sur la taxe d'accise par rapport aux produits importés. Les États-Unis, à leur tour, ont allégué que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en qualifiant les tarifs postaux subventionnés comme des subventions justifiables sous l'article III:8 du GATT. Le Rapport du Groupe spécial, avec les modifications introduites par l'Organe d'appel, a été adopté par l'ORD le 30 juillet 1997.

Quant à l'applicabilité du GATT à l'affaire, l'Organe d'appel a confirmé la décision du Groupe spécial³³⁵, en affirmant que la taxe

comportement adopté par des entités privées peut être considéré comme une mesure gouvernementale lorsqu'il existe assez de participation du gouvernement dans le sens de l'encouragement de ce type de comportement. Voir World Trade Law Net, Panel Report Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (WT/DS44/R), WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), 2001, p. 7, ainsi que H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *op. cit.*, pp. 489-490.

334 Ce qui contredisait d'une certaine façon les rapports adoptés dans des affaires précédentes, où les Groupes spéciaux avaient interprété l'article III:8 de manière très étroite. Cependant, cette interprétation paraît raisonnable car, comme l'a souligné le Canada, « *the specific form in which the subsidy is paid is irrelevant to the operation of Article III:8 (b), provided that a payment is made by the government for the exclusive benefit of domestic producers* » (§ 117 de la première soumission canadienne).

335 Mais, différemment du Groupe spécial, l'Organe d'appel a considéré qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la possibilité de chevauchement entre le GATT et l'AGCS (Rapport de l'Organe d'appel, p. 22).

d'accise s'appliquait aux périodiques et non à la publicité³³⁶, ce qui se voyait déjà dans le titre de la partie applicable de la loi et dans son objectif (celui de compléter et de rendre efficace l'interdiction d'importation établie par le Code tarifaire). Le fait que le bien matériel que constitue le périodique soit formé par un contenu publicitaire et un contenu rédactionnel (tous les deux ayant les caractéristiques d'un service) n'exclut pas la dimension de « produit » du périodique et, par conséquent, l'applicabilité du GATT. Étant donné la différence de flexibilité qu'accordent le GATT et l'AGCS aux Membres de l'OMC, cette difficulté de séparation des deux accords peut poser beaucoup de problèmes. Il faudrait ainsi déterminer pour chaque cas si les composantes des produits ou services sont séparables conceptuellement, physiquement ou commercialement et observer laquelle de ces composantes est consommée qualitativement et regardée par les consommateurs en tant que produit final³³⁷.

Quant à la détermination des produits similaires, l'Organe d'appel a rejeté en partie les conclusions du Groupe spécial. Bien que celui-ci ait effectivement énoncé les critères juridiques préconisés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* (la similarité devant être établie au cas par cas, de façon étroite, selon les utilisations finales du produit, les goûts et habitudes des consommateurs, ainsi que les propriétés, la nature et la qualité du produit), la méthode de mise en œuvre de ces critères n'aurait pas été appropriée, en raison d'une « analyse factuelle insuffisante »³³⁸. En effet, le Groupe spécial s'était fondé sur une situation hypothétique pour conclure à la similarité des produits. L'Organe d'appel a réfuté le raisonnement du Groupe spécial, en dénonçant la comparaison que celui-ci a faite de deux éditions d'un même périodique, toutes les deux importées sur le marché canadien, et ne pouvant y être présentes en même temps, ainsi que le manque de logique dans ce raisonnement lorsque celui-ci est passé d'une constatation que les produits « pouvaient être similaires » à celle selon laquelle ils « étaient similaires »³³⁹. Considérant qu'il n'était donc pas possible de vérifier la similarité des produits, dans le sens de la première partie de l'article III:2, l'Organe d'appel est passé à l'analyse de la deuxième phrase de ce dispositif³⁴⁰.

336 En raison de sa structure et sa conception (critères adoptés également dans *Japon – Boissons alcooliques*, ainsi que *Corée – Boissons alcooliques* (DS75 et DS84)).

337 C.R. EZETAH, « Canadian Periodicals: Canada – Certain Measures Concerning Periodicals », in *EJIL*, vol. 9, n° 1, < <http://207.57.19.226/journal/Vol9/No1/sr1d.html> >, p. 16.

338 Rapport de l'Organe d'appel, p. 25.

339 Sur une analyse critique de l'utilisation par le Groupe spécial de l'exemple du magazine *Harrowsmith Country Life* afin de vérifier la similarité entre périodiques à tirage dédoublé et à tirage non dédoublé, ainsi que de la décision de l'Organe d'appel sur ce point, voir S.M. CONE, *op. cit.*, pp. 103-117.

340 En affirmant tout d'abord sa compétence pour examiner ce point, bien que le Groupe spécial ne l'ait pas traité dans son Rapport (ce qui va à l'encontre de l'article 17.6 du

Il devait ainsi vérifier si les périodiques à tirage dédoublé importés et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé étaient des produits directement concurrents ou directement substituables, ce à quoi il conclut positivement³⁴¹. Ensuite, puisque seuls les périodiques importés étaient soumis à une taxe d'accise de 80% de la valeur des annonces publicitaires, l'Organe d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une différence de taxation incompatible avec l'article III:2. De plus, cette différence de taxation avait comme objectif la protection de la production canadienne des périodiques, en raison de son ampleur. La partie V.1 de la Loi sur la taxe d'accise a été ainsi considérée incompatible avec la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT.

Quant aux tarifs postaux, l'Organe d'appel a écarté l'application de l'exception de l'article III:8, en affirmant qu'elle s'applique uniquement aux paiements directs de subventions aux producteurs nationaux, c'est-à-dire, « *en faveur de l'attribution de subventions qui entraîne des dépenses financées sur le budget de l'État* »³⁴². Elle ne pouvait donc pas justifier l'imposition d'un tarif discriminatoire entre les producteurs nationaux et étrangers telle que définie par le Canada³⁴³.

Ayant rejeté toutes les mesures canadiennes contestées par les États-Unis, l'Organe d'appel a attiré l'attention sur le fait que « *le GATT de 1994 était un accord commercial et que, après tout, l'OMC s'intéressait aux marchés* » (§ 29 de son Rapport). Les répercussions de l'adoption d'une telle perspective par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans cette affaire ont été multiples, non seulement pour le système canadien de soutien à l'industrie des périodiques, mais également pour les appréciations suivantes du juge de l'OMC. Ainsi, la même primauté accordée aux intérêts commerciaux et à l'interprétation stricte des Accords de l'OMC transparait des conclusions du Groupe spécial dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363).

b) Les conséquences

L'affaire *Canada – Périodiques* présente un grand intérêt pour l'examen du droit de l'OMC et de la manière dont celui-ci peut prendre en considération des questions autres que commerciales de manière satisfaisante.

Mémorandum d'accord sur le règlement des différends). Voir le Rapport de l'Organe d'appel, p. 21.

341 L'Organe d'appel a considéré qu'il suffisait une substituabilité « imparfaite » entre les produits concernés du moment qu'il existait une concurrence de prix entre eux.

342 Ce qui reprend la décision dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* (différend jugé sous le GATT 1947, BISD 39S/206).

343 L'Organe d'appel a en fait qualifié les tarifs subventionnés de « remise de taxe » en faveur des produits nationaux (et donc interdite), au lieu d'une subvention (qui aurait pu être justifiée par l'article III:8).

Disposant d'une période de 15 mois pour se conformer à la décision de l'ORD dans cette affaire, le Canada a dû abroger les tarifs postaux préférentiels, la taxe de 80% sur les éditions à tirage dédoublé et l'interdiction d'importation du Code tarifaire. En juillet 1998, une nouvelle politique a été annoncée, selon laquelle il serait interdit aux publications de propriété étrangère d'inclure des publicités visant exclusivement le public canadien (il serait donc permis d'importer ces publications étrangères, pourvu qu'elles aient le même contenu publicitaire que dans le pays d'origine, sous peine de fortes amendes) et les tarifs postaux préférentiels seraient versés directement aux éditeurs et non par l'intermédiaire de Postes Canada. En outre, la tarification postale serait uniformisée pour les publications nationales et étrangères. L'idée fondamentale derrière cette nouvelle politique était celle de soustraire les mesures canadiennes du champ d'application du GATT et de les soumettre à l'AGCS, puisque les nouvelles mesures concernaient directement les « services publicitaires », pour lesquels le Canada n'avait pris aucun engagement.

Face à ce projet de loi, les États-Unis ont menacé d'appliquer des droits punitifs conformes aux dispositions de l'ALENA sur des secteurs fondamentaux pour le Canada, tels que l'acier, le textile, le plastique, les pâtes et papiers et les produits forestiers. Ils argumentaient qu'une mesure compatible avec l'AGCS n'excluait pas les obligations relevant d'autres accords multilatéraux, comme le GATT, et que ces nouvelles dispositions avaient finalement un effet similaire à l'interdiction ou à la restriction de l'importation de périodiques. Ils ont aussi demandé que ces nouvelles mesures soient examinées par le même Groupe spécial quant à leur conformité à la décision de l'ORD.

La pression des industries canadiennes sur le gouvernement l'a amené à signer un accord bilatéral avec le gouvernement américain en mai 1999, avant que les nouvelles mesures ne soient adoptées par le Sénat canadien. Selon cet accord, les périodiques étrangers peuvent désormais inclure jusqu'à 18% de publicité destinée au public canadien, sans l'obligation d'inclure des contenus rédactionnels canadiens. De plus, les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu ont été modifiées, de manière à permettre une déductibilité de 50% des dépenses des annonceurs relatives à la publicité canadienne incluse dans des périodiques étrangers. Cette déductibilité passe à 100% dans les cas où les éditeurs étrangers établissent une nouvelle entreprise au Canada et produisent un contenu rédactionnel canadien de plus de 80% (bien que l'acquisition d'une entreprise canadienne de périodique ne soit pas autorisée). Les États-Unis se sont engagés à ne pas contester ces nouvelles mesures.

Bien que cette affaire n'ait pas conduit le gouvernement canadien à remettre en cause toutes les mesures favorisant ses différents secteurs culturels, elle a exacerbé la sensibilité du débat commerce – culture pour la société canadienne. Ceci explique, par exemple, ses fortes réticences à l'égard de l'AMI lorsque celui-ci était l'objet de négociations au sein de

l'OCDE et, quelques années plus tard, la vigueur avec laquelle la société civile canadienne a défendu l'adoption d'un accord international visant la protection et la promotion de la diversité culturelle en dehors du système commercial.

L'impact des conclusions dans cette affaire concerne également tous les autres Membres de l'OMC, car elles ont montré la position du juge de cette organisation face à des mesures de politique culturelle qui, bien que visant des objectifs culturels légitimes, sont interdites en raison de leur caractère restrictif pour le commerce.

Parmi les principales questions soulevées dans cette affaire, se trouve celle de savoir si les périodiques constituent des produits ou des services, se soumettant donc aux dispositions, respectivement, du GATT ou de l'AGCS. Pour l'Organe d'appel, un « *périodique est une marchandise composée de deux éléments : le contenu rédactionnel et le contenu publicitaire. L'un et l'autre peuvent être considérés comme ayant les caractéristiques d'un service, mais ensemble ils forment un bien matériel – le périodique proprement dit* »³⁴⁴. Une mesure qui atteint les services peut, par conséquent, influencer sur le commerce des marchandises et être soumise aux dispositions du GATT et de l'AGCS à la fois. Une telle conclusion peut facilement être étendue à d'autres produits et services culturels, qui peuvent ainsi être considérés comme des marchandises et donc soumis aux règles plus rigides du GATT³⁴⁵.

La soumission du commerce des produits et services culturels aux règles inscrites dans le GATT et leur application aux services audiovisuels relève de façon considérable le niveau de libéralisation de ce secteur³⁴⁶.

344 Voir le Rapport de l'Organe d'appel, p. 19.

345 Dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363), les États-Unis ont circonscrit leur allégation sur les films cinématographiques au commerce des marchandises et aux engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation, « *en disant que l'objet de leur allégation était les films cinématographiques sur support matériel, sous n'importe quelle forme tangible, qui pouvaient être utilisés pour projeter des films dans une salle de cinéma* » (Rapport du Groupe spécial, § 7.521). À la suite d'un examen de la Liste de concessions de la Chine (relative aux marchandises) et de la classification du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (SH), le Groupe spécial conclut « *qu'en dépit du fait que les films cinématographiques impressionnés et développés servent à fournir un service, à savoir la projection et l'exploitation de films dans des salles de cinéma, ils sont considérés comme des marchandises* » (§ 7.525).

346 Selon les mots employés dans l'argumentation canadienne, « *if the GATT applied to all aspects of services measures on the basis of incidental, secondary or indirect effects on goods, the GATT 1994 would effectively be converted into a services agreement* ». Pour les États-Unis, « *Should Canada's view prevail, a Member could, consistently with the GATT 1994, impose an exclusive tax on the rental of foreign cars, place a prohibitive surcharge on telephone services carried out using imported telecommunications equipment or tax medical services using foreign diagnostic machinery* ». L'Organe d'appel, en se rapprochant de l'argument américain, affirma que « *[l]'entrée en vigueur de l'AGCS (...) ne réduit pas le champ d'application du GATT de 1994* » (Rapport de l'Organe d'appel, p. 21).

La flexibilité que le Canada avait réussi à maintenir dans le domaine des services lors des négociations des Accords de l'OMC a été en effet remise en question par cette affaire³⁴⁷, car elle élargit le champ d'application de l'article III du GATT. L'exclusion d'un service de l'AGCS à travers la non prise d'engagements ne peut ainsi à elle seule garantir sa soustraction aux règles de libéralisation commerciale. En outre, la détermination du lien entre l'AGCS et le GATT au cas par cas, selon le type de mesure adoptée, crée une grande incertitude juridique³⁴⁸.

La position adoptée par l'Organe d'appel dans cette affaire se justifie probablement par l'intention d'éviter le phénomène du « *forum shopping* » qui existait avant les Accords de Marrakech et qui permettait que les États choisissent l'enceinte qui leur était la plus favorable pour le règlement de leurs différends. Cependant, il semble que cette position ait fini par engendrer ce même phénomène en ce qui concerne l'ALENA. En effet, les États-Unis ont préféré avoir recours à l'OMC et contourner l'exception culturelle incluse dans l'ALENA après des négociations ardues avec le Canada³⁴⁹. Face à la multiplication d'accords régionaux et

347 Critiquant la décision adoptée sur ce point par l'Organe d'appel, M.-P. LANFRANCHI (*op. cit.*, p. 140) rappelle : « *Les Accords de Marrakech, en d'autres termes l'acquis négocié, figurent un équilibre subtil où les droits d'exclusion ne sont jamais que la contrepartie de concessions importantes consenties dans d'autres domaines. À tout le moins, l'interprétation retenue par l'Organe d'appel ne s'oriente guère dans le sens de la promotion de cet équilibre (...), alors même que le respect de l'équilibre des droits et obligations figure au centre du mécanisme de règlement des différends* ». L'article 3.3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends souligne, en effet, le « *juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres* ». L'Organe d'appel semble ainsi contredire l'idée, défendue par lui-même dans plusieurs affaires, d'une interprétation équilibrée des droits et obligations des parties. Dans *CE, Royaume-Uni et Irlande – Matériels informatiques* (DS62, DS67 et DS68), il « *insiste sur le caractère réciproque et commun des engagements pris même s'ils ne sont pas synallagmatiques et symétriques* » (§ 109).

348 Cette incertitude pourrait se voir encore augmenter dans l'avenir, dans les cas où un périodique serait fourni au consommateur directement par Internet. Cette situation serait probablement considérée comme relevant du commerce des services et exigerait une analyse plus profonde des distinctions entre produits et services dans le cadre des Accords de l'OMC (A. SCOW, *op. cit.*, p. 278).

349 L'article 2005(1) de l'ALENA prévoit que les différends survenant dans le cadre de cet accord ainsi que du GATT ou de tout autre accord succédant au GATT « *may be settled in either forum at the discretion of the complaining Party* ». Bien que l'exception culturelle de cet accord prévoie la possibilité de représailles des États-Unis, ceux-ci n'ont pas voulu s'en servir, préférant un mécanisme capable de leur donner une « victoire » plus claire (Voir S. DE BOER, *op. cit.*, p. 240, qui cite les mots de l'USTR, du 11 mars 1996, affirmant que le différend sur les périodiques n'était pas circonscrit aux limites de l'affaire même, mais était également « *important in setting a clear precedent that the US is prepared to act on so-called cultural issues where there is a discrimination against US* ». Malgré l'affirmation de l'USTR, ce même auteur conclut (p. 249) que « *The United States is most likely to act only in those situations where an existing, large, articulate and organised US commercial interest has been*

bilatéraux dans le domaine commercial, cette constatation peut acquérir une grande importance pratique.

Une autre conclusion dangereuse de l'Organe d'appel est celle déterminant que les subventions accordées sous la forme d'une remise de taxe sont incompatibles avec le GATT. Les incitations fiscales discriminatoires (puisqu'en faveur uniquement des entreprises nationales) ne sont donc pas justifiables en vertu de l'article III:8 (b) du GATT. Cela implique la nécessité d'un réexamen de la part de plusieurs Membres de la manière dont ils octroient l'aide financière à leurs industries culturelles, puisqu'il s'agit d'un moyen souvent employé dans ce secteur. Par ailleurs, la remise de taxe instituée par le gouvernement canadien avait fondamentalement les mêmes résultats économiques qu'une subvention payée directement aux éditeurs de périodiques canadiens, mais de manière plus convenable d'un point de vue administratif et plus efficace en termes de coûts. La décision de l'Organe d'appel implique ainsi une augmentation des coûts pour la concession d'une subvention. L'explication de cette prise de position de l'Organe d'appel se trouverait peut-être dans des considérations d'ordre politique. En effet, la conclusion retenue par le Groupe spécial aurait pu créer une nouvelle exception, très floue, fondée sur la « convenance administrative » des États, laquelle aurait pu s'avérer dangereuse, car pouvant conduire à des abus³⁵⁰.

Le fait que ce jugement ait pris exclusivement en considération les règles de libéralisation commerciale des Accords de l'OMC a renforcé les craintes relatives à l'incompatibilité entre l'intervention étatique en matière de politique culturelle et les règles du commerce international. La difficulté pour le juge de l'OMC de prendre en compte des intérêts autres que commerciaux provient toutefois des règles même du système, établies par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends³⁵¹.

L'issue de cette affaire a été perçue par les milieux culturels canadiens comme une grande défaite et la démonstration de l'inefficacité de la clause d'exception culturelle contenue dans l'Accord ALENA. Le Groupe spécial a néanmoins voulu confirmer, relativement à la capacité des Membres d'agir en faveur de leurs expressions culturelles, et « *afin d'éviter tout malentendu concernant la portée et l'incidence des constatations qui précèdent, que le présent différend ne portait pas sur la faculté qu'ont les Membres de prendre des mesures pour protéger leur identité culturelle. La seule tâche qui a été confiée au Groupe Spécial était d'examiner si le traitement accordé aux périodiques importés dans le cadre des mesures mentionnées spécifiquement dans les allégations de la*

adversely effected and is capable of pressuring the USTR to take action », tel que l'a fait Time Warner).

350 A. SCOW, *op. cit.*, pp. 275-276.

351 Son article 7, §§ 1 et 2, détermine que les Groupes spéciaux doivent prendre en considération uniquement les accords visés (accords énumérés à l'Appendice 1 du mémorandum d'accord) cités par les parties au différend.

partie plaignante était compatible avec les règles du GATT de 1994 »³⁵². Dans la pratique, le seul fait que les objectifs de la politique canadienne n'aient pas été pris en considération par le Groupe spécial et l'Organe d'appel pose déjà un problème, car toute la question a été examinée uniquement selon la perspective des accords de commerce. Cela finit par limiter précisément cette « faculté des États » que mentionne le Groupe spécial.

Quant à la question de la similarité des produits pour la détermination de leur appartenance à un même marché³⁵³, il est en effet très difficile de la définir dans le domaine des périodiques et des produits et services culturels en général. Dans l'affaire en examen, le Canada a soutenu que la distinction des marchés dans le secteur des périodiques dépendait du contenu de ceux-ci. Pour l'Organe d'appel, les périodiques étrangers à tirage dédoublé et les périodiques nationaux canadiens étaient directement concurrents et substituables s'ils appartenaient au même segment du marché des périodiques canadien. Par rapport à une conclusion de similarité, celle de l'Organe d'appel, fondée sur la concurrence ou la substituabilité directes, laisse d'une certaine manière plus de place à des considérations d'ordre culturel. La prise en compte des périodiques américains et canadiens en tant que produits « concurrents » laisse peut-être encore ouverte la possibilité de questionnements sur la spécificité culturelle de ces produits, bien que les moyens choisis par le Canada pour la protéger n'aient pas été acceptables d'un point de vue commercial.

Une telle perspective commerciale ressort de manière générale de la jurisprudence de l'OMC et peut influencer sur toute considération future des mesures de politique culturelle restrictives du commerce, d'autant plus que les engagements des Membres tendent à être interprétés de manière large.

352 Rapport du Groupe Spécial, « Observations finales », § 5.45.

353 Voir sur cette question A.B. ZAMPETTI, *WTO rules in the audiovisual sector*, HWWA, Hamburg, 2003, p. 5, C. CARMODY, *op. cit.*, pp. 270 et s., ainsi que R.J. ZEDALIS, « The Theory of the GATT « Like Product » Common Language Cases », *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 27-1, 1994, pp. 33-134. C. CARMODY souligne que dans l'analyse des facteurs objectifs et subjectifs servant à définir la similarité entre deux produits, les Groupes spéciaux se sont concentrés généralement sur les premiers, plutôt que sur ceux qui pourraient avoir des caractéristiques culturelles déterminantes. J.P. TRACHTMAN, « Lessons for the GATS (...) », *op. cit.*, p. 62, affirme, relativement aux critères de similarité utilisés par le Groupe spécial et l'Organe d'appel : « *this test is relatively ignorant of factors that motivate regulation. The economic theory of regulation suggests that regulation is necessary precisely where consumers cannot adequately distinguish relevant goods – where the goods are in close competitive relation. Thus a competitive relationship test for likeness will often result in a finding that goods that differ by the parameter addressed by regulation are indeed like and should be treated the same* ».

B - L'extension des obligations de libéralisation

Certaines conclusions de l'ORD ne touchant pas directement la question culturelle peuvent avoir des effets sur la réglementation du commerce des produits et services culturels, car elles étendent les obligations de libéralisation commerciale assumées par les Membres.

1 - L'application restrictive des exceptions générales du GATT

L'article XX définissant les exceptions générales aux dispositions de libéralisation du GATT, ses alinéas ont été utilisés comme moyen de défense dans plusieurs différends, où une Partie a été accusée d'adopter des mesures incompatibles avec cet Accord. Dans le domaine culturel, étant donné le caractère souvent restrictif du commerce des mesures de politique culturelle nationales, l'allégation d'application de l'article XX peut constituer en théorie un moyen d'exclusion de certaines mesures de la logique de libéralisation commerciale. Bien que l'alinéa (f) de l'article XX du GATT (relatif aux mesures de protection des trésors nationaux) n'ait jamais été soulevé dans le cadre du règlement des différends de l'OMC³⁵⁴, dans l'affaire *Canada – Périodiques*, c'est l'exception de l'alinéa (d) de ce même article qui a été écartée par le Groupe spécial et, dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, la Chine a tenté sans succès de justifier certaines mesures discriminatoires sur la base de l'alinéa (a) relatif aux mesures nécessaires à la protection de la moralité publique. Une étude brève de l'interprétation de l'article XX du GATT et de ces critères mérite ainsi d'être développée, afin que sa capacité effective d'exclusion de certaines mesures soit vérifiée.

a) L'existence de critères précis d'application

Pour l'application de l'article XX, des critères ont été explicités de manière précise et ferme dans l'affaire *États-Unis – Essence (DS2)*³⁵⁵. Il y était fait référence à l'alinéa (d), pour lequel trois critères ont été dégagés. Premièrement, la mesure en question doit avoir été invoquée pour assurer la conformité avec des lois compatibles avec le GATT, c'est-à-dire, afin de faire respecter des obligations légales compatibles avec le GATT. Deuxièmement, cette mesure doit être « nécessaire » pour

354 J.G.T. PAZ, *op. cit.*, pp. 858 et s., rappelle que l'article 30 (ancien article 36) du Traité CE a été rédigé sur la base de l'article XX du GATT et analyse l'expérience dans le cadre de la Communauté Européenne en ce qui concerne l'interprétation du terme « trésors nationaux » afin d'en tirer quelques pistes qui pourraient s'avérer utiles lors de l'éventuelle interprétation de cette exception dans le cadre de l'OMC. L'interprétation faite par la CJCE paraît montrer que toute mesure adoptée en faveur de la protection des trésors nationaux devra « être capable d'atteindre son objectif afin d'être justifiée ». Considérant que les conceptions de la culture et de l'expression « trésor national » sont variées, il faudrait qu'une éventuelle interprétation par le juge de l'OMC témoigne d'une certaine flexibilité.

355 Voir le Rapport du Groupe spécial sur cette affaire, WT/DS2/R, du 29 janvier 1996.

qu'il y ait conformité. Enfin, elle ne doit pas être appliquée de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international (conditions énoncées au texte introductif de l'article XX). Selon l'Organe d'appel, ces dernières conditions doivent être interprétées côte à côte et s'attribuent mutuellement du sens.

Quant au critère de nécessité, un examen de la jurisprudence de l'OMC montre qu'il peut être difficile à prouver, ce qui réduit l'application pratique des exceptions des alinéas (a) ou (d). Dans l'affaire *Corée – Bœuf* (DS161 et DS169), l'Organe d'appel a interprété le terme « nécessaire » dans le sens d'un contrôle de proportionnalité³⁵⁶, fondé sur une série de facteurs, parmi lesquels : « *le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question* [l'efficacité de la mesure], *l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations* [effets restrictifs de la mesure] »³⁵⁷. Le Groupe spécial a considéré que la condition de « nécessité » n'était pas remplie dans cette affaire. D'une part, la mesure en examen n'avait pas été adoptée dans d'autres secteurs de l'économie coréenne. D'autre part, la Corée n'avait pas démontré de manière satisfaisante que d'autres mesures n'auraient pas eu le même résultat en matière de lutte contre les déclarations frauduleuses qu'elle alléguait³⁵⁸.

L'affaire *États-Unis – Essence* a été la première du système GATT / OMC où les exigences de l'article XX (g) ont été considérées comme étant remplies, en vertu d'une interprétation plus large, par rapport à celle adoptée dans les affaires précédentes, de l'expression « se rapportant à » contenue dans cet alinéa. Dans l'affaire *CE – Hormones* (DS26 et DS48), l'Organe d'appel a d'ailleurs écarté expressément le principe d'interprétation stricte des exceptions de l'article XX : « *le*

356 Rapport du 11 décembre 2000 (WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R).

357 Dans cette même affaire, la Corée avait défendu qu'« *il était nécessaire de vendre la viande de bœuf nationale et la viande de bœuf importée dans des magasins séparés pour lutter contre les pratiques frauduleuses* » (Rapport du Groupe spécial, du 31 juillet 2000, WT/DS161/R et WT/DS169/R, p. 69, § 238), en ajoutant que « *la diversité de la réglementation dans la mesure où elle faisait l'objet d'une application non discriminatoire, n'était pas contestée dans le système de l'OMC. L'OMC, et l'article XX en particulier, souscrit à un strict critère de nécessité, c'est-à-dire que les organes de règlement ne remettent en question ni le fait d'invoquer l'objectif réglementaire national visé, ni le niveau souhaitable d'application; ils ne peuvent que contester les moyens utilisés pour atteindre l'objectif visé* » (§ 240). Les trois facteurs identifiés par l'Organe d'appel dans cette affaire comme devant être pris en considération pour l'examen de la nécessité ont été confirmés dans les affaires *CE – Amiante* (DS135), *États-Unis – Jeux et paris* (DS285) et *Brésil – Pneumatiques rechapés* (DS332). Voir, sur l'évolution du « test de nécessité » en droit de l'OMC, H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *Le droit international et la nécessité*, SFDI, Pedone, 2007, pp. 189-221.

358 §§ 659 et s., p. 186 du Rapport du Groupe spécial.

simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'exception ne justifie pas en soi une interprétation 'plus stricte' ou 'plus étroite' de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités »³⁵⁹. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* (DS58), l'Organe d'appel a également réitéré la non-application du principe d'interprétation stricte des exceptions, lequel aurait été contraire, selon lui, à l'idée d'interprétation fondée sur l'équilibre entre le droit d'invoquer une exception et les droits découlant des dispositions de fond des Accords de l'OMC.

Cependant, dans *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a contrebalancé cette interprétation lors de l'analyse des exigences du chapeau de l'article XX, destinées à prévenir des abus dans l'utilisation des exceptions. En bref, au lieu de choisir une interprétation restrictive de chaque alinéa de l'article XX, l'Organe d'appel a opté pour une interprétation renforcée des conditions d'application prévues au chapeau de l'article³⁶⁰. Un tel positionnement ne fait qu'entraver la reconnaissance des valeurs non commerciales par le système.

b) La difficulté de garantie des valeurs non commerciales

Peu nombreuses ont été les affaires où le juge de l'OMC a admis que des valeurs non commerciales pouvaient non seulement être prises en compte dans son examen d'un différend, mais également primer les valeurs économiques contenues dans les Accords de l'OMC.

Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a conclu, concernant l'équilibre entre, d'une part, l'autonomie des Membres d'adopter des mesures visant à protéger des intérêts essentiels comme ceux de la protection de l'environnement et, d'autre part, leurs obligations qui découlent des Accords de l'OMC, que : « [c]ela ne signifie pas, ou n'implique pas, que la capacité de tout Membre de l'OMC de prendre des mesures pour lutter contre la pollution atmosphérique ou, d'une façon plus générale, pour protéger l'environnement, est en cause. Cela reviendrait à ne pas tenir compte du fait que l'article XX de l'Accord général contient des dispositions visant à permettre que d'importants intérêts des États (...) trouvent leur expression (...). Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (*y compris la relation entre l'environnement et le commerce*), leurs objectifs environnementaux et la

359 H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *op. cit.*, p. 483.

360 La distinction entre le contrôle de la conception d'une mesure selon l'un des alinéas de l'article XX et le contrôle de son application conformément au chapeau de ce même article n'est toutefois pas aisée dans la pratique. Voir à ce propos H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », *op. cit.*, p. 220.

législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre. *En ce qui concerne l'OMC*, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés » (souligné par l'auteur)³⁶¹. Ces prescriptions et l'interprétation qui en a été faite semblent conduire, toutefois, à une limitation excessive d'une telle autonomie. De même, la phrase finale suscitée implique encore que tout différend soumis au mécanisme de règlement des différends de l'OMC sera analysé sous une logique commerciale, où la prééminence sera donnée aux obligations de libéralisation commerciale assumées par les Membres.

Pourtant, dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a affirmé clairement qu'un Membre est libre d'adopter le niveau de protection qu'il souhaite pour éviter l'entrée d'un produit qu'il considère nocif ou à risque. La même logique a été appliquée postérieurement dans l'affaire *CE – Amiante* (DS135), laquelle a été la première où il a été considéré que toutes les conditions de l'article XX du GATT étaient réunies pour justifier l'application d'une mesure restrictive. Cela a constitué un « véritable acte de politique judiciaire » de l'Organe d'appel, expliqué par l'importance qu'il a accordé aux valeurs de santé publique³⁶². Comme dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel y a reconnu que d'autres intérêts que celui de la libéralisation commerciale pouvaient être pris en considération. À cela s'ajoute sa conclusion dans cette dernière affaire selon laquelle « *il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* »³⁶³. De même, dans son Rapport relatif à l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* (DS332), l'Organe d'appel rappelle qu'« *un Membre de l'OMC a le pouvoir de définir les objectifs en matière de santé publique ou d'environnement qu'il cherche à atteindre ainsi que le niveau de protection qu'il souhaite obtenir au moyen de la mesure ou de la politique qu'il choisit d'adopter* »³⁶⁴. Un problème peut, néanmoins, toujours se poser vis-à-vis de l'optique, principalement commerciale, selon laquelle le juge de l'OMC examine le différend et les dispositions juridiques, y compris provenant d'autres traités internationaux, qui lui sont soumis.

Suivant sa conclusion de non-isolement du GATT par rapport au droit international public, l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, lors de l'examen de l'article XX, a tenu en considération les accords internationaux en matière d'environnement, tels que la Convention

361 Rapport de l'Organe d'appel, p. 33.

362 H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (2000) », in *JDI*, n° 3, 2001, pp. 948-953.

363 Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, p. 19. Le fait de recourir aux normes d'interprétation du droit international public général, contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, conduit à la légitimité du système de l'OMC (R. HOWSE, *op. cit.*, p. 123).

364 Rapport de l'Organe d'appel, § 140.

sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) pour déterminer le sens de l'expression « ressources naturelles épuisables ». La mesure américaine examinée dans ce différend a été, par ailleurs, considérée conforme aux obligations contractées par les États-Unis auprès de la communauté internationale dans le cadre de cette convention. Cette affaire laisse un certain optimisme quant à une éventuelle future prise en compte, par le système de règlement des différends de l'OMC, de toute convention internationale adoptée en matière culturelle, et notamment la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO³⁶⁵. Reste à savoir si cette prise en compte ne sera pas faite de manière à subordonner les préoccupations culturelles aux règles de libéralisation commerciale de l'OMC. La même préoccupation apparaît pour le commerce des services.

2 - L'élargissement des engagements adoptés dans l'AGCS

Certaines affaires concernant l'AGCS peuvent avoir des conséquences importantes pour le commerce des services culturels, car elles élargissent considérablement le champ d'application de cet Accord et des engagements qui y ont été adoptés par les Membres. Il existe ainsi un risque que des politiques publiques nationales que les Membres croyaient avoir exclues de cet Accord soient contestées. Dans un secteur comme celui de la culture, où l'intervention étatique constitue un pilier fondamental de la survie et du développement des expressions culturelles, ce risque est encore plus important et devra être examiné avec prudence lors des prochaines négociations.

a) L'extension du champ d'application de l'Accord

Le premier aspect de l'extension du champ d'application de l'AGCS se trouve dans sa relation avec le GATT. Dans l'affaire des *Périodiques*, le Canada faisait valoir qu'un Membre n'ayant pas adopté d'engagements dans un secteur particulier des services (dans le cadre de l'AGCS) ne devrait pas être rendu responsable (sous l'égide du GATT) des mesures régissant ce secteur, bien qu'elles aient des effets indirects sur le commerce des produits.

³⁶⁵ Cependant, et bien que cela ait été fortement critiqué par la doctrine et par la Commission du droit international dans « Conclusion des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », adopté à la 58^e session de la CDI et soumis à l'Assemblée générale (A/61/10, § 251), *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), 2006, dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* (DS291, DS292 et DS293), le Groupe spécial a affirmé ne devoir accepter l'application d'accords extérieurs à l'OMC aux fins de l'interprétation que si tous les Membres de l'OMC sont liés par la règle extérieure en question (exprimée conventionnellement ou en tant que règle coutumière) – §§ 7.49 et s.

Dans l'affaire *CE – Bananes* (DS 27)³⁶⁶, le raisonnement était qu'une mesure adoptée par un Membre pour régler le commerce des produits devait également être conforme aux obligations qu'il avait assumées dans le cadre de l'AGCS. Pour les Communautés européennes, les champs d'application du GATT et de l'AGCS s'excluaient mutuellement. Pour les demandeurs (Équateur, Guatemala, Honduras, Mexique et États-Unis), les mesures visant directement l'importation des produits pourraient également affecter négativement les services ou les fournisseurs de services d'origine étrangère. Considérant l'utilisation de la phrase « *mesures des Membres qui affectent le commerce des services* » dans la définition de la portée de l'AGCS (article I:1) et la pratique des Groupes spéciaux formés sous le GATT de 1947, l'Organe d'appel a conclu en faveur d'une interprétation large du terme « affecter » et, par conséquent, du champ d'application de l'Accord. Adoptant le même raisonnement que dans l'affaire des *Périodiques*, il a expliqué que les deux accords ne pourraient pas se concurrencer et s'exclure en raison du risque que des obligations soient contournées à travers l'adoption de mesures sous l'un des accords et qu'elles aient des effets indirects sur le commerce régi par l'autre sans qu'un recours légal ne soit possible. Une même mesure peut ainsi être examinée sur la base des deux accords, selon des perspectives différentes³⁶⁷. Les risques de cette conclusion soulignés précédemment pour l'affaire des *Périodiques* transparaissent également dans l'affaire *Bananes*.

Une fois effacée toute ligne de séparation entre les deux accords, il devient très difficile de déterminer avec certitude quelles sont les

366 Pour une vision claire et objective de cette affaire, voir H. RUIZ FABRI, « Régler l'affaire de la banane : un défi ? » in *International Law Forum du droit international*, vol. 1-2, 1999, pp. 57-60. Pour une explication détaillée de la chronologie des différends concernant le régime des Communautés européennes pour la distribution de bananes, voir M. SALAS et J.H. JACKSON, « Procedural Overview of the WTO EC – Banana Dispute », in *JIEL*, vol. 3-1, 2000, pp. 145-163.

367 La question de la détermination de la frontière entre l'application du GATT et de l'AGCS est apparue également dans l'affaire *Canada – Autos* (DS139 et DS142). Le Canada défendait que la mesure en examen (une législation canadienne qui imposait des limites au nombre de constructeurs automobiles autorisés à importer des véhicules en franchise et de les distribuer en territoire canadien) relevait exclusivement du GATT, n'affectant pas la fourniture des services ou les fournisseurs de services. Selon lui, les conditions soulevées dans l'affaire des *Bananes* pour que les deux accords soient applicables cumulativement n'existaient pas dans cette affaire. L'Organe d'appel a conclu que le Groupe spécial n'avait pas fait de constatation de fait sur l'affectation du secteur des services et n'a pas traité plus longuement de la question. Plus récemment, l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363) a soulevé la même problématique, car la Chine argumentait que la distribution de films était couverte par l'AGCS, dans le cadre duquel elle avait établi, pour la libéralisation des services audiovisuels, une limitation relative au « *respect des réglementations chinoises concernant l'administration des films* ». Le Groupe spécial a considéré que les engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation de marchandises étaient applicables en l'espèce (§§ 7.558 à 7.560 du Rapport du Groupe spécial).

obligations assumées véritablement par chaque Membre, d'autant plus que la portée des engagements assumés dans le cadre de l'AGCS s'est vue nettement accroître dans des affaires récentes.

b) L'extension de la portée des engagements

Une autre conclusion de l'affaire *CE - Bananes* pourrait également avoir des conséquences importantes. Il s'agit de la prise en compte des fournisseurs de service « potentiels » en tant qu'entités ayant droit au traitement non discriminatoire prévu par l'AGCS. Ajoutée au champ d'application élargi de l'AGCS reconnu dans cette même affaire, cette aggravation de la portée des engagements n'est pas sans importance³⁶⁸.

Elle a été corroborée par la décision de l'ORD dans l'affaire *Mexique – Télécommunications* (DS204), où certaines mesures en vigueur dans ce pays ont été considérées contraires aux engagements qu'il avait assumés dans l'Annexe sur les télécommunications et dans le Document de Référence sur les télécommunications³⁶⁹. L'une des plus importantes conséquences de cette décision a trait aux futures négociations pour la libéralisation du commerce des services.

Comme vu précédemment, l'AGCS est souvent considéré comme un accord flexible, permettant aux Membres d'adopter des engagements dans la mesure exacte de leurs intérêts, en protégeant les sensibilités qu'ils pourraient avoir dans quelques secteurs. Cependant, depuis l'affaire *Mexique – Télécommunications*, les Membres de l'OMC sont confrontés à une réalité différente. Il existe un risque que, au moment de l'interprétation des engagements adoptés, ceux-ci atteignent une portée plus importante que celle envisagée par le Membre à l'occasion des négociations. L'interprétation des listes d'engagements devient ainsi une « question stratégique »³⁷⁰.

La question a été de savoir si des pratiques anticoncurrentielles prescrites par la législation mexicaine pouvaient être considérées comme

368 W. ZDOUC, « WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS », in *JIEL, Special Issue: Dispute Settlement Procedures of International Organizations at Geneva*, vol. 2, n° 2, 1999, pp. 327 et s.

369 Voir World Trade Law Net, Panel Report *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services* (WT/DS204/R), WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), 2004, 25 p. Le « Document de référence » impose des obligations aux pays signataires en matière de concurrence. Le Groupe spécial a attribué dans cette affaire une signification très large à l'expression « pratiques anti-concurrentielles » employée dans ce document, bien qu'il y ait très peu de consensus entre les Membres de l'OMC sur la question du contrôle de la concurrence.

370 Voir H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « OMC - Chronique du règlement des différends (2003) », *JDI*, n° 3, 2004, p. 1043, qui soulignent : « on ne peut certes s'en remettre à l'interprétation qu'un membre fait de sa propre Liste, laquelle a valeur conventionnelle et doit être interprétée comme les accords de l'OMC dont elle est réputée faire partie, mais le risque existe aussi que l'interprétation aboutisse au constat d'engagements que le membre n'avait peut-être pas pensé prendre, ou pas avec la portée qui leur est conférée ».

étant en violation des engagements internationaux pris par cet État. Le Groupe spécial s'est fondé sur l'article 27 de la Convention de Vienne³⁷¹ pour conclure qu'« *une prescription qu'un Membre impose à un fournisseur principal en vertu de son droit interne ne peut pas unilatéralement porter atteinte aux engagements internationaux inscrits dans la Liste de ce Membre et contractés envers les autres Membres de l'OMC* »³⁷². Les États-Unis accusaient le Mexique de ne pas s'être conformé à ses engagements de permettre la présence commerciale de fournisseurs étrangers sans installations propres sur son territoire pour la fourniture des services de télécommunications. Dans sa Liste, le Mexique avait établi une limitation d'accès au marché selon laquelle un permis d'établissement était nécessaire pour ces fournisseurs et dépendait d'une certaine réglementation, que le Mexique croyait pouvoir promulguer au moment de son choix (et qui ne l'était pas encore au moment de l'affaire).

Le Groupe spécial a conclu sur ce point que l'article XVI:2 de l'AGCS ne couvre pas de « restrictions temporelles » comme celle-ci et que, par conséquent, ce type de limitation n'était pas acceptable en tant que restriction d'accès aux marchés. Cela se confirmerait par l'énonciation d'éléments temporels dans les alinéas (d) et (e) de l'article XX:1 de l'AGCS, séparés donc des « modalités, limitations et conditions concernant l'accès aux marchés ». Puisque le Mexique n'avait précisé aucune date pour la promulgation de sa réglementation, l'engagement était entré en vigueur (article XX:1 (e) de l'AGCS). Par conséquent, le Mexique était dans l'obligation de promulguer la réglementation nécessaire ou du moins commencer le processus conduisant à celle-ci, sous peine d'entraver le commerce dans le secteur, en violation de ses engagements.

Une autre conclusion importante du Groupe spécial dans cette affaire concerne l'interprétation des dispositions de l'AGCS et de son Annexe sur les télécommunications établissant un traitement préférentiel pour les pays en développement. Le Rapport du Groupe spécial conduit à une interprétation très défavorable à ces pays, puisqu'il a considéré que la Section 5 (g) de cette annexe ne fait que reconnaître un droit aux pays en développement d'inscrire des limitations dans leurs listes d'engagements afin d'atteindre les objectifs qu'elle prévoit. Le Groupe spécial a ainsi conclu que « *le Mexique ne s'est pas acquitté de ses obligations* »³⁷³.

371 Cet article prévoit qu'« [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

372 § 7.244 du Rapport du Groupe spécial. Dans World Trade Law Net, Panel Report Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (WT/DS204/R), *op. cit.*, p. 24, il est remarqué très justement que cette conclusion du Groupe spécial peut poser beaucoup de difficultés, surtout dans un secteur comme celui des télécommunications, traditionnellement marqué par une réglementation gouvernementale très étendue et pouvant avoir des conséquences sur le comportement concurrentiel des entreprises. Une analogie avec le secteur culturel aurait toute sa pertinence.

373 § 7.389 du Rapport du Groupe spécial.

Dans une autre affaire, *États-Unis – Jeux* (DS 285)³⁷⁴, les États-Unis, accusés d'empêcher l'accès au marché de fournisseurs de services de jeux et paris provenant d'un autre Membre de l'OMC et agissant sur une base transfrontières, ont allégué n'avoir jamais eu l'intention d'assumer des engagements de libéralisation dans ce secteur. La question a été de savoir si l'exclusion des « services sportifs » établie par les États-Unis dans leur liste d'engagements signifiait également l'exclusion des services de jeux et paris. Rappelant que les listes d'engagements des Membres intègrent les Accords de l'OMC, l'Organe d'appel les a interprétées selon les mêmes règles de droit international coutumier codifiées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il a d'abord considéré que le document W/120 et les Lignes directrices de 1993 (*1993 Scheduling Guidelines*) faisaient partie des travaux préparatoires au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Puisqu'ils se référaient à la *Central Product Classification* de l'Organisation des Nations Unies et que, dans celle-ci, « services sportifs » ne comprend pas « services de jeux et paris », l'exclusion américaine des premiers ne pouvait pas s'étendre aux derniers.

Une fois conclu que les États-Unis avaient effectivement adopté des engagements dans le secteur des services de jeux et paris, il fallait étudier les restrictions que ce pays imposait à ce secteur dans la pratique. Le problème se trouvait dans la qualification de ces restrictions, dirigées vers l'interdiction des services de jeux et paris sur Internet. Au premier abord, elles semblaient consister en des mesures qualitatives. Elles ont été néanmoins considérées comme des mesures quantitatives, en tant que limitations au nombre de fournisseurs de services au sens de l'article XVI:2 (a). En effet, comme vu précédemment, l'article XVI:2 prévoit une série de mesures interdites aux Membres dans les secteurs où des engagements ont été contractés, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans leurs listes d'engagements spécifiques. Toutes ces mesures présentent un caractère quantitatif assez prononcé - des limitations au nombre de fournisseurs, au montant total de la valeur des services fournis, au nombre d'opérations ou à la quantité de service fourni, au nombre de personnes physiques pouvant être employées dans un secteur, ainsi que des restrictions sur le type d'entité juridique pouvant fournir le service ou sur le montant de la participation de capitaux étrangers.

Le Groupe spécial a, néanmoins, conclu que « *l'effet d'un engagement inscrit dans une liste pour le mode 1 est d'autoriser les fournisseurs de services des autres Membres de l'OMC dans un secteur faisant l'objet d'engagements à fournir des services transfrontières par un quelconque moyen de livraison. (...) [S]i un, plusieurs, ou tous les moyens de livraison transfrontières sont prohibés, les possibilités d'obtenir l'accès*

374 Voir J.P. TRACHTMAN, « United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services », in *Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization*, *EJIL*, < <http://www.ejil.org> >, 8 p.

aux marchés étrangers ménagées aux fournisseurs étrangers utilisant ces moyens de livraison pour fournir des services transfrontières sont manifestement réduites. Le Groupe spécial estime que cette prohibition est une « limitation concernant le nombre de fournisseurs de services sous forme de contingents numériques » au sens de l'article XVI:2 a) parce qu'elle empêche totalement l'utilisation par les fournisseurs de services d'un, de plusieurs ou de tous les moyens de livraison inclus dans le mode 1 »³⁷⁵. Ainsi, toute interdiction de fourniture de service à travers un « moyen particulier » de livraison³⁷⁶, du fait qu'elle limite à zéro le nombre de fournisseurs ou d'opérations, consisterait en une violation de l'article XVI:2 (alinéas (a) et (c) respectivement).

Pour l'Organe d'appel, les modalités visées par l'article XVI:2 ne sont données qu'à titre d'exemple et l'alinéa (a) (« sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs ») devrait être lu comme comprenant les limitations qui ont « l'effet » de monopoles ou de fournisseurs exclusifs. Ainsi, « des limitations équivalant à un contingent nul sont des limitations quantitatives et relèvent de l'article XVI:2 a) »³⁷⁷. Certains auteurs remarquent à ce stade, avec beaucoup de pertinence, la difficulté pratique de distinction entre des mesures qualitatives et des mesures quantitatives après cette conclusion de l'Organe d'appel. En effet, il est possible d'affirmer que toute mesure qualitative produit également des effets de limitation quantitative. On peut ainsi s'interroger si des exigences de licence établissant un niveau minimum de formation (normalement relevant de l'article VI de l'AGCS, relatif à la réglementation intérieure), du fait qu'elles excluent un certain nombre de fournisseurs (n'ayant pas ce niveau de formation) seraient couvertes par l'article XVI:2³⁷⁸.

375 § 6.338 du Rapport du Groupe spécial.

376 L'expression « moyen de livraison » ou *means of delivery* n'a aucune définition et n'est jamais employée dans le texte de l'AGCS. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel en ont, cependant, fait une notion centrale de leurs rapports (J.P. TRACHTMAN, « United States (...) », *op. cit.*, p. 6).

377 § 238 du Rapport de l'Organe d'appel. J.P. TRACHTMAN, « United States (...) », *op. cit.*, p. 5, suggère que l'Organe d'appel aurait pu affirmer plutôt que les limitations pouvant être qualifiées comme quantitatives en leur objectif et nature constituent des limitations quantitatives au sens de l'article XVI. Une telle interprétation aurait restreint les effets (très larges) de la conclusion de l'Organe d'appel. Ce même auteur rappelle que l'article XVI:2 ne couvre même pas toutes les possibilités de mesures quantitatives, ce qui reflète le résultat de négociations soigneuses des Membres lors du Cycle d'Uruguay. Une affirmation similaire à celle de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Jeux* avait été avancée par le Groupe spécial dans l'affaire *Mexique - Télécommunications* lors de l'interprétation des engagements mexicains, où il a été considéré qu'une « restriction relative à l'acheminement signifie par conséquent que la fourniture du service au moyen de l'une des catégories (grâce à une capacité louée) à l'intérieur des frontières du Mexique est interdite et soumise à un contingent nul, au sens de l'article XVI:2 a), b) et c) » (§ 7.85).

378 J.P. TRACHTMAN, « United States (...) », *op. cit.*, p. 5.

L'Organe d'appel établit ainsi une importante différence dans l'interprétation de l'AGCS par rapport à celle du GATT. Dans celui-ci, les mesures non discriminatoires (selon l'article III du GATT) ayant des effets quantitatifs ne sont pas examinées en tant que mesures quantitatives (interdites par l'article XI du GATT). En d'autres termes, les mesures réglementaires pouvant avoir l'effet d'un « quota zéro » ne sont pas considérées comme des restrictions quantitatives dans le cadre du GATT³⁷⁹. Cette nouvelle interprétation attribuée à l'article XVI de l'AGCS est peut-être l'élément le plus important de cette affaire. Elle posera sûrement beaucoup de problèmes pour les négociations dans les secteurs des services par le futur. Les Membres devront en effet veiller à ce que des mesures qualitatives, qu'ils pensaient être exclues de l'incidence de l'article XVI, ne soient mises en cause en tant que mesures quantitatives et en violation de ce même article. Cette prudence devra être encore renforcée lorsqu'il s'agit de secteurs sensibles comme celui des services culturels³⁸⁰.

Il convient de noter enfin que le danger que représentent les décisions examinées jusqu'ici en termes d'élargissement de la portée des engagements assumés dans les secteurs des services n'a pas eu de contrepartie en ce qui concerne l'interprétation des exceptions générales visées par cet Accord. Comme dans le domaine du commerce des marchandises, une interprétation stricte semble avoir conduit à la diminution de l'importance de ces exceptions en tant que moyens pour protéger des mesures de politique publique pouvant avoir des effets de restriction du commerce des services.

c) L'interprétation stricte des exceptions générales

Une troisième question traitée dans l'affaire *États-Unis – Jeux* concerne l'interprétation de l'article XIV de l'AGCS, et notamment son alinéa (a) relatif à l'exception générale en faveur des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique. À l'image des affaires traitées

379 Par exemple, dans l'affaire *CE - Amiante* (DS135), la mesure imposée par la France, créant une barrière totale à l'entrée des produits qu'elle considérait à risque, avait été acceptée par l'Organe d'appel en tant que règlement technique, soumis à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 953).

380 Dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, les États-Unis ont fait remarquer que, « [m]ême s'il était exact que la Chine n'ait pas eu l'intention de contracter un engagement concernant la distribution électronique d'enregistrements sonores, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, le Groupe spécial a clairement indiqué que l'intention d'un Membre n'était pas pertinente pour déterminer s'il avait un engagement concernant un moyen de fourniture donné » (Rapport du Groupe spécial, § 4.223). En réponse, la Chine a attiré l'attention sur le fait que « suivre la logique des États-Unis irait à l'encontre des principes de l'AGCS, y compris l'"approche fondée sur les listes positives" et l'"approche fondée sur les demandes et les offres", en introduisant de nouveaux services dans la Liste AGCS d'un Membre sans passer par aucun processus de négociation » (*Idem*, § 4.477).

précédemment dans le cadre du GATT, il a d'abord été question de savoir si les mesures en examen entraient dans le cadre de l'alinéa (a) de l'article XIV, pour qu'ensuite les exigences du chapeau de cet article soient vérifiées.

L'alinéa (a) exigeant que les mesures soient « nécessaires » à la protection de la moralité publique, le Groupe spécial avait considéré que le refus de la part des États-Unis d'entamer des négociations avec Antigua avait empêché qu'une mesure alternative conforme au droit de l'OMC soit recherchée. L'Organe d'appel a, néanmoins, précisé que les Membres n'ont pas l'obligation de démontrer l'absence de toute autre mesure alternative, mais seulement de fournir des informations concernant l'importance de l'intérêt protégé, la contribution de la mesure adoptée à la réalisation de cet intérêt et le degré de restriction au commerce résultant de la mesure³⁸¹ (critères établis par l'Organe d'appel dans le domaine du GATT, dans l'affaire *Corée – Bauf*). Il s'agit d'une interprétation plus flexible de la charge de la preuve par l'Organe d'appel, pouvant contribuer à un recours plus effectif aux exceptions générales. Si l'intérêt protégé a été considéré vital (moralité publique), quant aux conditions du chapeau de l'article XIV, l'Organe d'appel a conclu que les États-Unis n'avaient pas démontré le caractère non discriminatoire de la mesure en examen, et ne pouvaient ainsi pas bénéficier de l'exception de cet article.

Dans l'affaire *République Dominicaine – Importation et vente de cigarettes* (DS302)³⁸², l'Organe d'appel a considéré que la comparaison entre la mesure en question et les mesures alternatives disponibles selon le critère de l'efficacité de la mesure devrait se faire sur la base du niveau de protection effectivement atteint et non de celui recherché par le gouvernement³⁸³. Les trois critères susmentionnés servant à éclairer la détermination de l'existence (ou non) d'une mesure de rechange disponible capable de produire le même résultat, l'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial chargé de l'affaire, selon lequel d'autres mesures étaient raisonnablement disponibles pour la République dominicaine. Une telle interprétation plus exigeante du test de nécessité semble aller de pair avec le caractère (moins indispensable) de l'intérêt (économique) en cause³⁸⁴.

Les affaires examinées jusqu'ici démontrent une tendance nette d'interprétation des Accords de l'OMC vers un renforcement des dispositions de libéralisation commerciale. Les mesures restreignant le commerce international afin de protéger les industries culturelles nationales risquent ainsi d'être contestées et écartées au bénéfice des Membres qui auraient des intérêts économiques en jeu sur ces marchés. Cette tendance est

381 Rapport de l'Organe d'appel, § 306.

382 Voir le Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS302/AB/R, pp. 28 et s., §§ 57 et s.

383 Voir §§ 71 et s. du Rapport de l'Organe d'appel.

384 H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », *op. cit.*, p. 210.

également observable dans le domaine de la propriété intellectuelle, où les dispositifs de protection sont également favorisés.

3 - Le contrôle renforcé de la protection de la propriété intellectuelle

L'Accord sur les ADPIC a été le fondement de plusieurs différends concernant le secteur culturel³⁸⁵. Dans toutes ces affaires, la partie plaignante contestait le niveau de protection accordée par le défendeur aux droits d'auteur et le litige a conduit au renforcement de cette protection.

En 1996, les États-Unis et la Communauté européenne ont ainsi contesté auprès de l'ORD le niveau de protection des droits d'auteur accordé par la législation japonaise pour les enregistrements sonores³⁸⁶. Un accord a été trouvé l'année d'après, par lequel le Japon modifiait sa loi sur la propriété intellectuelle, bien évidemment dans le sens d'une plus grande protection.

D'autres affaires ont opposé les États-Unis à la Communauté européenne. En 1997, les États-Unis se sont plaints de la législation sur les droits d'auteur et droits voisins de l'Irlande³⁸⁷, laquelle, selon le demandeur, n'accordait pas la protection prévue par l'Accord sur les ADPIC aux producteurs et interprètes d'enregistrements sonores. La demande de consultations de la part des États-Unis n'a pas été suivie de la composition d'un Groupe spécial en raison d'un accord intervenu entre les parties et notifié finalement le 13 septembre 2002³⁸⁸. L'Irlande a également introduit une série de modifications à sa législation. Dans une autre affaire, les États-Unis ont porté plainte contre la Grèce, qui a dû modifier son système de mise en œuvre des dispositions de propriété intellectuelle pour le rendre plus effectif³⁸⁹. Les États-Unis alléguaient qu'un nombre considérable de stations de télévision en Grèce diffusait régulièrement des œuvres audiovisuelles sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres. Les parties sont arrivées à un accord mutuellement satisfaisant, notifié le 26 mars 2001³⁹⁰.

385 Pour une affaire récente, voir *Chine – Droits de propriété intellectuelle* (DS362).

386 *Affaire Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores* (DS28 et DS42).

387 Voir l'affaire *Communautés européennes/Irlande – Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (DS82 et DS115).

388 Voir WT/DS82/3, WT/DS115, IP/D/8/ADD.1, IP/D/12/ADD.1.

389 *Affaire Communautés européennes/Grèce – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision* (DS124 et DS125).

390 Voir WT/DS125/2, IP/D/14/ADD.1. Un nouveau texte législatif a été adopté par la Grèce et la notification des parties au différend souligne que « - Cette loi prévoit la fermeture immédiate des stations de télévision qui portent atteinte à la propriété intellectuelle. - Ces dernières années, la Grèce a agi au titre de l'article 17 pour fermer quatre stations de télévision dont il a été prouvé qu'elles avaient diffusé illégalement des œuvres protégées par des droits d'auteur détenus par des ressortissants des États-Unis. - Depuis mars 1998, les niveaux de piratage d'émissions de télévision en Grèce ont considérablement chuté et des condamnations pénales pour de tels actes de piratage ont également été prononcées en Grèce au cours de cette période ».

La Communauté européenne a également poursuivi les États-Unis devant l'ORD afin de remettre en question quelques articles de la *1998 Fairness in Music Licensing Law* américaine face à la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC³⁹¹. Les mesures en examen consistaient en l'autorisation, donnée par la loi américaine, aux établissements ouverts au public (tels que des restaurants) et jusqu'à une certaine surface, de ne pas payer de droits sur la musique qu'ils diffusent. Une partie de ces mesures a été effectivement considérée par le Groupe spécial chargé de l'affaire comme une violation des obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et, après le développement d'un long contentieux d'exécution (qui n'a pourtant pas été un grand succès pour la Communauté européenne, les indemnités imposées aux États-Unis étant dérisoires)³⁹², les Parties ont atteint un accord temporaire sur la question le 23 juin 2003.

Quant aux limitations des droits exclusifs accordés par le droit d'auteur (article 13 de l'Accord sur les ADPIC), trois conditions ont été reconnues par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur* pour leur acceptation : 1. leur restriction à des cas spéciaux ; 2. pas d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (comprise en tant que « l'activité commerciale visant à tirer une valeur économique des droits sur l'œuvre »³⁹³) ; et 3. pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit d'auteur (situation où « une exception ou une limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur », ce préjudice pouvant être potentiel ou réel)³⁹⁴. Cette affaire a été l'occasion pour l'ORD de préciser ce « triple critère » ou « test de trois étapes » de manière

391 Affaire *États-Unis – Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R du 15 juin 2000. Sur cette affaire, voir H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, pp. 919-922.

392 Les États-Unis n'ayant pas mis en œuvre la décision de l'ORD, des procédures d'arbitrage conformes aux articles 21:3 (c) (détermination du délai raisonnable de mise en œuvre des recommandations du Groupe spécial) et 25:2 (détermination du niveau d'annulation ou de réduction d'avantages pour la Communauté européenne) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ont eu lieu. La sentence arbitrale du 9 novembre 2001 a déterminé que le niveau d'avantages annulés ou compromis pour la Communauté en raison de l'application de la loi américaine était de 1.219.900 euros par an. La Communauté a fini par demander l'autorisation de l'ORD pour suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'article 22:2 du Mémorandum. Les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension, demandant l'instauration d'une procédure d'arbitrage selon l'article 22:6 du Mémorandum. Une coopération inter-institutionnelle s'est établie entre le Groupe spécial et le Bureau international de l'OMPI, dans le cadre de l'article 13 du Mémorandum, expérience qui s'est reproduite dans d'autres affaires, comme l'affaire *Chine – Droits de propriété intellectuelle* (DS362).

393 Rapport du Groupe spécial, § 6.171.

394 Pour un examen de cette analyse du Groupe spécial, voir S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 21-30, ainsi que H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 921.

restrictive, tendant à renforcer les obligations de protection du droit d'auteur, même s'il a considéré l'exception pour usage privé possible, conformément à ces conditions.

Au vu de ce qui précède, il est possible de conclure que les intérêts commerciaux ont aujourd'hui une place privilégiée face à d'autres intérêts de nature publique, parmi lesquels se trouve celui de protection de la diversité de l'offre culturelle au niveau national et international. De plus, la jurisprudence de l'OMC semble montrer que, y compris lorsque ses accords prévoient des exceptions à la logique de libéralisation ou une plus grande flexibilité (capable, en principe, d'assurer la marge de manœuvre des Membres pour l'adoption de politiques publiques en matière culturelle), l'interprétation par l'ORD tend à réduire cette limitation ou flexibilité. L'examen par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel se fait le plus souvent sur la base d'une rationalité commerciale. Cela est tout à fait compréhensible en raison de leur mandat, mais relègue au deuxième plan les éventuelles préoccupations d'ordre non commercial justifiant l'adoption des mesures contestées. Le risque pour les intérêts culturels face aux accords de commerce est d'autant plus significatif que ceux-ci continuent d'être négociés dans le sens d'une libéralisation progressive, non seulement sur le plan multilatéral, mais aussi régional et bilatéral.

Section 2

LES RÉGLEMENTATIONS BILATÉRALE ET RÉGIONALE

Aux règles multilatérales commerciales viennent s'ajouter de plus en plus des accords régionaux et bilatéraux de commerce, où l'opposition entre les intérêts commerciaux et les intérêts culturels apparaît également dans toute sa vigueur. C'est toutefois aussi sur les plans bilatéral et régional que certains États ont pu exiger l'inclusion de clauses d'exception culturelle dans des traités de commerce. Selon le poids des États qui négocient, ces traités bilatéraux et régionaux peuvent permettre soit que les sensibilités nationales en matière culturelle soient dûment prises en compte, soit que, au contraire, les intérêts économiques du partenaire le plus puissant prévalent sur ces sensibilités. Les effets des règles internationales bilatérales et régionales sur le secteur culturel peuvent ainsi être variés. Il semble toutefois que la plupart des accords bilatéraux conclus par certains États (comme les États-Unis) tendent au renforcement de la libéralisation dans le secteur culturel et créent ainsi un risque accru pour les industries culturelles des États avec qui ils négocient.

Tant pour les États qui essaient de conserver leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle que pour ceux qui envisagent de libéraliser au maximum le secteur culturel, le recours aux voies bilatérale et régionale s'explique du moins en partie en raison des difficultés qu'ils trouvent à satisfaire leurs aspirations sur le plan multilatéral.

§ 1 - LES RAISONS DU RECOURS AUX VOIES BILATÉRALE ET RÉGIONALE

Le système commercial multilatéral rencontre aujourd'hui de sérieuses difficultés pour répondre de manière équilibrée aux intérêts de tous ses Membres, y compris dans le domaine culturel. Ces difficultés proviennent tout d'abord d'obstacles existant à l'intérieur de l'OMC, lesquels ont amené les États à chercher la voie bilatérale ou régionale pour élargir leurs relations de libre commerce. Cette tendance a été au surplus renforcée ces dernières années par les pressions exercées surtout par les États-Unis dans le sens de la libéralisation des secteurs sur lesquels ce pays détient le plus d'intérêts économiques.

A - Les obstacles dans l'OMC

Un rééquilibrage des intérêts commerciaux et culturels ne semble pouvoir aujourd'hui être trouvé dans le système commercial multilatéral, en raison notamment de ses graves difficultés à protéger efficacement les préoccupations de nature non commerciale. Ces difficultés semblent de surcroît s'aggraver car les tentatives de solution au sein de l'OMC n'ont pu aboutir jusqu'à présent.

Lors de la préparation de la Conférence ministérielle de Seattle en 1999, quelques Membres ont soutenu l'inclusion de la question culturelle dans les discussions, mais sans succès. D'un côté, des États comme le Canada envisageaient dans cette démarche de garantir la survie de leurs politiques culturelles. De l'autre, les partisans de la position américaine avaient l'intention de confirmer la compétence de l'OMC dans ce domaine, c'est-à-dire, qu'il incombait à cette organisation de déterminer, sur la base de critères commerciaux, ce qui relevait du domaine commercial ou culturel. La Conférence ministérielle de Doha, en novembre 2001, a lancé un nouveau cycle de négociations avec son « Programme pour le développement », mais n'a pas expressément reconnu l'importance des politiques culturelles nationales et régionales, ce qui n'est pas sans conséquence, surtout si l'on considère la large portée de ces négociations. Après le blocage de la Conférence de Cancun en 2003, la Conférence ministérielle de Hong Kong (décembre 2005) a essayé de donner un nouveau souffle à ces négociations, mais celles-ci ont été fortement ralenties depuis 2006. Un certain espoir de conclusion des négociations de Doha en 2010 s'est manifesté depuis les déclarations du G20 et du G8 en 2009, bien que cette conclusion demeure douteuse en vue de la réalité des négociations.

En tout état de cause, l'AGCS prévoit que l'objectif premier des négociations est d'élargir et d'approfondir les engagements des Membres en matière d'accès aux marchés et de traitement national. Malgré son approche *bottom up*, les Membres sont confrontés à une forte pression pour assumer de nouveaux engagements substantiels. Outre les engagements sectoriels, les engagements horizontaux représentent également un

danger. Quant aux exemptions à la clause du traitement NPF, on a vu que quelques Membres ont déjà cherché à faire pression dans le sens de leur élimination.

Ne faisant pas l'objet de négociations spécifiques, la culture est ainsi traitée indirectement, ce qui rend difficile l'évaluation et le contrôle de l'impact des négociations sur les mesures de soutien gouvernemental dans ce secteur, d'autant plus que ces négociations multilatérales se caractérisent par des jeux d'offres et demandes parallèles dans différents secteurs et par une dynamique de « donnant – donnant ». Conformément aux prévisions de la Déclaration de Doha, le 30 juin 2002 les Membres ont commencé à déposer leurs listes de restrictions contenues dans les engagements de 1994 qu'ils demandaient aux autres Membres de lever (les « demandes de libéralisation »). À partir du 31 mars 2003, ils ont présenté les restrictions d'engagements pris en 1994 qu'ils étaient prêts à supprimer (« offres de libéralisation »).

Bien que la Communauté européenne ne présente pas de demande ou d'offre en matière de services audiovisuels, quelques pays en développement ou « émergents » lui ont initialement demandé qu'elle libéralise son secteur audiovisuel. Ces pays ont été influencés dans leur démarche à l'OMC par plusieurs facteurs, parmi lesquels la pression des États-Unis, les dérives de la logique du « donnant-donnant » (où la demande de libéralisation peut servir d'élément tactique de négociation), ainsi que la crainte que, sous un « label culturel », plusieurs autres secteurs de l'économie européenne (tel que l'agriculture) puissent leur être fermés.

Par ailleurs, dans certains secteurs de nature fortement culturelle mais qui ne reçoivent souvent pas l'attention des Membres reconnaissant la spécificité du marché culturel, des engagements ont été pris et risquent de l'être encore davantage. C'est le cas de la publicité et notamment des œuvres audiovisuelles publicitaires, ainsi que de l'architecture. Par souci de cohérence et de crédibilité, un Membre qui défend la non-prise d'engagements dans le secteur de l'audiovisuel ne devrait en théorie pas demander que d'autres Membres assument des engagements dans ces autres secteurs. La délimitation de ce qui doit être compris par « culture » et « industrie culturelle » a fait l'objet de beaucoup de débats, par exemple lors des négociations au sein de l'UNESCO pour l'élaboration d'une convention visant la diversité des expressions culturelles. La publicité fait sûrement partie des « industries créatives » mais elle n'est pas considérée par tous les auteurs comme étant comprise parmi les « industries culturelles »³⁹⁵.

395 Distinction soutenue par l'ISU, *Échanges internationaux (...)*, op. cit., p. 14. P. SAUVE et K. STEINFATT, op. cit., p. 197, se réfèrent à la publicité en tant que produit culturel : « *cultural products, specially films and television programs, but also magazines, books, musical recordings and advertising* ». D'autres auteurs la qualifient de « service culturel connexe », par opposition aux « services culturels de base », ceux-ci faisant exclusivement référence aux services audiovisuels (y compris la production de films,

Outre la prise d'engagements spécifiques dans les secteurs culturels, de nouvelles disciplines concernant les subventions, la réglementation intérieure et les mesures de sauvegarde dans le domaine du commerce des services intéresseront également les industries culturelles et devront tenir compte des effets de telles disciplines sur la capacité des Membres de formuler des politiques culturelles afin de garantir la survie et le développement de leurs expressions culturelles. D'autres thèmes pouvant intéresser ce secteur concernent les « questions de Singapour », qui couvrent les liens entre commerce et investissement, commerce et politique de la concurrence, la transparence des marchés publics et la facilitation des échanges. Bien qu'elles aient été écartées des négociations dans le cadre du Cycle de Doha par la Décision du Conseil général de l'OMC du 1^{er} août 2004 (« L'ensemble des résultats de juillet 2004 »), il n'est pas impossible qu'elles reviennent sur la table des négociations dans l'avenir.

En raison de l'universalité des préoccupations culturelles, le danger que représentent ces nouvelles négociations concerne tous les États, indépendamment du niveau de leur développement économique ou du développement de leur secteur culturel. La complexité d'une telle situation est d'autant plus aggravée que les possibilités de modification des Accords de l'OMC, permettant éventuellement une insertion plus significative des préoccupations culturelles dans ces traités, sont très réduites et que les Membres ne sont actuellement pas en mesure de s'accorder sur une solution mutuellement satisfaisante dans ce domaine.

C'est ainsi que, pour éviter les pressions dans le cadre de l'OMC sur le secteur culturel, considéré sensible pour une grande majorité de pays, et pour retirer celui-ci de la logique du « donnant-donnant », quelques pays comme la France et le Canada ont cherché à traiter les questions culturelles dans une autre enceinte internationale. En dépit de ses limites, cette initiative a débouché sur l'adoption de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles au sein de l'UNESCO en octobre 2005.

1 - Les difficultés de modification normative

Les possibilités de changement d'engagements sont importantes car non seulement la volonté politique d'un pays peut varier avec le temps, mais également, au moment de l'adoption des accords, il est difficile de savoir quelle interprétation leur sera donnée par le mécanisme de règlement des différends. Elles sont d'autant plus nécessaires que la règle du consensus négatif empêche tout ajustement ou critique postérieure d'une décision adoptée par l'ORD. Si les principaux accords de l'OMC traités dans cet ouvrage prévoient des clauses de modification des obligations contractées, la probabilité de leur application pratique reste faible.

la distribution, la diffusion et l'enregistrement sonore) et aux redevances de droit d'auteur et droits voisins (voir, par exemple, C. VAN GRASSTÉK, *op. cit.*, p. 111 ou également ISU, *Échanges internationaux (...), op. cit.*, p. 46).

a) *La modification des Accords de l'OMC*

L'Accord instituant l'OMC prévoit expressément la possibilité d'éventuels amendements à cet Accord et aux accords multilatéraux de l'Annexe 1 (article X). Les conditions pour cela sont, néanmoins, très précises et exigeantes. Tout amendement dépend d'une proposition adressée à la Conférence ministérielle par tout Membre ou Conseil de l'article IV:5 (conseils sur le commerce des marchandises, sur le commerce des services, sur la propriété intellectuelle). Pour qu'une telle proposition soit présentée ensuite aux Membres pour acceptation, une décision par consensus doit être prise par la Conférence ministérielle. Le consensus ne pouvant pas être atteint, celle-ci pourra néanmoins soumettre la proposition aux Membres si une majorité de deux tiers en décide ainsi³⁹⁶.

Pour la modification de certaines dispositions, comme l'article X (amendements) et l'article IX de l'Accord sur l'OMC (prise de décisions et attribution d'une dérogation à une des obligations des Accords de l'OMC), l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC (traitement NPF) et les articles I (traitement NPF) et II (listes de concessions) du GATT de 1994, l'acceptation par tous les Membres est exigée (article X:2). Ensuite, des règles différentes sont prévues pour l'entrée en vigueur des modifications des dispositions de l'Accord sur l'OMC et des accords contenus dans l'Annexe 1A (Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises) et 1C (Accord sur les ADPIC) selon qu'elles soient de nature à modifier ou non les droits et obligations des Membres. Dans le premier cas, l'acceptation de deux tiers des Membres est exigée. La modification prendra effet à l'égard de ces Membres et ensuite pour d'autres Membres, dès qu'ils l'auront également acceptée.

Quant aux modifications de l'AGCS, l'article X:5 prévoit que, à l'exception de l'article II:1 de l'AGCS (traitement NPF), qui exige le consensus pour son amendement, les modifications des Parties I (Portée et définition), II (Obligations et disciplines générales) et III (Engagements spécifiques) de l'AGCS, ainsi que de leurs annexes respectives, ne prendront effet qu'après acceptation par deux tiers des Membres et uniquement à leur égard, et entreront en vigueur pour les autres Membres dès qu'ils auront accepté de telles modifications. Quant aux amendements aux Parties IV (Libéralisation progressive), V (Dispositions institutionnelles) et VI (Dispositions finales) et annexes de l'AGCS, ils prendront effet, pour tous les Membres, dès leur acceptation par les deux tiers de ces États.

L'exigence d'une décision favorable à l'amendement par les deux tiers, voire par le consensus des Membres, rend évidemment ardue toute modification des accords de l'OMC. Toute proposition éventuelle de changement de ces accords visant à la reconnaissance d'un statut spécifique

396 Cependant, jusqu'à présent, la pratique du consensus a été préférée au vote au sein de l'OMC, car considérée comme plus légitime (P. SUTHERLAND *et al.*, *op. cit.*, p. 73).

pour les produits et services culturels serait ainsi difficilement atteignable dans le cadre de cette organisation.

Certes, dans le domaine des produits pharmaceutiques, un amendement à l'Accord sur les ADPIC a été pour la première fois présenté aux Membres par le Conseil général le 6 décembre 2005. La probabilité d'une solution similaire pour le secteur de la culture semble très faible à court terme, y compris relativement à l'aspect, plus restreint, de l'accès aux œuvres culturelles à travers une flexibilisation de la protection des droits d'auteur. En effet, une grande partie des Membres et de la doctrine défend l'importance de la protection des droits d'auteur non seulement pour les expressions culturelles des pays développés mais aussi des pays en développement et des pays les moins avancés.

Une autre possibilité qui pourrait être en théorie envisageable pour l'attribution d'un traitement spécifique aux produits et services culturels et qui a été considérée par quelques auteurs est celle d'une dérogation aux accords de l'OMC. Cette possibilité est prévue à l'article IX:3 de l'Accord instituant cette organisation, pour des « circonstances exceptionnelles », « à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts des Membres (...) ». Elle indique quelles sont les circonstances exceptionnelles la justifiant, les modalités et les conditions pour son application, ainsi que la date à laquelle elle prendra fin. Il s'agit donc d'une dérogation extraordinaire et temporaire, mais qui peut être prorogée, modifiée ou abrogée à l'occasion des réexamens annuels de la Conférence ministérielle (article IX:4). L'exigence de circonstances exceptionnelles et d'une décision par les trois quarts des Membres conduit logiquement à ce que ce mécanisme ne puisse être largement utilisé dans la pratique, bien qu'il ait été employé à quelques reprises, *inter alia* pour créer une plus grande flexibilité du système de la propriété intellectuelle applicable aux produits pharmaceutiques (Décision du 30 août 2003, qui a débouché sur l'amendement susmentionné). Son application afin de garantir une éventuelle exclusion ou traitement spécial pour les produits et services culturels par rapport aux règles générales de libéralisation des Accords de l'OMC ne paraît ainsi pas atteignable dans un avenir proche.

En effet, pour atteindre le consentement des trois quarts des Membres en faveur d'une spécificité du secteur culturel, il faudrait tout d'abord un accord sur la signification de termes fondamentaux comme « culture », ce qui n'est absolument pas aisé. Ensuite, la nécessité de preuve de circonstances exceptionnelles semble être inappropriée pour ce secteur, car la faiblesse des industries culturelles concerne une grande majorité de pays et cela depuis plusieurs décennies. Quant à la durée temporaire d'une telle dérogation, cela impliquerait que les produits ou services bénéficiant de la dérogation continuent d'être soumis par principe aux règles commerciales. Puis, les circonstances entourant les négociations dans le domaine de la santé publique ne sont pas les mêmes que celles relatives, par exemple, au secteur de l'audiovisuel. L'Accord

sur les ADPIC prévoyait déjà un mécanisme de licence obligatoire en faveur de la production de médicaments et de leur approvisionnement sur le territoire national d'un Membre sous certaines conditions. La dérogation du 30 août 2003 et l'amendement du 6 décembre 2005 sont venus le rendre plus effectif, en permettant l'exportation de produits fabriqués sous licence obligatoire à des pays qui ne possèdent pas la capacité de les produire. Aucune disposition similaire n'existe pour le secteur culturel, mis à part les quelques exceptions à la protection du droit d'auteur étudiées plus haut et des principes comme celui de l'article 8, où sont envisagées des mesures en faveur de « *l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique* » (sous condition de compatibilité avec les autres dispositions de l'Accord).

La modification des Accords de l'OMC pour la prise en compte de la spécificité des produits et services culturels étant donc difficilement réalisable, il est nécessaire de s'interroger sur la possibilité de modification des engagements déjà assumés par les Membres, notamment dans le cadre du GATT et de l'AGCS.

b) La modification des engagements contractés

Le GATT offre peu de possibilités à la renégociation des listes de concessions. L'article XXVIII prévoit en effet que tout changement ou retrait d'une concession dépend de négociations avec les « *parties contractantes principalement intéressées* » (§ 1). Ces négociations pourront impliquer soit des compensations de la part d'un Membre qui modifie sa liste, soit des retraits de concessions substantiellement équivalentes de la part des autres Membres intéressés. Les compensations pourront porter sur d'autres produits, mais les Membres « *s'efforceront de maintenir un niveau général de concessions réciproques et mutuellement avantageuses non moins favorable pour le commerce que celui qui résultait du présent Accord avant les négociations* » (article XXVIII:2). Il pourrait ainsi être allégué que les Membres de l'OMC ne sont pas rigidement attachés à leur niveau d'engagements obtenu à la fin des négociations dans un secteur spécifique, mais plutôt à l'équilibre général d'engagements d'accès aux marchés. Cette interprétation peut toutefois se prêter à des controverses³⁹⁷.

397 Voir sur cela K. BAGWELL, P.C. MAVROIDIS et R.W. STAIGER, *op. cit.*, p. 59. Ces auteurs proposent une « approche générale » de cette question, selon laquelle « *a government would not be restricted from adjusting the policy mix to maintain its market access commitment. Such adjustments would not have an impact on foreign exporters. Since the costs and benefits of such an adjustment would reside entirely within domestic borders, a government would pursue such an adjustment only if it were (internally) efficient* » (*Idem*, pp. 63-64). Tout Membre pourrait ainsi, une fois fixé son niveau d'engagements d'accès aux marchés, modifier ses politiques d'une manière à ne pas changer ce niveau. Par exemple, un Membre qui souhaiterait élever les standards imposés à ses entreprises d'exportation en matière d'environnement pourrait augmenter les subventions accordées à ces mêmes industries afin de maintenir

Dans le cas où aucun accord ne peut être atteint par le Membre qui prétend retirer ou modifier sa concession, il pourra toutefois le faire, mais cela ouvre la possibilité, pour les autres Membres, de retirer des « *concessions substantiellement équivalentes* » négociées initialement (article XXVIII:3 (a)). Le même processus est valable dans le cas où un accord est effectivement atteint, mais qu'il ne satisfait pas une des parties intéressées. Celle-ci aura également la faculté de retirer des concessions substantiellement équivalentes (article XXVIII:3 (b)). Toute modification d'une concession constitue ainsi une situation délicate pour le Membre qui la souhaite. En cohérence avec les principes de « *standstill* » et de « *rollback* », ce dispositif du GATT de 1947 rend en effet très difficile toute modification qu'un Membre voudrait faire dans sa liste de concessions. Pour des secteurs sensibles, comme le secteur culturel, où les États peuvent être amenés à changer leurs politiques publiques pour qu'elles s'adaptent aux nouvelles circonstances du marché et aux nouvelles technologies, cela peut représenter un problème.

Quant aux listes d'engagements adoptés dans le cadre de l'AGCS, elles peuvent également en principe être modifiées, mais selon certaines conditions. Tout d'abord, le Membre qui souhaite modifier sa liste devra notifier le Conseil du commerce des services (article XXI:1 (b)) et se prêter à des négociations en vue de l'établissement d'une compensation avec tout autre Membre affecté par une telle modification. Lors de ces négociations, « *les Membres concernés s'efforceront de maintenir un niveau général d'engagements mutuellement avantageux non moins favorable pour le commerce que celui qui était prévu dans les Listes d'engagements spécifiques avant les négociations* » (article XXI:2 (a)). Dans le cas où aucun accord ne peut être trouvé entre les Membres concernés, le Membre affecté pourra soumettre la question à l'arbitrage (article XXI:3 (a)). Si le Membre apportant la modification ne se conforme pas à la décision arbitrale, « *tout Membre affecté qui a participé à l'arbitrage pourra modifier ou retirer des avantages substantiellement équivalents conformément à ces conclusions* » (article XXI:4 (b)).

En vue de cette disposition, les Membres ayant assumé des engagements dans les secteurs culturels et souhaitant aujourd'hui les retirer, afin de garantir la marge de manœuvre de leurs gouvernements en matière de politique culturelle, pourront difficilement le faire, car ils seraient obligés de compenser les autres Membres qui s'estimeraient lésés par une telle modification. Le préjudice subi dans le secteur des services étant plus difficile à mesurer que dans le commerce des marchandises,

leur part de marché. Les auteurs rappellent, néanmoins, le manque de flexibilité dont disposent les Membres face aux dispositions déjà existantes à l'OMC (*Idem*, p. 64). Pour ces auteurs, l'article XXVIII du GATT (comme l'article XXI de l'AGCS) pourrait être utilisé de manière à permettre qu'un Membre augmente ses tarifs lorsqu'il élève son niveau d'obligations en matière de travail ou d'environnement, par exemple, sans qu'une compensation ne soit nécessaire (*Idem*, p. 68).

cette compensation posera encore plus de problèmes à la partie qui souhaite retirer un de ses engagements. Un autre inconvénient existera évidemment lorsque, le cas échéant, le Membre affecté décidera de retirer des avantages « *substantiellement équivalents* »³⁹⁸. Surtout pour les pays en développement et les pays les moins avancés, la compensation ou le retrait d'avantages peut impliquer de lourdes conséquences.

Les possibilités de modification des obligations assumées au sein de l'OMC étant réduites, du moins en pratique, il faudrait s'interroger sur la faisabilité de quelques propositions présentées par certains Membres de l'OMC en tant que solutions à la nécessité de prise en compte par ce système des intérêts culturels nationaux, notamment en ce qui touche le commerce des services audiovisuels.

2 - L'impasse dans les négociations sur les services audiovisuels

Certains Membres ont transmis en 2000 et en 2001 au Conseil sur le commerce des services de l'OMC des propositions qui traitent, exclusivement ou dans le cadre général des négociations sur les services, du secteur des services audiovisuels. L'analyse des propositions des États-Unis, du Japon, du Canada, de la Suisse et du Brésil³⁹⁹ montre que l'obtention d'un accord sur le sujet est très difficile.

a) Les positions divergentes des Membres de l'OMC

L'opposition d'intérêts dans le domaine des services audiovisuels reflète les différentes positions à propos de la double nature de ces

³⁹⁸ Ces difficultés sont apparues dans les négociations entamées par la Communauté européenne en 2004 en vue de la modification de ses listes d'engagements et de celles de ses nouveaux États membres. Elle a conduit à la négociation de compensations pour les Membres affectés et à l'intégration effective d'une liste d'engagements unique pour tous les États membres européens en décembre 2006. Voir « Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion des accords au titre de l'article XXI de l'AGCS avec l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, le territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu (Taïpei chinois), la Colombie, Cuba, l'Équateur, la Chine-Hong Kong, l'Inde, le Japon, la Corée, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Suisse et les États-Unis concernant les ajustements compensatoires nécessaires à la suite de l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République d'Autriche, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie, de la République slovaque, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à l'Union européenne, COM (2007) 0154 final, < http://www.assemblee-nationale.fr/europe/pdf/doc_e/e3503.pdf >.

³⁹⁹ Voir les Communications de chacun de ces États au Conseil du commerce des services de l'OMC : celle des États-Unis concernant les services audiovisuels et services connexes du 18 décembre 2000, S/CSS/W/21 ; celle du Japon concernant les négociations sur le commerce des services du 22 décembre 2000, S/CSS/W/42 ; celle du Canada contenant la Première proposition du Canada pour les négociations du 14 mars 2001, S/CSS/W/46 ; celle de la Suisse « AGCS 2000 : Services audiovisuels », du 4 mai 2001 S/CSS/W/74 ; et celle du Brésil concernant les services audiovisuels du 9 juillet 2001, S/CSS/W/99.

services. Si certains Membres souhaitent la libéralisation du secteur audiovisuel, parfois moyennant des concessions mineures en faveur de la reconnaissance d'une certaine spécificité, d'autres refusent catégoriquement d'ouvrir leurs marchés dans ce domaine.

i) La pression vers la libéralisation

Les États-Unis ont été le pays le plus engagé en vue d'une plus grande libéralisation du secteur des services audiovisuels. Au fur et à mesure de l'avancement des négociations, ils ont reçu le soutien de quelques autres Membres, comme le Japon. Les arguments américains se sont notamment centrés sur l'idée de flexibilité du régime normatif de l'OMC, fondé tout d'abord sur l'existence de l'article IV du GATT, qui autorise le maintien des quotas à l'écran. Ils laissaient entendre, néanmoins, que cet article ne se justifiait plus aujourd'hui, en raison des plus grandes possibilités de projection, de l'apparition de la télévision multicanal et de la technologie du numérique. De plus, ils soulignaient que les engagements dans le cadre de l'AGCS peuvent être complets ou partiels, et que cet Accord, sous sa forme actuelle, n'interdit pas le financement des services audiovisuels par les gouvernements nationaux. Par ailleurs, ils citaient l'existence de l'exception générale dans le GATT et dans l'AGCS relative aux mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, en tant que disposition capable de permettre aux Membres de freiner l'entrée de certains produits et services. Tous ces arguments sont très contestables et leur faiblesse a été démontrée devant l'ORD.

La proposition américaine de négociation pour le secteur audiovisuel se fondait sur trois volets : l'examen des activités du secteur, afin de les conformer à la classification existante des services audiovisuels ; la négociation d'engagements dans le secteur audiovisuel, à l'instar d'autres secteurs de services, au moyen de l'établissement de règles commerciales claires, fiables et prévisibles, capables de prendre en compte la complexité du secteur ; et la négociation d'un accord sur les subventions pour l'audiovisuel, permettant aux Membres de promouvoir leurs identités culturelles. Les services audiovisuels devraient ainsi, selon les États-Unis, se soumettre entièrement à la libéralisation, les Membres conservant, comme moyen de politique culturelle, les subventions, selon des conditions précises⁴⁰⁰.

En ce qui concerne la proposition de révision de la classification des services audiovisuels, les États-Unis se concentraient sur une définition large du secteur, regroupant plusieurs services différents, ce qui

400 La proposition américaine parle de « *subventions soigneusement limitées à des fins spécifiquement définies, des précautions étant prises en parallèle pour que les effets potentiels de distorsion sur les échanges soient effectivement limités ou notablement neutralisés* » (Communication des États-Unis concernant les services audiovisuels et services connexes, *op. cit.*, p. 3).

permettrait, selon eux, une négociation d'« unité sectorielle »⁴⁰¹. Le problème de la classification des services soulève celui de la distinction entre le secteur audiovisuel traditionnel et celui des nouvelles technologies des médias, lié à la question de la « neutralité technologique » des Accords de l'OMC. Alléguant que la classification des services audiovisuels n'est pas suffisamment actualisée pour tenir compte de ces nouvelles technologies, les États-Unis défendaient la limitation du secteur aux services de diffusion audiovisuelle traditionnels⁴⁰². Tous les nouveaux services audiovisuels devraient ainsi être soumis aux règles plus libérales du commerce électronique.

Un programme de travail sur le commerce électronique avait été établi par le Conseil général de l'OMC en 1998⁴⁰³. En novembre 2001, à Doha, la Conférence ministérielle a décidé de donner suite à ce programme de travail et à la pratique courante de ne pas imposer des droits douaniers aux transmissions électroniques (§ 34 de la Déclaration de Doha). Des discussions sont encore en cours sur les questions liées au commerce posées par les échanges par voie électronique.

Certes, il existe des différences entre les produits audiovisuels traditionnels et les nouveaux produits multimédia. Tandis que les premiers

401 D. LUFF, « Telecommunications and Audio-visual Services (...) », *op. cit.*, p. 1073, considère qu'une plus grande distinction entre les services audiovisuels pourrait conduire à une plus grande prise d'engagements dans le secteur, sans que les préoccupations culturelles doivent nécessairement être mises à l'écart. La révision de la classification actuelle des services audiovisuels pourrait en tout cas contribuer à une plus grande clarté des engagements assumés.

402 Distinction que les États-Unis essayent d'établir également dans leurs accords bilatéraux de libre-échange signés les dernières années. Il est vrai que la convergence technologique et la numérisation ont permis l'apparition de beaucoup de services de contenu audiovisuel qui ne peuvent être classés que sous la rubrique « Autres » de la classification sectorielle des services adoptée à l'OMC (W120). La catégorie « services audiovisuels » n'est toutefois liée en principe à aucune forme particulière de technologie, ce qui lui permet de résister *a priori* aux avancées technologiques. La notion de « neutralité technologique » dans l'AGCS a été défendue dans l'affaire *Chine – Publications et services audiovisuels* par les Communautés européennes lors de sa soumission en tant que tierce partie, et également par les États-Unis, pour qui, comme le rappelle le Groupe spécial, « le principe de neutralité technologique est compatible (...) avec l'idée que l'AGCS est suffisamment dynamique pour que les Membres n'aient pas besoin de renégocier l'Accord ni leurs engagements compte tenu de l'évolution constante de la technologie » (Rapport du Groupe spécial, § 7.1160). Le Groupe spécial dans cette affaire, tout en citant le Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux* (où le principe de neutralité technologique avait été considéré comme paraissant être « largement partagé parmi les Membres de l'OMC »), a considéré ne pas avoir besoin d'invoquer un tel principe pour interpréter l'engagement de la Chine concernant les services de distribution d'enregistrements sonores (§ 7.1258).

403 Dans le cadre de ce programme, « commerce électronique » « s'entend de la production, de la distribution, de la commercialisation, de la vente ou de la livraison de marchandises et services par des moyens électroniques » (Point 1.3 du Programme de travail sur le commerce électronique, adopté par le Conseil général le 25 septembre 1998).

sont distribués généralement par le biais de supports physiques (DVD, cassettes vidéos, CD-Rom, etc.) ou encore par le biais de la présentation par le cinéma, le satellite, la télévision par câble ou les réseaux radiophoniques, et sont consommés de manière passive, les produits multimédia rassemblent en format numérique des éléments de texte, de données, de son et d'image, qui peuvent être diffusés non seulement par la voie physique, mais également par Internet ou tout autre réseau. De plus, ils sont souvent marqués par une plus grande interactivité du consommateur⁴⁰⁴. Ils créent toutefois encore plus d'incertitude quant à leur classification en tant que « produit » (soumis au GATT) ou « service » (soumis à l'AGCS)⁴⁰⁵. Étant donné la plus grande rigidité des règles du GATT, la soumission de ces nouveaux produits et services à cet Accord serait nécessairement nuisible à la marge de manœuvre des Membres en matière de politique culturelle.

La question de la classification des services audiovisuels peut également se poser vis-à-vis de la distinction entre ces services et les services de télécommunication. Il est possible que des services considérés avant comme de la radiodiffusion passent sous cette autre catégorie, ce qui entraînerait naturellement une plus grande libéralisation, malgré une certaine tendance sur le plan national à l'adoption du principe de neutralité technologique⁴⁰⁶.

La nouvelle classification proposée par les États-Unis risquerait ainsi d'avoir des effets nuisibles pour la protection des œuvres culturelles nationales, bien que cet État ait reconnu dans sa proposition la nécessité de préserver et de promouvoir l'identité nationale et la diversité culturelle à travers des exemptions et des limitations des engagements. La logique de libéralisation progressive de l'OMC implique, néanmoins, qu'elles ne puissent être maintenues à long terme.

Un point curieux de la communication américaine concerne l'annexe B de celle-ci, où ce pays fournissait une liste indicative d'activités

404 Voir WTO Secretariat, *Guide to the GATS*, *op. cit.*, p. 137.

405 C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 209-210, suggère une solution inspirée de la jurisprudence de la CJCE (affaires *Schindler* (C-275/92, §§ 22-25), *Sacchi* (155/73) et *Debaue* (52/79)) : celle de distinguer les produits et les services associés au commerce électronique selon l'« intention économique » de la transaction. L'offre sous demande par voie électronique d'un film serait ainsi réglementée exclusivement par les règles de l'AGCS, tandis que l'exportation d'un DVD du même film serait soumise exclusivement aux règles du GATT.

406 Les réglementations du secteur de l'audiovisuel et notamment de celui de la communication électronique font ainsi une distinction entre le contenu audiovisuel et les infrastructures nécessaires à leur transmission. Il s'agit, par exemple, de l'approche européenne, adoptée dans diverses directives : la directive « cadre » 2000/21/EC ; la directive relative à l'autorisation (Directive 2002/20/EC) ; la directive relative à l'accès (Directive 2002/19/EC) ; celle relative au service universel (Directive 2002/22/EC) ; et celle relative aux données personnelles et à la protection de l'intimité (Directive 1997/66/EC).

audiovisuelles afin de montrer que le secteur audiovisuel couvre aujourd'hui beaucoup plus d'activités et de manière beaucoup plus internationale que pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. Dans cette liste, un certain nombre d'entreprises sont indiquées, mais l'accent est mis sur celles dont le siège social se trouve dans des pays en développement, tels que le Brésil, l'Inde et le Mexique. L'intention de réveiller l'intérêt de ces États dans les négociations relatives au secteur audiovisuel est évidente. Aucune mention n'est par ailleurs faite des *Majors* américaines.

À l'instar des États-Unis, le Japon, dans sa communication à propos des négociations sur le commerce des services, a affirmé que « *La libéralisation des services audiovisuels est importante car elle permet de faire respecter le droit des citoyens de chaque Membre d'accéder librement à diverses cultures et informations* »⁴⁰⁷. Il y a également souligné l'importance extraordinaire des services audiovisuels depuis les nouvelles technologies de l'information et indiqué les éléments qu'il considère devoir être « améliorés » dans les négociations de libéralisation des services : les exemptions au traitement NPF, les limitations quantitatives et les dérogations au principe du traitement national. Il remettait clairement en question la plupart des exemptions et des limitations existantes dans les listes nationales pour le secteur audiovisuel (coproductions, quotas, subventions, etc.) et ne reconnaissait aucune spécificité à ce secteur.

Une position un peu plus nuancée a été manifestée par le Brésil dans sa Communication de juillet 2001. Si ce pays a par la suite adopté un positionnement très favorable au maintien et à l'adoption des politiques culturelles, il envisageait la libéralisation en 2001 comme moyen de faire participer davantage les pays en développement au commerce des produits et services culturels. Il posait ainsi la question de savoir comment promouvoir la libéralisation progressive du secteur en permettant un accès effectif aux marchés pour les exportations des pays en développement sans diminuer leur marge de flexibilité pour réaliser leurs objectifs de politique culturelle. Selon ce pays, l'AGCS pourrait être l'instrument adéquat à cette fin, mais des instruments additionnels devraient être considérés, surtout pour la production et la distribution des films cinématographiques. Le Brésil défendait également la prise d'engagements spécifiques pour les services audiovisuels⁴⁰⁸ et proposait des débats sur les programmes de subventionnement nationaux et les mécanismes de défense commerciale et de concurrence. Il soulignait que les produits audiovisuels arrivent souvent sur les marchés étrangers à des niveaux de dumping, puisque le coût de production des produits étrangers a déjà été récupéré sur le marché d'origine. Les productions nationales se heurteraient ainsi à une concurrence déloyale, à laquelle il pourrait être remédié

407 S/CSS/W/42, p. 8, § 36.

408 Par la suite, le Brésil a retiré toute offre de libéralisation dans le secteur audiovisuel lorsque la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles a commencé à être négociée à l'UNESCO.

par le développement de dispositifs antidumping. Il a été vu précédemment que l'application de ces dispositifs dans le secteur culturel n'est toutefois pas aisée.

Le 30 juin 2005, une Communication contenant une « Déclaration conjointe relative aux négociations sur les services audiovisuels » a été présentée au Conseil du commerce des services par les États-Unis, Hong Kong, Chine, le Japon, le Mexique et le territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu⁴⁰⁹. Selon cette déclaration, ces pays / territoires s'efforceraient de promouvoir la prise d'engagements dans le secteur audiovisuel dans le cadre des négociations commerciales en cours. Ils affirmaient être « *vivement préoccupés par les tentatives que font certains participants essentiels aux négociations pour obtenir qu'un secteur aussi important soit exclu a priori. Cette démarche est incompatible avec les Lignes directrices pour les négociations sur les services du PDD et avec le principe du dialogue total et ouvert sur lequel repose cette institution* » (§4). En réitérant la flexibilité qu'offre l'AGCS aux Membres pour qu'ils prennent « *des engagements conformes à leurs objectifs de politique nationale* » dans le secteur audiovisuel, ils invitent « *instamment les Membres à considérer attentivement les larges avantages économiques que peut leur apporter l'inclusion dans leurs offres d'engagements concernant les services audiovisuels. Par-dessus tout, le commerce des services audiovisuels entraîne des échanges culturels, qui sont le meilleur moyen de favoriser la diversité culturelle* » (§6).

Cette Communication coïncide temporellement avec la finalisation des négociations au sein de l'UNESCO conduisant à l'adoption d'une Convention sur la diversité des expressions culturelles. Elle est, par ailleurs, en accord avec la demande plurilatérale dans le secteur de l'audiovisuel présentée en mars 2006 par ces mêmes États et Singapour, laquelle identifie certains objectifs pour la libéralisation dans le secteur de l'audiovisuel et attire l'attention sur les « flexibilités » que l'article XIX:2 de l'AGCS garantit aux pays en développement. Encore une fois, ces pays rappelaient qu'il n'existe pas *a priori* d'exclusion de secteur ou mode de fourniture de service dans les négociations et prônaient les avantages de l'ouverture des marchés dans le secteur de l'audiovisuel pour les économies nationales. Ce qu'ils nommaient « certaines flexibilités », comme les subventions et accords de coproduction, auraient fait l'objet de discussions au cours d'une réunion plurilatérale ultérieure. Cette demande a été par la suite fortement repoussée par un grand nombre de Membres de l'OMC participant à cette réunion, hostiles à toute tentative de libéralisation dans ce secteur, notamment depuis la prise de conscience des dangers du libre commerce lors des discussions conduisant à l'adoption en octobre 2005 de la Convention UNESCO susmentionnée.

409 TN/S/W/49, du 30 juin 2005, 2 p.

ii) Le refus de libéraliser

Certains Membres se sont positionnés au sein de l'OMC de manière très nette contre toute libéralisation du secteur audiovisuel. C'est le cas du Canada, de la Communauté européenne et, d'une façon un peu plus subtile, de la Suisse.

Dans sa communication de mars 2001, le Canada a souligné le principe du respect des objectifs de politique nationale, consacré par le préambule et par l'article XIX de l'AGCS. Il affirmait en outre qu'il ne prendrait aucun engagement qui limite l'atteinte de ses objectifs de politique culturelle avant qu'un instrument international garantissant « *le droit des pays de promouvoir et de conserver leur diversité culturelle* » ne fût adopté⁴¹⁰. Cet instrument a été mis en place en octobre 2005 à l'UNESCO, à travers l'adoption de la Convention sur la diversité des expressions culturelles. Le Canada a été le premier pays à la ratifier, le 23 novembre 2005.

La Suisse, à son tour, avait proposé en mai 2001 qu'un examen approfondi de l'AGCS soit réalisé afin de déterminer s'il est effectivement assez flexible pour fournir des solutions qui tiennent compte de la spécificité du secteur culturel. Elle envisageait la possibilité de création d'une annexe à l'AGCS ou d'un autre instrument approprié sur les services audiovisuels, confirmant ainsi sa reconnaissance de la spécificité du secteur. Elle mentionnait aussi la possibilité de révision de la classification actuelle en fonction des nouvelles technologies (mais de manière moins détaillée que les États-Unis) et l'utilisation d'instruments de contrôle de la concurrence pour des fins de politique culturelle. En des termes plus concrets, la Suisse proposait que des débats soient développés quant à la possibilité de reconnaissance du droit des États de protéger leur diversité culturelle tant de manière implicite qu'explicite, avec la prévision de sauvegardes appropriées contre tout abus de l'utilisation de cette notion. En outre, un accord sur les subventions dans l'AGCS était aussi envisagé, parallèlement à la prise d'engagements spécifiques dans le secteur audiovisuel (position qu'elle semble avoir abandonnée par la suite). Enfin, elle souhaitait qu'une solution équilibrée soit trouvée, centrée sur la notion de service public et du rôle de celui-ci dans le secteur audiovisuel. La communication suisse concluait en affirmant que tout autre fait pertinent produit à l'extérieur de l'OMC relatif à la réglementation de l'audiovisuel et de la diversité culturelle devrait être pris en compte dans les travaux relatifs à l'AGCS. Cela renvoie bien évidemment aux réflexions pour l'élaboration d'un instrument international sur la diversité culturelle au moment où cette communication a été présentée.

Quant à la Communauté européenne, et bien qu'elle n'ait pas présenté de proposition spécifique sur le secteur audiovisuel dans le cadre de l'OMC, une position très claire en faveur des politiques culturelles

410 Communication canadienne (S/CSS/W/46), § 9, p. 2.

nationales a été avancée. En effet, elle a indiqué que, lors des négociations dans le cadre du programme de Doha, elle veillerait à ce qu'elle-même et ses États membres puissent préserver et développer leur capacité de créer et d'appliquer des politiques de soutien à la culture et à l'audiovisuel pour préserver leur diversité culturelle.

Les quelques possibilités de solution ou tentatives de réponse pour le secteur culturel dégagées dans le cadre des négociations du Programme de Doha pour le développement témoignent de la disparité des positions et de la difficulté de consensus au sein de l'OMC.

b) Les difficultés d'une solution à l'OMC

La première tentative de réponse à l'intérieur de l'OMC, soutenue par les États-Unis et les pays co-auteurs de la déclaration de juin 2005, consistait à soumettre les services audiovisuels, tel que tout autre service, aux négociations de libéralisation. Les États devraient ainsi prendre des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national dans ce secteur, en établissant éventuellement des limitations et conditions. Cette possibilité paraît très dangereuse pour les expressions culturelles, non seulement en raison de la libéralisation progressive prévue par l'AGCS au long des futurs cycles de négociation, mais également en raison du manque d'un accord sur tous les mécanismes qui pourraient éventuellement offrir un contrepois à cette prise d'engagements (subventions, mécanismes de sauvegarde d'urgence, dispositifs de réglementation intérieure). Aucune solution ne serait ainsi disponible pour les Membres qui, ayant pris de larges engagements de libéralisation du secteur, se trouveraient à un moment donné dans une situation de fragilité de leurs industries culturelles.

La solution proposée d'instituer un accord sur les subventions pour le secteur audiovisuel dans l'AGCS est aussi compromise pour le moment, en raison même de l'absence de règles sur les subventions en matière de services, ainsi que du manque de consensus sur l'importance d'une telle discussion. Certes, un accord prévoyant des principes généraux de licéité des subventions pourrait éventuellement déterminer un régime plus souple dans le domaine des services culturels. Cependant, rien ne le garantit et ces nouvelles disciplines sur les subventions dans le secteur de l'audiovisuel pourraient également remettre en question les mécanismes d'aide étatique, y compris les systèmes de radiodiffusion publique déjà existants.

Au sein de la doctrine, l'adoption d'un accord plus large, un « Accord général sur le commerce dans le domaine de la culture » (un *General Agreement on Trade in Culture*) a été proposée⁴¹¹, mais qui pourrait soulever des problèmes lors de la définition de son champ d'application, ainsi que des difficultés d'atteinte d'un consensus. De plus, un

411 M. BRAUN et L. PARKER, « Trade in culture: consumable product or cherished articulation of a nation's soul? », in *DJILP*, vol. 22, n° 1, 1993-1994, p. 188.

tel accord consacrerait encore le traitement des produits et services culturels à travers une perspective commerciale. Ce dernier problème existerait également dans l'éventualité de la conclusion d'un traité plurilatéral sur la question, tel que d'autres auteurs l'ont suggéré⁴¹². Une telle solution dans le secteur des services audiovisuels bénéficierait probablement davantage à ceux qui prônent leur libéralisation et ne conviendrait donc pas à une meilleure protection des intérêts culturels au sein de l'OMC.

D'autres auteurs⁴¹³ ont proposé que de nouvelles exceptions au GATT soient créées, dans le cas où une mesure culturelle remise en question aurait des effets uniquement accidentels d'obstacle au commerce et serait justifiée par une valeur sociale sous-jacente. Cette justification et les effets accidentels d'une telle mesure devraient être jugés par un organe supérieur, très probablement l'ORD. Cela pourrait non seulement introduire encore plus d'incertitude dans le système, en ne résolvant pas de manière durable le problème du déséquilibre entre le commerce et la culture, mais soumettrait de telles mesures aux considérations purement commerciales de cet organe.

Une autre proposition qu'il semble utile de souligner consisterait en l'adoption d'une dérogation générale en matière culturelle dans le cadre de l'OMC⁴¹⁴. Elle se distinguerait d'une « exception » à l'image de celles contenues dans l'article XX du GATT, car elle s'appliquerait *ex ante* et non après qu'une mesure soit soupçonnée de violer l'Accord.

412 P. SUTHERLAND *et al.*, *op. cit.*, pp. 75 et s., prévoient une telle solution pour les situations où certains pays voudraient contracter plus ou moins d'obligations que les autres Membres de l'OMC et donnent l'ATI comme un exemple à succès d'une telle initiative.

413 Comme P.M. NICHOLS (« Trade without values », *NW. U. L. Review*, vol. 90, 1996, pp. 705-706), cité par C. CARMODY, *op. cit.*, p. 308.

414 Cette proposition a été faite, de manière détaillée et précise, par *idem*, pp. 309-310. Une version préliminaire de ce que pourrait être une telle dérogation est présentée à l'annexe de cet article. L'auteur souligne que, dans les premières années d'existence du GATT, l'acceptation de dérogations était fréquente, car l'Accord n'exigeait que l'acceptation de 3/4 de la moitié des parties contractantes du GATT. Il cite comme exemple l'« *Enabling Clause* » de 1971. Quelques éléments prévus dans le texte de cette proposition de dérogation méritent l'attention. Par exemple, ce « *waiver* » reconnaîtrait un droit général des Membres de l'OMC de déroger aux règles commerciales afin d'adopter des mesures de protection de leurs œuvres culturelles, sous certaines conditions. Des mesures en faveur des expressions culturelles nationales pourraient être introduites après évaluation par un organe impartial du risque que représente une situation donnée pour la vie culturelle, ainsi qu'une notification aux autres États parties. Des objectifs de proportionnalité et de minimisation des effets négatifs sur le commerce seraient également poursuivis. En outre, tout recours à un Groupe spécial dans un cas couvert par une telle dérogation permettrait que celui-ci consulte des experts du domaine culturel, établisse un groupe consultatif sur la culture, ou encore consulte directement l'UNESCO en la matière. Un forum régulier de consultations en matière culturelle serait également créé au sein de l'OMC (un « Comité sur la Culture ») et garderait un contact étroit avec les organisations internationales compétentes dans ce domaine, et en particulier l'UNESCO.

Une telle suggestion serait, toutefois, très difficilement praticable, en raison des exigences de l'Accord instituant l'OMC (article IX:3) pour qu'une dérogation puisse être acceptée⁴¹⁵. D'un autre côté, l'auteur de cette proposition rappelle les intérêts cruciaux existants en matière culturelle, ce qui pourrait, à son avis, permettre d'atteindre la majorité requise par l'Accord. Il est vrai que l'initiative concernant l'adoption d'une convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles au sein de l'UNESCO a témoigné d'une énorme réceptivité de la part de la majorité des États. Cependant, il est difficile de prévoir que le même appui se serait manifesté dans le cadre de l'OMC. Il est possible que les Membres craignent que de plus en plus les questions sensibles à chaque État justifient des dérogations aux règles accordées en matière commerciale. Par ailleurs, le traitement de la question culturelle uniquement dans le cadre des accords commerciaux pourrait signifier, dans la pratique, une soumission des préoccupations culturelles aux considérations commerciales de l'OMC.

Certains auteurs proposent, enfin, que les États codifient les règles internationales régissant les éventuels conflits entre les intérêts culturels et commerciaux, en établissant une hiérarchie explicite des moyens les moins lourds, admissibles selon le droit de l'OMC, en faveur des industries culturelles⁴¹⁶. Cela éviterait que la notion de diversité des cultures soit utilisée pour justifier un protectionnisme commercial déguisé. Cette suggestion répondrait à un besoin de précision et de clarification très positif, mais le fait qu'elle soit envisagée uniquement dans le cadre des accords de l'OMC risque de mettre en péril et de ne pas bien prendre en compte les préoccupations culturelles. La perspective de ces règles internationales serait encore exclusivement commerciale.

La proposition canadienne, appuyée indirectement par la Suisse et relative à l'élaboration d'un instrument international en dehors de l'OMC visant spécifiquement la protection de la diversité culturelle, est celle qui paraît pouvoir répondre au mieux au besoin d'équilibre entre les intérêts commerciaux et culturels. Elle a réuni beaucoup d'adeptes au sein de l'UNESCO et a conduit à l'adoption de la Convention sur la diversité des expressions culturelles. Cependant, celle-ci n'a pu atteindre le niveau de force contraignante que souhaitaient ses initiateurs, en raison non seulement de la difficulté d'adoption d'accords contraignants en

415 Ces exigences ont été complétées par le *Understanding in Respect of Waivers of Obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, qui autorise les Membres se sentant lésés par une dérogation à recourir à la procédure de règlement des différends de l'organisation (§ 3).

416 P. SAUVE et K. STEINFATT, *op. cit.*, p. 206. Une intéressante discussion sur les avantages et les inconvénients de l'élaboration de règles ou de principes (« *rules v. standards* ») en matière culturelle est également développée par *idem*, pp. 211-217. Le choix entre l'établissement de règles précises ou de principes régulateurs plus généraux peut aussi être vu sous une perspective d'allocation de juridiction (entre le législateur ou le juge, respectivement).

matière culturelle en général, mais aussi à cause des fortes pressions américaines contre l'adoption d'un tel instrument. Ces pressions se comprennent dans le cadre plus large de la politique extérieure commerciale adoptée par les États-Unis ces dernières années.

B - L'effet de la politique extérieure des États-Unis

À plusieurs reprises, la menace du gouvernement américain d'avoir recours à des contre-mesures, lorsqu'il sentait que ses intérêts sur le marché des produits et services culturels étaient en danger, a conduit d'autres pays à modifier leurs réglementations. Cette menace s'est souvent fondée sur l'emploi du mécanisme prévu par la *Section 301* du *Trade Act* américain. Parallèlement à cela, et afin de renforcer leur position face à d'autres États et d'obtenir plus facilement de ceux-ci des obligations de libéralisation qui ne seraient pas atteignables dans le cadre des négociations multilatérales, les États-Unis ont mené pendant plusieurs années une large campagne de négociation d'accords bilatéraux de libéralisation commerciale.

1 - L'application du Trade Act

La *Section 301* du *Trade Act* de 1974 prévoit deux mécanismes principaux⁴¹⁷ : un premier, obligatoire, qui permet au *US Trade Representative* (USTR) de prendre des contre-mesures lorsqu'un partenaire commercial viole un accord signé avec les États-Unis ; et un deuxième, discrétionnaire, qui n'exige pas de violation d'un accord, mais uniquement la constatation par l'USTR que les mesures adoptées par un autre État sont irraisonnables ou discriminatoires, et qu'elles oppriment ou restreignent le commerce des États-Unis. Ces mesures peuvent être prises isolément ou parallèlement à d'autres mécanismes prévus par des accords internationaux de commerce. Elles offrent la possibilité d'une réaction plus rapide, puisqu'elles sont actionnables unilatéralement.

Une illustration de l'application de la *Section 301* parallèlement au mécanisme de règlement des différends de l'OMC a été donnée dans l'affaire *CE – Bananes*, lors de la phase d'exécution. Les Communautés européennes ont contesté ce dispositif devant l'ORD le 25 novembre 1998. Des demandes de consultation ont débouché sur la composition d'un Groupe spécial pour examiner l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* (DS152). Les Communautés européennes alléguaient que « les délais très stricts que cette législation prévoit pour la mise en œuvre des sanctions ne permettaient

417 Il existe deux autres types d'action sous la Section 301 : la *Special 301* et la *Super 301*. La première concerne les situations où d'autres États n'accordent pas suffisamment de protection de la propriété intellectuelle aux entreprises américaines. La deuxième concerne des situations où des actions sont prises *ex officio* contre des pays considérés « prioritaires ».

pas aux États-Unis de respecter le *Mémorandum sur le règlement des différends en ne leur laissant pas le temps de mener à leur terme les procédures requises concernant la constatation multilatérale du défaut d'exécution de recommandations issues du règlement des différends et l'autorisation multilatérale des mesures de rétorsion* »⁴¹⁸. La question analysée était celle de savoir s'il était possible de déterminer l'incompatibilité d'une loi avec les obligations de l'OMC (et notamment l'article 23 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, lequel prévoit le recours prioritaire au système de règlement des différends de l'OMC) de manière indépendante de son application dans des cas spécifiques.

Le Groupe spécial a conclu que les dispositifs en examen de la législation américaine étaient compatibles avec les Accords de l'OMC, mais sous conditions strictes. Il a considéré en effet que « *seules les lois prescrivant une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou empêchant la compatibilité avec les règles de l'OMC peuvent, en tant que telles, contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC* »⁴¹⁹. Bien que le Groupe spécial reconnaisse que, à première vue, il existe une incompatibilité du *Trade Act* avec le *Mémorandum*, en raison du pouvoir discrétionnaire qu'elle accorde au Représentant américain au commerce, il rappelle qu'une limitation à ce pouvoir a été prise dans l'« Énoncé des mesures administratives » de l'Administration américaine, lors de la ratification des Accords de Marrakech. La compatibilité de cette loi existe ainsi uniquement en vertu de ces engagements assumés par l'Administration américaine, lesquels exigent que l'USTR fonde toute application de l'article 301 sur les constatations d'un Groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

Un exemple concret où la Section 301 a été mise en œuvre dans le domaine des industries culturelles est celui du conflit opposant les États-Unis et le Canada relativement à la *Country Music Television* (CMT), initié en 1994, lorsque la Commission canadienne pour la radiotélévision et les télécommunications (CRTC) a décidé de retirer la licence de la CMT dans le secteur de la télévision par câble⁴²⁰. Cette décision a eu lieu après des consultations publiques avec des entreprises canadiennes de radiodiffusion, qui alléguaient que la CMT était en concurrence directe avec les chaînes qu'elles proposaient et ne diffusait pas les œuvres des musiciens canadiens de manière adéquate. En retirant la licence de la CMT, la CRTC l'a accordée à une chaîne nouvelle, *New Country Network* (NCN), programmée par l'entreprise canadienne MH Radio / Rawlco.

La CMT a eu d'abord recours au système judiciaire canadien, qui a rendu une décision défavorable, où la Cour canadienne faisait valoir

418 H. RUIZ FABRI, « OMC - Chronique du règlement des différends (1999) », in *JDI*, n° 2, 2000, p. 423.

419 *Ibidem*.

420 Voir, pour plus de détails sur cette affaire, A.M. CARLSON, *op. cit.*, pp. 593-598 et p. 604.

que, depuis son entrée sur le marché canadien en 1984, la CMT avait été consciente de la possibilité de devenir inéligible pour la radiodiffusion si un service canadien similaire acquérait la capacité de la concurrencer. Le 23 décembre 1994, la CMT a adressé une pétition à l'USTR en alléguant que la décision de la CRTC était contraire à l'ALENA. Bien que cet accord détermine une exception aux mesures prises en faveur des industries culturelles, il prévoit également la possibilité de rétorsion de la part de l'État ayant subi ces mesures. Le § 2 de l'article 2005 de l'ALENA, prévoyant la possibilité de mesures de rétorsion, peut d'ailleurs être vu comme une reconnaissance implicite de la possibilité d'actions au titre de la *Section 301* pour répondre à des restrictions dans le secteur culturel, avec la différence qu'il établit des limites à ces mesures, car elles devront avoir un « effet commercial équivalent ».

L'USTR a ainsi annoncé que les États-Unis auraient recours à des mesures punitives qui atteindraient les entreprises canadiennes établies sur leur territoire. Le conflit s'est arrêté le 22 juin 1995, quand la CMT et la NCN ont formé une *joint venture* pour gérer une seule chaîne canadienne de musique « country ». La CMT détiendrait 20% du capital (le maximum permis par la loi canadienne à ce moment) et la nouvelle chaîne serait appelée *Country Music Television Canada*. En janvier 1996, néanmoins, le conflit a été relancé, la CMT alléguant qu'il lui était interdit de participer à la gestion de la nouvelle chaîne. Elle demandait à l'USTR de considérer comme déraisonnable la politique canadienne de restrictions à la propriété et de prendre des contre-mesures.

Encore une fois, des menaces ont été adressées au gouvernement canadien, qui a fini par modifier ses règles avant que les contre-mesures ne soient mises en œuvre. Désormais, les entreprises étrangères pourraient acquérir jusqu'à un tiers de la participation votante d'une entreprise canadienne agissant dans les secteurs de la télévision, de la radio et de la télévision par câble. La nouvelle chaîne formée par la *joint venture* CMT et NCN (la première y ayant augmenté maintenant sa participation) a reçu ensuite une licence de radiodiffusion, mais l'USTR a fait savoir que les États-Unis continueraient de surveiller les actions du Canada en matière d'industries culturelles.

Cet exemple fournit une illustration claire de la vulnérabilité des politiques culturelles adoptées par les États lorsqu'elles affectent les intérêts commerciaux des États-Unis. La *Section 301* leur fournit un mécanisme dangereux, parce qu'elle agit entièrement en contradiction avec la logique de multilatéralisme de l'OMC. En outre, elle est excessivement flexible, n'imposant aucune limite aux contre-mesures et laissant la place à l'abus de la part des entreprises américaines⁴²¹. Elle met en

421 Non seulement les compagnies américaines peuvent recourir à l'USTR même lorsque leur demande est injustifiée, mais il est aussi possible que le gouvernement américain, dans la définition des contre-mesures, établisse des sanctions contre des entreprises

lumière l'action des États-Unis en matière de commerce international ces dernières années⁴²², en tant qu'un des instruments dont dispose cet État pour stimuler une plus grande libéralisation des marchés.

2 - L'impulsion vers la libéralisation progressive

La pression américaine pour l'élimination des mesures que les États-Unis considèrent nuisibles à leurs entreprises a longtemps fait partie de la politique commerciale extérieure de ce pays, fondée essentiellement sur le libre-échange⁴²³. Après le Cycle d'Uruguay et les difficultés de négociation avec l'Union européenne, qui a essayé (sans succès) d'exclure autant que possible le secteur des services audiovisuels des négociations commerciales dans le cadre de l'OMC, les États-Unis ont défini de nouveaux objectifs de politique commerciale pour ce secteur. Ils apparaissent particulièrement dans une note du département d'État américain d'avril 1995, intitulée « *US Global Audiovisual Strategy* »⁴²⁴. Tout d'abord, des accords sur des intérêts communs devaient être recherchés. Ensuite, les réglementations nationales devaient être libéralisées, de manière à promouvoir l'investissement de la part des entreprises américaines du secteur audiovisuel. En troisième lieu, il fallait éviter que les mesures restrictives comme les quotas ne se renforcent ni ne s'étendent. De plus, l'audiovisuel devait être lié à la question des nouvelles technologies de communication. Et finalement, l'appui d'opérateurs européens contraires aux quotas et aux réglementations du secteur (tels que les télévisions privées et les publicitaires) devait être recherché.

L'objectif d'éviter que les quotas ne se répandent s'est clairement manifesté lors des accessions des pays candidats à l'OCDE et à l'OMC, notamment des anciens pays communistes de l'Europe de l'Est. Devant s'aligner sur la réglementation européenne lors de leur entrée dans la Communauté, ces pays représentaient un grand risque pour les intérêts

spécifiques de l'autre État de manière à favoriser les intérêts individuels de quelques entreprises américaines (*Idem*, p. 608).

422 Plus de précisions sur la politique commerciale extérieure du gouvernement Obama, notamment sur le plan des relations bilatérales des États-Unis, sont attendues pour l'automne 2009.

423 G. GAGNÉ, R. CÔTÉ et C. DEBLOCK, *Les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis : une menace à la diversité culturelle*, Rapport soumis à l'AIF, Centre d'études internationales et mondialisation, Institut d'études internationales de Montréal, 18 juin 2004, < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_etude_deblock_gagne_cote_2004.pdf >, p. 6, soulignent que le libre-échange pour les États-Unis constitue non seulement un objectif politique, mais également un principe moral. Le libre-échange est ainsi présenté à la fois en tant que valeur universelle, « à côté du pluralisme démocratique, des droits individuels et de l'économie de marché », et en tant que « vecteur d'une prospérité partagée », capable de conduire à la paix dans le monde.

424 Voir J.-M. BAER, « L'exception culturelle – Une règle en quête de contenus », in *En Temps Réel*, Cahier 11, Octobre 2003, < <http://en.temps.reel.free.fr/activites.htm> >, p. 11.

de la politique américaine dans l'audiovisuel⁴²⁵. Les États-Unis ont ainsi essayé de les convaincre du contraire, en soulignant leur participation à la sécurité et à la sortie du régime communiste de ces États, et en utilisant l'argument de dépassement de la réglementation européenne par les avancées technologiques. La libéralisation du secteur audiovisuel de ces pays a même été exigée par les États-Unis en contrepartie de leur accession à l'OMC et également de leur adhésion au « Code des opérations invisibles courantes » de l'OCDE. L'affrontement entre les EUA et la Commission européenne est monté d'un cran suite à la prise d'engagements de libéralisation dans ce secteur par la Roumanie et Malte. Depuis, la même voie a été utilisée par l'Administration américaine à l'égard des nouvelles adhésions aux Accords de l'OMC.

Cette stratégie s'est également exprimée dans les négociations d'accords bilatéraux et régionaux. Les efforts américains visant à la signature de ces accords ont montré en effet la volonté de ce pays de contourner les règles de l'OMC et la « flexibilité » de l'AGCS, qui a permis jusqu'à aujourd'hui que les États souhaitant protéger leurs industries culturelles puissent ne pas prendre d'engagement dans le secteur culturel et surtout audiovisuel. Au final, une fois le niveau de libéralisation élevé de manière générale dans une multitude de relations bilatérales, il est plus facile d'imposer ce même niveau sur le plan multilatéral⁴²⁶.

Bien que, dans quelques cas, la possibilité de maintenir certaines de leurs politiques culturelles demeure ouverte aux États contractants de tels accords, la réglementation des nouvelles technologies numériques n'est généralement pas comprise dans la marge de manœuvre qui leur est laissée. En effet, si les États-Unis semblent accepter les subventions permettant à chaque pays de promouvoir ses expressions culturelles, les propos américains en ce qui concerne l'échange de contenus par voie numérique reflètent clairement une préoccupation de libéralisation totale de ce type d'échanges.

Certes, les évolutions technologiques des dernières années donnent progressivement naissance à un monde de liberté de communication, où le producteur se trouve en contact direct avec le consommateur et où celui-ci est confronté à une énorme gamme de possibilités de produits et services. La multiplication de ces produits et services au format numérique rend en effet souvent inaudible l'appel de prudence à l'égard des négociations internationales commerciales. Cette constatation a été utilisée par les États-Unis pour justifier la nécessité de déréglementation du secteur audiovisuel. Ils soulignent que l'offre presque illimitée de tels produits et services rend ce marché pratiquement incontrôlable par le

425 Sur cette question, voir *idem*, p. 16.

426 Une fois que ces accords bilatéraux s'entrecroisent, ils peuvent exercer un « effet de levier » sur d'autres négociations et « servir de marchepied pour un libre-échange global » (G. GAGNÉ, R. CÔTÉ et C. DEBLOCK, *op. cit.*, p. 9). Cela crée ainsi un « climat de 'libéralisation compétitive' » (*Idem*, p. 15).

secteur public. Le même argument a servi aux États-Unis au moment de la révision en Europe de la Directive Télévision sans frontières en 1997, texte qu'ils considéraient obsolète face aux nouvelles caractéristiques du marché de l'audiovisuel. Ceux qui défendaient le maintien de la réglementation communautaire ont donné premièrement comme réponse le fait que la nécessité de protection et de promotion de la diversité culturelle n'était pas le fruit d'une rareté de l'offre, mais plutôt de considérations d'intérêt général. Deuxièmement, il a été indiqué le risque d'insécurité juridique pour les opérateurs du secteur dans le cas où la Communauté déciderait de laisser en suspens sa réglementation en raison des nouveaux services promus par les avancées technologiques⁴²⁷.

En 1997, le même débat a été tenu dans le cadre de l'OMC, lors des négociations sur la libéralisation des télécommunications de base, pour laquelle un délai supplémentaire avait été fixé à la fin du Cycle d'Uruguay. Les États-Unis envisageaient à ce moment l'inclusion, parmi les services de télécommunication, de quelques services audiovisuels et notamment de la vidéo à la demande. L'OMC s'est vue ainsi confronter à la question de la distinction entre l'audiovisuel et la télécommunication – question difficile face à la convergence technologique et au fait que cette séparation finirait par exiger une définition de l'audiovisuel au regard de cette organisation. Dans le but de préserver l'acquis de 1995, la Commission européenne a proposé que les services de télécommunication, soumis à la libéralisation, soient considérés comme des services de transport de signaux électroniques, tandis que les services audiovisuels seraient définis par leur contenu. La radiodiffusion classique et tout autre service d'offre de contenu étaient ainsi exclus des négociations de libéralisation des télécommunications. D'autres tentatives américaines de contourner les règles permettant de limiter la libéralisation commerciale dans le secteur culturel ont eu également lieu, telle que celle, appuyée par des pays comme le Royaume-Uni et les Pays-Bas, d'extraire le secteur de la musique des « exemptions » obtenues par l'Europe pour le secteur audiovisuel. Face à l'opposition de plusieurs pays et de la Commission européenne, cette tentative n'a pas abouti. De même, la tentative de considérer les œuvres audiovisuelles diffusées sur Internet comme des « produits virtuels », devant ainsi se soumettre aux règles du GATT et non de l'AGCS, semble avoir échoué⁴²⁸.

La Communauté européenne, soutenue fortement par d'autres États, comme le Canada, a essayé, depuis, de consolider sa position et de promouvoir la création de nouveaux dispositifs internationaux en dehors de l'OMC afin de fournir la sécurité juridique nécessaire aux politiques culturelles nationales et d'éviter que ces mêmes politiques puissent être contestées devant cette organisation (sur la base de critères de libéra-

427 Voir sur cette question J.-M. BAER, *op. cit.*, p. 12.

428 Sur cela, voir *idem*, p. 22.

lisation économique) ou éliminées au titre d'obligations assumées dans les accords bilatéraux ou régionaux. Cela justifie entre autres son appui à la Convention sur la diversité des expressions culturelles adoptée au sein de l'UNESCO.

Pour d'autres États, toutefois, une telle position peut être beaucoup plus difficile à tenir, notamment lorsqu'ils sont en position de faiblesse par rapport aux États-Unis. En effet, dans ses relations bilatérales avec ce pays, souvent l'autre État contractant ne peut protéger son industrie culturelle face aux pressions américaines et le secteur audiovisuel est libéralisé au même titre que tout autre secteur, sans qu'aucun traitement spécifique ne lui soit reconnu. Certains accords bilatéraux et régionaux de commerce peuvent ainsi être extrêmement dangereux pour les intérêts culturels des États.

§ 2 - LES EFFETS DES ACCORDS BILATÉRAUX ET RÉGIONAUX SUR LE COMMERCE DES PRODUITS ET SERVICES CULTURELS

Au-delà des accords multilatéraux de commerce, le commerce des produits et services culturels est aujourd'hui largement influencé par l'application d'accords commerciaux bilatéraux et régionaux⁴²⁹. Leur objectif est, dans la plupart des cas, de promouvoir le commerce et les investissements entre les pays signataires. Leur nombre ne cesse d'augmenter⁴³⁰, surtout depuis les années 1990, et leur multiplication contribue à la complexité du système commercial mondial et à l'augmentation des coûts transactionnels des échanges. Un échantillon d'accords a été sélectionné ici, de manière à permettre l'examen des éventuelles dispositions permettant (ou non) aux États parties de maintenir ou d'adopter des mesures de protection et de promotion des différents secteurs des industries culturelles.

Le traitement de l'antagonisme entre les intérêts de libéralisation commerciale et la nécessité de préserver et de promouvoir la diversité de l'offre culturelle diffère dans chacun de ces accords. Cela s'explique en raison non seulement des différentes positions des pays signataires respectifs dans le débat commerce-culture, mais également du rapport de force existant entre eux. Quelques accords bilatéraux et régionaux essaient seulement de maintenir, à l'égard du secteur culturel, le niveau d'enga-

429 Le GATT et l'AGCS contiennent des dispositions spécifiques admettant, sous certaines conditions, la conclusion d'accords commerciaux régionaux par les Membres (article XXIV du GATT et article V de l'AGCS).

430 Parmi les accords commerciaux régionaux notifiés à l'OMC, 230 étaient entrés en vigueur en décembre 2008. L'OMC estime que le nombre d'accords commerciaux régionaux en vigueur jusqu'en 2010 pourrait approcher les 400 (http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm). La prolifération de ces accords, selon certains auteurs, « a presque atteint le stade où le traitement NPF est un traitement exceptionnel » (P. SUTHERLAND *et al.*, *op. cit.*, p. 21).

gement assumé dans le cadre de l'OMC. D'autres pourront, néanmoins, être plus ou moins ambitieux que les accords de cette organisation en termes de libéralisation des produits et services culturels. Il est possible, par exemple, qu'une plus grande libéralisation commerciale ne s'accompagne pas de réserves ou d'exceptions suffisantes garantissant le droit de l'État signataire de conserver sa capacité d'intervention dans le domaine culturel. Dans ce cas, l'accord en question pourra impliquer une menace à la survie et à la diversité de ses expressions culturelles.

Par souci de simplification, les accords analysés ici ont été classés en trois catégories. Une première catégorie concerne les accords où les produits et services culturels sont traités comme tout autre produit ou service et une libéralisation plus profonde que celle impliquée par les accords de l'OMC est envisagée. Les règles de libéralisation commerciale prévues par les traités de cette catégorie s'appliquent ainsi entièrement au domaine culturel, avec éventuellement des exceptions mineures pour quelques secteurs spécifiques (plus ou moins significatives selon les États parties à l'accord). Les exemples les plus marquants de ce type d'accord sont ceux signés par les États-Unis. Une deuxième catégorie comprend ceux où une clause d'« exception culturelle » a pu être établie. Il s'agit de traités où les produits et services culturels sont exclus de manière générale des obligations de libéralisation instituées pour d'autres secteurs. Les accords conclus par le Canada contiennent généralement ce type de clause. Enfin, une dernière catégorie, qui rassemble une multiplicité d'accords assez différents, se place à une position intermédiaire entre les deux autres catégories. Les produits et services culturels ne sont pas exclus de ces accords, mais les préoccupations culturelles semblent y être plus protégées que dans les accords de première catégorie. Étant donné leur disparité, il est ici envisagé d'examiner un éventail d'exemples de ces accords, choisis selon un critère de répartition géographique.

A - La limitation de la marge de manœuvre des États

Le traitement accordé aux produits et services culturels dans la première catégorie de traités implique une limitation de la capacité des États parties d'adopter ou de maintenir des mesures de politique culturelle par rapport aux engagements qu'ils ont contractés dans le cadre de l'OMC. Un exemple frappant apparaît notamment dans un « modèle » d'accord élaboré par les États-Unis, imposé à ses partenaires commerciaux ces dernières années. Suivant ce climat de libéralisation, d'autres États, pour la plupart développés, semblent aujourd'hui multiplier la conclusion d'accords bilatéraux ne garantissant aucune spécificité au secteur culturel.

1 - Le modèle d'accord de libéralisation des États-Unis

Les accords de libre-échange conclus par les États-Unis ces dernières années illustrent la stratégie américaine de libéralisation du commerce des produits et services culturels dans leurs accords commerciaux

bilatéraux. Les accords États-Unis – Chili⁴³¹ et États-Unis – Singapour⁴³² en sont de bons exemples. Ils ont été suivis par des traités conclus avec l'Amérique centrale et la République Dominicaine (CAFTA-DR / ALECA)⁴³³, l'Australie⁴³⁴ et le Maroc⁴³⁵. D'autres sont actuellement en cours de négociation ou ne sont pas encore ratifiés, comme celui avec la Corée (signé le 30 juillet 2007) ou avec le Panama (signé le 28 juin 2007)⁴³⁶. Le choix des pays avec lesquels ces accords ont été signés, à savoir des pays appartenant à différentes régions du monde et présentant des niveaux de développement variables, semble servir à créer un précédent susceptible d'être transmis à d'autres États⁴³⁷.

L'aboutissement de ce « modèle » d'accord de libre-échange américain a été précédé par des traités un peu plus souples en matière culturelle, comme l'Accord États-Unis – Jordanie. Étant moins récent, il permet d'observer l'évolution des traités commerciaux conclus avec les États-Unis, qui sont progressivement passés d'une approche *bottom up*, comme celle adoptée dans le cadre de l'AGCS, à une approche *top down*, impliquant par principe une libéralisation beaucoup plus poussée.

a) Le recours initial à des listes positives d'engagements

L'Accord de libre-échange États-Unis – Jordanie⁴³⁸ a été le premier accord de libre-échange conclu par les États-Unis avec un pays arabe. Il prévoit l'élimination des barrières au commerce des produits et

431 Signé en juin 2003 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text> >).

432 Signé en mai 2003 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta/final-text> >).

433 Conclu en décembre 2003 avec le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua et en janvier 2004 avec le Costa Rica. Pour la République Dominicaine, qui a participé aux négociations à partir de janvier 2004, celles-ci ont été conclues en mars 2004. L'Accord a été signé le 5 août 2004 et entré en vigueur le 1^{er} mars 2006 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> >).

434 Signé le 18 mai 2004 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text> >).

435 Signé le 15 juin 2004 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/morocco-fta/final-text> >).

436 Voir le Système d'information sur les Accords Commerciaux Régionaux (SI-ACR) de l'OMC sur < <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx> > .

437 Voir S. WEINTRAUB, « Lessons from the Chile and Singapore Free Trade Agreements », in J.J. SCHOTT, *Free Trade Agreements – US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, 2004, p. 79. Voir, pour une comparaison entre les accords avec le Chili et Singapour, I. BERNIER, « Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemple de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel », Avril-Juin 2004, < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/conf_seo_ul_fra_2004.pdf >, 16 p.

438 Signé le 24 octobre 2000 et entré en vigueur le 17 décembre 2001 (< <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/jordan-fta/final-text> >).

services entre les deux pays dans un délai de dix ans. Pour le commerce des produits, une liste annexée à l'accord par chaque Partie contractante prévoit l'élimination des tarifs douaniers. En ce qui concerne le commerce des services, les obligations découlant de l'AGCS sont réaffirmées et la libéralisation se fait à travers des listes positives d'engagement, ce qui laisse encore une certaine flexibilité aux États parties. En matière de services culturels, la Jordanie a adopté des engagements dans les secteurs de l'impression et de l'édition en modes 1 et 2, ainsi que des engagements étendus dans le secteur de l'audiovisuel⁴³⁹. Elle a toutefois maintenu ses exemptions à la clause de la nation la plus favorisée déjà existantes sous l'AGCS relatives à la production et à la distribution d'œuvres cinématographiques et d'émissions de télévision⁴⁴⁰.

En outre, les États parties s'engagent à appliquer les dispositions en matière de protection de la propriété intellectuelle prévues dans une série de traités de l'OMPI énoncés à l'article 4 de l'Accord, parmi lesquels le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Conformément à l'article 4-29 (a), la Jordanie s'est engagée à devenir partie à ces deux traités dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord. Des dispositions similaires ont été introduites dans les accords signés par la suite par les États-Unis et visent à renforcer, par le biais de ses relations bilatérales, le niveau de protection de la propriété intellectuelle garanti dans l'Accord sur les ADPIC.

Dans le domaine du commerce électronique, l'accord interdit l'imposition de tarifs sur les transmissions électroniques dans son article 7-1 (a). Aucune barrière « non nécessaire » ne pourra être imposée à la transmission électronique, y compris celle des produits en format numérique, entre les deux États (article 7-1 (b)). Les États-Unis ont ainsi réussi à garantir leurs intérêts dans le commerce des produits numériques, marché en pleine évolution et qui est en grande partie déjà contrôlé par ce pays.

En termes de capacité d'intervention en faveur de ses œuvres culturelles, la Jordanie s'est ainsi vue imposer d'importantes limites par rapport à ses obligations au sein de l'OMC. Il en est de même pour d'autres États ayant signé l'« accord modèle » des États-Unis, qui soulève d'autant plus de préoccupations d'ordre culturel qu'il adopte une approche *top down*.

439 La liste d'engagements de la Jordanie est disponible sur < <http://www.jordanusfta.com/documents/Services-%20Jordan.pdf> >. Voir notamment pp. 13 et 16.

440 Voir sa Liste d'exemptions à l'article II de l'AGCS (GATS/EL/128), ainsi que < <http://www.jordanusfta.com/documents/mfn.pdf> >.

b) *Le passage aux listes négatives d'engagements*

Les accords États-Unis – Chili, États-Unis – Singapour, CAFTA-DR / ALECA-ALECA+, États-Unis – Australie et États-Unis - Maroc⁴⁴¹ sont assez ressemblants et présentent quatre chapitres ayant des conséquences pour le secteur culturel : celui portant sur le commerce des services, celui traitant des investissements, celui sur le commerce électronique et celui sur la propriété intellectuelle.

Contrairement à l'accord de 2000 avec la Jordanie, ces accords optent tous pour l'approche *top down* d'adoption d'engagements en matière de services et d'investissement. Dans la pratique des négociations, toute exclusion des règles de libéralisation commerciale de l'accord doit ainsi être justifiée et des concessions doivent être faites en tant que « compensations ». En outre, ils acceptent les mécanismes de soutien financier à la culture : les subventions sont exclues de l'application de ces accords tant dans le chapitre relatif au commerce des services que dans celui sur les investissements. Ensuite, les États-Unis acceptent de leurs partenaires qu'ils introduisent des exceptions pour ce qui a trait aux technologies traditionnelles. Ces exceptions apparaissent dans deux types d'annexes. Une première annexe se réfère aux mesures déjà existantes incompatibles avec les obligations de l'accord, intitulée « Annexe A » ou « Annexe I », et contient la plupart des réserves dans le secteur culturel. Toute mesure postérieure adoptée par l'État ayant introduit ladite réserve ne pourra pas être plus restrictive que ce qui y est indiqué. Un deuxième type d'annexe (« B » ou « II ») se rapporte aux nouvelles mesures ou mesures plus contraignantes pouvant être adoptées dans l'avenir. En contrepartie, comme dans l'accord États-Unis – Jordanie, le commerce des produits et services numériques est libéré de toute entrave et le niveau de protection de la propriété intellectuelle y est accentué, de manière à mieux répondre aux intérêts des entreprises américaines.

i) Les engagements relatifs au commerce des services

Le commerce des services tel que défini par ces accords inclut la fourniture transfrontières, la consommation à l'étranger et la présence physique. Les Parties assument l'obligation d'octroyer le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et l'accès au marché, ainsi que d'éliminer l'exigence de présence locale. Selon cette dernière disposition, elles ne peuvent exiger la présence (à travers toute forme d'établissement) du fournisseur de services de l'autre partie sur le territoire de la première comme condition préalable à la fourniture transfrontalière des services. Les obligations de traitement national et d'accès aux marchés, contrairement à l'AGCS, apparaissent en tant qu'obligations *top down*, applicables donc à tous les secteurs à défaut d'exceptions

441 Voir sur ces accords G. GAGNÉ, R. CÔTÉ et C. DEBLOCK, *op. cit.*, 69 p., et I. BERNIER, « Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis (...) », *op. cit.*, 16 p.

expresses des parties. L'analyse du niveau des engagements adoptés par chacun de ces États dans le cadre de leurs accords avec les États-Unis démontre une grande réduction de leur liberté en matière audiovisuelle, qui semble en général refléter leur capacité de négociation face aux États-Unis.

Ces accords prévoient toutefois une exception générale pour les subventions étatiques. Les États contractants maintiennent ainsi toute leur marge de manœuvre pour instituer des subventions en faveur des secteurs qu'ils considèrent les plus sensibles, le secteur culturel pouvant ainsi bénéficier du soutien financier étatique. Cela représente certes un acquis important, mais ne traduit pas une grande concession de la part des États-Unis, puisque ceux-ci admettent eux-mêmes l'attribution de subventions en faveur des expressions artistiques sur leur territoire. Par ailleurs, la plupart des réserves étant des « réserves de première annexe », la possibilité d'adoption de nouvelles mesures plus protectrices du secteur culturel est souvent compromise par ces accords. Le tableau suivant fournit les principales réserves prises dans les secteurs culturels et notamment de l'audiovisuel par chacun de ces États, en les comparant avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC.

État	AGCS	Accord bilatéral
États-Unis	Engagements larges dans le secteur de l'audiovisuel (GATS/SC/90).	<u>Secteur : Communications</u> (Annexe I) Droit de restreindre la propriété des licences de radiocommunication. (Annexe II) Possibilité de traitement différencié en raison de mesures de réciprocité ou d'accords internationaux pour le partage de radiofréquences, les garanties d'accès au marché ou de traitement national pour la transmission satellite unidirectionnelle de services télévisuels par diffusion directe, la radiodiffusion directe par satellite et les services audio numériques.
Chili	Aucun engagement dans le secteur audiovisuel (GATS/SC/18, pp. 12-13).	<u>Secteur : Télévision conventionnelle</u> (Annexe I) Possibilité que le Conseil national de télévision exige un contenu allant jusqu'à 40% de productions chiliennes parmi les programmes diffusés par les chaînes de télévision publique ouverte. La référence exclusive à la télévision conventionnelle signifie qu'un tel pourcentage n'est pas applicable aux télévisions par câble et par satellite. C'est ce qui ressort également de la lettre complémentaire sur la télévision annexée à l'accord. S'agissant d'une réserve de l'Annexe I, toute augmentation du niveau de protection du contenu national ainsi que de la portée de la réserve à l'avenir est impossible.

Chili (suite)		<p><u>Secteur : Industries culturelles</u> (Annexe II). Droit d'adopter ou de maintenir toute mesure de traitement différencié résultant d'accords bilatéraux ou multilatéraux concernant les industries culturelles (e.g. accords de coopération dans l'audiovisuel). Exclusion expresse des subventions gouvernementales dans ce secteur.</p> <p><u>Secteur : Communications</u> (Annexe II) Droit d'adopter ou de maintenir des mesures relatives à la transmission satellite unidirectionnelle des services de télécommunication numérique, ainsi que des exigences de composition de la direction et de gestion des entreprises.</p>
Singapour	<p>Certains engagements dans le secteur des films cinématographiques, d'enregistrements vidéo et acoustiques, et des services de bibliothèque, d'archives et autres services culturels. Aucun engagement pour la télévision directe, par câble, payante et par satellite (GATS/SC/76, et notamment pp. 20-21).</p>	<p><u>Secteur : Radiodiffusion</u> Droit d'adopter ou de maintenir toute mesure dans le secteur de la radiodiffusion (marge de manœuvre importante). La télévision à la carte et la télévision payante sont exclues en raison de la définition retenue pour la radiodiffusion : « <i>programmation d'une série d'œuvres littéraires et artistiques établie par un fournisseur et destinée à une réception acoustique ou visuelle, et pour laquelle le consommateur n'a pas la liberté de choix</i> ».</p> <p><u>Secteur : Distribution et publication de supports imprimés</u> Droit d'adopter ou de maintenir toute mesure dans ce secteur. Cette réserve peut toutefois être privée d'utilité dans la mesure où ces services impliquent la fourniture d'un produit (le support imprimé) et que cette fourniture pourrait se voir imposer les règles du GATT (affaire <i>Canada – Périodiques</i>).</p>
Guatemala	<p>Pas d'engagements dans le secteur audiovisuel (GATS/SC/36).</p>	<p>Ouverture considérable du secteur audiovisuel aux services provenant des États-Unis. Seule réserve : autorisations de la <i>Dirección de Espectáculos</i> pour les artistes étrangers.</p>
Honduras	<p>Pas d'engagements dans le secteur audiovisuel (GATS/SC/38).</p>	<p>Ouverture considérable du secteur audiovisuel aux services provenant des États-Unis. Droit à maintenir des restrictions quant à l'accès au marché (annexe I). Les services audiovisuels y sont cependant exclus expressément. Restrictions pour les prestations d'artistes étrangers.</p>
El Salvador	<p>Engagements uniquement dans le secteur des télécommunications pour les services de radio et de télévision par câble (GATS/SC/29).</p>	<p>Ouverture considérable du secteur audiovisuel aux services provenant des États-Unis. Quelques restrictions en ce qui concerne : le quota minimum de publicité nationale à la télévision et à la radio ; le capital des entreprises de radiodiffusion pour l'obtention de licences et concessions ; et le travail des artistes étrangers.</p>

Nicaragua	Engagements assez larges (notamment accès aux marchés), dans les secteurs des services de production et de distribution de films cinématographiques et bandes vidéo, ainsi que des services de projection de films (GATS/SC/63).	Ouverture considérable du secteur audiovisuel aux services provenant des États-Unis. Réserves quant aux prestations d'artistes et musiciens étrangers ; au capital des entreprises souhaitant obtenir une licence pour la radiodiffusion ; et à la transmission et à la radiodiffusion par satellite, sur la base de la réciprocité.
Costa Rica	Pas d'engagements dans le secteur audiovisuel (GATS/SC/22).	Liste de réserves beaucoup plus significative pour le secteur audiovisuel : exigences en matière de quotas de contenu national, exigences de capital national dans les entreprises agissant dans les secteurs de la radio et de la télévision, exigence de contenu local minimum de 70% dans la publicité à la télévision. <u>Secteur : Industries culturelles</u> (Annexe II) Exclusion de la clause de la nation la plus favorisée des accords internationaux de coopération relatifs aux industries culturelles.
République Dominicaine	Engagements dans les secteurs des services de diffusion radiophonique et télévisuelle, ainsi que des services de transmission de son et image (GATS/SC/28).	<u>Secteur : Communications, Services audiovisuels</u> (Annexe I) Exceptions pour l'établissement de quotas de contenu national et exigences de capital national dans les entreprises agissant dans les secteurs de la radio et de la télévision.
Australie	Pas d'engagements dans le secteur audiovisuel (GATS/SC/6).	Maintien : des quotas de diffusion pour la télévision commerciale (55% d'émissions australiennes), ainsi que des « sous-quotas » selon les types d'émission, et pour la radio commerciale (25%) ; d'un quota de production pour les chaînes de télévision par abonnement (10% de leur budget doit être consacré à de nouvelles émissions australiennes) ; d'un quota de contenu local maximal de 80% pour les services de publicité à la télévision. En revanche, ces quotas ne pourront être augmentés dans l'avenir et la marge de manœuvre pour ce qui est des nouveaux médias est très réduite.
Maroc	Pas d'engagements dans le secteur de l'audiovisuel (GATS/SC/57).	<u>Secteur : Audiovisuel et réalisation de films</u> Aucune réserve relative à des exigences de contenu local pour le secteur de l'audiovisuel (inexistence de quotas au moment de la conclusion de l'accord). (Annexe I) Imposition de la forme légale que les entreprises doivent adopter, ainsi qu'à certaines conditions pour les coproductions.

Maroc (suite)		(Annexe II) Droit d'accorder un traitement différencié dans le cadre d'accords internationaux relatifs aux « activités culturelles » (définition similaire à celle d'« industries culturelles » dans les autres accords); d'exiger que les câblo-opérateurs et les fournisseurs de services satellites aient un représentant local pour leurs activités de distribution; et d'adopter ou maintenir des mesures relatives à l'investissement dans les infrastructures de radiodiffusion, télédiffusion et radio et télévision par câble. La référence aux « infrastructures » peut limiter cette réserve aux services des télécommunications.
----------------------	--	--

ii) Les engagements relatifs aux investissements

En ce qui concerne les investissements, les dispositions prévues dans les accords en examen visent les mesures d'un État partie relatives aux investisseurs de l'autre, les mesures touchant aux investissements tels qu'encadrés par une définition exhaustive fournie par l'accord et, dans certaines circonstances, à tous les investissements réalisés dans le territoire d'une des parties. Les obligations de base assumées par les États parties sont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable conforme au droit international, ainsi que l'interdiction de prescriptions de résultats et d'exigences concernant les dirigeants et le conseil d'administration. Des réserves et exceptions à de telles obligations sont permises, une fois qu'elles répondent à certaines conditions et qu'elles sont expressément incluses dans l'annexe correspondante.

À titre d'illustration et mises à part les réserves applicables à la fois au commerce des services et aux investissements, les États-Unis ont établi une réserve pour leur droit de restreindre la propriété des licences radio pour toutes les communications par radio, y compris la radiodiffusion. Le Chili s'est réservé le droit d'adopter ou de maintenir des mesures concernant les investissements américains dans le secteur de la transmission satellite unidirectionnelle des services de télécommunication numérique, ce qui comprend les services télévisuels en diffusion directe, la télédiffusion directe par satellite, la radiodiffusion directe et d'autres services de télécommunication. L'Australie, dans ses réserves aux obligations relatives à l'investissement, a maintenu les limites existantes dans le domaine de la radiodiffusion et des journaux, ainsi que la nécessité de notification et d'examen de l'intérêt national pour les investissements directs dans le secteur des médias et les investissements de portefeuille de 5% ou plus.

Des exigences plus élevées ou plus strictes que celles qui ont été indiquées expressément dans la liste de chacun de ces pays sont désormais interdites. Il s'agit ainsi d'une diminution remarquable de la

liberté des États parties à ces accords bilatéraux d'intervenir en faveur de leurs œuvres culturelles.

iii) Les engagements relatifs au commerce électronique

En matière de commerce électronique, une distinction est établie entre la fourniture de services « par voie électronique » (ainsi comprise comme la fourniture effectuée par traitement informatique) et les « produits numériques ». Les services d'information, de fourniture de services multimédias ou de films ou musiques téléchargeables, par exemple, pourraient être compris comme « des services fournis par voie électronique ». L'expression reste, néanmoins, ambiguë. Dans la pratique, la classification d'un produit culturel en tant que produit ou service n'est pas toujours aisée et les obligations applicables aux produits numériques finissent par affecter également les services et vice-versa.

Dans les cinq accords sélectionnés ici, le chapitre relatif aux services fournis par voie électronique fait référence à d'autres chapitres de l'Accord. Dans ce sens, il ne modifie pas substantiellement les obligations des États parties au titre de ces autres chapitres. Ainsi, par exemple, l'Accord Singapour – États-Unis renvoie le commerce électronique aux dispositions des chapitres concernant le commerce transfrontalier des services, les services financiers et les investissements, ainsi qu'aux réserves et exceptions relevant de ces chapitres. L'Accord Chili – États-Unis est très similaire, mais ne fait pas référence au chapitre sur les investissements, celui-ci n'étant donc pas applicable au commerce des services par voie électronique.

Pour ce qui est des produits numériques, ces derniers sont définis en tant que « *computer programs, text, video, images, sound recordings, and other products that are digitally encoded and transmitted electronically*, regardless of whether a Party treats such products as a good or a service under its domestic law » (souligné par l'auteur)⁴⁴². Les obligations imposées aux États contractants dans ce domaine sont au nombre de trois et visent à rendre la circulation de ces produits la plus libre possible. Tout d'abord, il est interdit à chaque État partie d'imposer des droits de douane sur les produits numériques de l'autre partie transmis électroniquement. En ce qui concerne le traitement national, une différence existe entre l'accord conclu avec le Chili (le premier à être signé parmi les cinq) et les autres accords, la portée de cette obligation pour les produits numériques dans ces derniers étant considérablement plus large⁴⁴³. La

442 Voir, par exemple, le chapitre 15 de l'Accord Chili – États-Unis.

443 Dans l'Accord États-Unis – Chili (article 15.4, § 1), il est stipulé que : « *A Party shall not accord less favorable treatment to a digital product than it accords to other like digital products, on the basis that: (a) the digital product receiving less favorable treatment is created, produced, published, stored, transmitted, contracted for, commissioned, or first made available on commercial terms in the territory of the other Party; or (b) the author, performer, producer, developer, or distributor of such digital*

troisième obligation est celle du traitement de la nation la plus favorisée, pour laquelle les cinq accords contiennent les mêmes dispositions pour le commerce des produits numériques.

Les réserves que les États parties peuvent établir en matière de commerce électronique sont réduites et doivent être consignées au moment de l'entrée en vigueur de l'accord. Les pays de l'Amérique centrale et le Maroc, par exemple, n'ont adopté aucune réserve relativement au commerce électronique⁴⁴⁴.

En somme, les États-Unis ont réussi à garantir la libre circulation des produits numériques, en écartant de surcroît la distinction entre les produits et les services et en les soumettant aux mêmes règles. Son acceptation des exceptions relatives à la radio et à la télévision traditionnelles devient en ce sens facilement compréhensible.

iv) Les engagements relatifs à la propriété intellectuelle

À l'exception de l'Accord Chili - États-Unis et tel que dans l'Accord États-Unis - Jordanie, les accords du « modèle » de traité américain prévoient que les États contractants deviennent parties au Traité sur le droit d'auteur (WCT) et au Traité sur les interprétations et exécutions et phonogrammes (WPPT) de l'OMPI⁴⁴⁵. Ils imposent d'allonger la durée des droits d'auteur, qui est ainsi passée de 50 ans après la publication ou le décès de l'auteur (comme prévu par la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC) à 70 ans. Une seule réserve existe dans l'Accord Australie - États-Unis, à propos de la perception de redevances par les interprètes et producteurs de phonogrammes lors de la radiodiffusion ou de la communication au public. En effet, puisque les États-Unis ont émis une réserve à ce sujet dans le Traité de l'OMPI, l'Australie a réussi à obtenir une réserve établissant la réciprocité. L'accord conclu avec le Maroc ne contient aucune réserve en matière de propriété intellectuelle et les délais de transition pour l'adhésion à de nouveaux traités sont plus courts que dans les accords précédents.

En raison des éléments soulignés précédemment, il semble que les accords bilatéraux conclus avec les États-Unis auront un fort impact sur le secteur culturel et notamment sur la capacité de leurs partenaires d'adopter ou de maintenir des mesures réglementaires en faveur de leurs

products is a person of the other Party ». Dans les autres accords, une raison supplémentaire est exclue pour la discrimination entre les produits étrangers et nationaux : « *so as otherwise to afford protection to the other like digital products that are created, produced, published, stored, transmitted, contracted for, commissioned, or first made available on commercial terms in its territory* » (par exemple, article 14.3, § 3 de l'ALECA).

444 Il semblerait que le Chili, au début des négociations avec les États-Unis, envisageait d'adopter de plus grandes réserves relativement aux nouveaux services non identifiés dans le CPC, ainsi qu'aux services fournis par des moyens électroniques. Voir G. GAGNÉ, R. CÔTÉ et C. DEBLOCK, *op. cit.*, p. 40, ainsi que pp. 59 et 65.

445 Le Chili était déjà partie à ces accords dès leur entrée en vigueur.

expressions culturelles⁴⁴⁶. Le caractère plus contraignant des accords conclus après ceux signés avec le Chili et Singapour découle peut-être de l'expérience acquise par les États-Unis dans la négociation de ce type d'accord et pourrait être transposé dans des futurs accords bilatéraux négociés par ce pays. Le danger apparaît surtout dans l'approche *top down* de ces traités et dans l'intérêt américain d'éviter tout protectionnisme dans le secteur du commerce des produits numériques. Celui-ci présente de plus en plus d'enjeux économiques et son champ d'application a été extrêmement élargi du fait de l'exclusion explicite de toute distinction entre les produits et les services dans ce domaine.

Certes, les États ayant signé des accords de libre-échange avec les États-Unis bénéficient de l'accès au marché de celui-ci dans un certain nombre de secteurs. Cela pourrait en théorie promouvoir aussi l'entrée des produits et services culturels étrangers dans cet État et, par conséquent, contribuer à une plus grande diversité de l'offre culturelle. Cependant, la part de marché des films étrangers aux États-Unis et la relative faiblesse des industries culturelles de leurs partenaires commerciaux par rapport à l'industrie américaine s'opposent à cette possibilité. La conclusion de ces accords de libre-échange représente ainsi une perte en termes de diversité culturelle, qui est d'autant plus importante que d'autres États, confrontés à cette atmosphère propice à la libéralisation sur le plan bilatéral, se sont également engagés dans cette voie, ce qui a eu pour conséquence de réduire considérablement leur marge de manœuvre en matière culturelle.

2 - La multiplication des accords de commerce par d'autres États

Le climat de libéralisation compétitive stimulé par les efforts américains sur le plan bilatéral et le ralentissement des négociations sur le plan multilatéral ont conduit à la conclusion d'accords bilatéraux entre plusieurs autres États. Si certains de ces traités ont maintenu l'approche *bottom up* de libéralisation, permettant aux États contractants d'établir des engagements limités à ce qui est prévu expressément dans leurs listes, d'autres ont préféré l'approche *top down* sur le modèle américain, qui exige que des exceptions soient établies de manière précise dans les listes de chaque État.

446 Malgré une perspective américaine selon laquelle « *In recently concluded Free Trade Agreements, the United States and its negotiating partners Chile and Singapore secured balanced commitments on film, TV and home video entertainment services that take into account both cultural and trade concerns, These FTAs demonstrate that the United States is willing to take a flexible approach in audiovisual services that accommodates local cultural concerns and ensures that exporters benefit from the trade rules* » (B.J.K. RICHARDSON, « Hollywood's Vision of a Clear, Predictable Trade Framework Consistent with Cultural Diversity », in C. BEAT GRABER, M. GIRSBERGER et M. NENOVA, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, p. 126, souligné par l'auteur).

Des exemples de traités bilatéraux de libéralisation par listes positives (du moins en partie), mais impliquant tout de même une plus grande ouverture du secteur culturel, se trouvent dans certains accords signés par Singapour, tels que l'Accord Nouvelle-Zélande – Singapour (Closer Economic Partnership - ANZSCEP) et l'Accord Japon – Singapour (New-Age Economic Partnership - JSEPA).

Le premier est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001⁴⁴⁷. Pour ce qui a trait au commerce des marchandises, l'article 4 prévoit que tous les tarifs douaniers incidents sur les produits provenant des États parties devront être éliminés au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord. Quant au commerce des services, l'article 14 stipule que la libéralisation envisagée par l'Accord prendra en compte « *the rights of both Parties to regulate, and to introduce new regulations, giving due respect to national policy objectives including where these reflect local circumstances* ». Il est possible de soutenir que les objectifs de politique culturelle trouvent leur place parmi ces objectifs de politique nationale. Il s'agit, néanmoins, d'une disposition faiblement contraignante, ayant la même force que les dispositions correspondantes de l'AGCS (article XIX et préambule). La libéralisation du secteur des services se fait à travers des dispositions très similaires à celles de l'AGCS et l'approche des listes positives d'engagements y a été également reprise.

Dans la liste d'engagements de la Nouvelle-Zélande (Annexe 2.1), il est établi qu'il n'existera aucune limitation d'accès aux marchés ou de traitement national en modes 1, 2 et 3 pour les services de projection des films cinématographiques. Singapour, à son tour, a assumé des engagements concernant les secteurs de publicité ; de promotion et de publicité de la production et de la distribution de films cinématographiques et de bandes vidéo ; de production et de distribution de films cinématographiques et de bandes vidéo, et de projection de films cinématographiques. Seul le mode 4 de fourniture de services n'a pas été libéralisé, comme dans la liste de cet État annexée à l'AGCS⁴⁴⁸. Il s'agit d'engagements plus étendus que ceux adoptés au sein de l'OMC par les deux États contractants, ce qui signifie nécessairement une réduction de la liberté de ces États d'intervenir en faveur de leurs expressions culturelles dans leurs relations mutuelles.

Quant aux limites à la libéralisation prévue par cet accord, l'article 23 stipule expressément que les subventions relatives aux services n'y sont pas traitées. Cela laisse en principe ouverte la possibilité pour les États signataires d'instituer des mesures de subventionnement de leurs industries culturelles (ainsi que de toute autre industrie). En outre, parmi les limitations aux règles concernant l'investissement (annexe 3.2),

447 Pour le texte de cet Accord, voir < <http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Trade-Agreements/Singapore/index.php> >.

448 Voir la Liste d'engagements spécifiques de Singapour (GATS/SC/76) et notamment pp. 20-21 et la Liste d'engagements spécifiques de la Nouvelle-Zélande (GATS/SC/62).

Singapour se réserve le droit de ne pas appliquer le traitement national pour des incitations et programmes visant à développer les entreprises locales. Par ailleurs, l'article relatif aux exceptions générales (article 71) exclut de l'application de l'Accord les mesures « *nécessaires pour la protection des œuvres, articles ou sites spécifiques de valeur historique ou archéologique nationaux, ou pour soutenir les arts créatifs de valeur nationale* » (traduit par l'auteur). Cela pourrait être considéré comme un grand acquis en faveur des expressions culturelles nationales, mais les conditions imposées par ce même article semblent limiter considérablement son importance. En effet, non seulement les « arts créatifs » (dont une liste exemplative est donnée dans une note de bas de page de l'accord) doivent être considérés « de valeur nationale » (terme très peu précis), mais aussi les mesures ainsi adoptées ne peuvent être utilisées comme un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée ou comme une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement.

Il est utile de noter, enfin, que l'article 57 de l'Accord fait référence à l'Accord sur les ADPIC pour toute question pouvant être soulevée en matière de propriété intellectuelle, ce qui signifie que l'ANZSCEP ne renforce pas la protection des droits de propriété intellectuelle comme les accords bilatéraux signés par les États-Unis.

Entré en vigueur le 30 novembre 2002, l'Accord Japon – Singapour prévoit la libéralisation du commerce des produits et de services, ainsi que la promotion de l'investissement entre les deux États signataires⁴⁴⁹. Pour ce qui a trait au commerce des produits, l'Annexe I contient les listes d'élimination de tarifs douaniers. Selon la liste du Japon, les tarifs sur les produits photographiques et cinématographiques (chapitre 37 du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (SH) de l'Organisation mondiale des douanes (OMD)), ainsi que sur les instruments et appareils d'optique, de photographie ou de cinématographie (chapitre 90) ; les instruments de musique (chapitre 92) ; et les objets d'art, de collection ou d'antiquité (chapitre 97) ont dû être éliminés au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord. De son côté, Singapour s'est engagé à éliminer tous les tarifs douaniers incidents sur des produits provenant du Japon. Les produits culturels commercialisés entre les deux pays sont ainsi soumis aux règles générales de libéralisation établies par l'Accord.

La libéralisation du commerce des services se fait selon l'approche *bottom up* (listes positives). Le Japon a assumé des engagements larges dans les secteurs des services de publicité, d'impression et d'édition, de production et de distribution de films cinématographiques et de vidéo, de projection de films cinématographiques, d'enregistrement sonore, de services de spectacle et d'agences de presse. Des engagements partiels

449 Pour le texte de cet Accord, voir < <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/singapore/jsepa.html> >.

ont été adoptés dans le secteur des services de radio et télévision et dans celui de la transmission d'émissions de radio et de télévision. Une comparaison avec les engagements que ce pays a assumés dans le cadre de l'AGCS montre que, en devenant partie à cet accord bilatéral avec Singapour, le Japon a considérablement réduit sa marge de manœuvre à l'égard des mesures de politique culturelle visant ces secteurs par rapport à ce pays. Par conséquent, bien que les effets de cet accord soient limités aux deux États contractants, il soulève des préoccupations d'ordre culturel. Quant à Singapour, des engagements larges proches de ceux assumés dans le cadre de son accord avec la Nouvelle-Zélande ont été adoptés.

Dans le domaine de l'investissement, il existe une exception pour la protection des trésors nationaux de valeur artistique, historique ou archéologique (chapitre 8) et des annexes contenant des exceptions ont été établies pour chacune des Parties à l'accord. L'annexe du Japon ne fait aucune mention des secteurs culturels. Singapour, au contraire, a établi trois exceptions pouvant avoir des effets bénéfiques sur le secteur culturel : la non-applicabilité du traitement national pour les subventions incidentes sur tous les secteurs (ce qui comprend les subventions attribuées pour des fins culturelles), certaines exigences de nationalité dans l'administration d'entreprises étrangères désirant s'installer dans le pays (applicables également à tous les secteurs), et la non-applicabilité du traitement national et des obligations concernant les exigences de résultat au secteur de l'impression et de l'édition. L'accord JSEPA prescrit également une plus grande coopération entre les États parties, notamment en matière de propriété intellectuelle (chapitre 10) et de radiodiffusion (chapitre 19), mais n'apporte pas plus de précisions dans ces domaines.

Ces deux accords témoignent à nouveau du risque pouvant survenir pour le secteur culturel dans le cadre des traités bilatéraux de libre-échange et de promotion des investissements. Ce danger est encore relativement limité, car ces accords prévoient une libéralisation en partie fondée sur des listes positives, ce qui exclut naturellement tout secteur non inscrit explicitement sur ces listes.

Lorsque la garantie de la marge de manœuvre des États dépend d'exceptions expresses à une libéralisation applicable de manière générale à tous les secteurs, des exceptions trop étroites peuvent représenter un risque plus important. En raison de leur représentativité géographique, ont été sélectionnés ici trois traités bilatéraux fournissant des exemples de l'approche de libéralisation par listes négatives, conduisant à une ouverture du secteur culturel plus poussée que celle que les États contractants avaient décidé d'assumer au sein de l'OMC : l'Accord Australie – Nouvelle-Zélande (Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement - ANZCERTA), l'Accord Corée – Chili et le Traité Amérique Centrale – Panama.

L'ANZCERTA est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983 et ne couvrait pas le commerce des services avant 1989, lorsqu'un Protocole à

l'Accord a été signé dans ce domaine⁴⁵⁰. L'article 18 de l'ANZCERTA, relatif aux exceptions aux dispositions de libéralisation de l'Accord, prévoit une exception relativement aux mesures nécessaires à la protection des trésors nationaux de valeur artistique, historique, anthropologique, archéologique, paléontologique et géologique (alinéa (e)). Aucune exclusion n'est pourtant faite à l'égard des produits des industries culturelles.

En revanche, le Protocole de 1989 relatif au commerce des services permet que chaque Partie indique, dans une annexe, les secteurs qu'elle ne souhaite pas libéraliser (article 2.4). L'article 10 prévoit, néanmoins, que des modifications de ces listes auront progressivement lieu, dans le sens d'une plus grande libéralisation. En ce qui concerne les services culturels, la Nouvelle-Zélande avait initialement introduit dans sa liste les services de radiodiffusion (radio et télévision) et radiodiffusion par satellite et ondes courtes. Ces deux inscriptions ont été éliminées en 1992, ce qui signifie, à l'égard de l'Australie, que cet État ne pourra plus adopter des mesures de politique culturelle impliquant une discrimination en faveur de son industrie nationale dans ces secteurs. L'annexe de l'Australie prévoyait uniquement des limites à la propriété étrangère concernant la radiodiffusion et la télévision selon le *Broadcasting Act* de 1942. Une notification effectuée en 1999 a modifié la rédaction de cette limitation, en la conservant, mais en faisant référence au *Broadcasting Act* de 1992. Les secteurs culturels sont ainsi presque entièrement visés par les dispositions de libéralisation de l'ANZCERTA. Dans les rapports entre les deux pays, la marge de manœuvre de chaque État pour adopter des mesures restrictives du commerce visant à protéger ou promouvoir ses expressions culturelles devient assez réduite.

L'Accord de libre-échange Corée – Chili, signé le 15 février 2003 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2004, envisage à son tour de promouvoir la libéralisation des échanges commerciaux entre les pays signataires⁴⁵¹. Dans son préambule, cet Accord prend comme point de départ les droits et obligations assumés par les parties dans le cadre du système multilatéral de l'OMC. Le chapitre 20 de l'Accord concerne les exceptions générales à la libéralisation. L'article 20.1 reconnaît l'article XX du GATT et ses notes interprétatives comme faisant partie intégrante de l'Accord. L'article 20.2 incorpore les alinéas (a), (b) et (c) de l'article XIV de l'AGCS. D'autres limites à la libéralisation envisagée par l'Accord se trouvent dans les réserves réunies à l'Annexe 1, concernant les mesures existantes et les engagements de libéralisation. Ces réserves ont trait à l'obligation de traitement national (articles 10.3 ou 11.3), à l'exigence de présence locale (article 11.4), aux obligations de résultat (article 10.7) et à la composition de la direction des entreprises (article 10.8).

450 Pour le texte intégral de cet accord, voir < http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/anz_cer/anzcerta1.pdf >. Pour le texte du Protocole sur les services, voir < <http://www.austlii.edu.au/other/dfat/treaties/1988/20.html> >.

451 Voir le texte intégral de cet Accord sur < www.sice.oas.org >.

Les principales réserves chiliennes ayant des répercussions sur les échanges culturels touchent aux domaines suivants : le pourcentage d'employés chiliens travaillant pour un même employeur (applicable à tous les secteurs) ; la composition de la direction des entreprises étrangères dans le secteur de la presse, publication et autres industries liées ; et la composition de la direction des entreprises étrangères et des obligations de résultat dans le secteur des communications. De plus, le Conseil national de télévision est autorisé à établir, en tant qu'exigence générale, que les émissions diffusées par le biais des chaînes publiques de télévision contiennent plus que 40% de production chilienne.

Du côté de la Corée, les réserves touchent tout d'abord le secteur de l'art, de l'audiovisuel et services liés. Selon cette réserve, l'importation de films cinématographiques et documentaires exige une recommandation de l'Office coréen des médias (*Korea Media Rating Board*). La même recommandation est exigée pour toute performance réalisée par un étranger ou pour l'invitation d'étrangers et l'importation de phonogrammes produits à l'étranger. En outre, les films et les documentaires coréens doivent être diffusés pendant au moins 146 jours par an dans toute salle en Corée. Dans le secteur des communications, il est établi que la retransmission d'émissions étrangères par des opérateurs de systèmes de télévision par câble ou par des diffuseurs par satellite est soumise à l'approbation de la *Korean Broadcasting Commission*. Ces opérateurs et diffuseurs ne pourront pas transmettre plus de 10% de chaînes provenant de diffuseurs étrangers dans le nombre total de leurs chaînes en opération. De plus, les radiodiffuseurs sont obligés, par la Loi sur la diffusion du 12 janvier 2000, d'inclure dans leur programmation un certain pourcentage d'émissions, films, animations, chansons populaires et programmes indépendants coréens. Outre ces exigences, seuls des coréens peuvent devenir représentants ou programmeurs en chef de diffuseurs et d'opérateurs dans les activités de communication qui y sont énumérées. Enfin, dans le secteur des agences de presse, l'exigence de nationalité coréenne et de domicile sur le territoire coréen est établie pour les éditeurs et les rédacteurs.

Les limites imposées par le Chili et la Corée aux échanges culturels relèvent du commerce des services plutôt que de celui des marchandises. Le domaine des services culturels étant au centre de la question de la protection de la diversité culturelle, ces exceptions semblent pouvoir répondre d'une certaine manière aux préoccupations culturelles que soulève le commerce dans ce secteur. Cependant, les exceptions devant être établies de manière expresse dans leurs listes respectives, ces deux États sont privés de toute possibilité d'intervenir en faveur de leurs expressions culturelles différemment de ce qu'ils ont prévu au moment de la conclusion de ce traité, à l'égard de l'autre État contractant. Leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle s'en trouve ainsi restreinte.

Quant au traité de libre commerce Amérique Centrale – Panama, signé le 6 février 2002⁴⁵², il est prévu qu’il respecte les droits et obligations résultant des Accords de l’OMC (préambule). En établissant de manière générale les principes et règles devant régir la création d’une zone de libre commerce entre les États signataires, il ne prévoit pas de régime spécifique pour les produits culturels. Au chapitre concernant le traitement national et l’accès aux marchés (chapitre 3), une seule disposition spécifique pour les matériaux de publicité imprimés a été établie : sous condition que ces matériaux soient importés dans des paquets qui ne contiennent pas plus qu’un exemplaire de chaque matériel imprimé et que ceux-ci ne fassent pas partie d’un renvoi plus large, le Traité leur accorde la franchise douanière. L’article 10.09 détermine la possibilité pour les parties d’établir des listes annexes contenant leurs réserves et exceptions aux dispositions de libéralisation des investissements. Cette possibilité est également prévue à l’article 11.08 pour le commerce transfrontières de services et l’article 11.11 traite des négociations futures entre les parties, lesquelles devront viser à éliminer les obstacles résiduels en vertu de l’article 11.08. Le chapitre 21 définit les exceptions générales applicables à la zone de libre commerce ainsi créée. Ici encore, l’article XX du GATT et les alinéas (a), (b) et (c) de l’article XIV de l’AGCS sont incorporés au Traité (article 21.02).

L’article 1.01.2 dispose que le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, Honduras et le Nicaragua considérés individuellement appliqueront ce Traité de manière bilatérale par rapport au Panama. Un Protocole bilatéral a été signé entre El Salvador et le Panama le 6 mars 2002. Celui-ci définit les listes d’obstacles au commerce des services à éliminer pour chacun des deux pays. Les réserves du Panama présentant des liens avec le secteur culturel (Annexe I) touchent au traitement des artistes et musiciens, à la composition de la direction et à la propriété des entreprises dans le secteur des services de transmission de programmes de radio et de télévision. Il s’agit d’exceptions très réduites, qui ne permettront pas à cet État d’agir dans l’avenir en faveur de ses industries culturelles de manière discriminatoire par rapport à son partenaire commercial. Quant à El Salvador, ses réserves ayant trait au secteur culturel se concentrent sur les services de communications et notamment sur le sous-secteur des services audiovisuels (Annexes I et II). Elles sont relatives à la publicité diffusée dans des moyens de communication publique (devant être en principe produites et enregistrées à 90% d’éléments nationaux) ; à la composition de la direction des stations de radio-diffusion ; et aux licences pour l’exploitation des services de diffusion de libre réception (réservées aux nationaux). Si ces réserves sont très précises et impliquent que cet État s’y limite lors de son intervention dans les secteurs traités, El Salvador se réserve par ailleurs le droit d’adopter ou

452 Voir le texte intégral du Traité sur < <http://www.sice.oas.org/Trade/Capan/indice.asp> >.

de maintenir toute mesure restrictive au commerce transfrontières et aux investissements dans le secteur des services audiovisuels, notamment les services de réseau nécessaires à la transmission de signaux télévisuels, indépendamment du type de technologie utilisée. Relativement et contrairement au Panama, cet État a pu garder une marge de manœuvre considérable pour l'avenir, qui témoigne des mêmes préoccupations éayant les exceptions culturelles des accords de deuxième catégorie.

L'exemple du Panama, ainsi que des États parties aux accords bilatéraux analysés précédemment, démontre que les États doivent agir avec prudence en ce qui concerne le secteur culturel au moment des négociations bilatérales.

B - La garantie de la marge de manœuvre des États

Dans d'autres traités bilatéraux et régionaux, les États parties ont souhaité garantir leur capacité d'agir en faveur de leurs industries culturelles, malgré l'effort de libéralisation générale contenu dans ces accords. Cela a pu se faire dans quelques traités à travers l'utilisation du mécanisme d'exception culturelle. Dans d'autres cas, comme celui de la Communauté européenne, de véritables obligations de prendre en compte les intérêts culturels ont été introduites pour les États membres.

1 - Le recours à la technique de l'exception culturelle

L'« exception culturelle » en tant que moyen d'exclure entièrement le secteur culturel de l'application des règles de libéralisation commerciale prévues dans un accord international a été consacrée par un certain nombre de traités bilatéraux et régionaux. Une telle exclusion s'est faite soit de manière générale, visant tout le secteur des industries culturelles, soit spécifiquement par rapport aux industries audiovisuelles.

a) L'exception générale relative aux industries culturelles

Plusieurs accords régionaux et bilatéraux de libre-échange conclus par le Canada contiennent une clause d'exception pour les industries culturelles. C'est le cas tout d'abord de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), signé entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Succédant à l'Accord de libre-échange (ALE) signé entre les États-Unis et le Canada en 1988 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989)⁴⁵³, l'ALENA a repris la clause d'exception culturelle applicable entre ces deux pays⁴⁵⁴. Il s'agit d'un accord très

453 Pour une analyse de cet Accord dans une perspective culturelle, voir I. BERNIER, « La dimension culturelle dans le commerce international : quelques réflexions en marge de l'accord de libre-échange Canada/États-Unis du 2 janvier 1988 », in *Canadian Yearbook of international law*, vol. 25, 1988, pp. 249-262. Pour une brève présentation des positions américaine et canadienne au long des négociations de cet Accord, voir *idem*, pp. 251-254.

454 Texte disponible sur < <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp> >.

ambitieux et qui va beaucoup plus loin que les accords de l'OMC en ce qui concerne les domaines traités et le niveau de libéralisation. Pour ce qui est des effets de l'accord sur le secteur culturel, quelques dispositions méritent d'être soulignées.

Dans le cadre du chapitre 21 de l'Accord (exceptions), l'article 2106 stipule que « *L'annexe 2106 s'applique aux Parties qui y sont visées pour ce qui concerne les industries culturelles* ». L'annexe 2106, à son tour, renvoie à l'ALE États-Unis – Canada, en déterminant que « *Nonobstant toute autre disposition du présent accord, et s'agissant du Canada et des États-Unis, toute mesure adoptée ou maintenue en ce qui a trait aux industries culturelles⁴⁵⁵ (...) et toute mesure d'effet commercial équivalent adoptée en réaction, seront régies dans le cadre du présent Accord exclusivement par les dispositions de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. Les droits et obligations s'appliquant entre le Canada et toute autre Partie relativement à ces mesures seront identiques aux droits et obligations s'appliquant entre le Canada et les États-Unis* ». Les mesures relatives aux industries culturelles existantes exclusivement dans les rapports Canada – États-Unis ou Canada – Mexique⁴⁵⁶ sont ainsi régies par les dispositions de l'ALE États-Unis - Canada, dont l'article 2005 prévoit une exception culturelle. Celle-ci dispose en effet que « *les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord (...)* ». Néanmoins, cette disposition se rattache à la suivante (§ 2), exigée par les États-Unis au moment des négociations et capable de priver cette exception d'effets pratiques : « *...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* ».

455 Les industries culturelles sont définies à l'article 2107 comme « *les personnes qui se livrent à l'une ou l'autre des activités suivantes : a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications, b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo, c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo, d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine, ou e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite* » (souligné par l'auteur).

456 Le rapport États-Unis – Mexique est régi par les règles générales de libéralisation de l'Accord, excepté certaines réserves émises par chaque pays. Par exemple, les États-Unis se sont réservés le droit d'établir des conditions pour la propriété dans l'industrie de la publication des périodiques et celle du câble et des télécommunications. Le Mexique a introduit une réserve lui garantissant le droit d'adopter toute mesure en matière d'investissements dans le secteur de la transmission, de la distribution « multi-point » et de services de télévision de haute définition (G. REY, *La cultura en los tratados de libre comercio (...), op. cit.*, p. 26).

Ce paragraphe rend ainsi possible l'application de contre-mesures contre un État qui aurait pris des mesures en matière culturelle qui seraient autrement incompatibles avec les obligations de libéralisation de l'accord (traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, accès aux marchés, etc.). Dans une perspective américaine, le § 2 de l'article 2005 de l'ALENA correspondrait aux conséquences à supporter par le Canada en contrepartie de la liberté de protéger sa culture⁴⁵⁷. Il anéantit dans la pratique le paragraphe précédent, puisqu'il sanctionne le non-respect d'une obligation qui est en principe l'objet d'une exception. La partie plaignante peut recourir à des mesures compensatoires directement, sans aucune forme d'enquête préalable et à sa propre discrétion⁴⁵⁸. L'utilisation pratique de cette exception culturelle devient ainsi limitée, en raison de la menace d'un autre État contractant d'adopter des mesures d'effet commercial équivalent, y compris dans un autre secteur⁴⁵⁹.

Un autre élément contribuant à l'affaiblissement de cette exception concerne la possibilité de choix de l'enceinte pour la soumission d'un différend entre les États parties à l'ALENA. Conformément à l'article 2005(1) de l'ALENA, le choix de l'enceinte appropriée dans le cas de différends relevant à la fois du GATT et de l'ALENA revient entièrement à la partie plaignante. Lors de l'affaire des périodiques à l'OMC, il semble que, parmi les raisons selon lesquelles les États-Unis ont préféré y recourir, se trouvait notamment celle d'échapper à l'exception de l'article 2005 de l'ALE États-Unis - Canada.

Les intérêts culturels des États parties peuvent être également fragilisés en raison de la perspective extrêmement patrimoniale des droits d'auteurs reconnus dans l'ALENA. En effet, en matière de propriété intellectuelle, cet accord consacre une perspective centrée sur les droits patrimoniaux d'auteur⁴⁶⁰. En outre, des dispositions bien précises visant

457 Pour une perspective américaine des litiges culturels et des dispositifs culturels de l'ALENA, voir J. A. RAGOSTA, « The Cultural Industries exemption from NAFTA – its parameters », *Canada-United States Law Journal*, vol. 23, auparavant disponible sur < <http://www.dbtrade.com/publications/nafta.htm> >, 1997. Selon cette optique, la culture serait utilisée par le Canada en tant que moyen de protectionnisme économique. Un autre point de divergence entre les États-Unis et le Canada se trouve dans le fait que l'ALE États-Unis – Canada ne couvrirait pas la propriété intellectuelle et les services, tel que le fait l'ALENA. Pour les États-Unis, si le Canada adoptait une mesure discriminatoire contre un service ou un droit de propriété intellectuelle en se fondant sur des arguments culturels, les États-Unis seraient autorisés à prendre des mesures de rétorsion. De l'autre côté, le Canada comprend que ce droit de rétorsion ne s'appliquerait pas.

458 P. SAUVE, « Document de réflexion sur le traitement des produits et services culturels dans les accords commerciaux », 2^e Concertation Intergouvernementale, Paris, 12 décembre 2000, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Octobre 2000, < www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_trait_produits.pdf >, p. 25.

459 Tel que le comprennent les États-Unis. Voir I. BERNIER, « La dimension culturelle dans le commerce international (...) », *op. cit.*, p. 255.

460 L'article 1705 prévoit que : « 3. En ce qui concerne le droit d'auteur et les droits connexes, chacune des Parties fera en sorte : a) que toute personne qui acquiert ou

à la protection et au respect de la propriété intellectuelle ont été établies. De tels dispositifs bénéficient nettement aux grands conglomérats culturels américains, favorisent la concentration entre leurs mains des droits d'auteur sur un grand nombre de produits culturels et risquent ainsi de réduire l'accès du public à une offre culturelle diversifiée.

Malgré l'existence d'une clause d'exception culturelle, il est ainsi possible de conclure que l'Accord ALENA n'est pas entièrement en mesure de protéger les intérêts culturels de ses États parties. Conscient de ces difficultés, le Canada s'est appliqué à insérer, dans ses accords bilatéraux avec d'autres États, un mécanisme d'exception culturelle dont l'utilisation pratique est beaucoup plus envisageable.

C'est le cas, par exemple, de l'Accord de libre-échange Canada – Israël⁴⁶¹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Consacré à la libéralisation du commerce des produits, il prévoit une exception pour les mesures relatives aux industries culturelles. L'article 10.5 établit expressément que « *Sauf pour ce qui est expressément prévu à l'article 2.1, les mesures touchant les industries culturelles échappent aux dispositions du présent accord* »⁴⁶². L'article 2.1, à son tour, porte sur l'élimination des droits de douane. Son § 2 prévoit cette élimination « *sauf disposition contraire du présent accord* », « *à l'égard des produits originaires figurant aux chapitres 25 à 97 du Système harmonisé* » (SH) de désignation et de codification des marchandises de l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Les chapitres indiqués du SH ayant un rapport avec les industries culturelles concernent pour la plupart des produits ne comportant en soi aucun contenu culturel, à savoir, plutôt des équipements servant à la production culturelle, dont la libéralisation ne semble pas impliquer de perte pour la diversité culturelle. Cependant, les chapitres 49 (relatif aux « *produits de l'édition, de la presse ou des autres industries graphiques ; textes manuscrits ou dactylographiés et plans* ») et 97 (relatif aux « *objets d'art, de collection ou d'antiquité* ») contiennent des produits pouvant avoir un contenu créatif important. L'exception de l'article 10.5 garantit, néanmoins, la possibilité d'autres mesures que les droits de douane pour protéger les produits à la fois couverts par ces chapitres (et surtout le chapitre 49) et par la définition d'« industrie culturelle » (laquelle s'applique, par exemple, aux livres, journaux, périodiques et compositions musicales imprimés). Sous ces conditions, il

détient des droits patrimoniaux soit autorisée à les transférer librement et séparément, au moyen de contrats, en vue de leur exploitation et de leur utilisation par le bénéficiaire, et b) que toute personne qui acquiert ou détient des droits patrimoniaux en vertu d'un contrat, notamment d'un contrat de louage de services conduisant à la création d'œuvres et d'enregistrements sonores, soit en mesure d'exercer ces droits de son propre chef et de bénéficier pleinement des avantages qui en découlent ».

461 Le texte intégral de cet accord peut être consulté sur < <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/israel/index.aspx?lang=en> >.

462 La définition des « industries culturelles » est exactement la même que celle adoptée dans le cadre de l'ALENA (article 10.6 de l'Accord Canada – Israël).

n'existerait pas de véritable risque pour la diversité des expressions culturelles des pays contractants. Quant à la propriété intellectuelle, l'article 9.1 prévoit la simple application de l'Accord sur les ADPIC, sans étendre les engagements des parties à ce sujet.

La protection des mesures en faveur des industries culturelles nationales est également assurée dans l'Accord de libre-échange Canada – Chili (ALECC), entré en vigueur le 7 juillet 1997, conjointement avec deux accords parallèles entre les mêmes États relatifs à l'environnement et au travail⁴⁶³. Il concerne non seulement le commerce des marchandises, mais aussi les investissements et le commerce des services. Son chapitre H, relatif aux services, prévoit une exception pour les subventions (article H-01 (Portée et champ d'application), § 2). Le chapitre O va néanmoins plus loin, en déterminant une exception spécifique pour les industries culturelles. L'article O-06 dispose que « *L'annexe O-06 s'applique aux Parties pour ce qui concerne les industries culturelles* ». Cette annexe, à son tour, stipule qu'« [a]ucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme s'appliquant à des mesures adoptées ou maintenues par l'une ou l'autre des Parties relativement aux industries culturelles, sauf disposition expresse de l'article C-02 (Accès aux marchés - Élimination des droits de douane) ». Comme dans l'Accord Canada – Israël, les mesures de politique publique adoptées par les États signataires et visant à bénéficier leurs expressions culturelles sont ainsi garanties.

C'est également le cas de l'Accord de libre-échange Canada – Costa Rica (ALECCR), signé en avril 2001 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 2002⁴⁶⁴. Cet accord reprend et fait référence à plusieurs reprises aux Accords de l'OMC et notamment aux obligations que les parties ont assumées dans le cadre de l'AGCS. Comme dans les deux accords précédents, une exception relative aux industries culturelles est prévue expressément à l'article XIV.6 : « [I]es mesures touchant les industries culturelles sont soustraites à l'application du présent accord, sauf indication contraire du chapitre III (Traitement national et accès aux marchés pour les produits) du présent accord »⁴⁶⁵.

Cette série d'accords témoigne des préoccupations du Canada en matière d'intervention en faveur de ses industries culturelles et de la prise de conscience progressive, de la part des autres États parties, de telles préoccupations. Elles sont également partagées, du moins en partie, par l'Union européenne, qui s'est efforcée d'insérer dans quelques traités des clauses d'exception spécifiques pour l'industrie audiovisuelle.

463 Cet accord peut être consulté sur < <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/menu.aspx?lang=fra> >.

464 Disponible sur < http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/costarica/Costa_Rica_toc.aspx?lang=fra&menu_id=7&menu=r >.

465 La définition d'« industries culturelles » prévue dans l'article XIV.7 reprend celle de l'ALENA.

b) *L'exception spécifique aux industries audiovisuelles*

L'Accord d'Association entre le Chili et l'Union européenne, signé le 18 novembre 2002 et entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, prévoit une coopération et une libéralisation commerciale accrues entre les parties signataires⁴⁶⁶. Dans son préambule, les parties reconnaissent les liens étroits historiques, politiques et économiques existant entre les parties contractantes, ainsi que ceux relatifs à leur patrimoine culturel. De plus, elles se réfèrent aux principes et aux règles du commerce international et spécialement à ceux de l'OMC, ainsi qu'à la nécessité de les appliquer de manière transparente et non discriminatoire. L'importance du dialogue culturel entre les parties y est également soulignée.

La Partie III de l'Accord, intitulée « Coopération », contient un titre spécifique sur « la culture, l'éducation et le secteur audiovisuel » (Titre III). Dans celui-ci, deux articles concernent plus directement la culture : l'article 39 et l'article 40. Le premier prescrit la coopération dans le secteur de l'audiovisuel, en prévoyant des programmes de formation et de communication sociale, y compris des activités de coproduction, formation, développement et distribution. L'article 40 est plus général et prévoit la promotion des échanges d'information et de la coopération culturelle, par le biais notamment d'activités conjointes dans la presse, le cinéma, la télévision et les programmes d'échange de jeunes. Il ne s'agit en principe pas de dispositions capables de menacer les politiques culturelles de chaque État. Au contraire, elles promeuvent ces politiques et les objectifs de promotion de la diversité des cultures⁴⁶⁷.

Dans le domaine du commerce des services (chapitre IV du Titre III), l'article 135, très proche de l'article XIV de l'AGCS, contient un alinéa supplémentaire par rapport à celui-ci, prévoyant, comme pour le commerce des produits, la protection du patrimoine national de valeur artistique, historique ou archéologique dans le cadre des échanges de services. À l'Annexe VII, contenant la liste d'engagements spécifiques des États parties relativement au commerce des services, il existe une exception pour les services audiovisuels applicable à la Communauté européenne et au Chili⁴⁶⁸. Le fait que les services audiovisuels soient

466 Accord disponible sur < http://www.sice.oas.org/Trade/chieu_e/cheuin_e.asp >.

467 Plus récemment, en vue de répondre à ces mêmes objectifs, un « Protocole de coopération culturelle » a été proposé dans le cadre des négociations des accords de libre-échange négociés par la Commission européenne. Ce type de dispositif est apparu pour la première fois dans l'Accord de partenariat économique conclu avec les pays du Cariforum. Il a ensuite été modifié lors des négociations de l'Accord de libre-échange avec la Corée du Sud. Voir European Commission, « Commission Staff Working Document on the External Dimension of Audiovisual Policy », SEC(2009) 1033 final, 14 juillet 2009, notamment pp. 17-20.

468 En effet, il existe dans leurs listes un secteur intitulé « services de divertissement, culturels et sportifs » et ensuite il est stipulé : « à l'exception des services audiovisuels », pour lesquels il n'est prévu aucun engagement. En général, les engagements dans le secteur culturel ne sont pas consolidés et quelques limites existent en termes de

l'un des secteurs les plus importants en termes économiques parmi les services culturels rend cette exclusion très significative, afin de garantir une marge de manœuvre qui n'existe pas dans le cadre de l'OMC. Elle s'inspire de la conscience de l'importance de l'intervention étatique en faveur de la culture dont est imprégnée la réglementation communautaire européenne.

2 - L'obligation de protection de la culture : l'exemple de la réglementation européenne

L'expérience européenne fournit un exemple de la compatibilité entre la promotion du commerce et la nécessité de protection d'intérêts fondamentaux comme celui de la diversité des cultures. Les dispositions du droit communautaire européen⁴⁶⁹ reconnaissant cette nécessité et parfois établissant des obligations pour les États membres touchent non seulement à l'action communautaire en général, mais aussi, plus spécifiquement, à la réglementation relative au commerce des services audiovisuels.

a) La culture dans les actions communautaires

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne) en novembre 1993, il n'existait aucune disposition dans le Traité de Rome (1957) ou dans l'Acte Unique Européen (1986) faisant expressément référence à la culture ou aux produits et services culturels. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) avait d'ailleurs décidé, dans son arrêt du 10 décembre 1968 *Commission c. République italienne* (affaire 7-68), que les biens d'intérêt artistique, historique, archéologique et ethnographique étaient soumis aux règles du marché commun, à l'exception des situations de dérogation prévues spécifiquement par le Traité. Il s'agissait donc, pour la Cour, de « simples marchandises », tant que ces biens pouvaient être évalués économiquement et commercialisés⁴⁷⁰. L'Italie n'était donc pas autorisée à percevoir des taxes sur l'exportation de ces objets, malgré son argumentation fondée sur leur spécificité par rapport aux « biens de consommation ou d'usage général ». En outre, l'application de la dérogation prévue à l'article 36 du

présence commerciale et de personnes physiques. Par exemple, le Chili exige pour les services de presse et éditoriaux que la direction de l'entreprise soit assurée par des nationaux chiliens. Des limitations à l'établissement d'entreprises étrangères dans différents secteurs du marché communautaire et chilien sont également prévues dans une liste d'engagements spécifiques relatifs à l'établissement (Annexe X).

469 Pour les textes juridiques mentionnés dans ce chapitre, voir <http://europa.eu>.

470 Selon les mots de la Cour, le terme « marchandise » couvrirait les « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales ». Les produits culturels seraient ainsi naturellement compris dans cette catégorie, en raison de leur double nature.

Traité (article 30 par la suite)⁴⁷¹ a été écartée par une interprétation stricte, qui n'a pas admis d'autres types de mesure que les « interdictions et restrictions » prévues pour l'application de cet article. L'imposition de droits de douane ou de taxes affectant le fonctionnement du marché ne serait ainsi pas admissible. Bien que la nature de « trésor artistique » des biens touchés par la mesure italienne n'ait pas été écartée, l'interprétation de la Cour penchait clairement en faveur de l'aspect économique de ces biens.

Actuellement, en matière d'échanges commerciaux de produits et services culturels, deux articles du Traité instituant la Communauté européenne s'appliquent : l'article 30, relatif aux exceptions à la libre circulation des marchandises dans la Communauté (prévue dans les articles 28 et 29), qui reprend l'ancien article 36, et l'article 151, traitant spécifiquement de la question culturelle. Ces deux dispositifs visent à régler et promouvoir les échanges culturels d'abord entre les pays membres et ensuite avec les pays tiers. L'article 30 ressemble aux exceptions de l'article XX du GATT. Son interprétation reste soumise à sa nature « exceptionnelle », ce qui réduit naturellement son invocabilité.

L'article 151 du texte actuel du Traité instituant la Communauté européenne (ancien article 128) détermine que « *la Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* ». Ce même article détermine que la Communauté devra encourager la coopération entre les États et appuyer, lorsque nécessaire, leur action dans le domaine culturel. Il est également prévu que la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes dans le domaine culturel devra être favorisée. De plus, le § 4 de ce même article détermine que « *La communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures* »⁴⁷². Il est ainsi possible d'arguer que la promotion

471 Cet article établit les raisons pouvant justifier des interdictions ou restrictions à l'importation, l'exportation ou au transit de biens, parmi lesquelles se trouve la « *protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* ». Il existe une différence entre les diverses versions linguistiques de cet article. Dans sa version italienne, espagnole et portugaise, par exemple, la notion de « trésor national » (ou de « national treasure ») est remplacé par celle, beaucoup plus large, de « patrimoine artistique, historique ou archéologique ». Conformément à l'objet et aux objectifs du Traité, ainsi qu'à l'objet de l'article 30 lui-même, il semblerait erroné d'interpréter cette différence de langage en tant qu'une possibilité d'étendre les pouvoirs reconnus aux États membres dans cette disposition. Cela irait à l'encontre de l'équilibre des droits et obligations établi dans le traité. Voir sur cette question M. FRIGO, « Cultural property v. Cultural heritage: A 'battle of concepts' in international law? », in *RICR*, vol. 86, n° 854, Juin 2004, p. 373, < [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/634HW6/\\$File/irc_854_Frigo.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/634HW6/$File/irc_854_Frigo.pdf) >, pp. 371-373.

472 La notion de « diversité des cultures » a été incluse en 1995, par initiative belge, dans le Traité d'Amsterdam, avec l'ajout de la phrase « *afin notamment de respecter et*

de la diversité des cultures doit primer les objectifs de politique commerciale ou de concurrence. Il s'agit d'un grand acquis du Traité de Maastricht, qui peut contribuer de manière effective à un plus grand équilibre entre les intérêts commerciaux et culturels.

À cela viennent s'ajouter les dispositions concernant les aides à la culture et à la conservation du patrimoine, qui se trouvent à l'article 87.3 (d) (ancien article 92(3)) : « *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun : (...) d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Par conséquent, selon cet article, non seulement les aides d'État peuvent être réputées compatibles avec les règles du marché commun, mais il est même acceptable que les conditions des échanges et de la concurrence soient modifiées, si cela se fait dans l'intérêt commun. La plus grande place accordée à la culture dans la Communauté s'accompagne d'une approche interventionniste, résultat d'une extension du modèle français au détriment du modèle libéral anglo-saxon. D'ailleurs, il semble que la contradiction entre la perspective anglo-saxonne et celle des pays de l'Europe du Sud soit la raison principale de la non-existence d'une véritable politique culturelle commune⁴⁷³.

Le seul domaine touché par une approche communautaire sectorielle est celui de l'audiovisuel et du cinéma, pour lesquels le principe de la libre circulation des œuvres audiovisuelles a été établi. Il existe également des dispositions intracommunautaires concernant spécifiquement le marché du livre. Bien qu'il soit soumis au régime général des importations et aux règles de libre concurrence, quelques dispositifs communautaires tiennent compte de la spécificité de ce secteur. Ayant comme but une production littéraire diversifiée et la promotion de l'accès au marché des livres, la Communauté accorde aux États la liberté d'établir des systèmes de prix fixe du livre, à être déterminé par chaque éditeur ou importateur. De tels systèmes ne sont généralement pas considérés comme constituant un obstacle au commerce et à la libre concurrence intracommunautaires. En effet, le droit européen de la concurrence n'est appliqué par la Commission que lorsque le commerce entre les États membres est affecté.

Il existe ainsi un certain équilibre entre, d'un côté, l'intérêt de la libéralisation des produits et des services culturels dans le cadre du marché commun et, de l'autre, les préoccupations de la Communauté pour

de promouvoir la diversité de ses cultures ». Voir, par exemple, sur cette question, J.-M. BAER, *op. cit.*, p. 10.

473 I. BERNIER et H. RUIZ FABRI, « Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle », Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Bibliothèque Nationale du Québec, 2^e trimestre 2002, 50 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/106145_faisabilite.pdf >, pp. 8-9.

la sauvegarde des différentes cultures. Cet équilibre se constate nettement dans le domaine du commerce des services culturels.

b) La culture dans la réglementation sur les services

La réglementation communautaire sur les services traite spécifiquement de l'audiovisuel dans la Directive « Services de médias audiovisuels » (SMA, Directive « Télévision sans frontières » (TSF) 89/552/CEE modifiée par la Directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007).

Bien qu'initialement la culture et l'audiovisuel n'aient pas été envisagés directement dans les objectifs de libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux et de construction d'un marché intérieur européen, dans plusieurs décisions, la CJCE avait considéré les émissions de télévision comme étant un service, et donc soumises au contrôle du droit communautaire. Les préoccupations de libéralisation économique ont d'ailleurs été confirmées par la CJCE, par exemple dans l'affaire *Bond van Adverteeders et autres c. État néerlandais*. Dans le cadre d'une question préjudicielle, la CJCE a ainsi décidé qu'une réglementation d'un État national visant à interdire la diffusion par câble de programmes de radio ou de télévision émis à partir d'autres États membres et contenant des messages publicitaires destinés aux téléspectateurs du pays de réception restreint la libre prestation des services dans la Communauté⁴⁷⁴.

D'un autre côté, la légitimité des mesures de soutien aux œuvres culturelles, apparemment contraires à l'idée de libre circulation entre les États européens, a été confirmée par la Cour et ensuite par la Commission. Celle-ci a finalement proposé le système de la directive TSF. Lors des premières assises européennes sur l'audiovisuel en 1989, la politique audiovisuelle de l'Union s'est vu fonder sur deux volets : le volet législatif de la Directive TSF et le volet financier, composé des différents moyens de soutien financier accordés au secteur audiovisuel. La Directive TSF modifiée par la directive SMA vise à l'harmonisation des législations et des réglementations des États membres, de manière à garantir la libre circulation des services des médias audiovisuels entre ces États. Pour encourager la production et la circulation d'œuvres européennes et de productions indépendantes européennes, cette Directive a institué un système de quotas de diffusion et de production. Les États membres sont ainsi obligés d'intervenir en faveur de la diversité de l'offre culturelle dans le secteur audiovisuel.

Par rapport aux États non membres, ces mécanismes limitent la libre circulation dans le secteur audiovisuel entre les États membres et les pays tiers, et garantit un minimum d'espace aux œuvres européennes face notamment aux productions américaines.

⁴⁷⁴ Arrêt du 26 avril 1988 (affaire 352/85). Voir E. DERIEUX, *Droit européen et international des médias*, LGDJ, Paris, 2003, p. 139.

Comme en général les autres traités compris dans la « deuxième catégorie », le droit communautaire européen admet donc que leurs États contractants protègent et promeuvent leurs expressions culturelles, en favorisant en même temps le commerce et les investissements transfrontières. De tels traités ne représentent pourtant pas la majorité des accords de libre-échange, en raison notamment de la multiplication des accords de première catégorie.

Il existe, enfin, une gamme d'accords qui maintiennent, sur le plan culturel, la marge de manœuvre des États contractants déterminée au titre des Accords de l'OMC.

C - Le maintien de la marge de manœuvre définie par les Accords de l'OMC

Cette dernière catégorie de traités est empirique. Elle regroupe des accords où il n'existe pas de prévision de libéralisation totale des échanges de produits et services culturels, ni d'exception du secteur culturel à la libéralisation. Quelques-uns ne visent, pour le secteur culturel, qu'une coopération accrue entre les États contractants. D'autres envisagent une libéralisation progressive, mais qui ne semble pour l'instant pas plus importante que celle impliquée par l'OMC en ce qui concerne les produits et services culturels. D'autres encore ne visent qu'à poser un cadre général pour le développement d'autres accords dans l'avenir. Ont ici été sélectionnés quelques traités bilatéraux et régionaux susceptibles d'indiquer une certaine tendance quant au traitement des produits et services culturels dans ces types d'accords. L'analyse développée pour chacun d'entre eux pourra ensuite être transposée à tout accord similaire.

Ces accords font en grande partie référence aux obligations assumées dans le cadre de l'OMC. Quelques-uns vont même plus loin, en intégrant les engagements du GATT, de l'AGCS ou d'autres accords de l'OMC à leur texte. Le maintien de l'acquis de l'OMC quant à la capacité de prendre des mesures de politique culturelle se justifie dans certains traités par leur imprécision. Dans d'autres, un tel acquis semble être repris de manière expresse par les États parties, qui souhaitent à la fois conserver cette capacité et promouvoir les échanges.

Plusieurs de ces traités prévoient des clauses de sauvegarde ou la possibilité que les pays contractants les établissent ultérieurement. Il est possible d'argumenter que ces clauses pourraient éventuellement servir aux pays signataires pour contrer une importation excessive qui menacerait les industries culturelles locales, bien que, pour les raisons exposées précédemment, leur application effective dans le secteur culturel soit limitée.

1 - L'imprécision de certains accords bilatéraux et régionaux

Les accords-cadres visant à la création d'une zone de libre-échange entre les parties signataires établissent généralement des principes

de coopération et de rapprochement, mais laissent à des négociations futures la détermination de règles plus précises et contraignantes de libéralisation. En règle générale, ces accords font référence explicite aux Accords de Marrakech et les reprennent dans quelques cas en tant que partie intégrante de leur texte. Ils ne paraissent donc pas poser plus de difficulté que ceux-ci en termes culturels. Les accords signés par le Mercosur avec la Communauté andine, l'Inde et l'Union européenne en fournissent des exemples⁴⁷⁵.

L'Accord-cadre Communauté andine – Mercosur, signé le 16 avril 1998, a été suivi par l'Accord de complémentation économique du 6 décembre 2002. Il ne contient pas d'obligation contraignante pour les Parties contractantes, qui s'engagent seulement à négocier une libéralisation progressive selon les termes de l'Accord et à stimuler des initiatives en matière de coopération et d'échange d'informations.

Dans le même sens, l'Accord Mercosur - Inde, signé le 17 juin 2003, prévoit de manière expresse, dans son préambule, l'engagement des États à renforcer les règles du commerce international, conformément aux normes de l'OMC. L'article 2 énonce la compatibilité des règles régissant cette future zone de libre-échange avec celles de l'OMC. La nécessité de compatibilité est renforcée par l'article 8, qui concerne spécifiquement le secteur des services. Cet article se limite à prévoir que les parties devront promouvoir l'expansion et la diversification du commerce des services entre leurs territoires en conformité avec l'AGCS.

Quant à l'Accord-cadre de coopération interrégionale Mercosur - Union européenne, signé le 15 décembre 1995 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999, l'article 21 définit un cadre de coopération dans le domaine de l'information, de la communication et de la culture, mais se limite à affirmer, pour ce qui a trait à la culture, que la coopération entre les parties signataires pourrait inclure l'organisation d'activités culturelles si leur importance régionale le justifiait. De telles mesures de coopération peuvent contribuer à des échanges culturels équilibrés entre les Parties contractantes et, par conséquent, bénéfiques à la diversité de l'offre de produits et services culturels. Il n'existe, toutefois, pas d'obligation contraignante des Parties en ce sens.

Ce type de traité sert à inciter à une libéralisation postérieure, mais ne peut en soi interdire les mesures de politique culturelle nationales ou les exclure de l'application des dispositions de libre commerce.

D'autres traités bilatéraux ou régionaux prévoyant la libéralisation commerciale n'envisagent pas l'ouverture du marché des produits ou services culturels et ne contiennent pas de disposition spécifique sur ce secteur, bien qu'il soit possible que de telles dispositions soient établies entre les Parties dans l'avenir. Pour l'instant, en tout cas, ce marché demeure régi par les règles de l'OMC.

475 Pour les textes intégraux de ces Accords, voir < www.sice.oas.org >.

Une première illustration d'un tel traité apparaît dans l'Accord de Montevideo, signé le 12 août 1980 et instituant l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI). Il trouve son origine dans un premier Traité de Montevideo, du 18 février 1960, instituant une zone de libre-échange, l'Association latino-américaine de libre-échange (ALALC), mais le processus d'intégration s'est trouvé paralysé⁴⁷⁶. Le deuxième Traité de Montevideo a pris en compte les obstacles rencontrés par le premier, en établissant des objectifs moins ambitieux et en accordant une plus grande importance aux accords sous-régionaux - accords de portée régionale (APR) et accords de portée partielle (APP)⁴⁷⁷. Parmi ces derniers, peuvent être mentionnés les accords commerciaux, les accords de complémentarité économique, les accords de promotion du commerce, etc.

Le Mercosur s'inscrit parmi les accords de complémentarité économique fondés sur le Traité de Montevideo. Créé par le Traité d'Asunción du 26 mars 1991 entre le Brésil, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, cette union douanière a intégré le Venezuela en juillet 2006. Les Accords signés entre les pays du Mercosur ne contiennent pas de disposition spécifique sur les échanges commerciaux des produits et services culturels. Il existe un Protocole visant l'intégration culturelle des pays du Mercosur (Décision du Conseil du Marché Commun n°11/96), mais il ne contient que des dispositifs de coopération assez généraux et non contraignants. Quant aux Accords contractés avec des pays tiers, il s'agit dans la plupart des cas d'Accords-cadres qui énoncent des principes de coopération plutôt que des règles précises et contraignantes de libéralisation.

Les échanges d'objets culturels entre les États membres sont soumis au régime commun de libéralisation prévu par le Traité d'Asunción. Selon cet accord, toute exception à l'évolution du programme de libéralisation commerciale devait être éliminée conformément à l'article 7 de l'annexe I du Traité, qui prévoit, par exemple, une réduction de la liste d'exceptions de 20% par an à partir du 31 décembre 1990 pour l'Argentine et le Brésil. Cette élimination progressive se produit parallèlement à la réduction des droits de douane et d'autres obstacles au commerce. Une contrepartie à cette libéralisation existe dans les exceptions prévues à l'article 50 du Traité de Montevideo, intégré au droit du Mercosur. Une interprétation récente de cet article par le Tribunal arbitral *ad hoc* dans l'affaire *Uruguay c. Argentine - Prohibition de l'importation de pneus 'remodelés'* (sentence du 25 octobre 2005) affirme qu'un équilibre doit être trouvé entre les préoccupations de libre commerce et celles

476 Voir, sur l'intégration régionale en Amérique Latine, L.O. BAPTISTA, *L'intégration économique régionale en Amérique Latine*, CEDIN Paris I, Montchrestien, 2001, pp. 9-13.

477 L'article 7 du Traité de Montevideo de 1980 définit ce type d'accord en tant qu'accord « dont tous les pays membres ne sont pas parties et qui visent, au moyen de leur multilatéralisation progressive, à créer les conditions nécessaires à l'approfondissement du processus d'intégration régionale ».

relevant d'autres intérêts devenus essentiels pour la communauté internationale (en l'espèce, la protection de l'environnement)⁴⁷⁸.

Quelques dispositions spécifiques pouvant avoir des conséquences sur le secteur culturel existent, néanmoins, dans la réglementation du Mercosur, notamment en ce qui a trait aux services et aux investissements entre les pays membres. C'est le cas, par exemple, de l'article 2 du Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements dans le Mercosur (Décision du Conseil du Marché Commun n° 11/93), signé le 17 janvier 1994⁴⁷⁹, mais pas encore en vigueur. Il prévoit l'application du traitement national, en établissant néanmoins le droit de chaque partie de maintenir de manière provisoire des exceptions limitées aux secteurs figurant dans son Annexe (approche *top down*). Seuls le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay ont indiqué, parmi leurs exceptions au traitement national, des secteurs appartenant au domaine culturel⁴⁸⁰. Les exceptions adoptées par ces trois États limitent effectivement, bien que de manière provisoire, le degré de libéralisation défini entre les pays signataires.

Un autre exemple concerne le Protocole de Montevideo sur le commerce des services du Marché commun du Sud (Décision du Conseil du Marché Commun n° 13/97), signé le 15 décembre 1997. Dès son préambule, les parties signataires affirment prendre en considération l'AGCS et les engagements contractés dans le cadre de cet Accord. Ayant comme objet la promotion du libre-échange des services dans le Mercosur, ce Protocole prévoit le principe du traitement de la nation la plus favorisée (article III) et, relativement à l'accès aux marchés, la détermination par les États d'une liste d'engagements (approche *bottom up*) qui reprend le format des listes de l'AGCS. Les listes initiales d'engagements spécifiques des États membres⁴⁸¹ ne visaient pas le secteur de l'audiovisuel, mais un « Programme de libéralisation progressive du commerce de services » devra être accompli dans un délai maximum de dix ans. Les négociations devront tenir compte de l'évolution et de la réglementation du commerce des services dans les Accords de l'OMC (article XXVI du Protocole).

478 Voir, pour le texte intégral de cette décision, < <http://www.mercosur.int> >. Au § 66, le Tribunal affirme explicitement que « *le libre commerce ne peut pas jouir d'une priorité absolue, car il est un instrument vers le bien-être humain et non une fin en soi* » (traduit par l'auteur).

479 Disponible sur < www.mercosur.org.uy > ou sur < www.sice.oas.org >.

480 Pour le Brésil, sont exclus provisoirement de l'obligation de promotion et d'admission des investissements les secteurs de services de radiodiffusion sonore, de sons et images et tous les autres services de télécommunication. Le Paraguay a inclus dans sa liste les moyens de communication sociale écrite, radiophonique et télévisuelle. L'Uruguay, à son tour, a introduit une exception concernant les télécommunications, la radiodiffusion, la presse et les moyens audiovisuels.

481 Disponibles sur < <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec998s.asp> >.

En somme, sauf dans le domaine des investissements (et notamment en ce qui concerne l'Argentine, qui n'a pas introduit d'exception pour les secteurs culturels), et lorsque le Protocole de Colonia sera en vigueur, la réglementation du Mercosur ne semble pas aller plus loin que les Accords de l'OMC, en ne créant ainsi pas de préoccupation particulière en matière culturelle.

Un autre bloc d'intégration régionale encore en édification est le Marché Commun de l'Afrique Australe et Orientale⁴⁸² (COMESA). Le Traité constitutif du COMESA a été signé le 15 novembre 1993 à Kampala, Ouganda, et est venu remplacer son prédécesseur de 1981, le Traité de la zone de commerce préférentiel (*Preferential Trade Area* – PTA). L'objectif de l'Accord de 1993 est de former une large zone économique et commerciale entre ses pays contractants, par le biais de l'élimination d'obstacles au commerce intra-zone et de l'établissement d'un tarif extérieur commun⁴⁸³. Visant à une intégration totale du marché, ce traité envisageait d'éliminer au moment de l'entrée en vigueur du Traité toutes les barrières non tarifaires au commerce entre les États membres et de créer une union douanière au long d'une période transitoire de 10 ans, de manière à permettre à long terme la création d'une union monétaire. Il prescrit l'application du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement national, ainsi que la simplification, l'harmonisation et la standardisation des réglementations, procédures et documents exigés par les administrations douanières. Concernant les échanges des produits et services culturels, le traité prévoit une simple coopération. En vertu de l'article 143, les États devront renforcer les échanges culturels et promouvoir les émissions de radio et de télévision aptes à favoriser le développement culturel du Marché Commun (alinéas (d) et (h)). L'effet pratique des obligations établies dans cet article n'est pas très significatif et ne semble pas créer de risque majeur de déséquilibre du marché culturel entre ces pays, surtout si l'on prend en compte la faiblesse de leurs industries culturelles. Une éventuelle coopération, si elle s'avérait effective, pourrait au contraire promouvoir le développement de celles-ci.

Quoi qu'il en soit, dans le cas où les industries culturelles des pays du COMESA seraient menacées par l'entrée de produits provenant d'autres États membres, une sorte de mécanisme de sauvegarde visant à protéger l'industrie nationale a été prévue dans l'article 49.2, relativement à toute industrie naissante⁴⁸⁴. Selon ce dispositif, un État membre peut imposer, pendant une période déterminée, des restrictions quantitatives

482 Ayant comme États membres le Burundi, les Comores, la République Démocratique du Congo, Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Kenya, la Libye, Madagascar, Malawi, Maurice, l'Ouganda, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, la Zambie et le Zimbabwe.

483 Voir le texte du traité du COMESA sur le site Internet www.comesa.int.

484 Le terme « sauvegarde » n'y est pas expressément employé.

ou similaires ou encore des prohibitions à l'égard de produits originaires d'un autre État membre. À cette fin, l'État doit avoir pris précédemment tout moyen raisonnable pour surmonter les difficultés concernant cette industrie et toute mesure finalement adoptée doit être appliquée sur une base non discriminatoire.

Comme d'autres accords-cadres ou de construction d'une zone d'intégration régionale, les traités précédents ne prévoient donc souvent pas de traitement spécifique pour le commerce des produits et services culturels, qui est donc - du moins pour l'instant - régi par les dispositions de l'OMC. Les difficultés et l'acquis en matière culturelle étudiés à l'égard de cette organisation sont ainsi transposables à ces accords. D'autres traités, bien que plus précis, conservent la marge de manœuvre dont les États parties disposent dans le secteur culturel au titre des Accords de l'OMC au moyen d'un renvoi explicite à ces accords.

2 - Le renvoi explicite de certains traités aux accords de l'OMC

Les réticences exprimées vis-à-vis de la marge de manœuvre que détiennent les Membres de l'OMC pour intervenir en faveur de leur secteur culturel sont logiquement présentes également dans le cas des traités bilatéraux faisant des renvois explicites au droit de l'OMC.

C'est le cas, par exemple, de l'Accord Chili-Mercosur, signé le 25 juin 1996 et entré en vigueur le 1er octobre 1996⁴⁸⁵. Cet Accord prévoit un programme de libéralisation commerciale consistant en l'élimination progressive et automatique des obstacles au commerce. Le renvoi aux dispositions de l'OMC se fait à plusieurs reprises⁴⁸⁶. L'article 34, concernant la promotion de la libéralisation du commerce des services, prévoit de manière expresse la compatibilité avec les engagements assumés dans le cadre de l'AGCS. L'article 49 établit les exceptions générales à l'Accord, et renvoie les Parties aux mesures envisagées par l'article 50 du Traité de Montevideo de 1980 et à celles des articles XX et XXI du GATT.

Un autre exemple apparaît dans l'Accord de libre échange Mexique – Israël, signé le 10 avril 2000 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2000⁴⁸⁷. L'article 1.04, relatif au rapport de cet Accord avec d'autres traités internationaux, détermine que les parties confirment leurs droits et obligations résultant de l'Accord de l'OMC et d'autres accords auxquels elles sont parties. Dans le cas d'incompatibilité avec l'Accord de libre-échange, celui-ci prévaut dans la mesure de l'incompatibilité. Les références aux Accords de l'OMC reviennent à quelques reprises : en ce qui

485 Pour le texte intégral de cet accord, voir < <http://www.sice.oas.org> >.

486 Notamment dans son préambule et dans ses dispositions concernant le traitement en matière d'imposition interne (article 14), l'application de mesures compensatoires et de droits antidumping (article 16), ainsi que l'application et l'utilisation d'incitations à l'exportation (article 30).

487 Pour le texte intégral de cet Accord, voir < www.sice.oas.org >.

concerne le commerce de marchandises (article 2-04, chapitre II), les exceptions générales à la libéralisation (l'article 11.02 incorpore l'article XX du GATT et ses notes interprétatives), ou encore les services (article 7-04, chapitre VII).

En somme, comme les autres accords de troisième catégorie, ces traités ne semblent pas aller plus loin en termes de libéralisation du secteur culturel que les Accords de l'OMC, ni assurer une plus grande marge de manœuvre aux États parties dans ce secteur. Il existe ainsi une reprise complète de la réglementation multilatérale dans ce domaine.

L'analyse des dispositions des accords bilatéraux et régionaux précédents démontre les limitations des possibilités d'exclusion des produits et services culturels du champ d'application des accords commerciaux. Mis à part les accords signés par le Canada et par l'Union européenne, la plupart des accords commerciaux bilatéraux et régionaux conclus les dernières années traitent les produits et services culturels comme tout autre produit ou service, en établissant éventuellement des réserves ou exceptions bien spécifiques et limitées à des secteurs précis. L'intérêt de libéralisation commerciale prévaut ainsi largement sur les préoccupations de protection et de promotion des expressions culturelles nationales. La question se pose alors de savoir comment réussir à garantir, à côté des préoccupations de libéralisation commerciale, que chaque État puisse protéger et promouvoir sa culture sur tous les niveaux de négociation.

Les propositions de solution en vue d'un plus grand équilibre entre les intérêts commerciaux et les intérêts culturels sont nombreuses. Quelques propositions ont été avancées au sein de l'OMC et par la doctrine⁴⁸⁸. Parallèlement aux difficultés de mise en œuvre de ces suggestions au sein de l'OMC, la multiplication des accords régionaux et bilatéraux de libre commerce qui traitent les produits et services culturels comme tout autre produit ou service et qui prévoient une libéralisation accrue du secteur paraissent montrer que l'équilibre dans le débat commerce-culture se trouve dans le renforcement de la protection des intérêts culturels à l'extérieur des accords commerciaux.

C'est la logique choisie par les promoteurs de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée à la 33^e Conférence générale de l'UNESCO en octobre 2005. La seconde partie de cet ouvrage vise à examiner comment cette convention peut garantir le droit des États de protéger et de promouvoir leurs cultures, ainsi que la manière dont elle peut être complétée par des actions dans le domaine de la concurrence et de la propriété intellectuelle, afin d'établir un équilibre entre les intérêts culturels et commerciaux inhérents au commerce des produits et services culturels.

488 *Cf. supra.*



Seconde partie

LA STRUCTURATION FONDÉE SUR LA NOTION DE « DIVERSITÉ CULTURELLE »

Dans la première partie de cet ouvrage, ont été étudiées les caractéristiques des produits et services culturels, la nécessité des gouvernements nationaux d'intervenir pour protéger et promouvoir les œuvres culturelles à travers des politiques publiques, ainsi que la complexité des règles internationales commerciales ayant une incidence sur les échanges de ces produits et services. La complexité juridique de ce secteur est encore accrue par l'application concomitante des traités régissant la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que des accords internationaux visant directement la culture et les droits culturels. Il en découle une grande difficulté de compatibilité et de cohérence entre les dispositions de ces différents instruments juridiques, dont la prolifération⁴⁸⁹ rend ardue la prise en compte et la mise en balance de la variété d'intérêts en jeu.

Afin d'assurer un équilibre entre, d'une part, les préoccupations de soutien aux œuvres culturelles nationales et, d'autre part, la nécessité d'échanges culturels et de promotion du commerce des produits et services culturels, une structuration semble pouvoir être recherchée autour de la notion de « diversité culturelle ». Structuration d'abord conceptuelle, elle semble capable de contribuer à la cohérence entre les diverses

489 Le terme « prolifération » est ici préférée à « fragmentation », qui non seulement contient souvent une connotation négative, mais aussi prend comme base de départ l'idée d'un système de droit international fermé et complet qui serait en train de se désarticuler. Des études très intéressantes sur cette question peuvent être trouvées dans le *Mich. J. Int'l L. – Diversity or Cacophony? New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004. Voir aussi CDI, « Conclusion des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », adopté à la 58^e session de la CDI et soumis à l'Assemblée générale (A/61/10, § 251), *Annuaire de la CDI*, vol. II(2), 2006.

normes juridiques applicables au commerce des produits et services culturels et ainsi conduire à une structuration juridique. En dépassant son rôle de « slogan » souvent vidé d'un contenu juridique concret, le concept de diversité culturelle, appliqué au commerce des produits et services culturels, pourrait ainsi avoir une utilisation pratique, en faveur des objectifs qu'elle englobe.

En effet, d'usage de plus en plus répandu au long des dernières années, la « diversité culturelle » risque de devenir une notion vague et, par là même, vidée d'utilité pratique⁴⁹⁰. Certes, sa définition soulève d'innombrables difficultés, du fait notamment qu'elle peut recouvrir des domaines très divers, comme la promotion de la créativité, la solidarité internationale, le pluralisme culturel et même les droits culturels⁴⁹¹. Son sens se trouve précisé cependant dans certains instruments juridiques internationaux, ainsi que dans la doctrine. En les prenant comme base, il est possible d'en formuler une vision plus pragmatique, comprise en tant que réaction à la nécessité d'équilibre entre les intérêts culturels et la libéralisation commerciale, et centrée sur les effets pratiques qu'un tel concept peut avoir sur l'élaboration et la mise en œuvre des règles juridiques applicables au marché des produits et services culturels. En d'autres mots, la notion de « diversité culturelle » peut fournir une réponse à la double nature (commerciale et culturelle) des produits et services culturels, en réunissant un certain nombre d'objectifs et un ensemble de principes et d'obligations.

Tout d'abord, la diversité culturelle exige l'échange de produits et services culturels provenant d'une multitude d'origines différentes. Ne pouvant exister sans le contact entre les différentes cultures, la diversité culturelle renvoie à la pluralité des cultures. Dans la Déclaration sur la diversité culturelle du Conseil de l'Europe, parmi les aspects pouvant caractériser la notion de diversité culturelle, se trouve effectivement l'idée d'ouverture aux autres cultures et de promotion des échanges culturels. Cela confirme que la diversité culturelle n'est absolument pas contraire au libre commerce ou favorable au protectionnisme commercial. Ont tort ceux qui voient la diversité culturelle comme une barrière au commerce, ou encore comme une entrave à la libre circulation des idées. Il n'existe ainsi pas de contradiction véritable entre la diversité culturelle telle que comprise ici et ce que B. J. K. Richardson a appelé la « *Hollywood's vision of a clear, predictable trade framework consistent with cultural*

490 Voir F. DE BERNARD, « Pour une refondation du concept de diversité culturelle », in G. GAGNÉ, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, p. 21.

491 M. CORNU, « L'émergence du principe de diversité culturelle », in M.-F. LABOUZ et M. WISE, *La diversité culturelle en question(s) – Cultural diversity in question(s)*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 254.

diversity »⁴⁹². La notion de diversité culturelle ne tient absolument pas à empêcher la production et la circulation des films qui visent une audience universelle, ni d'aucun autre type d'œuvre culturelle. L'objectif est, au contraire, de garantir que toutes sortes de film puissent trouver un espace minimal de diffusion et d'accès aux marchés nationaux et international, y compris les films hollywoodiens. La « diversité » implique l'opposition, la différence active, le mouvement résultant de la lutte et du contradictoire⁴⁹³. Elle exige donc nécessairement une circulation dynamique entre les cultures, comprise dans le concept d'« interculturalité », introduit dans le texte de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles⁴⁹⁴. Ce dynamisme garantit que la diversité culturelle ne se réduise pas à un simple inventaire.

Partant de la nécessité de pluralisme, la Déclaration du Conseil de l'Europe traite de l'importance des politiques publiques capables de garantir les conditions nécessaires pour qu'il existe et se développe une pluralité d'expressions culturelles - pluralité qui ne doit pas être mesurée uniquement dans une perspective quantitative⁴⁹⁵. C'est là un élément essentiel résultant de la notion de diversité culturelle : la garantie des moyens d'action de chaque État dans le domaine culturel. Elle pourra

492 « *Hollywood specializes in entertainment movies with global appeal, other countries specialize in products designed for local markets. Fortunately, the world demands a diverse offering of films. Within a diverse cultural offering, there is a place for movies that aim at universal audiences. The best of these globally popular films help us understand our shared humanity; they appeal to what is universal among them* » (in C. BEAT GRABER, M. GIRSBERGER et M. NENOVA, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, p. 113). Il est seulement regrettable que l'industrie américaine du film doive « se spécialiser » exclusivement dans les productions visant des audiences universelles, comme le dit cet auteur. Un moyen puissant de représentation des identités culturelles locales des États-Unis peut ainsi ne pas être entièrement exploité.

493 Voir F. DE BERNARD, *op. cit.*, pp. 23-25. Cet auteur souligne spécialement le caractère conflictuel de la diversité culturelle, en écartant l'« attitude (politique conventionnelle) d'évitement systématique de ce qui pourrait fâcher dans le diversus » (p. 26). Ce caractère conflictuel est à la base même de tout concept de citoyenneté, comme le démontre J. RANCIÈRE, « Citoyenneté, culture et politique », in M. ELBAZ et D. HELLY, *Mondialisation, citoyenneté et multiculturalisme*, Les Presses de l'Université de Laval / L'Harmattan, 2000, pp. 55-68.

494 En effet, « *a country's culture is not static or changeless. On the contrary, it is in a constant state of flux, influencing and being influenced by other cultures, either through voluntary exchange and extension or through conflict, force and oppression* » (World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.*, p. 24). Dans le même sens, C. LÉVI-STRAUSS, *Race et Histoire*, Coll. Folio/Essais, rééd. Folio, 1897, p. 16 : « *la notion de la diversité des cultures humaines ne doit pas être conçue de manière statique* ».

495 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 122-123, affirme : « *At stake is not only whether the artistic goods and values are, for instance, aesthetically varied, but whether this helps individuals and groups or collectives of people construct for themselves stable cultural identities, which may differ substantially from the identities that other people feel belong to their existence* ».

remettre en question le libre commerce dans la mesure où celui-ci empêchera un État d'adopter ou de maintenir une mesure de politique culturelle qu'il considère fondamentale pour la survie et le développement de ses cultures, mais cela n'est pas inéluctable. L'existence d'une opposition entre le commerce et les politiques culturelles dépendra des engagements assumés par chaque État dans le cadre de ses accords de commerce (multilatéraux, régionaux ou bilatéraux). D'où l'importance que les différents gouvernements soient conscients quant à la nécessité de conserver leur liberté en matière de politique culturelle lorsqu'ils négocient ces traités.

Par ailleurs, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO introduit la diversité culturelle dans la notion de patrimoine commun de l'humanité, ce qui débouche sur l'idée de préservation des différentes cultures, pour que les générations futures puissent également y avoir accès. En outre, selon cette même déclaration, la diversité culturelle exige l'accès des différentes œuvres culturelles aux marchés nationaux et international. Elle rejette donc, par principe, la concentration du marché et le contrôle des réseaux de distribution par un nombre réduit d'entreprises dans le secteur des médias. Il s'agit d'un deuxième élément essentiel pour l'interprétation et la concrétisation du concept de diversité culturelle : la nécessité d'intervention du droit de la concurrence afin d'assurer la participation du plus grand nombre d'industries culturelles au marché ou, tel que l'affirmait la déclaration du Conseil de l'Europe, afin de garantir le pluralisme culturel. Il s'agit de la question de l'accès à une offre culturelle diversifiée.

Parallèlement à l'accès des œuvres culturelles au marché, il est encore nécessaire de garantir l'accès des consommateurs à ces œuvres. Cela passe non seulement par l'application du contrôle de la concurrence, mais également par un bon fonctionnement du système de la propriété intellectuelle. La diversité culturelle peut ainsi justifier que le droit de la propriété intellectuelle tel qu'il se révèle aujourd'hui soit réformé en ce qui concerne certains de ses aspects, particulièrement en faveur des pays en développement.

Ce sont des questions soulevées, par exemple, au § 10 du Plan d'action de la déclaration de l'UNESCO, qui vise à « *promouvoir la diversité linguistique dans l'espace numérique et encourager l'accès universel, à travers les réseaux mondiaux, à toutes les informations qui relèvent du domaine public* ». L'« accès universel » et le « domaine public » semblent avoir été effectivement délaissés au long des dernières décennies, en faveur de la domination du marché des produits et services culturels par un oligopole d'entreprises détenant une quantité considérable de droits de propriété intellectuelle. Les artistes eux-mêmes passent souvent au deuxième rang, les grandes entreprises étant avant tout bénéficiaires de ces droits, ce qui explique d'ailleurs leurs efforts pour lutter contre le piratage, considéré comme la « *number one priority* » par la

Motion Picture Association of America. Le § 16 du Plan d'action souligne d'ailleurs la nécessité d'une rémunération équitable du travail créatif, question ayant soulevé également des débats importants sur l'adéquation du système actuel de la propriété intellectuelle.

En somme, il est possible d'avancer que la réalisation de la diversité culturelle englobe trois aspects primordiaux : la garantie des moyens d'action des États en termes de politique culturelle ; la nécessité d'un contrôle accru de la concurrence sur le marché culturel ; et l'accès des individus à une offre culturelle diversifiée. Les objectifs compris dans la notion de diversité culturelle dépendent de l'action concomitante des États sur ces trois axes. La diversité culturelle acquiert, dans cette perspective, un caractère plus actif que celui d'une simple défense contre les excès du libre commerce. L'unité conceptuelle qu'elle offre ouvre des possibilités pour qu'une unité juridique puisse peu à peu se construire, à partir d'un ensemble de règles de droit cohérentes et dirigées vers des objectifs convergents.

Le premier corps de règles capable de contribuer à une application concrète de la notion de diversité culturelle a vu le jour avec l'adoption au sein de l'UNESCO de la Convention internationale sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Cette convention réaffirme le droit pour les États d'adopter et de mettre en œuvre des mesures de politique culturelle. Cependant, le concept de diversité culturelle exigeant d'aller au-delà de la garantie des moyens d'action des États en matière de politique culturelle et donc de la portée de cette Convention, d'autres normes complémentaires semblent devoir être élaborées, notamment en matière de concurrence et de propriété intellectuelle. Après l'étude de la diversité culturelle en tant que justification des politiques culturelles nationales, aspect consacré par cette Convention, elle sera examinée en tant que fondement de la garantie de l'accès à une offre culturelle diversifiée.



Chapitre 1

LE DROIT AUX POLITIQUES CULTURELLES

L'idée de négocier une convention sur la diversité culturelle au sein de l'UNESCO a découlé de la constatation que les règles commerciales et le système dans lequel elles s'insèrent ne sont pas capables de prendre adéquatement en compte les intérêts culturels. En effet, les sociétés manifestent un intérêt à avoir des bénéfices autres que l'efficacité économique recherchée à travers les règles du commerce international, tels que la diversité d'opinion et d'expression et le sentiment d'identité. Le libre-échange promu par les accords internationaux de commerce peut mettre en péril la capacité des États de répondre à ces autres intérêts. Décidés à ouvrir leurs marchés et promouvoir les investissements étrangers, plusieurs États ont été dépourvus partiellement ou totalement de cette capacité, au risque d'une perte en termes démocratiques, identitaires et de cohésion sociale.

Afin d'empêcher la libéralisation commerciale du secteur culturel et notamment de l'audiovisuel, des pays comme ceux de l'Union européenne et le Canada défendent un traitement spécial pour la culture à l'OMC depuis le Cycle d'Uruguay. Plus récemment, les revendications en faveur d'un traitement différencié pour le secteur culturel se sont fondées sur la notion de « diversité culturelle ». Ce concept vague, large et de délimitation difficile a néanmoins permis de rassembler un grand nombre d'adeptes. C'est ainsi qu'il a obtenu aisément sa place dans les déclarations sur la diversité culturelle adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'UNESCO, ainsi que dans les déclarations de la Francophonie, parmi lesquelles se distingue la Déclaration de Cotonou, issue de la III^e Conférence ministérielle de la Francophonie sur la Culture de juin 2001. Son contenu a été progressivement construit dans le contexte du débat commerce – culture et afin d'y répondre. Par conséquent, la notion de « diversité culturelle » s'est vue attribuer l'objectif (initialement politique) de garantie de l'action des États en faveur de leurs cultures face à la libéralisation du commerce des produits et services culturels.

Cet objectif a été épousé par la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles, où le choix de la formule « expressions culturelles » vient d'ailleurs renforcer cette interprétation. Plus précise et limitée que celle de « diversité culturelle », la formule « diversité des expressions culturelles » fait référence à un aspect de la diversité culturelle, à savoir celui de la mise en circulation sur le marché des produits et services culturels, envisagés en tant que véhicules de la culture.

Sera ainsi examinée la manière dont la « diversité culturelle » (ou du moins un de ses aspects) a été traitée dans la Convention de l'UNESCO, afin que soient ensuite étudiés ses possibles effets, à travers les mécanismes de mise en œuvre et de contrôle qu'elle met en place.

Section 1

LA CONSÉCRATION PAR L'UNESCO : LA CONVENTION DE 2005

La « diversité culturelle » est devenue une expression largement utilisée dans les discussions concernant la place de la culture dans la mondialisation et notamment dans la société de l'information. Sa définition présente, néanmoins, beaucoup de difficultés et la banalisation de son emploi risque de la vider de son sens. Visant à délimiter sa signification et ses possibles effets dans le cadre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO adoptée en octobre 2005 et entrée en vigueur le 18 mars 2007, un aperçu historique de son renforcement sur le plan du droit international paraît nécessaire. Une deuxième section sera consacrée à la manière dont la Convention de l'UNESCO a pris en compte la notion de diversité culturelle et dans quelle perspective elle peut y contribuer.

§ 1 - LES PRÉCÉDENTS : LA FONDATION DU CONCEPT DE « DIVERSITÉ CULTURELLE »

Il s'agit ici d'étudier l'émergence et l'évolution en droit international du concept de « diversité culturelle », expression qui a été privilégiée pour des raisons souvent politiques. Acceptée dans le cadre d'un processus de recherche du plus large assentiment possible des États, ainsi que des autres participants au marché des produits et services culturels, cette notion a été consolidée juridiquement dans le cadre de différents instruments internationaux.

A - La recherche d'un consensus

La composition multiculturelle des sociétés contemporaines a bouleversé les notions de « nation » et d'« identité culturelle ». L'idée de nation une et indivisible semble ne plus s'appliquer à la réalité. C'est dans ce contexte qu'émerge le concept de multiculturalisme, attaché à l'existence de particularismes culturels différents et à la valorisation des groupes minoritaires. Il implique la tolérance et la promotion du développement de toutes les différentes identités culturelles existant dans une société et va ainsi à l'encontre du courant communautarien dans la mesure où ce dernier attribue à une société déterminée l'identité du groupe majoritaire ou dominant. Le multiculturalisme a ainsi pour objectif celui

de garantir que chacun des groupes composant une société puisse exprimer, de manière égalitaire, son identité culturelle⁴⁹⁶. La neutralité de l'État en matière culturelle devient ainsi inacceptable, car elle conduirait naturellement à l'imposition, à toute la société, des normes et valeurs du groupe dominant. Le droit et les institutions doivent tenir compte des différences de chacun des groupes existants, bien que toutes les cultures soient en interaction permanente⁴⁹⁷.

La « diversité culturelle » a ainsi des fondements similaires à ceux du multiculturalisme. Elle a suscité un intérêt accru ces dernières années, notamment en raison de deux facteurs : la fragmentation croissante des sociétés et le débat sur l'interface commerce - culture. En effet, face aux conflits identitaires et aux problèmes concernant les minorités nationales, le respect de la diversité culturelle est devenu un enjeu important de la cohésion sociale⁴⁹⁸ et, par conséquent, de la paix et de la stabilité mondiales. Parallèlement, étant donné la libéralisation des échanges économiques, la notion de diversité culturelle est venue remplacer celle d'« exception culturelle », réputée trop restrictive, défensive et de caractère protectionniste, mettant plus l'accent sur les échanges commerciaux que sur le déséquilibre de ces échanges⁴⁹⁹. De plus, sa connotation « franco-française » rendait difficile sa promotion auprès d'autres pays⁵⁰⁰. La distinction entre la « diversité culturelle » et l'« exception culturelle » a ainsi été stratégiquement établie⁵⁰¹.

496 Dans ce sens, il est en accord avec la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe, qui affirme, dans son article 5.1, que « [l]es Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel » (<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/157.htm>). Son préambule affirme également « qu'une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité ».

497 Pour plus de détails sur l'évolution de ces courants de pensée et leur prise en compte par la Convention européenne des droits de l'homme, voir J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 32-48.

498 La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) l'a expressément reconnu dans son arrêt relatif à l'affaire *Gorzelik et autres c. Pologne*, du 14 février 2004, où elle a affirmé qu'« [u]ne interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale » (§ 92).

499 Voir H. RUIZ FABRI, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », in *RGDIP*, n° 1, 2007, p. 51.

500 S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle : Vers une victoire à la Pyrrhus... », *Chroniques et Opinions, L'Égipresse*, n° 226, Novembre 2005, p. 116.

501 En effet, « (...) contrairement à l'exception culturelle trop associée à un point de vue particulariste et défensif lors des différentes négociations commerciales, la diversité culturelle offre l'avantage d'avoir un écho plus positif dans les milieux culturels ».

Dans le contexte du débat commerce - culture, l'utilisation du concept de diversité culturelle a pour but ultime d'affirmer que les produits et services culturels revêtent une nature différente des autres marchandises et services et qu'ils sont l'expression et le reflet d'une identité particulière, pouvant donc bénéficier du soutien de leur État d'origine. Les pouvoirs publics doivent pouvoir utiliser les moyens qu'ils considèrent les plus convenables pour renforcer les expressions culturelles locales, en assurant la diversité de l'offre culturelle au niveau national et, ensuite, aussi sur le plan mondial. Celle-ci empêcherait, d'une part, l'homogénéisation culturelle résultant de la mondialisation des marchés et garantirait, d'autre part, un dialogue culturel contribuant à la compréhension mutuelle et à la coexistence pacifique. La culture est ainsi entendue de manière non statique, les expressions culturelles devant être préservées, mais également stimulées dans une perspective dynamique. C'est ainsi que le rapprochement de la « diversité de cultures » et de la « biodiversité » semble inapproprié, dans le sens où ce dernier terme ne comprend qu'un aspect de « préservation », qui s'éloigne de la nécessaire dynamique du processus culturel.

Afin d'englober toutes ces préoccupations, le concept de diversité culturelle a évolué de manière à justifier la garantie des moyens d'action des États pour soutenir leurs expressions culturelles nationales. Face aux négociations commerciales successives, à l'impossibilité d'exclusion complète du secteur culturel des accords de commerce multilatéraux et aux tentatives de libéralisation progressive du commerce des produits et services culturels (au niveau multilatéral ou bilatéral), la « diversité culturelle » a été adoptée comme le mot d'ordre de ceux qui prétendent accorder un traitement différencié à ces produits et services. Elle a été à l'origine d'une série de manifestations concrètes, conduisant à son affirmation sur le plan international en tant qu'objectif en soi. Parmi ces manifestations, se trouvent la création du Réseau international sur la politique culturelle, l'adoption de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO en 2001, la décision de l'UNESCO lors de sa 32^e Conférence générale de travailler pour l'élaboration et l'adoption d'un instrument international contraignant visant à la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, et finalement l'adoption de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles en octobre 2005.

concernés ainsi que dans les opinions publiques. Ce qu'elle représente interpelle l'ensemble des sociétés civiles et place ceux qui s'y opposent dans la pénible situation de lutter contre la vertu » (D. ATKINSON, « De 'l'exception culturelle' à la 'diversité culturelle' : les relations internationales au cœur d'une bataille planétaire », in « Médias et société internationale » (ch. 7), in AFRI, vol. II, 2001, p. 669).

B - L'affirmation dans l'ordre international

Nombreux sont les instruments internationaux relatifs à la culture et aux droits culturels. Par exemple, l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 affirme le droit de chaque individu à « *obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* »⁵⁰². Les droits culturels sont ainsi reconnus comme indispensables à la dignité humaine. La référence à l'organisation et aux ressources de chaque pays admet implicitement, néanmoins, que la satisfaction de ces droits peut être difficile dans le cas des pays les moins favorisés économiquement. Il est alors aisé d'entrevoir la réticence des États à assumer des obligations significatives dans le domaine culturel et l'impossibilité pratique pour certains d'entre eux de s'engager sur cette voie. L'article 27.1 de la même déclaration dispose que « *Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent* ». Cette disposition est à la base de l'idée de pluralisme culturel et semble renforcer la nécessité de libre expression de tous les individus dans une société démocratique.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 relie le développement culturel au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : « *Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* » (article 1^{er}). Dans son article 15, ce même Pacte prévoit le droit de chacun de participer à la vie culturelle, les États parties devant prendre des mesures pour assurer le plein exercice de ce droit, de manière à assurer « *le maintien, le développement et la diffusion* » de la culture. En reconnaissant les bienfaits de la coopération dans le domaine de la culture (§ 4), cet article prend en compte les deux volets de celle-ci : l'ouverture à l'étranger et la promotion de la création sur le plan national.

En outre, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 reconnaît à l'article 27 le droit de chaque groupe ethnique, religieux ou linguistique de s'exprimer culturellement. Cet article complète l'article 19 du même Pacte, relatif à la liberté d'expression, laquelle englobe « *la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* » (§ 2). Cela présuppose la pluralité et la variété des sources d'information et, par conséquent, le pluralisme des médias.

502 Disponible sur < <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm> >.

La diversité culturelle semble ainsi garantie dans chacun de ces textes, bien qu'indirectement et selon des perspectives distinctes. Plusieurs composantes de cette notion y sont en effet énoncées. L'attribution d'un droit à chaque individu de s'exprimer culturellement, de participer librement à la vie culturelle et de bénéficier des échanges culturels avec d'autres groupes implique la reconnaissance de l'égalité entre toutes les cultures et de la nécessité de leur épanouissement, ce qui va dans le sens du courant de pensée multiculturaliste. Par ailleurs, l'ouverture aux autres cultures est une des composantes principales du concept de diversité culturelle.

Cependant, la mise en œuvre et l'exécution des droits culturels reconnus dans ces instruments peuvent s'avérer difficile dans la pratique, comme c'est le cas en général des droits économiques et sociaux. En raison de la réticence des États à s'engager internationalement dans ces domaines, lorsque la défense de la diversité culturelle face au libre commerce a gagné du terrain, il a fallu passer tout d'abord par des instruments déclaratoires, non contraignants. Parmi ces instruments, trois déclarations portant spécifiquement sur la diversité culturelle ont été adoptées dans le cadre d'organisations intergouvernementales. Il s'est agi tout d'abord de la Déclaration sur la diversité culturelle du Conseil de l'Europe, adoptée le 7 décembre 2000⁵⁰³, et de la Déclaration de Cotonou, adoptée par l'Organisation intergouvernementale de la Francophonie lors de sa III^e Conférence ministérielle sur la culture en juin 2001⁵⁰⁴. Elles ont été suivies par l'adoption à l'unanimité (185 États membres présents⁵⁰⁵) de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, accompagnée de son Plan d'action, lors de la 31^e session de la Conférence générale de l'UNESCO, le 20 novembre 2001⁵⁰⁶. Cette déclaration a été le fruit de plusieurs discussions dans le sens de la reconnaissance du droit des États d'établir des politiques publiques en faveur de leurs cultures⁵⁰⁷. Elle a

503 Voir < <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=389833> >.

504 Voir < http://www.francophonie.org/doc/txt-reference/decla_cotonou_2001.pdf >.

505 Les États-Unis s'étaient retirés de l'organisation et n'y étaient donc pas présents au moment de l'adoption de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle. Il est concevable que le même résultat n'aurait pas été obtenu s'ils avaient, au contraire, participé à ces travaux. Cette idée se trouve renforcée par l'observation des efforts américains pour retenir les négociations en vue de l'adoption d'une Convention sur la diversité des expressions culturelles en 2004 et 2005.

506 Voir < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf> >.

507 Par exemple, la Conférence intergouvernementale sur les aspects administratifs et financiers des politiques culturelles de Venise (1970), la Conférence mondiale sur les politiques culturelles de 1982 (MONDIACULT, Mexico), les conclusions de la Commission mondiale de la culture et du développement (*Notre diversité créatrice*, 1995), la Conférence de Stockholm sur les politiques culturelles pour le développement (1998), la Conférence sur les financements, ressources et économie de la culture pour un développement durable (1999), les discussions du comité d'experts sur le renforcement de l'action de l'UNESCO dans la promotion de la diversité culturelle, ainsi que

prévu et inspiré les négociations qui se sont développées par la suite au sein de l'organisation.

Comme les déclarations du Conseil de l'Europe et de la Francophonie, elle souligne des aspects importants de la diversité culturelle. Si celle-ci a été déclarée comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, sa véritable signification juridique concerne l'affirmation de l'importance du pluralisme culturel et de la nécessité des politiques culturelles étatiques visant à le garantir.

1 - L'importance des politiques culturelles

Selon le préambule de la Déclaration sur la diversité culturelle du Conseil de l'Europe, « *le respect de la diversité culturelle est une condition essentielle de la vie des sociétés humaines* ». La même idée sera reprise par la Déclaration de l'UNESCO, qui souligne dans son préambule l'importance de la diversité culturelle pour la paix et la sécurité internationales (la déclaration ayant été adoptée peu après les attentats du 11 septembre 2001) et prône « *une plus grande solidarité fondée sur la reconnaissance de la diversité culturelle, sur la prise de conscience de l'unité du genre humain et sur le développement des échanges interculturels* ». Dans son article 2, elle affirme encore que les « *politiques favorisant l'inclusion et la participation de tous les citoyens sont garantes de la cohésion sociale, de la vitalité de la société civile et de la paix* »⁵⁰⁸.

Au cœur de la déclaration du Conseil de l'Europe, figure l'importance des politiques publiques en faveur de la culture. Ainsi, « *toutes les sociétés démocratiques fondées sur la prééminence du droit ont, par le passé, pris des mesures pour soutenir et protéger la diversité culturelle dans le cadre de leur politique culturelle et de leur politique des médias* ». Le préambule prend encore note des principaux défis pour la diversité culturelle résultant de la mondialisation, rappelle « *l'engagement imposé*

plusieurs ateliers et deux tables rondes des ministres de la culture à l'UNESCO. Lors de la Conférence de Stockholm, les ministres de la Culture qui y étaient réunis ont demandé expressément que les produits et services culturels soient traités différemment des autres produits et services, ce que certains auteurs expliquent comme une réponse à la décision de l'ORD dans l'affaire des périodiques (G. GAGNÉ, « Une Convention internationale sur la diversité culturelle et le dilemme culture-commerce », in G. GAGNÉ, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, p. 44).

⁵⁰⁸ À ce propos, sont intéressants les mots de C. LÉVI-STRAUSS, *Race et Histoire*, Coll. Folio/Essais, rééd. Folio, 1897, p. 77 : « *la civilisation implique la coexistence de cultures offrant entre elles le maximum de diversité, et consiste même en cette coexistence. La civilisation mondiale ne saurait être autre chose que la coalition, à l'échelle mondiale, de cultures préservant chacune son originalité* » et, plus loin (p. 82) : « *on peut concevoir qu'une diversification (...) permette de maintenir indéfiniment, à travers des formes variables et qui ne cesseront jamais de surprendre les hommes, cet état de déséquilibre dont dépend la survie biologique et culturelle de l'humanité* ».

des États membres du Conseil de l'Europe de défendre et de promouvoir la liberté et le pluralisme des médias en tant que conditions indispensables aux échanges culturels, et affirm[e] que le pluralisme des médias est essentiel à l'existence de la démocratie et de la diversité culturelle » (souligné par l'auteur). L'engagement en faveur du pluralisme culturel, corollaire de l'action de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine⁵⁰⁹, est ainsi réaffirmé et appuie non seulement la condamnation de la situation de déséquilibre des échanges culturels, mais aussi celle de concentration des médias. La question de la concentration des médias est d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 2.2, où il est affirmé que « *Lorsqu'elles sont véritablement le reflet de la diversité, les grandes industries culturelles qui encouragent la diversité linguistique et l'expression artistique ont un impact positif sur le pluralisme, la créativité, la compétitivité et l'emploi* ». Il est ainsi nécessaire d'équilibrer les effets positifs et négatifs de la concentration.

Par ailleurs, les États membres du Conseil de l'Europe reconnaissent la nécessité de nouveaux principes cohérents pour la réglementation en la matière (preamble). La déclaration du Conseil de l'Europe en pose quelques-uns. L'article 1^{er} essaye d'apporter quelques précisions sur le concept de diversité culturelle, en affirmant que « *[l]a diversité culturelle s'exprime dans la coexistence et les échanges de pratiques culturelles différentes et dans la fourniture et la consommation de services et de produits culturellement différents* ». En effet, la diversité culturelle ne peut exister sans l'ouverture aux autres cultures. Elle dépend également de l'échange et de la consommation de produits et services culturels différents, ce qui présuppose logiquement une dimension commerciale et l'existence des « *conditions nécessaires à la libre expression créatrice et à la liberté d'information qui existe dans toutes les formes d'échanges culturels, notamment ceux opérés au travers des services audiovisuels* » (§ 2). Il est donc nécessaire que plusieurs sources d'expression culturelle et d'information soient disponibles, en particulier dans le domaine de l'audiovisuel en raison de l'importance de ce secteur pour les communications contemporaines.

C'est dans ce sens que les politiques culturelle et audiovisuelle sont comprises par les États membres du Conseil de l'Europe en tant que « *complément nécessaire de la politique commerciale* » (article 2.1) et qu'« *il est instamment demandé aux États membres d'avoir tout particulièrement à l'esprit la nécessité de soutenir et de promouvoir la diversité culturelle, conformément aux instruments pertinents du Conseil de l'Europe, au sein d'autres instances internationales, où ils pourraient être invités à prendre des engagements susceptibles de compromettre l'efficacité de ces instruments* » (article 3.2). La référence aux enga-

⁵⁰⁹ Voir, pour une analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de pluralisme culturel, J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 353 et s.

gements adoptés au sein d'autres instances internationales renvoie naturellement aux accords internationaux de commerce. N'étant pas de nature contraignante, cette déclaration ne fait que « demander instamment » à ses États signataires de ne pas prendre d'engagements commerciaux qui pourraient impliquer une perte pour la diversité culturelle.

Quant à la Déclaration de Cotonou, elle réitère le droit des États de définir librement leur politique culturelle (§ 1), ce qui avait déjà été affirmé lors du Sommet de Moncton du 3 au 5 septembre 1999. Elle affirme ensuite l'importance des échanges et de l'ouverture aux autres cultures pour « *désamorcer les réflexes de repli identitaire* » (§ 3). Reconnaisant que la mondialisation maîtrisée de l'économie peut contribuer au dialogue des cultures et que les produits culturels sont une source fondamentale pour l'économie des pays, elle souligne que le protectionnisme serait « *contradictoire avec la vocation par nature émancipatrice de la culture* » (§ 4). Les membres de la Francophonie affirment ensuite expressément la nécessité d'un traitement spécifique pour les produits et services culturels (§ 6), le rôle privilégié de l'UNESCO en matière de diversité culturelle et l'appui de la Francophonie à la création d'un cadre réglementaire international qui établirait la légitimité des politiques de soutien à la diversité culturelle (§9). Ce cadre se verrait construire, au sein de l'UNESCO, initialement par la Déclaration universelle sur la diversité culturelle adoptée en novembre de la même année et plus tard par la Convention sur la diversité des expressions culturelles, adoptée en octobre 2005. La position ferme des membres de la Francophonie a été au demeurant un aspect fondamental des négociations au sein de l'UNESCO.

Le Plan d'action annexé à la Déclaration de Cotonou vise des interventions plus concrètes au profit de la diversité culturelle, telles que la sensibilisation aux problématiques qu'elle soulève, la formation dans des domaines stratégiques de la création culturelle, la protection du patrimoine culturel et les initiatives comme les Centres de lecture et d'animation culturelle (CLAC), les Centres francophones d'appui au développement communautaire, les Campus numériques, les Centres d'accès à l'information et le Canal éducatif francophone. Une autre détermination concerne l'établissement d'un inventaire des politiques culturelles et linguistiques, de manière à « *alimenter la réflexion des membres de la Francophonie désireux de développer leurs politiques culturelles* » et permettre « *d'identifier des mesures dont il conviendrait de faire reconnaître la légitimité au plan mondial* » (point B du Plan d'action). La reconnaissance de la légitimité de ces mesures va en effet de pair avec celle du droit des États de soutenir leurs cultures. Des actions sont encore prévues visant à « *améliorer l'accès des créateurs, artistes, producteurs et éditeurs de la Francophonie aux marchés internationaux et la protection de leurs droits* », ce qui implique la facilitation de leur circulation et la protection de leurs droits de propriété

intellectuelle. Un autre objectif est celui de « *développer les industries culturelles, les technologies de l'information et les médias audiovisuels* » des pays francophones, aspect d'ordre fortement économique, qui renforce la double nature des produits et services culturels. Enfin, ces actions doivent servir à promouvoir une « *concertation permanente élargie aux acteurs culturels de la société civile et du secteur privé* » à travers la création d'un forum d'actualisation des problématiques culturelles, en accord avec l'hétérogénéité d'acteurs renforcée par la convergence et les innovations technologiques.

Les objectifs visés par ces actions sont à peu près les mêmes que ceux des « *Lignes essentielles d'un Plan d'action pour la mise en œuvre de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle* ». Cette dernière adopte une définition large de la culture⁵¹⁰ : « *la culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social et (...) englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances* ». Une définition aussi vaste de la « culture » implique forcément une conception extensive de la « diversité culturelle ». Le cœur du débat commerce-culture est également exprimé dans cette déclaration, à travers l'affirmation selon laquelle « *le processus de mondialisation, facilité par l'évolution rapide des nouvelles technologies de l'information et de la communication, bien que constituant un défi pour la diversité culturelle, crée les conditions d'un dialogue renouvelé entre les cultures et les civilisations* ». La libéralisation commerciale peut servir à promouvoir la diversité culturelle si elle permet un plus grand contact et un plus grand échange entre des expressions culturelles diverses. À l'article 2 de la déclaration, l'accent est mis sur le rapport entre le pluralisme culturel et la diversité culturelle : « *(...) le pluralisme culturel constitue la réponse politique au fait de la diversité culturelle. Indissociable d'un cadre démocratique, le pluralisme culturel est propice aux échanges culturels et à l'épanouissement des capacités créatrices qui nourrissent la vie publique* ». La diversité culturelle est comprise à la fois en tant que source de développement économique et comme « *moyen d'accéder à une existence intellectuelle, affective, morale et spirituelle satisfaisante* » (article 3).

D'un autre côté, il est établi que l'action des États pour garantir la diversité culturelle ne peut porter préjudice à la garantie des droits de l'homme protégés par le droit international. Cette disposition apparaît également dans la Convention de 2005. Elle soulève la question de

510 Définition qui est conforme aux conclusions de la Conférence mondiale sur les politiques culturelles de 1982 (MONDIACULT, Mexico), de la Commission mondiale de la culture et du développement (*Notre diversité créatrice*, 1995) et de la Conférence intergouvernementale sur les politiques culturelles pour le développement (Stockholm, 1998).

l'universalité des droits de l'homme, thème auquel la notion de « diversité culturelle » est parfois reliée pour justifier un relativisme de ces droits. Tant la déclaration de 2001 que la Convention de 2005 comportent ainsi une clause qui vise à éviter que la protection de la diversité culturelle ne serve de prétexte à certains États pour l'adoption de mesures incompatibles avec les droits reconnus par le droit international à tout être humain. L'article 5 de la déclaration fait ainsi référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, en soulignant l'importance de la réalisation des droits culturels qui y sont prévus pour la diversité culturelle (droit de s'exprimer, de créer et de diffuser des œuvres dans sa langue maternelle, droit de participer à la vie culturelle, droit d'exercer ses pratiques culturelles, etc.).

Une autre préoccupation devant orienter l'action étatique apparaît à l'article 6 et concerne l'accès à une offre culturelle diversifiée. Il affirme à cet effet que « (...) *il faut veiller à ce que toutes les cultures puissent s'exprimer et se faire connaître. La liberté d'expression, le pluralisme des médias, le multilinguisme, l'égalité d'accès aux expressions artistiques, au savoir scientifique et technologique - y compris sous la forme numérique - et la possibilité, pour toutes les cultures, d'être présentes dans les moyens d'expression et de diffusion, sont les garants de la diversité culturelle* ». L'importance du pluralisme des sources d'expression culturelle y est donc réitérée et la nécessité d'accès « aux » différentes œuvres culturelles et « des » différentes œuvres culturelles au marché est consacrée en tant qu'élément de base de la diversité culturelle. Cette affirmation contient des implications significatives, notamment pour les pays en développement, concernant l'utilisation de la propriété intellectuelle et l'accès aux réseaux de distribution des produits et services culturels. Ces préoccupations réapparaissent à l'article 8, qui prévoit qu'« *une attention particulière doit être accordée à la diversité de l'offre créatrice, à la juste prise en compte des droits des auteurs et des artistes* ». Il affirme également, de manière expresse, « *la spécificité des biens et services culturels qui, parce qu'ils sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, ne doivent pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres* ». Il s'agit alors d'un premier pas vers la reconnaissance de la double nature et, par conséquent, de la nécessité d'un traitement juridique spécifique pour ces produits et services.

L'importance des politiques culturelles étatiques – entendues comme « *catalyseur[s] de la créativité* » - est en outre consacrée à l'article 9. Il y est établi qu'il « *revient à chaque État, dans le respect de ses obligations internationales, de définir sa politique culturelle et de la mettre en œuvre par les moyens d'action qu'il juge les mieux adaptés* ». L'accent y est ainsi mis sur la cohérence entre les différentes obligations des États, élément d'ailleurs fondamental dans les négociations de la

Convention de 2005. Les politiques étatiques doivent, par ailleurs, être complétées par des actions relevant de la solidarité et de la coopération internationales. Il est notamment prévu que des conditions doivent être créées permettant aux pays en développement et aux pays en transition de renforcer leurs industries culturelles et de les rendre viables et compétitives sur les plans national et international (article 10). L'article 11 reconnaît enfin que « *les seules forces du marché ne peuvent garantir la préservation et la promotion de la diversité culturelle* » et qu'il est ainsi nécessaire que des partenariats soient formés entre le secteur public, le secteur privé et la société civile.

L'adoption à l'unanimité de cette Déclaration à la fin de 2001 a représenté un premier grand succès pour les défenseurs de la diversité culturelle. En reconnaissant la nécessité et le bien-fondé des politiques nationales de soutien, elle affirme la place importante des industries culturelles non seulement pour les pays développés, mais aussi pour les pays en développement et les moins avancés. Elle a été accompagnée d'un plan d'action pour sa mise en œuvre, qui énumère des objectifs larges et variés à être poursuivis en matière de promotion de la diversité culturelle (§§ 1 à 3), de droits culturels (§ 4), de diversité linguistique (§§ 5 et 6), d'éducation (§§ 7 à 9), de nouvelles technologies (§§ 9 à 11), de politiques publiques et de leur rapport avec le secteur privé (§§ 12, 13 et 18 à 20), de préservation des savoirs traditionnels (§ 14), de libre circulation de créateurs, artistes, chercheurs, etc. (§ 15), de protection de la propriété intellectuelle (§ 16) et de l'aide aux industries culturelles des pays en développement et des pays en transition (§ 17). Le § 1 du Plan d'action prévoyait une « *réflexion concernant l'opportunité d'un instrument juridique international sur la diversité culturelle* », réflexion qui a abouti à des négociations dans le cadre de l'UNESCO pour l'élaboration de la Convention de 2005. De plus, le développement des politiques culturelles est établi comme objectif à atteindre, « *dans le respect des obligations internationales propres à chaque État* » (§ 18). La référence aux obligations internationales de chaque État soulève encore une fois la préoccupation de cohérence entre les actions en faveur de la diversité culturelle et les obligations assumées dans d'autres enceintes internationales (y compris commerciales).

À l'instar des déclarations du Conseil de l'Europe et de la Francophonie, la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle a conduit progressivement à la reconnaissance de la légitimité des politiques culturelles étatiques développées sur les plans national et international, légitimité qui est d'autant plus justifiée que le statut de patrimoine commun de l'humanité a été attribué à la diversité culturelle.

2 - Le statut de patrimoine de l'humanité

Dans un chapitre intitulé « *Identité, diversité et pluralisme* », l'article 1^{er} de la Déclaration de l'UNESCO affirme que la « *culture*

prend des formes diverses à travers le temps et l'espace », ce qui revient à dire que toute culture est dynamique et ne peut être considérée de manière statique⁵¹¹. Un parallèle est ensuite établi entre la diversité culturelle et la biodiversité, les deux étant considérées fondamentales pour l'être humain⁵¹². La notion de biodiversité contient, néanmoins, un facteur de stabilité qui n'est pas facilement transposable à la diversité culturelle. Ce parallèle permet pourtant de conclure que la diversité culturelle intègre le patrimoine commun de l'humanité et doit donc être reconnue au bénéfice des générations présentes et futures (article 1^{er}). Il s'agit d'un grand pas vers une affirmation effective de la diversité culturelle, la déclaration de 2001 étant le premier instrument normatif international lui accordant un tel statut. Il semble ainsi utile de faire ici quelques commentaires sur la notion de patrimoine commun de l'humanité et les conséquences juridiques que la reconnaissance de ce statut peut impliquer pour la diversité culturelle.

Le concept de patrimoine commun de l'humanité (ou d'héritage commun de l'humanité⁵¹³) est attaché à ceux d'humanisation, d'universalisation et d'unification. Humanisation, puisque l'humanité en tant que telle est admise, à côté d'États et d'individus, comme titulaire de droits⁵¹⁴. Universalisation, puisqu'il s'agit de biens (matériels ou immatériels) qui constituent des valeurs universelles essentielles, fondamentales pour le genre humain, pour les générations présentes et futures. Et unification, car celle-ci implique que les hommes soient vus en tant qu'êtres humains et que la justice, l'équité, la fraternité, la solidarité et la générosité soient considérées comme des valeurs fondamentales⁵¹⁵.

511 L'article 7 va dans le même sens, en affirmant que « *Chaque création puise aux racines des traditions culturelles, mais s'épanouit au contact des autres* ».

512 « *Source d'échanges, d'innovation et de créativité, la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire qu'est la biodiversité dans l'ordre du vivant* ».

513 L'expression anglaise se référant à « *common heritage of mankind* » étant plus correcte selon K. BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998, p. 15, qui dénonce l'association trompeuse du mot « patrimoine » avec la notion de « propriété ».

514 Pour une discussion plus approfondie sur la reconnaissance de l'humanité par le droit international, voir F. ABIKHZER, *La notion juridique de l'humanité*, Tome II, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 485-549.

515 Voir la « Déclaration de Castellón sur les nouvelles perspectives du patrimoine commun de l'humanité », annexée au document de la 30^e Conférence générale de l'UNESCO, « Les œuvres de l'esprit d'intérêt universel exceptionnelles tombées dans le domaine public, considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité », 30 C/ 56, 11 octobre 1999, pp. 6 et s. (< <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001175/117569F.pdf> >). Les notions d'humanisation, universalisation et unification n'empêchent pas d'entrevoir, dans le concept de patrimoine commun de l'humanité, des préoccupations d'ordre fondamentalement économiques, certains auteurs le considérant comme « *l'expression juridique fondamentale de la tentative d'établissement d'un Nouvel ordre économique international* » (traduit par l'auteur du présent ouvrage de

Initialement utilisée pour couvrir des espaces situés en dehors de la juridiction des États, la notion de patrimoine commun de l'humanité s'est vue appliquer également à des biens qui ont un lien direct ou indirect avec le territoire d'un État, tels que les biens composant le patrimoine culturel ou la diversité biologique⁵¹⁶. Les principes qui y étaient associés premièrement semblent, néanmoins, ne pas se retrouver dans ces derniers cas, ce qui affaiblit évidemment le concept, ainsi que les possibilités de son renforcement en tant que véritable norme juridique. L'affirmation de la diversité culturelle en tant que patrimoine commun de l'humanité semble fournir un exemple de ces difficultés.

La plupart des auteurs et des documents internationaux qui définissent le régime juridique applicable aux biens faisant partie du patrimoine commun de l'humanité le font sur la base de certains principes. Tout d'abord, la non-appropriation ou « non-exclusivité »⁵¹⁷. Premier élément du régime juridique établi par la notion de patrimoine commun de l'humanité, il s'agit d'un élément du régime de *res communis*. La non-exclusivité permet le partage des bénéfices, y compris lorsque les ressources en question se trouvent à l'intérieur du territoire d'un État. Ensuite, le patrimoine commun de l'humanité implique l'utilisation exclusive des biens en question à des fins pacifiques, ainsi que la nécessité d'une gestion internationale de ces biens (ils doivent être protégés et leur exploitation doit être surveillée par l'humanité entière, dans l'intérêt de tous les êtres humains, de tous les peuples et de toutes les nations, sans qu'il y ait de discrimination). Le régime exige en outre une utilisation rationnelle, qui permette le renouvellement et la conservation dans l'intérêt des générations futures (développement durable), ainsi que le partage des bénéfices (les avantages qui pourraient provenir de cette utilisation doivent bénéficier de manière équitable à tous les États, à tous les hommes et à tous les peuples). Il est toutefois nécessaire de se demander si le régime applicable au patrimoine commun de l'humanité, composé de ces principes, peut effectivement être transposé à la diversité culturelle ou à la biodiversité.

Par exemple, la préoccupation de distribution des bénéfices, au cœur du concept de patrimoine commun de l'humanité, n'existe pas de manière effective dans le cadre de la protection de la biodiversité, et encore moins dans celui de la protection de la diversité culturelle. Une

J.M. PUREZA, *El patrimonio común de la humanidad - ¿Hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, 2002, p. 343). K. BASLAR, *op. cit.*, pp. 32 et s., souligne également les principaux intérêts politiques et économiques soutenant la proposition du concept par Arvid Pardo in 1967 (dans le contexte des négociations sur le droit de la mer) et ensuite par Mahatir Mohamad en 1982 (dans le contexte des débats sur l'Antarctique).

516 Pour un aperçu historique du concept de « patrimoine commun de l'humanité », voir S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international – Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Mondialisation et droit international, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 16-24.

517 K. BASLAR, *op. cit.*, pp. 85 et s.

nouvelle physionomie du patrimoine commun de l'humanité, synthétisée selon certains auteurs dans la notion de « *common concern of mankind* »⁵¹⁸, semble plus appropriée. Elle peut aussi être analysée comme faisant partie des éléments essentiels du patrimoine commun de l'humanité, à côté du partage des bénéfices et des responsabilités. Pour d'autres auteurs, la reconnaissance de cette « préoccupation commune de l'humanité » est de plus en plus récurrente en raison des difficultés d'incorporation du concept de « patrimoine commun de l'humanité » dans des accords contraignants imposant des obligations et la responsabilité internationale aux États⁵¹⁹. Bien que sa définition ne soit pas aisée, ce nouveau concept semble faire référence à une « action collective de la communauté internationale », relevant plutôt de l'ordre du politique que du juridique⁵²⁰ et n'ayant donc pas la même portée que le concept originel de patrimoine commun de l'humanité.

Ainsi, dans la Déclaration universelle sur la diversité culturelle (et ensuite dans la Convention sur la diversité des expressions culturelles), aucune véritable obligation dans le sens du partage des bénéfices ou même des responsabilités dans la protection de la diversité des cultures n'a été énoncée⁵²¹, bien qu'un intérêt global à cette protection paraisse évident. Il s'agit en effet d'une affirmation plutôt philosophique et politique que juridique, qui se rapproche, de l'avis de l'auteur, du concept de « préoccupation commune de l'humanité »⁵²². Il n'existe ainsi pas de véritable conséquence juridique de l'affirmation de ce statut à l'article 1^{er} de la Déclaration de l'UNESCO⁵²³. Elle n'a ainsi aucun

518 L'expression « *common concern of mankind* » a été utilisée pour la première fois dans la Résolution A/RES/43/53 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 6 décembre 1988, intitulée « *Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind* ». Voir sur cette notion J.M. PUREZA, *op. cit.*, p. 368, ainsi que S. PAQUEROT, *op. cit.*, p. 113.

519 *Idem*, pp. 8 et 29.

520 *Idem*, pp. 113-115. J.M. PUREZA, *op. cit.*, p. 369, tente de définir ce nouveau concept en identifiant certaines de ses caractéristiques : il s'agit de problèmes d'importance fondamentale pour toute l'humanité, où la protection doit venir non seulement des États, mais également de toutes les sociétés et de toutes les communautés à l'intérieur de chaque société, et où il existe une distribution équitable des responsabilités.

521 Bien que, pour certains auteurs, le patrimoine commun de l'humanité fasse partie du droit naturel et, par conséquent, les droits et obligations qui en découlent ne nécessitent pas d'accord postérieur des États. Selon eux, la simple énonciation de ces droits et obligations suffit, car ils ont toujours appartenu à l'humanité (K. BASLAR, *op. cit.*, p. 14).

522 L'attribution de ce statut à la diversité culturelle semble intégrer une séquence d'affirmations dans le même sens dans les domaines les plus divers depuis les années 60, où « *the common heritage of mankind has been generally seen as a philosophical and political concept (...), not a legal one entailing specific and detailed legal requirements that is necessary in international law* » (*Idem*, p. 109).

523 F. FRANCONI, « Beyond State Sovereignty: the Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity », in *Mich. J. Int'l L. – Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, p. 304, défend

pouvoir d'influer effectivement sur les règles commerciales et notamment celles édictées au sein de l'OMC, fortement contraignantes et bénéficiant d'un mécanisme de contrôle particulièrement efficace.

Une telle faiblesse en termes juridiques s'ajoute au fait que, jusqu'à récemment, les textes traitant la culture ne possédaient souvent qu'un caractère déclaratoire, sans pouvoir contraignant sur les parties signataires. C'est pour cette raison qu'un fort mouvement en faveur de l'élaboration d'une convention internationale contraignante a vu le jour, conduisant à des négociations laborieuses au sein de l'UNESCO. Le choix de cette organisation s'explique notamment en raison du grand nombre d'États membres, de son approche générale de la question de la diversité culturelle et de l'existence de procédures codifiées et bien définies de négociation de conventions internationales⁵²⁴. L'idée a été ainsi lancée de faire adopter un instrument juridique fort, visant spécifiquement le secteur culturel, et capable d'établir des principes et règles opposables aux normes commerciales et notamment au système de l'OMC. Ces efforts se sont concrétisés avec l'adoption de la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles le 20 octobre 2005, à la suite d'une majorité de 148 voix contre 2 (États-Unis et Israël) et 4 abstentions (Australie, Honduras, Liberia et Nicaragua).

§ 2 - LA CONVENTION DE L'UNESCO

En octobre 2003, la Conférence générale de l'UNESCO a attribué un mandat au Directeur général pour que ce dernier présente à la session suivante (octobre 2005) un Rapport préliminaire, ainsi qu'un avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques. Il ne s'agissait pas d'élaborer un texte relatif à la diversité culturelle dans son ensemble, celle-ci étant considérée trop vaste. Dans l'« Étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle », préparée par le Conseil exécutif de l'UNESCO⁵²⁵, celle-ci était appelée à indiquer « *un cadre de référence et un ensemble de règles acceptables par le plus grand nombre d'États à travers un nouvel*

pourtant que la reconnaissance de la diversité culturelle en tant que patrimoine commun de l'humanité par l'UNESCO servirait à donner du pouvoir à « *non-state actors represented by the peoples and communities who are the bearers of such heritage to claim international protection, if necessary, even against their national State or against third parties. Ultimately, it has made humanity as such the title holder of the general interest to the protection and transmission of cultural diversity as the common and indivisible patrimony of human civilization* ». Bien que cela paraisse défendable en théorie et en tant que discours politique, dans la pratique les moyens juridiques de cette protection internationale ne sont pas (du moins pour l'instant) suffisamment définis.

524 H. RUIZ FABRI, « Jeux dans la fragmentation (...) », *op. cit.*, p. 58.

525 Voir UNESCO, document 166 EX/28 du 12 mars 2003 (166^e session du Conseil exécutif), < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718f.pdf> >, p. 5.

instrument contraignant portant sur des domaines culturels spécifiques » ne faisant pas encore l'objet d'une protection adéquate par des conventions ou recommandations⁵²⁶. Elle proposait ainsi quatre « *domaines susceptibles de bénéficier de l'action normative de l'UNESCO* », pour lesquels un nouvel instrument international pourrait être négocié : les droits culturels ; la condition des artistes ; la circulation des produits et services culturels (à travers un nouveau protocole à l'Accord de Florence, qui étendrait son champ d'application aux services culturels) ; et la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques⁵²⁷. C'est cette quatrième option qui a été retenue par les États membres.

Les travaux pour l'élaboration de l'avant-projet ont eu lieu entre décembre 2003 et juin 2005 lors de trois réunions d'experts indépendants (tenues du 17 au 20 décembre 2003, du 30 mars au 3 avril 2004 et du 28 au 31 mai 2004), une réunion d'un Comité de rédaction (tenue du 17 au 20 décembre 2004) et trois réunions d'experts intergouvernementaux (tenues du 20 au 24 septembre 2004, du 31 janvier au 11 février 2005 et du 25 mai au 4 juin 2005). L'avant-projet de convention proposé par les experts indépendants a été la base de départ des négociations des experts intergouvernementaux. À la première réunion de ces derniers, un Comité de rédaction a été formé, ayant pour objectif de fournir une version révisée de l'avant-projet, incorporant les commentaires de chaque État⁵²⁸.

Trois positions principales peuvent être identifiées concernant le type d'instrument normatif recherché par les négociateurs et les attentes

526 Une Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel venait d'être adoptée le 17 octobre 2003 à l'UNESCO également. Bien que son objet (article 2.1) soulève moins d'opposition entre les intérêts culturels et commerciaux et ne soit ainsi pas directement étudié dans cet ouvrage, elle demeure un élément important du cadre normatif au bénéfice de la diversité culturelle, le patrimoine culturel immatériel étant considéré comme le « *creuset de la diversité culturelle et garant du développement durable* » (préambule de la Convention de 2003).

527 Voir UNESCO, document 166 EX/28, *op. cit.*, pp. 5-7.

528 Le Rapport du Directeur général sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques du 4 août 2005 (Document 33C/23, disponible sur < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001403/140318F.pdf> >) fournit des informations détaillées sur les différentes étapes des négociations. Pour une présentation du déroulement des réunions intergouvernementales, voir I. BERNIER, « La première réunion d'experts gouvernementaux sur l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques de l'UNESCO : Les implications pour la suite de la négociation », Décembre 2004, pp. 1-3, ainsi que « La seconde session de la réunion des experts gouvernementaux sur l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques de l'UNESCO », Mai 2005, et « La troisième session de la réunion intergouvernementale d'experts sur l'Avant-projet de Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et l'examen du Projet de Convention par la Conférence générale de l'UNESCO », Janvier 2006, 11 p. , disponibles sur < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/index.php?id=133> >. Voir aussi H. RUIZ FABRI, « Jeux dans la fragmentation (...) », *op. cit.*, pp. 43-88.

des États qui y ont participé⁵²⁹. La première, ralliant un bon nombre d'États, souhaitait l'élaboration d'un instrument contraignant, de même niveau hiérarchique que les autres accords internationaux, et établissant des systèmes de suivi et de règlement des différends peu coûteux et capables de contribuer à l'application effective de la convention. Elle envisageait également qu'une telle convention soit négociée au plus vite, afin de faire face à la progression des négociations de libéralisation au sein de l'OMC. Un deuxième groupe de pays, moins nombreux (notamment États-Unis et Japon), a émis plusieurs réserves à l'avant-projet tel que présenté par les experts indépendants, concernant notamment le champ d'application de la convention (qui, à leurs yeux, devrait accorder plus de place à l'ouverture aux autres cultures), la possibilité d'incompatibilité entre un droit souverain de protection et de promotion des expressions culturelles (tel que reconnu par l'avant-projet) et les engagements assumés dans le cadre de l'OMC, l'élimination des mécanismes de suivi et de règlement de différends (considérés inappropriés dans le domaine culturel et particulièrement dans le cadre d'une organisation comme l'UNESCO), l'incompatibilité des accords de coproduction et des préférences prévues en faveur des pays en développement face aux principes de non-discrimination de l'OMC, et la nécessité de garantir que la convention soit conforme aux autres accords internationaux. Il s'agissait de pays préférant l'option d'un instrument international non contraignant, fondé sur la coopération, et plutôt préoccupés, au long des négociations, par les éventuels effets de cet instrument sur le commerce. Enfin, une troisième conception présentée initialement défendait l'élargissement du champ d'application de la Convention, considéré trop étroit car centré exclusivement sur la protection des contenus culturels et des expressions artistiques. La Convention devait traiter, selon eux, plus directement de la diversité culturelle en général, ce qui aurait pu, néanmoins, conduire à une approche plutôt anthropologique et rendre plus difficile l'adoption d'un instrument à caractère contraignant, capable de répondre le plus adéquatement possible aux préoccupations relatives à la libéralisation commerciale du secteur culturel.

Les dissonances susmentionnées ont révélé beaucoup de désaccord au cours des négociations de cette convention, aboutissant à l'adoption d'un texte très en deçà des attentes initiales de ses promoteurs. En visant principalement à garantir le droit étatique souverain d'adopter ou de maintenir des mesures de politique culturelle, elle légitime le recours de la part des États à certains moyens d'action en matière culturelle.

529 Sur ces trois positions, voir I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, pp. 4 et s.

A - L'objet de la Convention

Centrée sur la protection et la promotion d'un aspect précis de la diversité culturelle, à savoir la diversité des expressions culturelles, la Convention de 2005 s'attache à affirmer la double nature et la spécificité des produits et services culturels, en reconnaissant la nécessité pour les États d'adopter des mesures de politique culturelle et le besoin d'une coopération internationale accrue⁵³⁰.

1 - Les objectifs

La Convention envisage de garantir que les États puissent adopter et maintenir des mesures de politique culturelle visant à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (article 1 (h)). Son objectif est de créer un nouveau « cadre de référence » juridique pour les Parties dans le domaine culturel « *qui reflètera une vision commune des échanges culturels, une vision où le développement des échanges culturels va de pair avec le développement des cultures, sans mettre en péril ces dernières* »⁵³¹.

Elle n'a pas de prétentions protectionnistes en soi et envisage simplement d'attribuer aux préoccupations culturelles le même poids qu'aux préoccupations commerciales. En effet, « *toute protection n'est pas du protectionnisme mais aussi tout protectionnisme n'est pas illégitime. (...) les États sont fondés à prendre des mesures restreignant les échanges dès lors qu'il s'agit de défendre un but légitime* »⁵³². Il est vrai

530 La Convention se compose de sept parties : Objectifs et principes directeurs (articles 1 et 2) ; Champ d'application (article 3) ; Définitions (article 4) ; Droits et obligations (articles 5 à 19) ; Relations avec les autres instruments (articles 20 et 21) ; Organes de la Convention (articles 22 à 24) ; et Dispositions finales (articles 25 à 35).

531 I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, p. 16. Voir aussi M. CORNU, « L'émergence du principe de diversité culturelle », *op. cit.*, p. 259, qui voit dans la Convention « *le moyen de voir émerger un certain nombre de principes définis sur des bases culturelles* », capables de « *renforcer opportunément un ordre public culturel au plan international* ». Elle « *représente une première pierre dans l'édification d'un pilier culturel du droit de la mondialisation* » (I. BERNIER et H. RUIZ FABRI, « La mise en œuvre et le suivi de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles – Perspectives d'action », < http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/BERNIER_la_mise_en_oeuvre_Convention_UNESCO-francais.pdf >, p. 30). Selon les Commentaires du gouvernement brésilien à l'avant-projet de convention, présentés en novembre 2004, une telle convention devrait « *créer les conditions et (...) établir un cadre pour que les biens et les services culturels puissent recevoir un traitement spécifique dans le système général des règles du commerce, à partir de prémisses qui préservent la diversité culturelle et privilégient la logique de la culture, sans néanmoins laisser de côté la dimension économique de ces échanges, ni les besoins propres des pays en développement, notamment en ce qui concerne les conditions d'accès aux marchés* » (p. 7).

532 H. RUIZ FABRI, « État des négociations de la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles et perspectives pour la troisième session d'experts intergouvernementaux », Note pour l'Agence intergouvernementale de la Francophonie,

que la perception par chaque gouvernement de ce qui relève du protectionnisme commercial et de ce qui ne l'est pas est également variable⁵³³ et dans le secteur des produits et services culturels cette distinction dépend aussi de la nature que chaque gouvernement attribue à ces produits et services. Cependant, la Convention n'envisage de toute manière pas d'exclure la culture des accords de commerce. Les autres accords internationaux signés par les Parties continuent d'être applicables après l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci n'ayant pas la force juridique de déroger à des obligations assumées dans d'autres enceintes⁵³⁴. En effet, la volonté exprimée à la fin des négociations a été de donner à la Convention la même valeur juridique que les autres accords internationaux. Elle ne peut ainsi déroger aux engagements contractés par ses Parties dans le cadre d'autres traités, comme les traités de commerce.

L'importance du libre-échange pour la diversité culturelle est par ailleurs clairement reconnue dans la Convention. Elle reprend d'ailleurs plusieurs éléments de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, notamment de son préambule, en affirmant que « *la diversité culturelle est renforcée par la libre circulation des idées, et (...) se nourrit d'échanges constants et d'interactions entre les cultures* ». Elle souligne en outre « *le rôle essentiel de l'interaction et de la créativité culturelles, qui nourrissent et renouvellent les expressions culturelles* ». D'autres dispositions de la Convention envisagent la question des échanges commerciaux de produits et services culturels plus directement, par exemple en reconnaissant la coexistence d'intérêts culturels et commerciaux dans les échanges de ces produits et services (ceux-ci ayant « *une double nature, économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale* »). Leur valeur commerciale n'y est ainsi aucunement niée et doit être prise en compte en même temps que les préoccupations d'ordre culturel.

C'est ainsi que, parmi les objectifs répertoriés dans l'article 1^{er} de la Convention, sont indiqués la création de conditions pour l'interaction des cultures (vue en tant que source d'enrichissement mutuel), ainsi que l'encouragement du dialogue culturel, d'échanges culturels plus intenses et équilibrés, de l'interculturalité et de l'interaction culturelle.

Mars 2005, < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_note_ruiz_fabri_mars_2005.pdf >, p. 3.

533 R. HOWSE, *op. cit.*, p. 109.

534 Les doutes sur cette question ont constitué une raison centrale de la réticence des États lors de l'élaboration, de l'adoption et de la ratification de la Convention. Certains États, comme les États-Unis, ont eu recours à des spécialistes de commerce international pour la composition de leurs délégations lors des négociations pour l'élaboration de la Convention. La participation de la Commission européenne aux négociations de l'UNESCO fournit également la preuve du recoupement des questions commerciales et culturelles.

Si, d'un côté, la reconnaissance de la spécificité des activités, produits et services culturels crée la possibilité de contestation d'une perspective exclusivement commerciale, de l'autre, il est précisé qu'il ne s'agit absolument pas de promouvoir l'isolement des cultures ou toute perspective protectionniste. Dans le même sens, l'article 2 (principes directeurs de la Convention) se réfère à la « complémentarité des aspects économiques et culturels du développement », ainsi qu'aux principes d'« accès équitable »⁵³⁵ et « d'ouverture et d'équilibre »⁵³⁶. Une mesure visant purement un objectif protectionniste se trouve ainsi par principe écartée⁵³⁷.

Certes, une grande partie des mesures de politique publique prises en faveur des expressions culturelles nationales peuvent avoir des effets de restriction commerciale. Ces mesures ne doivent cependant pas avoir pour principal objectif de bloquer l'entrée des expressions culturelles étrangères, en refermant le marché local sur soi-même. Du point de vue du droit international du commerce, il s'agirait, semble-t-il, d'une question de proportionnalité entre les objectifs de la mesure (la protection de la culture nationale, par exemple) et les moyens adoptés pour les atteindre⁵³⁸. D'une certaine manière, la Convention réhabilite le « pro-

535 Ce principe corrobore de manière nette l'importance des échanges culturels, en déterminant que « *L'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion constituent des éléments importants pour mettre en valeur la diversité culturelle et encourager la compréhension mutuelle* ». Les moyens pratiques permettant cet accès ne sont toutefois pas précisés dans la Convention.

536 Ce principe stipule que « *[q]uand les États adoptent des mesures pour favoriser la diversité des expressions culturelles, ils devraient veiller à promouvoir, de façon appropriée, l'ouverture aux autres cultures du monde et à s'assurer que ces mesures sont conformes aux objectifs poursuivis par la présente Convention* ».

537 I. BERNIER affirme, sur cette question : « *Sans renvoyer en tant que tel à l'ouverture des marchés, qui est la préoccupation propre de l'OMC, ce principe permet de comprendre qu'il n'y a pas d'antinomie absolue entre les deux perspectives en ce qui concerne la circulation internationale des produits culturels et, ouvre la porte à la recherche d'un terrain d'entente où les deux accords se compléteraient mutuellement en vue d'assurer la préservation de la diversité culturelle* » (« Le lien entre une future convention internationale sur la diversité culturelle et les autres accords internationaux », le 27 juin 2003, < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/etude_bernier_quebec.pdf >, p. 9).

538 Le principe d'ouverture et d'équilibre était intitulé, dans le texte de l'avant-projet de juillet 2004, « principe d'ouverture, d'équilibre et de proportionnalité », ce dernier terme étant lié à l'idée que les États ne pouvaient pas adopter des mesures excessives. Bien qu'il ait été enlevé du texte final, « *[c]ette volonté d'éviter des abus, qu'il est important d'explicitier du texte, trouve des prolongements dans des mécanismes de suivi [et le] même esprit imprègne le principe de transparence* » (H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques dans la version soumise pour commentaires et observations aux gouvernements des États membres de l'UNESCO », Étude réalisée à la demande de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Août 2004, < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_etude_ruiz_fabri_aout2004.pdf >, p. 21).

tectionnisme », mais en le limitant au strictement nécessaire pour l'atteinte des objectifs que les États lui ont donnés. Le respect de ce principe pourra être contrôlé dans le cadre des rapports élaborés par les Parties contenant de l'information sur les mesures prises pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles. Le Comité intergouvernemental prévu par la Convention pourra faire des recommandations concernant de tels rapports et éventuellement concrétiser une sorte de « mécanisme d'examen des politiques culturelles »⁵³⁹.

La coexistence d'aspects commerciaux et culturels dans la Convention a cependant été fortement critiquée par les États-Unis, qui ont insisté tout au long des négociations sur le mandat exclusivement culturel de l'UNESCO et, par conséquent, sur l'impossibilité pour cette organisation de traiter d'aspects commerciaux. Il suffit, néanmoins, de rappeler qu'un traité relatif au commerce dans le secteur culturel a déjà été signé au sein de l'UNESCO en 1950, l'Accord de Florence. Des divergences concernant l'interface entre la culture et le commerce dans la Convention sont également survenues lors du choix de son intitulé et de la délimitation de son champ d'application, ayant comme base les doutes qu'éprouvaient certains États (et notamment les États-Unis) à propos des objectifs de la Convention et la crainte qu'elle puisse servir à justifier des mesures protectionnistes. Les « questions transversales », apparaissant de manière récurrente au long de toute la négociation, car liées à la définition de termes fondamentaux pour la conception même de la Convention, étaient largement fondées sur cette inquiétude. Des définitions ont dû être introduites dans l'article 4 de la Convention afin d'apaiser cette appréhension. Elles n'ont d'effets, néanmoins, que dans le cadre de l'interprétation de la Convention, bien qu'elles puissent servir éventuellement comme référence dans d'autres contextes, surtout une fois que la Convention sera ratifiée par un grand nombre d'États⁵⁴⁰.

2 - L'intitulé

Le choix de l'intitulé « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles » a été le résultat de discussions approfondies entre les négociateurs à l'UNESCO. Des divergences existaient notamment vis-à-vis de l'emploi du terme « expressions culturelles », ainsi que de celui de « protection ».

a) Les « expressions culturelles »

L'avant-projet préparé par les experts indépendants portait initialement sur la « protection de la diversité des contenus culturels et

539 Tel que prôné par P. SAUVE, « Introduction », *op. cit.*, p. 19.

540 La Commission européenne s'est déjà référée explicitement aux définitions de la Convention dans les Protocoles de coopération culturelle qu'elle a négociés parallèlement à des accords de commerce, par exemple avec les pays du Cariforum et avec la Corée du Sud.

des expressions artistiques ». Il ne s'agissait donc pas de traiter la « diversité culturelle » dans son sens large. Il contenait, néanmoins, des références multiples à cette expression, reprises dans le texte final de la Convention⁵⁴¹. Les négociateurs ont ainsi souhaité définir la « diversité culturelle » aux fins de la Convention. Selon l'article 4.1, elle couvre la multiplicité des formes d'expression et de transmission de culture, y compris à travers « *divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés* », ce qui reflète une approche assez pragmatique du concept, liée aux échanges commerciaux des produits et services culturels⁵⁴².

L'expression « diversité des contenus culturels et des expressions artistiques », comprise dans l'intitulé de l'avant-projet, n'était pas non plus sans poser des problèmes de précision. Afin de mieux la définir, une série de termes ont fait l'objet de discussions. En premier lieu, il a été question de celui de « culture ». Faute d'accord entre les États et du fait de son existence dans le cadre d'autres instruments de l'UNESCO, il a été considéré préférable de ne pas le définir dans la Convention. Les « contenus culturels » et les « expressions artistiques » semblaient se référer à une première conception de « culture », plus restreinte et capable d'être entendue dans le sens de l'« expression culturelle » d'un groupe (comprenant la création, la production, la distribution et la diffusion de contenus culturels)⁵⁴³. Telle a été la proposition des experts indépendants (à la suite des réunions dites de catégorie VI), le terme « expression culturelle » étant compris comme contenant à la fois les contenus culturels et les expressions artistiques. Il a ainsi été retenu pour l'intitulé du texte final de la convention⁵⁴⁴.

541 Dans son préambule, ainsi qu'aux articles 2.1 (Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales), 2.6 (Principe du développement durable), 2.7 (Principe de l'accès équitable), 14 (d) et 18 (coopération et création d'un Fonds international pour la diversité culturelle).

542 Bien que cette conception ait également un fort aspect anthropologique (S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 118, et H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », in N. OBULJEN, J. SMIRN (ed.), *The UNESCO Convention on the promotion and protection of the diversity of cultural expressions – Making it work*, Culturelink Joint Publications Series No. 9, Institute for International Relations, Zagreb, 2006, pp. 75-76), tel que l'atteste le préambule de la Convention, qui mentionne l'importance des savoirs traditionnels, le rôle des femmes dans la société ou les expressions culturelles traditionnelles (« folklore »).

543 I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, p. 8.

544 Ce choix n'implique « *ni rétrécissement ni élargissement de la portée du futur instrument* » (Rapport préliminaire du Directeur général contenant deux avant-projets de conventions sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Paris, 3 mars 2005). L'acceptation de cette formule a posé beaucoup de problèmes, aucune décision n'ayant été prise à ce propos jusqu'à la fin de la seconde réunion d'experts gouvernementaux.

Le choix de la formule « expressions culturelles » a été l'une des « questions transversales » les plus importantes des négociations. Beaucoup d'objections ont été opposées à son utilisation, en raison notamment de son lien avec les produits, services et activités culturelles et, par conséquent, de son approche davantage commerciale. Dans le « texte consolidé » élaboré par le Président des réunions d'experts intergouvernementaux et soumis à la troisième de ces réunions, ce lien était plus explicite, les expressions culturelles étant définies comme « *les expressions véhiculées par les activités, biens et services culturels résultant de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, qui ont un contenu culturel* »⁵⁴⁵. Les pays souhaitant écarter au maximum la Convention du domaine commercial (tels que les États-Unis et le Japon) se sont fortement opposés à l'utilisation de ces termes.

Les « expressions culturelles » ont été finalement définies comme « *les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel* ». L'expression « contenu culturel » a été précisée à son tour, la Convention stipulant qu'il « *renvoie au sens symbolique, à la dimension artistique et aux valeurs culturelles qui ont pour origine ou expriment des identités culturelles* ». La protection et la promotion des expressions culturelles consistent ainsi en une voie importante pour l'accomplissement de la diversité culturelle.

b) La protection de la diversité

Un autre terme du titre de la Convention ayant soulevé beaucoup de discussion est celui de « protection ». Inlassablement refusé par les États-Unis, qui le considéraient comme pouvant servir à justifier des mesures de « protectionnisme » commercial de la part des futures Parties, ce terme a été néanmoins maintenu dans l'intitulé et le texte final de la Convention. D'utilisation courante en droit international, le terme « protection » ne se confond pas, dans la plupart des cas, avec celui de « protectionnisme ». Sa définition découle, en effet, de l'objet de chaque texte juridique dans lequel il est inséré, ainsi que des droits et obligations qu'il établit. C'est ainsi que, pour l'UNESCO, la présence de ce terme non seulement dans la Convention, mais aussi dans des traités précédents, n'implique pas de connotation commerciale : « *accolé au terme de « promotion », il signifie la nécessité d'assurer la vie des expressions culturelles mises à mal par l'accélération du processus de mondialisation* »⁵⁴⁶.

L'alternative proposée par les États-Unis consistait à remplacer « protection » par « préservation ». Ils justifiaient cette position sur la base d'une ambiguïté du terme « protection », qui pouvait, selon eux,

⁵⁴⁵ Texte consolidé contenu dans *idem, op. cit.*

⁵⁴⁶ UNESCO, *Dix clés pour la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 2006, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502F.pdf> >, p. 5.

faire référence au commerce, à l'investissement ou à la propriété intellectuelle. Alternativement, dans le cas où le terme « protection » devrait être utilisé, ils proposaient un ajout à sa définition, qui se lirait comme suit : « *L'interprétation et l'utilisation de ce terme ne doit pas ajouter, diminuer ou autrement affecter les droits, obligations ou responsabilités des États en ce qui concerne le commerce, l'investissement ou les droits de propriété intellectuelle* »⁵⁴⁷.

L'objectif d'une telle proposition était de repousser toute influence de la Convention sur le commerce des produits et services culturels, en renforçant la position américaine d'infériorité de la Convention par rapport à d'autres accords internationaux (tels que les accords commerciaux) dans la définition de son objet même. Il s'agissait en définitive de nier la double nature commerciale et culturelle des produits et services culturels et de consacrer la supériorité des intérêts commerciaux sur les intérêts culturels, retirant de la Convention toute capacité à répondre efficacement aux défis posés à la diversité culturelle par la mondialisation et le libre-échange. Or, la Convention a été proposée et ensuite adoptée par la majorité des États membres de l'UNESCO justement car elle pouvait avoir une influence sur la libéralisation commerciale des produits et services culturels. Par ailleurs, l'inadéquation du terme « préservation » découle aussi du fait qu'il peut être interprété comme impliquant une stabilité que le concept dynamique de diversité culturelle ne saurait supporter. Cette dynamique culturelle est consacrée dans la Convention à travers notamment l'inclusion du concept d'« interculturelité » (article 4.8). En raison du refus par la majorité des États de la proposition américaine, le terme « préservation » a été écarté par le Comité de rédaction lors de sa première réunion. Si la grande majorité des États étaient d'accord pour affirmer que la Convention n'avait pas en soi d'objectifs protectionnistes, l'interprétation que chaque pays donnait à cette affirmation n'était néanmoins pas uniforme⁵⁴⁸.

L'article 4.7 de la Convention définit la « protection » en tant que « *l'adoption de mesures visant à la préservation, la sauvegarde et la mise en valeur de la diversité des expressions culturelles* ». La « protection » semble ainsi dépasser le seul cadre de la « préservation », en admettant que des mesures soient également instituées pour la « sauvegarde » et la « mise en valeur » de la diversité. Le terme « sauvegarde » a également soulevé des craintes de certains États (comme les États-Unis), car pouvant avoir une connotation restrictive du commerce dans le cadre des accords commerciaux. La définition de l'article 4.7 paraît tenter d'écartier cette appréhension, mais les notions qu'il énumère restent assez imprécises. Dans des conventions antérieures de l'UNESCO, comme la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

547 I. BERNIER, « La seconde session de la réunion (...) », *op. cit.*, pp. 24-25.

548 Voir, pour plus de détails sur les négociations sur cette question, *idem*, pp. 24-26.

adoptée en 2003, le terme « sauvegarde » est défini de manière assez large, recouvrant même la « protection » et la « promotion »⁵⁴⁹.

Dans la Convention de 2005, l'objectif de « protection » de la diversité des expressions culturelles s'accompagne souvent de celui de « promotion », en reprenant une formule utilisée dans le cadre d'actions précédentes en faveur de la diversité culturelle. D'une part, cette apposition renforce une distinction entre ces deux termes : tandis que la promotion viserait à inciter et favoriser le développement d'expressions culturelles, la protection concernerait plutôt la garantie d'existence et la mise à l'abri de cette même diversité. Dans la pratique, les mesures de protection peuvent, néanmoins, avoir aussi des résultats de promotion et vice-versa. D'autre part, l'utilisation simultanée et conjointe des deux termes implique qu'ils sont indissociables. Si la protection signifie la garantie de survie des expressions culturelles, la promotion « invite à la régénération perpétuelle des expressions culturelles, afin de lutter contre leur muséification, folklorisation ou réification »⁵⁵⁰. Puisque la Convention vise à garantir que ses Parties puissent avoir recours à toutes les mesures nécessaires en faveur de leurs expressions culturelles (en respectant les éventuels engagements commerciaux assumés), il est naturel qu'elle ait un champ d'application large, englobant tant les mesures de « protection » que celles de « promotion ».

3 - Le champ d'application

Pour certains auteurs, la formule « expressions culturelles » supposerait un champ d'application excessivement large. La Convention serait selon eux capable d'avoir des effets non seulement sur les mesures touchant, par exemple, aux produits audiovisuels, aux livres et aux revues, mais aussi aux vins, aux spiritueux, aux automobiles et au tourisme⁵⁵¹. Une analyse systémique de la Convention et notamment la définition que celle-ci adopte des politiques et mesures culturelles, ainsi que des « activités, biens et services culturels », semble toutefois écarter une telle interprétation.

549 Dans la Convention de 2003, la « sauvegarde » est définie en tant que « mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine » (souligné par l'auteur). Sur le manque de certitude sur l'interprétation de ces termes, voir M. CORNU, « La protection du patrimoine culturel immatériel », in N. MEZGHANI et M. CORNU (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation – Les aspects internationaux*, Tome II, Coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, L'Harmattan, Paris, 2004, p. 216.

550 UNESCO, *Dix clés pour la Convention (...)*, op. cit., p. 5.

551 Voir par exemple T. VOON, « UNESCO and the WTO: a Clash of Cultures ? », in *ICLQ*, 55 (3), July 2006, <<http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf>>, pp. 1-2, et M.J. HAHN, « A Clash of Cultures ? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law », in *JIEL*, vol. 9, September 2006, pp. 538-539.

L'article 3 définit le champ d'application de la Convention comme couvrant les « *politiques et [les] mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles* »⁵⁵². Cela témoigne d'une approche matérielle, fondée sur le contenu des politiques et mesures, plutôt que sur le fait qu'elles soient qualifiées comme telles par chaque État. Il s'agit uniquement de mesures étatiques, la Convention ne créant pas de droit ou d'obligation à d'autres acteurs.

Au cours des négociations pour l'élaboration de la Convention, une proposition de rédaction de l'article relatif au champ d'application stipulait que « *La présente Convention s'applique aux politiques et aux mesures prises par les États parties qui ont un impact sur la diversité des expressions culturelles* » (souligné par l'auteur). Une telle rédaction élargissait la portée de la Convention par rapport à celle qui a été finalement adoptée, car elle aurait pu couvrir non seulement des politiques principalement culturelles, mais également des politiques adoptées dans d'autres domaines que celui de la culture. La version retenue dans le texte final de la Convention implique que celle-ci ne couvre que les politiques et mesures directement relatives à la culture, instituées pour avoir un effet direct sur celle-ci⁵⁵³. Elle a le mérite de mieux encadrer l'application de la Convention et, par conséquent, de non seulement rallier un plus grand nombre d'États en sa faveur, mais aussi de la rendre plus efficace.

L'expression « politiques et mesures culturelles », qui apparaît à plusieurs reprises au long du texte de la Convention, ne coïncide pas exactement avec celle contenue à l'article 3 suscitée. La définition de l'article 4.6 de la Convention relève d'une approche plus compréhensive, mais ne semble, cependant, pas s'écarter excessivement de la même idée. Les « politiques et mesures culturelles » comprennent, selon cet article, les « politiques et mesures relatives à la culture, à un niveau local, national, régional ou international, qu'elles soient centrées sur la culture en tant que telle, ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, groupes ou sociétés, y compris sur la création, la production, la diffusion et la distribution d'activités, de biens et de services culturels et sur l'accès à ceux-ci » (souligné par l'auteur). L'avant-projet de convention de juillet 2004 introduisait une liste non exhaustive de politiques culturelles dans une annexe. Elle a été finalement éliminée car, si, d'un côté, elle semblait pouvoir trop élargir la portée de l'expression et, par conséquent, le champ d'application de la

552 Voir, sur l'interprétation de l'article 3, H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 75, ainsi que, du même auteur, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 17.

553 Cette précision, déjà établie dans l'avant-projet élaboré par les experts indépendants, confirme que la Convention constitue un accord de nature et finalité culturelles. Voir *idem*, p. 16.

Convention, de l'autre, elle risquait de rigidifier l'identification de ces politiques.

Les « politiques et mesures relatives à la culture » semblent englober les « politiques et mesures relatives à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles ». Une interprétation systémique de la Convention permet de concilier les deux formules. La définition de l'article 4.6 vise à expliquer, dans le contexte de la Convention, ce que les Parties comprennent par cette expression lorsqu'elle est employée dans d'autres dispositions, comme les articles 5 et 6. De ce point de vue, elle n'envisage donc pas fondamentalement à définir l'article 3. À l'inverse, celui-ci paraît contribuer à la construction d'une interprétation plus correcte de l'expression « politiques et mesures culturelles », car il résume l'esprit de la Convention dans son ensemble.

Les politiques et mesures culturelles devant s'appliquer à la création, à la production, à la diffusion et à la distribution « *d'activités, de biens et de services culturels* », il était nécessaire de définir également ce que l'on entendait par ces termes. En effet, le choix de la formule « activités, biens et services culturels » a fait l'objet de beaucoup de discussions, notamment en raison de leur possible connotation commerciale. Les États-Unis et le Japon ont en réaction proposé initialement qu'ils soient remplacés par des termes comme « objets » et « manifestations ». La difficulté d'un consensus a conduit à l'étude de la définition de ces termes par le même groupe de travail informel qui s'est investi à la fin des négociations dans les discussions au sujet du terme « protection ».

L'idée initiale de l'avant-projet de Convention d'annexer une liste exemplative « d'activités, biens et services culturels » au texte final a été écartée, en raison des difficultés quant à leur délimitation et du risque d'affaiblir l'appui à la Convention. Dans le cadre de celle-ci, les « activités, biens et services culturels » sont compris en tant que véhicules d'expressions culturelles, pouvant ou non avoir une valeur commerciale. Ils sont délimités sur la base « de leur qualité, de leur usage *ou* de leur finalité spécifiques », critères qui peuvent donc se présenter alternativement et qui élargissent par conséquent leur champ de définition (article 4.4)⁵⁵⁴. Leur application pourrait impliquer l'inclusion, par exemple, du secteur de la publicité parmi les industries culturelles : bien que sa finalité et son usage soient principalement commerciaux, du point de vue de la qualité de ces services, il est possible d'affirmer qu'ils « incarnent ou transmettent des expressions culturelles ».

554 Pour J. WOUTERS et B. DE MEESTER, *op. cit.*, p. 8, en couvrant ces trois catégories, la notion d'« expression culturelle » va au-delà des produits et services culturels traditionnels et englobe toute forme d'expression ou de manifestation résultant de la créativité, y compris l'usage d'une langue pour exprimer un contenu culturel. Elle dépasse ainsi une interprétation liée principalement au commerce international.

L'article 4.4 stipule encore que « *Les activités culturelles peuvent être une fin en elles-mêmes, ou bien contribuer à la production de biens et services culturels* »⁵⁵⁵. Elles peuvent donc ne pas présenter une rationalité commerciale. Selon certains auteurs, l'ajout dans la Convention du terme « activités » à « biens et services culturels » impliquerait ainsi la dilution de cette dernière expression, en raison de sa connotation « polysémique et extensible »⁵⁵⁶. Quoi qu'il en soit, la référence aux « activités » qui sont « une fin en elles-mêmes » et qui ont donc en premier lieu une valeur culturelle (pouvant ne pas être mises sur le marché) confirme une connotation culturelle de la Convention, dans la lignée des instruments de l'UNESCO en faveur de la culture.

Une autre expression ayant soulevé des préoccupations quant aux effets de la Convention sur le domaine commercial et liée à celle d'« activités, biens et services culturels » est celle d'« industries culturelles »⁵⁵⁷. La référence au terme « industries » contenait pour les États-Unis une connotation commerciale inacceptable dans le cadre d'une convention culturelle. Son utilisation n'est toutefois pas étonnante lorsque les objectifs et la signification de la Convention sont compris.

B - La méthode de la Convention

La Convention s'applique à garantir que ses Parties puissent adopter et maintenir des mesures de soutien à leurs expressions culturelles selon leurs besoins et particularités. Elle envisage d'assurer que ces mesures puissent continuer d'exister et d'évoluer, en garantissant tant la possibilité pour les Parties de financer des œuvres locales de qualité et en quantité, que leur capacité d'échanger les œuvres produites localement sur le marché international. À cette fin, la Convention prévoit une série de droits et d'incitations pour les Parties, qui visent à leur donner la flexibilité nécessaire pour choisir les mesures qu'elles considèrent les

555 L'avant-projet de convention attachait la notion de « biens et services culturels » à la présence de trois caractéristiques : « (a) ils sont le résultat du travail humain (*industriel, artistique et artisanal*) et requièrent, pour leur production, l'exercice de la créativité humaine ; (b) ils expriment ou transmettent un sens symbolique et sont, de ce fait, dotés d'une valeur ou d'une signification culturelle distincte de toute valeur commerciale qu'ils pourraient détenir ; (c) ils génèrent, ou peuvent générer, une propriété intellectuelle, qu'ils soient ou non protégés par la législation existante sur la propriété intellectuelle » (souligné par l'auteur) (CLT/CPD/2004/CONF.201/2, pp. 4-5). L'inclusion de la phrase « qu'ils soient ou non protégés par la législation existante sur la propriété intellectuelle » semble dangereuse, puisqu'elle va plus loin que les accords signés par les États parties. De l'avis de l'auteur, le maintien d'une telle phrase aurait étendu excessivement les obligations des Parties en matière de propriété intellectuelle.

556 S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 118.

557 L'article 4.5 de la Convention définit les « industries culturelles » par renvoi à la définition d'« activités, biens et services culturels », en tant que « *industries produisant et distribuant des biens ou services culturels (...)* ».

plus adaptées à leurs besoins. Il incombera ainsi à chaque Partie de décider de recourir à un certain type de mesure plutôt qu'à un autre, ou d'y recourir à un degré plus ou moins grand.

L'article 5 de la Convention (« Règle générale concernant les droits et obligations ») réaffirme le « *droit souverain [des Parties] de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour renforcer la coopération internationale* ». Il encourage les États à préserver leur marge de manœuvre pour adopter des mesures de politique culturelle lors des négociations commerciales (multilatérales, régionales ou bilatérales), en leur fournissant une justification juridique pour la non prise d'engagements commerciaux dans les secteurs culturels. D'un autre côté, toutefois, cette même souveraineté permet que les États puissent « *considérer que la meilleure façon de promouvoir, voire de protéger la diversité culturelle, consiste à libéraliser les secteurs concernés, en ouvrant l'accès à leur marché national* »⁵⁵⁸, ce qui est également conforme au principe d'ouverture et d'équilibre que la Convention prévoit.

Une référence aux droits de l'homme dans cet article réitère le premier principe de la Convention, celui « du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il consacre le rapport entre la diversité culturelle et les droits de l'homme, en affirmant que « [1]a diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis ». Il s'agit du principe le plus ferme de la Convention, ayant une plus grande portée normative que les autres principes directeurs. La diversité culturelle est ainsi intimement liée aux libertés individuelles fondamentales⁵⁵⁹ et ne saurait aller à leur rencontre⁵⁶⁰. Elle ne peut être utilisée en faveur de la censure ou de l'imposition de barrières à des expressions culturelles (y compris les expressions étrangères), ce qui contredit clairement l'un des arguments avancés par les négociateurs américains, selon lequel la Convention porterait atteinte à la liberté d'expression, en justifiant des mesures de censure de la part des Parties.

558 S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 117. Voir également, dans le même sens, H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 77.

559 Il n'est toutefois pas question dans la Convention des droits de groupe ou droits collectifs, malgré les mentions des minorités et peuples autochtones (*Idem*, p. 78).

560 F. FRANCONI, *op. cit.*, p. 303, affirme l'inséparabilité de la diversité culturelle et des droits de l'homme, « *both in the sense that the former implies a commitment to the fulfillment of human rights and fundamental freedoms (...), and in the sense that cultural diversity may not be invoked as an excuse to infringe upon human rights guaranteed by international law* ». La diversité culturelle ne peut en effet servir à justifier un « relativisme » des droits de l'homme de la part des Parties à la Convention.

Afin de garantir le respect des principes directeurs de la Convention, l'article 5.2 dispose que « [l]orsqu'une Partie met en œuvre des politiques et prend des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire, ses politiques et mesures doivent être compatibles avec les dispositions de la présente Convention ». Toute mesure adoptée sur la base de la Convention devra se conformer à certaines conditions et respecter les limites qu'elle prévoit. Les Parties devront ainsi se conformer, par exemple, au principe d'accès équitable (article 2.7) et à celui d'ouverture et d'équilibre (article 2.8).

La partie IV de la Convention (articles 5 à 19) concerne les « droits et obligations des Parties ». Certains de ces droits et obligations relèvent de l'activité interne et unilatérale de chaque État, tandis que d'autres visent plus spécifiquement leur action sur le plan international et leurs efforts de coopération en matière culturelle avec d'autres États.

1 - L'action sur le plan interne

La Convention de 2005 met à la disposition des Parties une série de mesures de politique culturelle sur le plan interne. Elles sont d'une grande variété et flexibilité, et couvrent la plupart des mesures de politique nationale analysées dans la première partie de cet ouvrage. Si certaines dispositions visent à établir une flexibilité relativement au choix des mesures culturelles, d'autres règles envisagent de favoriser une plus grande coordination avec d'autres secteurs et d'autres acteurs sur le plan interne.

a) La flexibilité quant au choix des mesures

L'affirmation du droit des États d'agir, unilatéralement, sur le plan interne pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles apparaît à l'article 6. Relatif aux « droits des parties au niveau national », il dispose que chaque Partie puisse adopter des mesures à cette fin, selon les circonstances et les besoins qui lui sont propres (§ 1). Il s'agit de la « légitimation inconditionnelle »⁵⁶¹ d'une série de mesures, ce qui représente un acquis considérable pour les défenseurs de la diversité culturelle. En effet, cet article prévoit non seulement la possibilité d'adoption de mesures de politique culturelle par les Parties, mais également la flexibilité nécessaire pour le faire, en contribuant à une meilleure articulation de la Convention avec les dispositions d'autres accords. Cette flexibilité est garantie par l'existence d'imprécisions ou d'incertitudes sur les termes utilisés. La gamme des mesures gouvernementales possibles en matière culturelle étant très large, il est essentiel que chaque État puisse juger de l'utilité des différents types de mesure, conformément à la situation spécifique de son marché culturel.

561 C. BEAT GRABER, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO ? », in *JIEL*, vol. 9, n° 3, September 2006, p. 558.

L'article 6.2 fournit une liste exemplative de mesures pouvant être adoptées par les Parties, sous condition, bien évidemment, qu'elles n'aient pas limité cette faculté par des engagements commerciaux. L'introduction d'une telle liste évite que l'article ne soit trop vague ou trop limitatif, en énonçant les principaux types de mesure à la disposition des Parties⁵⁶². Les mesures sont prévues selon leur finalité, ce qui laisse aux États une marge de manœuvre large pour fixer les moyens d'y arriver.

Le premier type de mesure (alinéa (a)) concerne les « mesures réglementaires », pouvant être comprises par opposition aux « mesures financières ». D'importance primordiale notamment pour les pays en développement, elles reçoivent les plus grandes critiques de ceux qui prônent le libre commerce dans le secteur culturel, comme les États-Unis (tel que le démontrent les accords bilatéraux de commerce conclus par cet État).

Il s'agit, par exemple, des exigences de contenu local, dont la légitimité est également affirmée à l'alinéa (b) : « *les mesures qui, d'une manière appropriée, offrent des opportunités aux activités, biens et services culturels nationaux, de trouver leur place parmi l'ensemble des activités, biens et services culturels disponibles sur son territoire, pour ce qui est de leur création, production, diffusion, distribution et jouissance, y compris les mesures relatives à la langue utilisée pour lesdits activités, biens et services* » (souligné par l'auteur). De l'avis de l'auteur de cet ouvrage, cette légitimité n'a pas été remise en question par l'affaiblissement de cet alinéa par rapport à la rédaction de l'article 6 de l'avant-projet (« *mesures qui réservent (...) une place (...)* »), lequel était effectivement beaucoup plus clair quant à l'acceptabilité des quotas de contenu local ou des licences aux produits et services étrangers. L'alinéa (b) a certes été modifié au long des négociations en vue d'écarter toute notion pouvant avoir un lien avec l'idée de protectionnisme commercial, mais le recours aux exigences de contenu local semble rester couvert par ce dispositif. L'observation relative à la langue des activités, biens et services culturels renvoie aisément aux quotas français, québécois et de la communauté française de Belgique. L'inclusion de l'expression « d'une manière appropriée » fait ressortir la nécessité d'équilibre et de proportionnalité entre les mesures qui garantissent le « minimum national » et le besoin d'ouverture et de pluralité sur le marché. Elle risque d'affaiblir cette disposition en faveur des préoccupations de libéralisation du commerce. Le Comité intergouvernemental aura un rôle majeur à jouer, lors de l'analyse des rapports étatiques, afin de déterminer le respect des principes de la Convention et, parmi eux, le principe d'ouverture et d'équilibre.

562 En effet, « *une telle liste, même sans être limitative, est facteur de sécurité juridique dans la mesure où elle précise, et donc encadre dans une certaine mesure, la manière dont les États pourront exercer leurs prérogatives* » (H. RUIZ FABRI, « État des négociations de la convention (...) », *op. cit.*, p. 4).

L'alinéa (c) traite des « *mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels* » (souligné par l'auteur). Le soutien gouvernemental peut donc bénéficier non seulement aux arts et aux artistes « professionnels », mais également aux formes d'art « émergentes » ou « expérimentales ». Sources importantes de diversité, elles contribuent au pluralisme, à la liberté d'opinion et d'expression et à la démocratie. Il n'y a cependant pas de précision dans la Convention relativement à ce qui doit être considéré comme « industrie culturelle nationale indépendante » ou « secteur informel ». Afin que ces mesures puissent être effectives et atteignent l'« accès véritable » aux moyens de production, diffusion et distribution que la Convention prévoit, elles devront être accompagnées d'initiatives en matière de contrôle de la concurrence.

L'alinéa (d) porte ensuite sur « *les mesures qui visent à accorder des aides financières publiques* » et semble couvrir aussi bien les aides accordées directement par les pouvoirs publics que celles découlant de l'abandon de certaines ressources par le gouvernement. Une question qui n'est pas tranchée par la Convention est celle de la possibilité de discrimination lors de l'attribution d'aides financières, ce qui paraît poser le plus de problème pour ceux qui s'y opposent. Il s'agit en effet d'un des arguments utilisés par l'industrie américaine, défendant l'application de ces mesures de soutien au bénéfice de toutes les entreprises agissant sur le marché de l'État qui les attribue. Puisque l'article 6.1 ne fait référence qu'aux « expressions culturelles » en général (et pas uniquement aux expressions locales ou nationales) existantes sur le territoire de l'État qui adopte la mesure, cette interprétation pourrait être soutenue. Le retrait de toute clarification du texte final semble conforter cette opinion : jusqu'à la version de mars 2005 (texte composite) de l'avant-projet, l'article 6 (c) visait « *les mesures qui visent à accorder des aides financières publiques, dont il appartient aux [parties] de définir la nature, l'importance et les bénéficiaires* » (souligné par l'auteur). Si cette dernière formule avait le mérite d'enlever tout doute sur la liberté des États dans ce domaine, l'imprécision sur la question semble pourtant leur laisser une marge d'appréciation considérable.

La Convention légitime ensuite l'action des Parties en faveur des échanges commerciaux de produits et services culturels. Elle traite ainsi des « *mesures qui visent à encourager les organismes à but non lucratif, ainsi que les institutions publiques et privées, les artistes et les autres professionnels de la culture, à développer et promouvoir le libre échange et la libre circulation des idées et des expressions culturelles ainsi que des activités, biens et services culturels, et à stimuler la création et l'esprit d'entreprise dans leurs activités* » (alinéa (e)). Le premier mérite de cet alinéa se trouve dans la mention des différents acteurs pouvant intervenir

en faveur des expressions culturelles et de l'importance de leur participation pour la diversité. La référence aux mesures d'encouragement du libre-échange et de la libre circulation semble permettre une interprétation plutôt commerciale de ce dispositif, qui est de plus corroborée par l'incitation au développement de l'esprit d'entreprise. Cela est entièrement compatible avec le principe d'ouverture et l'interculturalité prônés par la Convention, ainsi que le besoin de renforcement de la compétitivité des industries culturelles nationales sur le marché. Cependant, cet alinéa pourrait inciter certaines Parties à ouvrir davantage leurs marchés culturels⁵⁶³, ce qui risquerait, selon le degré de cette ouverture, de mettre en péril la survie de leurs expressions culturelles.

Un autre type de mesure garanti par la Convention concerne l'établissement et le soutien « *de façon appropriée, [d]es institutions de service public* » (alinéa (f)). Une plus grande participation du secteur public à la propriété des moyens de communication et d'information acquiert une importance fondamentale face à l'avènement des nouvelles technologies⁵⁶⁴. Ce rôle est ici assuré, les Parties pouvant non seulement maintenir et aider les institutions déjà existantes, mais aussi en établir des nouvelles. Les mesures en faveur du service public de radiodiffusion font encore l'objet de l'alinéa (h), relatif aux « *mesures qui visent à promouvoir la diversité des médias, y compris au moyen du service public de radiodiffusion* ». En renforçant l'alinéa (f), il clarifie la légitimité des institutions publiques dans le secteur de la radiodiffusion. La consécration conventionnelle des services publics sur le plan international qui s'opère à travers ces deux alinéas offre un potentiel considérable pour l'avenir⁵⁶⁵, surtout si un contrôle efficace de la concurrence sur le marché culturel est réalisé en parallèle. Elle va, en effet, directement à l'encontre de la tendance à la privatisation des secteurs culturels et en particulier du secteur de l'audiovisuel. Il est à noter, enfin, que la référence aux « institutions de service public » et non aux « obligations de service public », par exemple, implique une approche organique, où exclusivement des organismes publics prennent en charge les obligations

563 S. REGOURD se réfère à cette possibilité comme une « interprétation boomerang » (« Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 119).

564 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, p. 195, ainsi que Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op.cit.*, pp. 23-24. En effet, pour le Conseil de l'Europe (*Idem*, p. 34), « *Ce n'est qu'en assurant une position forte de ces radiodiffuseurs à l'ère numérique et sur toutes les nouvelles plates-formes que les États pourront garantir que le public continue à avoir l'accès le plus large possible à l'information. À une époque où les développements technologiques vont renforcer la concentration transnationale dans le secteur des médias, les radiodiffuseurs de service public sont la seule voie sûre permettant d'offrir de manière continue un environnement dans lequel des informations diversifiées et équilibrées sont disponibles sur les services de radiodiffusion et les nouvelles plates-formes* ».

565 S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 117.

de service public. L'alinéa (f) ne mentionne donc pas l'attribution d'obligations de service public à des personnes privées⁵⁶⁶.

Un autre type de mesure concerne la situation des artistes (« *mesures qui visent à encourager et soutenir les artistes ainsi que tous ceux qui sont impliqués dans la création d'expressions culturelles* »). Une production riche et diversifiée d'expressions culturelles exige que soit accordée une attention particulière aux conditions des artistes et notamment à leur rémunération. L'alinéa (g) prend en compte cette préoccupation, mais ne fournit pas de précision quant aux moyens nécessaires pour y répondre. Il aurait fallu traiter d'aspects relatifs, par exemple, à la protection de la propriété intellectuelle, thème où un consensus n'aurait de toute façon pas été atteignable au moment des négociations de la Convention. Il s'agit pourtant d'un problème qui lui est complémentaire, dont les contours et certaines pistes de réponse semblent pouvoir être trouvés dans la Recommandation de l'UNESCO relative à la condition de l'artiste du 27 octobre 1980.

L'article 8 apporte un peu plus de précision quant à la possibilité pour les Parties d'adopter des mesures de protection dans le cas spécifique d'expressions culturelles sur leurs territoires « *soumises à un risque d'extinction, à une grave menace, ou [qui] nécessitent de quelque façon que ce soit une sauvegarde urgente* » (article 8.1)⁵⁶⁷. Après avoir identifié une de ces situations, l'État partie en question peut « *prendre toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les expressions culturelles* » et fait rapport au Comité intergouvernemental sur les mesures qu'il a dû prendre « *pour faire face aux exigences de la situation* ». Le Comité pouvant faire des recommandations concernant ces mesures, il est probable qu'il analyse leur caractère « approprié » par rapport aux objectifs qu'elles visent à atteindre⁵⁶⁸. Il pourra ainsi contrôler le respect des principes directeurs de la Convention, tel que celui d'ouverture aux autres cultures.

L'article 7, à son tour, fait exclusivement référence à la promotion des expressions culturelles, prévoyant que les Parties « s'efforcent » de prendre des mesures visant à créer un environnement favorable à la création, à la production, à la diffusion, à la distribution et à l'accès de

566 H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 6.

567 L'article 8 est le seul où les mesures de protection sont visées sans une référence simultanée à la « promotion ». Le fait que les mesures de « protection » soient, dans les autres dispositions de la Convention, mentionnées toujours de pair avec celles de « promotion » peut influencer sur leur interprétation. En effet, la « promotion » semble plus facilement conciliable avec l'idée d'ouverture aux échanges (H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 77).

568 Pour une analyse plus approfondie de l'article 8, voir L. RICHIERI HANANIA et H. RUIZ FABRI, « Commentary on article 8 », in S. VON SCHORLEMER, *Commentary on the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, à paraître.

chaque individu. Il prévoit également l'encouragement des individus et groupes sociaux « à avoir accès aux diverses expressions culturelles provenant de leur territoire ainsi que des autres pays du monde ». Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation contraignante, elle reflète parfaitement deux dimensions complémentaires de la diversité culturelle, à savoir celle de la survie et du développement de chaque culture locale et celle de leur ouverture à toutes les autres cultures. Ce même article prévoit en outre que « *Les Parties s'efforcent également de reconnaître l'importante contribution des artistes et de tous ceux qui sont impliqués dans le processus créateur, des communautés culturelles et des organisations qui les soutiennent dans leur travail, ainsi que leur rôle central qui est de nourrir la diversité des expressions culturelles* » (§ 2, souligné par l'auteur). Il s'agit, encore une fois, d'une disposition présentant très peu de force contraignante.

En somme, si des droits larges et flexibles (car peu précis) sont reconnus aux Parties, la Convention n'établit en contrepartie pas de véritable obligation quant à l'adoption de mesures de politique culturelle. Sa mise en œuvre repose ainsi fortement sur la volonté politique des Parties. L'avantage d'une telle approche réside dans le fait qu'elle leur laisse la souplesse nécessaire pour que leurs mesures de politique culturelle soient les mieux adaptées à leur situation spécifique. Une conclusion similaire peut être tirée à l'égard de la coordination des différents domaines d'intervention des États, où l'imprécision relativement aux moyens transparait également.

b) L'extension des domaines d'action

L'article 10 (a) de la Convention détermine l'obligation pour les Parties de « favoriser » et « développer » « *la compréhension de l'importance de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles, notamment par le biais de programmes d'éducation et de sensibilisation accrue du public* ». À nouveau, elle n'impose pas d'actions précises de la part des Parties et reste largement dépendante de leur volonté politique. Elle ouvre toutefois une brèche importante sur le lien entre les mesures culturelles et d'éducation publique, favorisant un dialogue plus fructueux entre les différentes cultures nationales et garantissant une plus grande visibilité de la Convention. Elle est également en accord avec l'article 13, selon lequel les Parties s'efforcent d'inclure la culture dans leurs politiques de développement à tous les niveaux⁵⁶⁹. Le

⁵⁶⁹ Très faiblement contraignant, l'article 13 dispose que les Parties « s'emploient à intégrer la culture dans leurs politiques de développement, à tous les niveaux, en vue de créer des conditions propices au développement durable et, dans ce cadre, de favoriser les aspects liés à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles » (souligné par l'auteur). Cette disposition met en pratique l'un des principes directeurs de la Convention, qui reconnaît que « [l]a diversité culturelle est une grande richesse pour les individus et les sociétés. La protection, la promotion et le

développement durable de chaque État implique ainsi la prise en compte d'une composante culturelle⁵⁷⁰. La culture étant à la base d'un « développement humain », toute politique pour le développement devrait s'en inspirer et y être sensible⁵⁷¹. De nouvelles méthodes d'éducation à l'intérieur et à l'extérieur des écoles doivent être recherchées, de manière à permettre aux jeunes générations de connaître une large variété d'expressions culturelles. Une plus grande et profonde collaboration doit ainsi être construite entre les ministères de la culture et de l'éducation et également avec les autorités publiques au niveau régional et local⁵⁷². En outre, les efforts étatiques de promotion des expressions culturelles doivent passer d'une notion de « culture nationale » à celle d'acceptation de la diversité, de diversité ethnique et de diversité de choix des individus et groupes qui composent la société⁵⁷³, plus en accord avec des sociétés multiculturelles. L'éducation et la sensibilisation du public telles que prévues par l'article 10 de la Convention ont ainsi un rôle significatif à jouer.

La référence aux différents niveaux d'action des gouvernements à l'article 13 semble pouvoir être attachée à celle de décentralisation. Une meilleure distribution des fonctions entre les niveaux local, régional et national semble également pouvoir garantir une plus grande responsabilisation à chacun de ces niveaux. Le niveau local, plus proche de la population, est souvent le plus capable d'évaluer les besoins culturels de la société, et l'intervention gouvernementale à ce niveau peut donc mieux répondre à ces besoins. Le partage de fonctions devra être évidemment accompagné d'un partage de ressources et d'un contrôle effectif. Ces ressources pourront provenir du gouvernement central, mais il est également possible d'envisager des partenariats avec le secteur

maintien de la diversité culturelle sont une condition essentielle pour un développement durable au bénéfice des générations présentes et futures » (article 2.6).

570 La décennie de 1988-1997 a été proclamée par l'ONU comme Décennie mondiale du développement culturel, dont un des grands acquis a été la création de la Commission mondiale indépendante de la culture et du développement (WCCD – *World Commission on Culture and Development*). En octobre 1999, une conférence a été organisée par l'UNESCO et la Banque Mondiale portant sur « La culture compte : financements, ressources et économie de la culture pour un développement durable ».

571 World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.*, p. 232. Une coordination doit ainsi être recherchée entre les politiques culturelles et les politiques dans d'autres domaines, telle que la politique d'urbanisation et d'éducation (*Idem*, pp. 242-243).

572 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, p. 201.

573 Voir *idem*, pp. 86-87, ainsi que World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.*, p. 234 : « *Social integration and effective grass-roots democracy are necessary to create a sense of belonging and responsibility – two ingredients of meaningful citizenship* » (*Idem*, p. 238). C'est ainsi qu'en 1988, un nouveau *Multiculturalism Act* a été promulgué au Canada, ouvrant la voie à des programmes et politiques gouvernementales visant à soutenir la diversité culturelle en tant que caractéristique fondamentale de la société canadienne (*Idem*, p. 240).

privé et les organisations à but non lucratif, capables de fournir des fonds supplémentaires pour la réalisation de projets culturels. La combinaison de ces différentes formes de financement de l'art pourrait être organisée dans le cadre d'une stratégie concrète et cohérente. Au gouvernement central, il incomberait d'intervenir directement lorsqu'il serait question de corriger des tendances à l'inégalité régionale dans le pays.⁵⁷⁴

La décentralisation sur le plan culturel se situe déjà aujourd'hui au cœur des politiques culturelles de quelques pays développés, comme les Pays-Bas ou la Suisse. Le gouvernement brésilien s'est montré ouvert à ce type d'initiative ces dernières années avec l'institution du programme « *Cultura viva* » (Culture vivante) et la prévision de la création progressive des « points de culture » dans tout le pays. Elle vise à permettre que les minorités soient prises en compte et traitées équitablement. Une initiative dans le même sens sur le plan international a été développée par l'Alliance globale pour la diversité culturelle de l'UNESCO, avec l'établissement d'un réseau de « villes créatives ».

Parallèlement à la décentralisation de l'intervention en faveur de la culture, la participation de la société civile semble acquérir une importance particulière. L'article 11 de la Convention prône sa participation accrue, bien qu'aucune définition de ce que l'on comprend par « société civile » ne soit établie⁵⁷⁵. Il établit une obligation pour les Parties « d'encourager » « *la participation active de la société civile à leurs efforts en vue d'atteindre les objectifs de la présente Convention* ». Bien que faiblement contraignante, cette disposition témoigne de la reconnaissance par les négociateurs de l'importance de la société civile à côté des États pour la mise en œuvre adéquate de la Convention. Des partenariats avec la société civile sont également prévus dans le cadre de la coopération internationale.

2 - L'action sur le plan international

Les dispositions de la Convention relatives aux obligations des Parties sur le plan international et notamment en faveur de la coopération internationale semblent plus développées et précises que celles relatives à l'action étatique sur le plan national. L'article 12, par exemple, a été considéré comme ayant déjà un caractère opérationnel lors de la deuxième Conférence des Parties, n'exigeant pas l'élaboration de directives

574 L'intervention gouvernementale devra s'en tenir autant que possible à un rôle de « facilitateur », créant les conditions pour que les expressions culturelles qui ne sont pas offertes sur le marché puissent exister et se faire connaître (*Idem*, p. 237), mais en maintenant une certaine distance minimale par rapport à la vie culturelle (voir, pour des propositions, J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 201 et 203).

575 Il prévoit simplement que « *Les Parties reconnaissent le rôle fondamental de la société civile dans la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* », ce qui n'est pas très significatif d'un point de vue normatif.

opérationnelles par le Comité intergouvernemental⁵⁷⁶. Toutefois, comme pour les actions sur le plan national, les règles de coopération sont faiblement contraignantes. Elles concernent, d'une part, une coopération internationale générale et, d'autre part, la coopération en faveur des pays en développement.

a) La coopération internationale applicable à toutes les Parties

Une véritable obligation que la Convention impose aux Parties sur le plan international est celle de fournir, tous les quatre ans, dans le cadre de leurs rapports à l'UNESCO, des informations sur les mesures qu'elles auront prises en faveur de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles sur les plans interne et international (article 9 (a)). Il est également prévu que chaque Partie indique un « *point de contact chargé du partage de l'information relative à la présente Convention* » (article 9 (b)). Ces points de contact contribuent à la mise en œuvre de l'obligation de partager et d'échanger des informations (article 9 (c)), laquelle est liée à l'article 19, relatif à l'échange, l'analyse et la diffusion d'informations concernant la collecte de données, les statistiques et les meilleures pratiques de protection et de promotion relatives à la diversité des expressions culturelles (article 19.1). Pour certains auteurs, un « Observatoire de la vie culturelle » indépendant serait le mieux placé pour surveiller l'application de ces pratiques et examiner les modifications des politiques culturelles des États⁵⁷⁷. La création d'un « Observatoire de la diversité culturelle » a été en effet soumise à discussion, mais au final écartée des négociations.

Il incombe donc à l'UNESCO, par le biais de son Secrétariat, de faciliter la collecte, l'analyse et la diffusion de ces informations (article 19.2). L'organisation devra aussi créer et tenir à jour une banque de données « *concernant les différents secteurs et organismes gouvernementaux, privés et à but non lucratif, œuvrant dans le domaine des expressions culturelles* » (article 19.3) et assister les Parties qui le demandent à collecter les données prévues dans cet article. L'Institut de statistiques de l'UNESCO pourra contribuer à l'harmonisation des données disponibles sur le marché des produits et services culturels et, par conséquent, à une interprétation moins controversée et mieux fondée de telles données, capable de justifier pleinement l'adoption des politiques culturelles étatiques.

L'article 10 établit une obligation de coopération internationale à des fins d'éducation et de sensibilisation du public (alinéa (b)). L'alinéa (c) détermine, en outre, que les Parties « *s'emploient à encourager la créativité et à renforcer les capacités de production par la mise en place de programmes d'éducation, de formation et d'échanges dans le domaine*

576 Résolution 2CP 7, CE/09/2.CP/210/Res., du 17 juin 2009.

577 J. SMIERS, *Arts under pressure*, op. cit., p. 201.

des industries culturelles » (souligné par l'auteur). Cette obligation constitue une première application du principe directeur « de solidarité et de coopération internationale » (article 2.4), établissant la nécessité de renforcement des industries culturelles, et particulièrement celles des pays en développement. L'article 10 (c) affirme encore que les programmes d'éducation, de formation et d'échanges qu'il prévoit « *devraient être appliquées de manière à ne pas avoir d'impact négatif sur les formes de production traditionnelles* ».

Une obligation plus générale de coopération est établie par l'article 12, relatif à la promotion de la coopération internationale, qui dispose que les Parties « *s'emploient à renforcer leur coopération bilatérale, régionale et internationale afin de créer des conditions propices à la promotion de la diversité des expressions culturelles* » (souligné par l'auteur). Il ne s'agit encore pas d'une disposition contraignante. La coopération devra tenir particulièrement compte des situations spéciales traitées par l'article 8. Dans ce sens, l'article 17, relatif à la coopération dans les cas envisagés par l'article 8, traite des situations de menace grave contre les expressions culturelles⁵⁷⁸.

La coopération internationale préconisée par la Convention devra avoir « notamment » (et donc non exclusivement) comme finalité l'un des objectifs indiqués dans les alinéas de l'article 12 : la facilitation du dialogue en matière de politique culturelle, le renforcement « *des capacités stratégiques et de gestion du secteur public* », le renforcement des partenariats impliquant la société civile, les ONG et le secteur privé, ainsi que la promotion des nouvelles technologies et du partage d'information. On y trouve encore l'importance de l'échange d'informations sur les politiques culturelles, ainsi que de l'action du secteur public en faveur de la culture et des accords de coproduction et de codistribution. L'affirmation du rôle de ces accords pour la promotion de la diversité des expressions culturelles pourra fonder le refus des Parties d'éliminer leurs exemptions à la clause du traitement de la nation la plus favorisée dans le cadre des négociations de l'OMC. Puisque le réexamen de ces mesures dans cette organisation prend en compte leur utilité et nécessité, la Convention pourra ainsi être utilisée pour renforcer l'argumentation de ces États. Les accords de coproduction audiovisuelle sont d'ailleurs au cœur de la stratégie européenne en matière de politique audiovisuelle, ayant une place centrale dans les Protocoles de coopération culturelle que la Commission européenne négocie actuellement avec ses partenaires commerciaux.

578 Pour une analyse plus approfondie de l'article 17, voir L. RICHIERI HANANIA et H. RUIZ FABRI, « Commentary on article 17 », in S. VON SCHORLEMER, *Commentary on the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, à paraître.

b) *La coopération en faveur du développement*

La coopération visant particulièrement les besoins des pays en développement⁵⁷⁹ est prévue à l'article 14, intitulé « Coopération pour le développement ». Elle vise à « *favoriser l'émergence d'un secteur culturel dynamique* », capable de promouvoir le développement durable et la réduction de la pauvreté. L'article 14 envisage des modalités d'action dont il fournit une liste exemplative, ouvrant la possibilité d'adoption d'autres moyens si cela s'avérait utile ou nécessaire. Quatre fronts d'action sont ainsi indiqués, pour lesquels des moyens plus spécifiques sont prévus : le renforcement des industries culturelles des pays en développement⁵⁸⁰, le renforcement des capacités, le transfert de technologies et de savoir-faire, et le soutien financier.

L'article 15 complète l'article 14, en établissant des « modalités de collaboration » en faveur des pays en développement. Parmi ces modalités figurent des « partenariats novateurs » entre les secteurs public et privé et la société civile, en tant que moyen capable de répondre aux besoins concrets des pays en développement⁵⁸¹. Référence est faite au développement d'infrastructures dans ces pays, allié à la nécessité de transfert de technologie et de savoir-faire (reconnue à l'article précédent), ce qui peut soulever des questions importantes quant à l'efficacité de la protection actuelle de la propriété intellectuelle dans ces domaines. Les négociateurs de la Convention ne se sont pas penchés sur ces questions, se limitant à reconnaître « *l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle* » (préambule). Toutes les autres références aux normes relatives à la propriété intellectuelle ont été retirées du texte de la Convention au long de sa négociation, en raison de la crainte de certains États et d'une partie de la société civile que des formulations ambiguës n'affaiblissent les règles déjà existantes en la matière. Quoi qu'il en soit,

579 Voir sur cette question L. RICHIERI HANANIA et H. RUIZ FABRI, « The 2005 UNESCO Convention and International Cooperation on Development », in T. KONO, J. WOUTERS et S. VAN UYTSEL (org.), Intersentia, Helsinki, à paraître en 2009.

580 Ce qui peut être atteint « (i) en créant et en renforçant les capacités de production et de distribution culturelles dans les pays en développement ; (ii) en facilitant l'accès plus large de leurs activités, biens et services culturels au marché mondial et aux circuits de distribution internationaux ; (iii) en permettant l'émergence de marchés locaux et régionaux viables ; (iv) en adoptant, chaque fois que possible, des mesures appropriées dans les pays développés en vue de faciliter l'accès à leur territoire des activités, biens et services culturels des pays en développement ; (v) en soutenant le travail créatif et en facilitant, dans la mesure du possible, la mobilité des artistes des pays en développement ; [et] (vi) en encourageant une collaboration appropriée entre pays développés et pays en développement, notamment dans les domaines de la musique et du film » (article 14, alinéa (a), souligné par l'auteur).

581 L'importance de la coopération entre les gouvernements, le marché et la société civile a été soulignée par la World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, op. cit., p. 251.

dans l'Accord de partenariat économique conclu entre l'Union européenne et les pays du CARIFORUM, un article sur l'assistance technique de la part de la première en faveur du développement des industries culturelles de ces pays (y compris par le transfert de technologies et de savoir-faire) paraît contribuer à la mise en œuvre de cette disposition.

L'article 16 vient préciser les dispositifs de coopération en faveur des pays en développement, en leur attribuant un traitement préférentiel en matière d'échanges culturels. Les pays développés parties à la Convention devront faciliter les échanges culturels avec les pays en développement « *en accordant, au moyen de cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels* ». La formulation de cet article implique une vraie obligation pour les Parties, mais il s'agit d'une simple obligation de moyens. Le degré selon lequel elles faciliteront ces échanges et la façon dont elles devront le faire ne sont pas prévus par la Convention.

Cette disposition pourrait, selon des pays comme les États-Unis, aller à l'encontre du principe de non-discrimination dans les échanges commerciaux établis par les Accords de l'OMC. En réalité, dans le domaine des services culturels, la portée de ce principe dépend en grande partie des engagements et exemptions adoptés par chaque État. Les Parties à la Convention devront respecter leurs engagements déjà adoptés au sein de l'OMC et faire en sorte que ce traitement préférentiel soit attribué selon des critères précis et raisonnables et d'une manière non discriminatoire par rapport à d'autres pays en développement répondant aux mêmes critères. Il serait ainsi possible d'y voir la transposition, dans le domaine culturel, du concept de traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement déjà existant à l'OMC⁵⁸², bien que ce traitement ne soit souvent pas appliqué de manière efficace.

Les moyens juridiques concrets de mettre en œuvre l'article 16 semblent assez flexibles. La simple prise d'engagements d'accès aux marchés au sein de l'OMC par les pays développés, en réponse à des

582 Voir H. RUIZ FABRI, « Culture seized by globalization: can international law be of any help? Reflections on possible future legal implications of the UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions », in *Liber Amicorum Neuhold*, Eleven international publishing, 2007, p. 299, ainsi que, du même auteur, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 29, qui affirme que « *Les régimes préférentiels ne soulèvent pas de difficultés au regard des règles internationales du commerce dès lors que leur octroi repose sur des conditions objectives et raisonnables et que tous les pays en développement qui remplissent ces conditions peuvent y accéder. Cela pourrait d'ailleurs constituer un cadre pour couvrir des réseaux d'accords de coproduction* ». Du même avis, J. WOUTERS et B. DE MEESTER, *op. cit.*, p. 22, qui rappelle qu'en principe il ne peut y avoir de discrimination de la part des pays développés par rapport à des pays en développement ayant les mêmes besoins financiers, commerciaux et de développement (Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *CE – Conditions pour l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, DS246).

demandes présentées par des pays en développement, ne produirait pas nécessairement les effets bénéfiques souhaités, car ces engagements s'étendraient à tous les Membres (traitement de la nation la plus favorisée). Une ouverture des marchés européens, par exemple, à travers de nouveaux engagements, ne ferait ainsi que favoriser les agents économiques déjà dominants⁵⁸³. La solution avancée par la Commission européenne dans le cadre spécifique de son accord avec les pays du CARIFORUM a été d'inclure des obligations de traitement préférentiel au bénéfice de ces États en matière d'échanges d'artistes et circulation d'œuvres audiovisuelles dans un Protocole de coopération culturelle. Le protocole encourage les accords de coproduction entre les États membres de l'Union européenne et les partenaires du Cariforum et établit un traitement préférentiel sur le marché européen aux œuvres résultant de ces accords. En tant que disposition d'un accord commercial régional compatible avec le droit de l'OMC, ce traitement préférentiel semble ne pas aller à l'encontre du traitement de la nation la plus favorisée.

Quant au soutien financier en faveur du secteur culturel des pays en développement, il est traité à l'article 18, relatif à la création d'un « Fonds international pour la diversité culturelle » (FIDC)⁵⁸⁴ au sein de l'UNESCO, tel qu'annoncé à l'article 14. La création de ce fonds a été l'une des principales exigences des pays en développement au long des négociations. Malgré son grand potentiel dans le sens du développement des industries culturelles de ces pays, il ne contient pas de véritable obligation pour les Parties. En effet, les sources de constitution du fonds sont (§ 3) : les contributions volontaires ; les fonds alloués par la Conférence générale de l'UNESCO ; les versements, dons ou legs (de la part non seulement d'États, mais aussi d'autres organisations, d'organismes publics, privés ou même de personnes privées) ; les intérêts produits par le fonds ; les collectes et recettes des manifestations organisées en vue de contribuer au Fonds ; et toute autre ressource ayant été autorisée par le règlement du Fonds⁵⁸⁵. Il n'existe ainsi aucune obligation pour les Parties d'y contribuer. Le § 7 dispose uniquement

583 Voir J. GUERRIER, « Négociations commerciales – La position de l'Union européenne quant aux services audiovisuels », in C. BEAT GRABER, M. GIRSBERGER et M. NENOVA, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, p. 132.

584 Un précédent à ce type de dispositif existait dans la Convention sur la protection du patrimoine culturel immatériel (articles 25 à 28, relatifs au « Fonds pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ») et, avant cela, dans la Convention sur le patrimoine mondial de 1972 (créant le « Fonds du patrimoine mondial ») et dans le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999.

585 Pour des commentaires sur ces différentes sources, voir I. BERNIER, « Un aspect important de la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : le Fonds international pour la diversité culturelle », 16 avril 2007, <<http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/fonds-diversite-culturelle.pdf>>, pp. 8 et s.

que « *Les Parties s'attachent à verser des contributions volontaires sur une base régulière pour la mise en œuvre de la présente Convention* »⁵⁸⁶ (souligné par l'auteur).

Des garanties d'objectivité et de non discrimination arbitraire dans l'utilisation des fonds sont également prévues. C'est au Comité intergouvernemental qu'il incombe de décider de l'utilisation des ressources du Fonds, selon l'orientation de la Conférence des Parties (§4). En outre, ces contributions ne pourront aucunement être conditionnées à un événement politique, économique ou autre qui ne soit pas compatible avec les objectifs de la Convention (article 18.6). Toutefois, le risque existe que les contributions soient faites en faveur de projets spécifiques et que des projets multiples disparates remplacent une stratégie globale en faveur des pays en développement. Cette question a fait l'objet de beaucoup de discussions entre les Parties pendant la préparation des premières directives opérationnelles par le Comité intergouvernemental.

Quoi qu'il en soit, l'approvisionnement régulier du Fonds sera essentiel pour son utilisation effective. Il permettra ainsi qu'un plus grand nombre d'États puisse avoir recours aux mesures prévues par la Convention. Puisqu'il s'agit d'un Fonds « pour la diversité culturelle » en général et que les projets pouvant en bénéficier dépendent d'une décision spécifique et ponctuelle du Comité intergouvernemental, il ne s'agit pas d'une règle de discrimination contraire au libre commerce et elle ne semble ainsi pas poser de problèmes d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. On ne peut ainsi qu'espérer que ce Fonds puisse devenir un outil efficace au bénéfice des industries culturelles les plus faibles⁵⁸⁷. Certains doutes ont pourtant été exprimés quant à l'utilité et l'intérêt de ce Fonds. Certains auteurs y voient, d'ailleurs, une possibilité d'abus de la part des pays développés, qui pourraient inciter les pays en développement à avoir recours au Fonds plutôt qu'à appliquer d'autres dispositions de la Convention pouvant répondre aux objectifs de diversité culturelle de ces pays, comme l'article 16⁵⁸⁸. En outre, des préoccupations comme celles concernant les effets néfastes pour les pays

586 À titre comparatif, le financement des fonds prévus par la Convention relative au patrimoine culturel immatériel et la Convention sur le patrimoine mondial est obligatoire. L'article 26 de la Convention sur la protection du patrimoine culturel immatériel, relatif aux « Contributions des États parties au Fonds », est beaucoup plus précis, détaillé et contraignant que l'article 18.7 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

587 La question des moyens pour l'application effective de la Convention est d'extrême importance pour les pays en développement, notamment « *to show that their involvement in the negotiations was not solely intended to obtain their support for a text that was subsequently confined, in practice, to protecting the right to support cultural industries which they themselves often lack* » (H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 82).

588 C. GERMANN, « Towards a *Global Cultural Contract (...)* », *op. cit.*, p. 286.

africains des fonds de soutien au cinéma provenant des pays du Nord pourraient être reproduites ici ⁵⁸⁹.

Les difficultés de l'adéquation des réponses internationales en faveur du secteur culturel des pays en développement démontrent la complexité de leur situation et des actions exigées pour répondre à leurs besoins. La Convention de 2005 tente de réagir à cela, en encadrant une vaste gamme de mesures, dont l'adoption dépendra, néanmoins, de la volonté des États, car la plupart des engagements n'impliquent que leur bonne foi et leurs efforts en vue de certains objectifs ⁵⁹⁰.

Dans une perspective symbolique et politique, la Convention a pourtant son mérite et semble avoir déjà atteint certains de ses objectifs. Elle établit un cadre de règles pouvant avoir une influence importante sur l'action des États, non seulement en termes de sensibilisation sur le rôle des politiques publiques en faveur de la diversité culturelle, mais également en fournissant un moyen de pression politique sur les gouvernements, surtout lorsqu'elle sera ratifiée par un grand nombre de pays. La majorité écrasante d'États ayant adopté la Convention démontre déjà qu'elle est le produit de la volonté d'une grande partie de la communauté internationale. En proclamant le droit des Parties de choisir leurs politiques culturelles (droit qui découle, par principe, de leur souveraineté), la Convention « opère une réhabilitation de l'intervention publique dans le domaine culturel » ⁵⁹¹ et peut ainsi avoir des potentialités significatives. Il faudra évidemment que ses dispositions soient respectées et que le plus souvent possible les Parties y fassent expressément référence dans leurs actions.

Il est ainsi nécessaire d'examiner les dispositifs de la Convention capables de contribuer à une application effective de celle-ci, afin de pouvoir tirer des conclusions sur les effets qu'elle pourra avoir sur la capacité de ses Parties d'agir en faveur de leurs expressions culturelles.

589 E. COCQ et F. LEVY, *op. cit.*, p. 65.

590 C'est ainsi que certains auteurs affirment que « Difficilement contraignables d'un point de vue juridique, sinon au titre d'un manque de diligence qui soulève de délicats problèmes de preuve, ces engagements exigent un suivi politique de leur mise en œuvre d'autant plus important qu'il revient d'abord aux Parties elles-mêmes de déterminer à la lumière de leurs propres conditions ce qu'il y a lieu de faire sur leur territoire et au niveau international pour leur donner suite » (I. BERNIER et H. RUIZ FABRI, « La mise en œuvre et le suivi de la Convention de l'UNESCO (...) », *op. cit.*, pp. 15-16).

591 S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle (...) », *op. cit.*, p. 116.

Section 2

LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION

La mise en œuvre du droit des Parties d'adopter ou de maintenir des mesures de politique culturelle conformément à la Convention découlera, d'une part, du bon fonctionnement des mécanismes de contrôle de son application et, d'autre part, de son aptitude à s'imposer face à d'autres traités internationaux et notamment face aux accords internationaux (multilatéraux, régionaux et bilatéraux) de commerce.

§ 1 - LE CONTRÔLE DES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION

L'objectif étant de faire adopter une « convention », par définition contraignante, en faveur de la diversité des expressions culturelles, une question qui a opposé les États lors des négociations a été le niveau de contrainte qu'elle devait contenir. Outre le contenu même de ses normes (dont le caractère contraignant, comme exposé antérieurement, n'est pas très marqué), cela dépendait d'un certain nombre d'autres facteurs, tels que les mécanismes de suivi et de contrôle de sa mise en œuvre, ainsi que le système de règlement des différends adopté.

A - Le règlement des différends

Certains États considéraient l'introduction d'un mécanisme de règlement des différends dans la Convention comme incompatible non seulement avec une institution comme l'UNESCO, mais aussi avec tout accord ayant comme thème la culture. Il n'est en effet pas aisé d'anticiper les types de différends pouvant survenir à partir d'une Convention qui contient surtout des droits et des incitations, plutôt que de véritables obligations⁵⁹². D'autres soutenaient l'absence d'un système précis de règlement en alléguant que les Parties auraient naturellement accès aux voies de règlement des différends déjà existantes en droit international (médiation, négociation, conciliation, etc.).

D'un autre côté, selon certains et particulièrement pour certaines ONG, il aurait fallu non seulement qu'un mécanisme de règlement des différends existe, mais qu'il soit également fort et doté de la possibilité de sanctions, ce qui leur semblait essentiel pour l'efficacité de la

592 « D'un point de vue réaliste et pragmatique, on voit mal un État exercer une action contentieuse contre un autre État parce qu'il n'aurait pas pris des mesures suffisantes pour protéger ou promouvoir la diversité des expressions culturelles. Cela relève d'une logique d'*actio popularis* ou d'action d'intérêt général complètement étrangère au droit international et on conçoit mieux des mécanismes multilatéraux incitatifs » (H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 31).

Convention⁵⁹³. Cet aspect a été fortement défendu par les organisations représentatives des milieux professionnels au long de la négociation, en tant qu'élément essentiel pour que la Convention atteigne véritablement le même niveau de contrainte que les accords commerciaux et puisse ainsi s'y opposer efficacement. Cependant, dès le début des négociations, des difficultés sont apparues quant à la définition du type de sanctions qui pourraient être appliquées, ainsi que pour la formation d'un consensus entre les États sur un mécanisme obligatoire⁵⁹⁴.

L'introduction d'un mécanisme de règlement des différends se justifiait, cependant, en raison de la nécessité d'un système de contrôle des engagements assumés par les Parties, capable de renforcer la mise en œuvre de la Convention en offrant une structure où des considérations culturelles seraient prises en compte pour la solution d'un conflit. Il donnerait donc aux Parties la possibilité de recourir à une instance soutenue par des considérations autres que commerciales dans le cas où elles se verraient confrontées à un conflit d'interprétation et d'application de la Convention. Il trouve ainsi son mérite dans la possibilité que des experts en matière culturelle interprètent le texte de la Convention, en y apportant des précisions et en réduisant des ambiguïtés qui pourraient bloquer sa mise en œuvre. Elle pourrait ainsi agir plus efficacement en faveur de la diversité des expressions culturelles face aux accords de commerce.

La version finale de la Convention inclut un système de règlement de conflits très classique, fondé sur une progressivité des modes de règlement en trois étapes et très proche du mécanisme existant dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique⁵⁹⁵. Dans le cas d'un différend sur l'interprétation ou l'application de la Convention, les Parties concernées recherchent tout d'abord une solution par le biais de la négociation (article 25.1). Si celle-ci est infructueuse, elles peuvent, d'un commun accord, recourir aux bons offices ou à la médiation (article 25.2). Dans l'éventualité où cela serait également sans résultat, elles peuvent, unilatéralement, avoir recours à une procédure de conciliation, telle que définie en annexe à la Convention (article 25.3). La possibilité que chaque Partie puisse actionner de manière unilatérale le mécanisme de conciliation est un aspect significatif en termes d'efficacité de cette

593 J. JACKSON, « The Varied Policies of International Juridical Bodies – Reflections on Theory and Practice », in *Mich. J. Int'l L. – Diversity or Cacophony? New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, p. 25, rappelle, toutefois, que « the mere existence of a dispute settlement process has a strong component of assisting compliance on the international landscape, even without sanctions or 'retaliation'. Alternatives to sanctions and retaliation include shaming techniques, reciprocity notions, etc. ».

594 I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, p. 16.

595 Celle-ci prévoit également la possibilité de recours à l'arbitrage et à la Cour internationale de justice, mention qui n'apparaît pas dans la Convention sur la diversité des expressions culturelles. Voir < <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf> >.

procédure (et, par conséquent, de la Convention elle-même), bien que l'absence de coopération d'une des parties au litige avec la Commission de conciliation semble d'une certaine manière incompatible avec l'esprit même et le bon fonctionnement d'une telle procédure⁵⁹⁶. Quoi qu'il en soit, l'importance de ce mécanisme est réduite par le fait que son issue n'est pas contraignante. La Commission de conciliation⁵⁹⁷ chargée d'examiner l'affaire fait, au terme de cet examen, une « proposition de résolution » non obligatoire, qui doit être examinée de bonne foi par les Parties concernées.

Ce mécanisme s'éloigne donc considérablement de celui, contraignant, existant dans le cadre de l'OMC, où les décisions de l'Organe de règlement des différends non seulement sont obligatoires, mais permettent aussi l'imposition de « sanctions » contre celui qui ne respecte pas ses recommandations. Il est, toutefois, en cohérence avec le faible contenu obligatoire de la Convention et, d'une certaine manière, avec la nécessité de flexibilité et de solutions réalistes intégrant au mieux la participation des parties au litige⁵⁹⁸.

Un autre élément qui contribue à l'affaiblissement du mécanisme de la Convention apparaît à l'article 25.4, introduit à la demande de l'Inde, qui détermine que « [c]haque Partie peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'elle ne reconnaît pas la procédure de conciliation ». Pour que la Convention puisse être mise en œuvre au mieux, il faudra qu'un nombre important d'États n'exerce pas cette faculté⁵⁹⁹. D'un autre côté, étant donné la faiblesse du mécanisme de conciliation et l'absence de caractère obligatoire de la plupart des règles de la Convention, le recours à cette clause *opt-out* semble perdre en partie son importance.

En effet, dans le cas où un différend soulevant des questions à la fois commerciales et culturelles surviendrait, il est probable que l'État demandeur, partie à la Convention et membre de l'OMC, considérant par exemple qu'une mesure donnée est trop restrictive pour le commerce,

596 Voir I. BERNIER et N. LATULIPPE, « La Convention internationale sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles – La conciliation comme mode de règlement des différends dans le domaine culturel », 13 avril 2007, < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/document_reflexion.pdf >, pp. 11-12.

597 Cette Commission se compose de cinq membres, chaque Partie en indiquant deux et le Président de la Commission étant choisi par les membres désignés d'un commun accord (article 1er de l'Annexe concernant la procédure de conciliation).

598 Voir I. BERNIER et N. LATULIPPE, *op. cit.*, pp. 7-8, ainsi que p. 16, où ces auteurs soulignent que la conciliation « permet de prendre en compte des considérations aussi bien juridiques qu'économiques, politiques ou sociales et débouche sur une solution tournée vers l'avenir qui ne cherche pas à déclarer un vainqueur mais plutôt à rapprocher les Parties ».

599 En août 2009, seuls le Chili et le Vietnam avaient déclaré ne pas reconnaître la procédure de conciliation.

préfèrera avoir directement recours au système de règlement des différends de l'OMC⁶⁰⁰.

Cependant, il est concevable qu'une fois la Convention ratifiée par un grand nombre d'États, elle puisse être présentée à l'examen devant un Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC comme moyen d'interprétation, sur la base notamment de l'article 31, §§ 2 et 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, comme il a été fait avec les accords sur l'environnement dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Dans ce cas, les éventuelles recommandations de la Commission de conciliation établie selon l'annexe de la Convention, fondées sur des considérations essentiellement culturelles, pourront être utiles et justifieront ainsi le recours à cette procédure. En outre, la manière dont sera administrée la mise en œuvre de la Convention pourra également contribuer à son effectivité.

B - L'administration de la Convention

La Convention prévoit la mise en place d'un cadre institutionnel capable d'assurer le suivi des politiques et mesures prises par les Parties, de manière à ce qu'elles soient conformes au texte de la Convention. Il s'agit plutôt d'une « *approche d'évaluation que de contrôle au sens strict* »⁶⁰¹. Ce cadre vise à garantir l'effectivité de la Convention, bien qu'il ait été significativement allégé au long des négociations. Il se compose notamment d'une Conférence des Parties (article 22) et d'un Comité intergouvernemental (article 23)⁶⁰².

La Conférence des Parties étant « l'organe plénier et suprême » (article 22.1), elle se réunit en session ordinaire tous les deux ans, si possible dans le cadre de la Conférence générale de l'UNESCO (article

600 L'interférence entre les deux espaces normatifs implique cette possibilité de choix de l'enceinte à laquelle un éventuel différend serait soumis. Le recours au système de l'OMC se justifie par le droit qu'ont les Membres que tout différend se rapportant aux accords de cette organisation soit réglé dans le cadre de ce système (article 23 du Mémorandum). Le mécanisme prévu par la Convention étant très peu contraignant, les Parties auront tendance à préférer le recours devant l'OMC.

601 Comme le remarque, s'agissant de l'avant-projet à l'origine de la Convention, H. RUIZ FABRI, dans « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 31.

602 L'avant-projet de convention présenté au début des négociations prévoyait un cadre institutionnel beaucoup plus complexe, comprenant une Assemblée générale, un Comité intergouvernemental, un Groupe consultatif d'experts et un Observatoire de la diversité culturelle. Conformément au texte final, la Conférence des Parties et le Comité intergouvernemental sont assistés par le Secrétariat de l'UNESCO (article 24.2), notamment en ce qui concerne « *la collecte, l'analyse et la diffusion de toutes les informations, statistiques et meilleures pratiques en (...) matière* » de protection et de promotion de la diversité des expressions culturelles (article 19).

22.2)⁶⁰³. C'est à elle qu'incombent, entre autres, les fonctions d'élire les membres du Comité intergouvernemental pour un mandat de quatre ans et d'approuver les directives opérationnelles qu'elle demande au Comité intergouvernemental de préparer (article 22.4 (a) et 22.4 (c)). De plus, elle recevra et examinera les rapports des Parties soumis au Comité (article 22.4 (b)), mais rien n'est prévu quant à la possibilité qu'elle puisse faire des recommandations sur la base de ces rapports. En revanche, elle pourra « *prendre toute autre mesure* [que celles indiquées à l'article 22] *qu'elle juge nécessaire pour promouvoir les objectifs de la présente Convention* » (article 22.4 (d)), énoncés à l'article premier. Cela permettra que la mise en œuvre de la Convention ne soit pas bloquée pour des raisons qu'il n'avait pas été possible de prévoir au moment de son élaboration.

En ce qui concerne le Comité intergouvernemental, il s'inspire du Comité du patrimoine mondial institué par la Convention du patrimoine mondial de 1972 (article 8), organe qui avait déjà été repris d'autres instruments, comme le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1999. Il se compose de représentants des Parties (article 23.1), se réunit une fois par an (article 23.2) et se subordonne à l'autorité de la Conférence des Parties (article 23.3). L'élection de ses membres est effectuée sur une base de répartition géographique équitable et de rotation. Ses fonctions couvrent une gamme variée d'activités (article 23.6). Il devra, par exemple, faire des observations sur les rapports fournis par les Parties tous les quatre ans (article 9 (a)) concernant les mesures qu'elles auront prises afin de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles, en les transmettant à la Conférence des Parties. Il lui incombe également de faire des recommandations dans le cas de situations relevant de l'application de l'article 8 de la Convention, mais également de toute autre situation portée à son attention par les Parties. L'inclusion à l'article 23.6 (d) de la formule « en particulier l'article 8 » démontre en effet que cet alinéa couvre une gamme plus large de circonstances.

Ce rôle du Comité intergouvernemental consistant à observer et faire des recommandations sur les politiques et mesures adoptées par les Parties semble essentiel pour qu'elles adoptent des mesures appropriées et équilibrées, capables de protéger les expressions culturelles, en rassurant en même temps les autres États quant à la légitimité de ces

603 Une proposition du Japon, présentée à l'occasion de la deuxième réunion d'experts intergouvernementaux et appuyée par les États-Unis suggérait que, à la place d'une Conférence des Parties, il y ait un comité *ad hoc* de la Conférence générale de l'UNESCO consacré au contrôle de la Convention. L'objectif était d'alléger le mécanisme, mais cela n'a pas été accepté. Les négociateurs ont été néanmoins d'accord pour que la Conférence des Parties se réunisse tant que possible dans le cadre de la Conférence générale. Voir I. BERNIER, « La seconde session de la réunion (...) », *op. cit.*, p. 19.

mesures. Cela contribuera à la crédibilité de la Convention et, par conséquent, à son renforcement, notamment face aux États qui l'ont considérée comme une initiative protectionniste. Par ailleurs, l'article 23.6 (e) prévoit que le Comité établira « *des procédures et autres mécanismes de consultation afin de promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales* ». L'activité du Comité intergouvernemental dans le sens d'une plus grande coordination entre différents ensembles normatifs ne peut que concourir à la crédibilité et à la légitimité de la Convention. Il s'agit, ainsi, d'une disposition fondamentale pour sa mise en œuvre et son effectivité, qui dépendra toutefois de la volonté des États pour être mise à profit.

L'alinéa (f) de l'article 23.6, prévoyant que la Conférence des Parties peut attribuer toute autre fonction au Comité, témoigne d'une flexibilité très positive dans le domaine culturel. Cette flexibilité apparaît également dans le fait que le Comité est autorisé à « *inviter à tout moment des organismes publics ou privés ou des personnes physiques à participer à ses réunions en vue de les consulter sur des questions spécifiques* » (§ 7). Cela compense d'une certaine manière le rejet de l'institution d'un Groupe consultatif d'experts prévu initialement dans l'avant-projet de convention et assure non seulement que les questions traitées par le Comité puissent l'être par des experts dans le domaine de la culture, mais aussi que la société civile soit entendue lorsqu'il s'avérera nécessaire.

La mise en œuvre complète de la Convention dépendra du bon fonctionnement de ces deux organes et de la mise à profit de toutes leurs potentialités. La première Conférence des Parties a eu lieu à l'UNESCO du 18 au 20 juin 2007 et visait à définir les orientations pour la mise en œuvre de la Convention, ainsi qu'à créer le Fonds international pour la diversité culturelle. Elle a également élu les membres du Comité intergouvernemental et demandé à ce que le Comité élabore des directives opérationnelles concernant notamment les articles 7, 8 et 11 à 18⁶⁰⁴. Ces directives ont été approuvées lors de sa deuxième session ordinaire (tenue les 15 et 16 juin 2009 à l'UNESCO), à l'exception de celles concernant l'article 12, considéré comme ayant déjà un caractère opérationnel. Un nouveau mandat a été donné au Comité à cette même occasion afin qu'il élabore des directives sur les articles 9, 10 et 19, ainsi que sur des mesures visant à augmenter la visibilité et la promotion de la Convention. Il a été également mandaté pour élaborer une stratégie de levée de fonds pour le FIDC⁶⁰⁵.

604 Voir, pour les Résolutions adoptées à la fin de la première Conférence des Parties, CE/07/1.CP/CONF/209/Résolutions (< http://www.unesco.org/culture/culturaldiversity/cp1_resolutions_fr.pdf >).

605 Pour les Résolutions de la deuxième session de la Conférence des Parties, voir CE/09/2.CP/210/RES (< http://www.unesco.org/culture/culturaldiversity/Resolutions_2CP_fr.pdf >). Les directives opérationnelles figurent en annexe à ce document.

Ce travail de mise en œuvre contribuera d'autant plus aux objectifs de la Convention, que sa ratification sera large⁶⁰⁶ et représentative des différentes régions du monde et de niveaux de développement divers. Son application sera toutefois nécessairement influencée par les engagements pris par les Parties dans le domaine commercial.

§ 2 - L'ARTICULATION AVEC D'AUTRES ACCORDS

L'articulation entre les dispositions de la Convention et celles contenues dans les accords internationaux de commerce a été l'une des questions ayant suscité le plus de controverse au long des négociations à l'UNESCO. Elle touche directement au cœur du débat commerce-culture.

La question du rapport entre deux thèmes en principe distincts et notamment entre le domaine commercial et tout autre domaine s'est posée à plusieurs reprises, notamment depuis que les négociations commerciales multilatérales ont dépassé les préoccupations de réduction tarifaire et que la réglementation nationale est devenue un facteur important pour la libéralisation du commerce international. Il s'agit de la question des « liens » ou « *linkages* » entre le commerce et d'autres thèmes en principe non commerciaux. Le problème de l'articulation entre la Convention et les accords de commerce passe nécessairement par l'examen du rapport sur le plan théorique entre la culture et le commerce, ainsi que par la définition de l'enceinte la plus appropriée pour traiter des questions culturelles ayant des effets sur le commerce.

A - La reconnaissance d'un lien

La reconnaissance par une grande majorité de pays du lien existant entre la culture et le commerce, ainsi que l'affirmation de la double nature (commerciale et culturelle) des produits et services culturels a constitué l'un des éléments fondamentaux des négociations de la Convention. Ce lien est apparu non seulement dans les propositions de clauses reconnaissant expressément cette double nature, mais également de manière implicite, lors de l'emploi, dans la Convention, de termes considérés par quelques États comme relevant *a priori* exclusivement du domaine du commerce. C'est le cas, par exemple, des termes « protection », « industries culturelles », ou encore « activités, biens et services culturels », traités précédemment. La Convention aurait été vidée de son sens si ce lien n'avait pas été exprimé de manière claire. L'une de ses fonctions primordiales semble être justement de servir comme fondement pour que les États n'adoptent pas de nouveaux engagements de libé-

606 L'article 29 de la Convention exigeait un nombre minimal de trente ratifications pour son entrée en vigueur. Ce nombre ayant été atteint le 18 décembre 2006, l'entrée en vigueur de la Convention a eu lieu le 18 mars 2007. La Convention comptait 99 États Parties, plus la Communauté européenne, en août 2009.

ralisation commerciale dans le secteur culturel. Or, cela présuppose l'acceptation du lien entre les deux thèmes.

L'un des risques qui peuvent, néanmoins, découler de l'établissement d'un lien entre deux domaines et, par conséquent, entre deux ordres normatifs, est celui d'un conflit de normes, en d'autres termes, d'une situation d'incompatibilité entre les droits et obligations définis dans chacun de ces ordres⁶⁰⁷.

La question de la séparation ou du lien entre des domaines distincts est devenue encore plus importante juridiquement avec la signature de nombreux traités multilatéraux commerciaux et la création d'une organisation comme l'OMC dans le domaine commercial, ce qui soulève la question de la définition précise du champ d'application de ces traités et des compétences d'une telle institution⁶⁰⁸. En effet, l'existence à l'OMC d'un mécanisme de règlement des différends efficace et capable d'imposer des sanctions à ceux qui violent les règles du système contribue à des tentatives de ramener vers ce système les questions les plus diverses. En outre, attirer les négociations relatives à d'autres domaines que le commerce à l'OMC peut non seulement aider au bon déroulement des négociations (en raison des possibilités de concessions entre différents secteurs de négociation), mais aussi représenter une option plus simple dans une perspective administrative⁶⁰⁹.

607 Dans une acception étroite, le conflit existe quand ces obligations sont « *contradictoires et non conciliables si bien que le respect de l'une implique la violation de l'autre* ». Sous une optique plus large, le conflit de normes comprend « *toutes les hypothèses où le respect d'une obligation compromet le respect du but et de l'objet d'une autre obligation* » (H. RUIZ FABRI, « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ? », in J. BOURRINET et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, coll. Monde européen et international, Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires – Université d'Aix-Marseille III, La documentation française, 2002, p. 159).

608 Voir D.W. LEEBRON, « Linkages », *AJIL*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, pp. 6-7. Voir également K. BAGWELL, P.C. MAVROIDIS et R.W. STAIGER, *op. cit.*, p. 69. En traitant du lien entre le commerce et l'environnement et entre le commerce et les normes sociales, ces derniers auteurs soulignent : « *A central question then becomes: To what extent should the WTO become involved in addressing problems associated with labor and environmental standards that arise as a result of nonpecuniary externalities?* » (les externalités non pécuniaires comprenant les conséquences politiques et humanitaires des décisions prises dans le cadre de l'organisation). Il conclut, avec beaucoup de pertinence, que « *by limiting linkages issues to addressing pecuniary externalities alone, the WTO dispute settlement system would stick to the idea of protecting market access and not be transformed into a court of general jurisdiction* » (*Idem*, pp. 74-76).

609 D'où un certain « tropisme commercial » et la crainte que « *le jeu du principe de l'accord unique n'entraîne des concessions trop importantes concernant les objectifs non commerciaux* » (H. RUIZ FABRI, « L'OMC, une organisation en crise? », in « Gouvernance Globale » (ch. 12), *AFRI*, vol. II, 2001, p. 947). En effet, l'accord unique permet la « *cross retaliation* » (dans le cas du non-respect par un Membre d'une obli-

Les Accords de l'OMC établissent quelques liens entre le commerce et d'autres domaines : commerce et politique monétaire (article XV du GATT) ; commerce et concurrence (conduisant au Code antidumping de 1979 lors du Cycle de Tokyo et à l'Accord antidumping de l'OMC) ; commerce et développement, en raison du grand nombre de Membres en développement ; ou encore commerce et environnement, celui-ci progressivement défini par l'Organe de règlement des différends de l'OMC, notamment dans les affaires de l'*Essence* et des *Crevettes*, ainsi que par le Comité du commerce et de l'environnement. Certains pays ont tenté également (sans succès) d'établir au sein de l'OMC un lien plus clair entre le commerce et les normes sociales. De tels liens sont justifiés par des raisons diverses, relevant de la substance même des thèmes concernés ou des intérêts politiques et stratégiques en jeu.

1 - L'établissement d'un lien avec le commerce

Le lien entre le commerce et toute autre matière s'explique soit parce qu'il est entendu que les règles régissant une telle matière affectent le commerce ou que des modifications dans les flux commerciaux peuvent affecter ces règles, soit du fait que de plus en plus de domaines sont traités par des traités internationaux multilatéraux ou se réalisent à travers la coopération internationale⁶¹⁰. Ce lien peut se faire entre des domaines bien précis (« *issues* ») ou entre des « régimes », ainsi compris comme des regroupements diffus de domaines⁶¹¹. Un pays souhaitant l'établissement d'un lien avec le commerce soutiendra que toute solution satisfaisante pour les aspects commerciaux d'un certain domaine dépend de la référence à des règles et valeurs qui se situent en dehors du domaine commercial.

Certes, il existe des mécanismes de coopération entre les organisations internationales responsables des différents domaines. Plusieurs

gation provenant d'un des traités, le Membre intéressé peut soit retirer des concessions qu'il avait effectuées dans le cadre de ce même traité, soit en retirer dans d'autres domaines). En outre, « *the WTO system, with its effective requirements of unanimity for amendment, results in greater requirements for package deals than a system that relies on majority voting for new 'legislative' rules* » (J.P. TRACHTMAN, « Institutional Linkage: Transcending 'Trade and...' », *AJIL*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, p. 92). La restriction de la tendance de l'OMC à étendre son application à d'autres domaines semble être toutefois un facteur fondamental pour son effectivité et crédibilité.

610 « *A claim that issues should be linked ultimately rests on the view that the resolution of one issue or group of related issues will or should affect, or be affected by, the resolution of the other issues or group of issues* » (D.W. LEEBRON, *op. cit.*, p. 6). Voir aussi K. BAGWELL, P.C. MAVROIDIS et R.W. STAIGER, *op. cit.*, p. 70, où il est affirmé : « *The possibility that distinct issues might be gainfully linked for enforcement purposes depends in part on whether these issues are viewed as complements (the value of attaining agreement on one issue rises when agreement on the other issue is reached) or substitutes (the value of attaining agreement on one issue falls when agreement on the other issue is reached) in the objectives of governments* ».

611 D.W. LEEBRON, *op. cit.*, p. 10.

dispositions des Accords de l'OMC prévoient d'ailleurs la coopération avec d'autres organisations internationales. C'est le cas de l'article V (arrangements conclus par le Conseil général avec d'autres organisations) et de l'article III:5 (coopération avec le FMI et la Banque mondiale) de l'Accord instituant l'OMC, ainsi que l'article XXI (c) du GATT (exceptions relatives à la sécurité et rapport avec la Charte des Nations Unies). L'OMC a également établi des relations avec la CNUCED (laquelle a un statut d'observateur dans presque tous les organes de l'OMC), l'OMPI (article 68 de l'Accord sur les ADPIC), l'Union internationale des télécommunications (article XXVI de l'AGCS), l'Office international des épizooties, l'Organisation mondiale des douanes, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et les secrétariats des accords environnementaux multilatéraux, ainsi que le secrétariat de l'OIT. Du côté de l'UNESCO, lors des négociations de la Convention, cette organisation a demandé l'avis de l'OMC, de l'OMPI et de la CNUCED ⁶¹².

Cependant, le système de règlement des différends de l'OMC « *n'offre aucun espace juridique à la coopération avec d'autres organisations internationales, sauf dans des cas particuliers où les groupes spéciaux [et l'Organe d'appel] exercent leur droit de demander des renseignements* » ⁶¹³. C'est à ce stade que se trouvent en effet les plus grands problèmes d'articulation entre les différentes enceintes, des solutions distinctes et même contradictoires pouvant être trouvées dans le cadre de chacune des organisations. Il n'y a pas de relation hiérarchique entre ces différentes institutions et la délimitation de leurs compétences peut parfois s'avérer subtile. Le problème de l'établissement d'un lien peut être compris, en effet, en tant que question d'incomplétude des règles de répartition de juridiction (« *allocation of jurisdiction* ») et cela non seulement entre États et organisations internationales ⁶¹⁴, mais aussi

612 Le « Rapport Préliminaire du Directeur général contenant deux avant-projets de conventions sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques », CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Paris, 3 mars 2005, p. 10, rappelle à ce sujet qu'« [à] l'issue des trois réunions des experts indépendants, et conformément à la résolution 32 C/34 (...), des réunions se sont tenues avec les secrétariats de l'OMC et de l'OMPI, les 16 et 17 juin 2004, à Genève. En outre, à l'invitation du Directeur général de l'OMC, l'UNESCO a participé à une consultation informelle avec les délégués des membres de cette organisation, à Genève, le 11 novembre 2004 (...) ».

613 P. SUTHERLAND *et al.*, *op. cit.*, p. 45. C'était le cas, par exemple, dans *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* (BISD 37S/200). Pour un exemple récent, voir *Chine - Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (DS362), où le Groupe spécial a demandé au Bureau international de l'OMPI « *tous renseignements factuels dont il dispose qui sont pertinents aux fins de l'interprétation* » de la Convention de Berne (WTDS362R-04).

614 Voir J.P. TRACHTMAN, « Institutional Linkage (...) », *op. cit.*, pp. 81 et s. Les États tendront à créer des organisations lorsque les coûts de transaction résultant de la répartition seront plus faibles que les coûts qui proviendraient de transactions *ad hoc*. Cela dépendra de la manière dont l'organisation en question prend des décisions et de l'existence de « règles » (normes où les comportements sont prévus à l'avance) ou de

entre les organisations internationales elles-mêmes (« répartition horizontale »)⁶¹⁵. Certains auteurs affirment que « [o]ther organisations could increase their role in legislation – in establishing treaty norms – or in adjudication, raising either choice-of-law or choice-of-forum issues between themselves and the WTO »⁶¹⁶. Il s'agit de ce que l'UNESCO a tenté de faire à propos de la diversité des expressions culturelles : une convention contraignante et de même niveau hiérarchique que les accords de l'OMC obligerait le rapport UNESCO - OMC à être mieux défini.

Bien que des liens puissent être établis entre les domaines les plus divers, une classification semble pouvoir être avancée selon les raisons les justifiant ou leur structuration.

a) *Les justifications*

Une distinction peut être faite entre les « liens substantiels » et les « liens stratégiques », conformément à leur justification. Selon le type de lien établi entre deux domaines, des arguments différents seront acceptables afin de les remettre en question. Des éléments à la fois stratégiques et substantiels peuvent toutefois exister simultanément. L'opportunité de chacun de ces liens devra être analysée selon les coûts et bénéfices qu'ils entraînent.

i) Les liens substantiels

Un lien substantiel peut résulter tout d'abord d'un besoin de cohérence, soit parce que les règles régissant deux domaines différents sont convergentes, soit parce qu'elles sont contradictoires⁶¹⁷. C'est dans ces termes que le lien entre commerce et environnement, par exemple, est souvent établi. Le concept de développement durable peut ainsi être vu comme une solution pour réconcilier les règles conflictuelles de ces deux domaines. Le lien entre le commerce et l'environnement peut être qualifié de « lien autonome », où les deux régimes maintiennent chacun

« principes » (normes de direction générale de comportements) concernant la matière. Un accord sur des règles spécifiques entraînera généralement de plus grands coûts et une plus grande volonté politique. Un manque de spécification peut être un choix politique, puisqu'une décision est évitée et la responsabilité de cette décision est transférée au juge (*Idem*, pp. 85-87). Cela rejoint les réflexions de M.K. KOSKENNIEMI relatives à l'« approche managériale » du droit, fondée moins sur la politique que sur l'expertise et la mise en balance d'intérêts au cas par cas (« The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics », *MLR*, vol. 70, n° 1, January 2007, pp. 1-30). Les litiges deviennent ainsi des problèmes de gestion, pour lesquels une réponse technique est offerte.

615 P. SUTHERLAND *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

616 J.P. TRACHTMAN, « Institutional Linkage (...) », *op. cit.*, p. 88. Afin de faciliter cette définition de rapports, « recognition could be applied in interorganizational allocation: one organization may recognize a norm or status developed by another within the other's field of 'primary coverage' », cette « primary coverage » étant évidemment pour l'OMC les questions fondamentalement relatives au commerce (*Idem*, p. 90).

617 Voir sur cette question D.W. LEEBRON, *op. cit.*, pp. 11-12.

leur autorité pour prendre toute décision, sans obligation de collaborer ou de déférer certaines questions à l'autre⁶¹⁸. Le lien entre le commerce et la culture semble pouvoir être défini selon ces mêmes termes, d'autant plus que la notion de développement durable englobe également l'aspect du développement social et culturel.

Un autre type de lien substantiel existe lorsque l'application des règles valables pour un régime peut avoir des conséquences sur la réalisation des objectifs visés par l'autre. L'argument se fonde ainsi sur les effets d'un régime sur l'autre. Ce lien existe, par exemple, en matière de « concurrence – commerce » et de « normes sociales – commerce ». Pour le premier, il est allégué que la non-adoption ou la non-exécution des règles de contrôle de la concurrence peut avoir des effets négatifs sur la libéralisation du commerce. Pour le deuxième, c'est la libéralisation commerciale et l'augmentation des importations qui peuvent conduire les pays à réduire leurs exigences en matière de droit du travail. Un lien implicite dans ce dernier cas permettrait que le système de règlement des différends de l'OMC soit utilisable pour obliger un Membre à respecter ses engagements en matière de droits du travail (assumés dans le cadre des traités internationaux de l'OIT). Il suffirait ainsi que les mesures adoptées par un Membre aient des effets sur le commerce dans un autre Membre. Ce dernier pourrait avoir recours à une plainte en situation de non-violation (article 26 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends), en alléguant l'annulation ou la compromission d'un avantage commercial auxquelles il ne pouvait s'attendre du fait des obligations internationales (y compris en matière de droit du travail) du Membre auteur de la mesure en question⁶¹⁹.

Le lien commerce – culture semble également présenter des similarités avec ce type de lien substantiel, car l'application des règles commerciales produit, comme évoqué précédemment, des effets frappants sur le domaine culturel. Les règles de l'OMC et les dispositions de la Convention de 2005 engendreront nécessairement des effets les unes sur les autres. Dans le cas du lien commerce - culture, néanmoins, une plainte en non-violation favoriserait les considérations commerciales au détriment de celles d'ordre culturel. En effet, il n'est pas impossible

618 « *Although some environmentalists might be satisfied with 'greening the GATT', others clearly do not trust a trade regime to administer any linkage between trade and the environment. They fear that trade officials will value the benefits of liberalized trade too highly, and discount the benefits of environmental protection. Thus, autonomous linkages may result in increasing pressure for additional linkage structures, such as opening WTO proceedings to environmental organizations* » (*Idem*, p. 16).

619 Voir à ce sujet K. BAGWELL, P.C. MAVROIDIS et R.W. STAIGER, *op. cit.*, p. 73. Pour ces auteurs, la ratification par un État de traités internationaux dans d'autres domaines que le commerce peut créer des « *reasonable expectations* » pour les autres Membres de l'OMC et permettre, par conséquent, le recours aux plaintes de non-violation. Le lien serait dans ce sens implicite, car la violation dans l'un des domaines n'implique pas forcément la violation dans l'autre (p. 74).

qu'un Membre puisse recourir à une plainte en situation de non-violation au sein de l'OMC lorsqu'il considère que l'application d'une certaine mesure en faveur de la culture par un autre Membre annule ou compromet les avantages résultant d'un accord de l'OMC ou entrave la réalisation des objectifs de celui-ci, bien que ladite mesure puisse être justifiée par les dispositions de la Convention de l'UNESCO et qu'il n'y ait pas de disposition contraire dans le cadre des accords de l'OMC. Dans le cas où l'ORD constaterait une telle annulation, compromission ou entrave, la mesure (culturelle) en question pourrait être maintenue, mais sous condition qu'un « ajustement mutuellement satisfaisant » soit recherché par les Parties.

Quant aux types d'objections à l'établissement des liens substantiels, elles peuvent être faites tout d'abord quant à la substance même des thèmes que l'on prétend lier. Un État peut ainsi théoriquement s'opposer à l'établissement d'un lien entre le commerce et la culture, en affirmant qu'il n'y a aucun besoin de cohérence entre les deux domaines ou que les règles établies pour l'un d'entre eux n'influencent aucunement celles de l'autre. Les objections avancées par exemple par les États-Unis se trouvent en effet tout d'abord dans une logique de contradiction substantielle, bien que des considérations stratégiques puissent également être entrevues. Ces dernières sont toutefois présentes avec plus de vigueur dans le cadre des liens « stratégiques » proprement dits.

ii) Les liens stratégiques

Un lien stratégique est établi soit dans le but de renforcer le pouvoir de négociation dans un certain domaine, soit pour créer plus de possibilité d'échange entre les pays. L'objection selon laquelle deux domaines « n'ont rien à voir l'un avec l'autre » peut ainsi ne pas être pertinente pour ce type de lien. Un État peut vouloir lier une question à une autre où il détient un plus grand pouvoir de négociation, sans que les deux questions ne soient liées substantivement. Cela peut s'avérer très utile pour l'obtention d'un accord dans des négociations impliquant des pays développés et des pays en développement - ainsi que l'a montré, par exemple, l'utilisation du secteur des textiles et de l'agriculture en tant que monnaie d'échange contre la reconnaissance des droits de la propriété intellectuelle et la libéralisation du secteur des services lors des négociations des accords de Marrakech⁶²⁰. Un lien établi entre le commerce et un autre domaine, tel que le droit de l'environnement, le droit du travail ou même les droits de l'homme en général, peut servir à ce qu'un État exige d'un autre le respect des principes établis dans ces domaines comme condition à la signature d'un traité.

620 Selon S. CHARNOVITZ, le lien stratégique a été le leitmotiv des négociations du Cycle d'Uruguay et continue à inspirer les travaux de cette organisation (« Triangulating the World Trade Organization », in *AJIL*, « *Symposium: The Boundaries of the WTO* », vol. 96, n° 1, 2002, p. 30).

Une sorte de lien stratégique existe aussi dans les arguments de « *regime borrowing* », c'est-à-dire, quand deux questions sont liées pour faire bénéficier l'une d'elles du régime déjà établi pour l'autre. C'est le cas de la détermination d'un lien entre l'exécution des obligations en matière de droits de l'homme, d'un côté, et les politiques et accords de commerce, de l'autre⁶²¹.

Les objections à l'établissement d'un lien stratégique se fonderont généralement sur le rapport entre les coûts et les bénéfices qu'il engendre. En effet, ce type de lien peut être instable ou moins optimal qu'un lien substantiel⁶²², bien que, en principe, tout lien puisse soulever des problèmes stratégiques, y compris lorsque sa raison initiale est substantielle.

Le résultat le plus évident de l'établissement des liens est la création d'une tendance à l'expansion des régimes et à la formation de « conglomérats » de régimes, lesquels gardent une certaine séparation en termes de règles et d'institutions, mais sont attachés par un régime général qui les englobe. Les liens ainsi établis peuvent contribuer à la cohérence entre les différents régimes et, par conséquent, à leur légitimité même. Dans le cas du débat commerce – culture, l'établissement d'un lien clair entre les deux domaines et la promotion d'un renforcement de l'UNESCO face à l'OMC (à travers des mécanismes de structuration, traités ci-après) pourrait contribuer à une meilleure image et à une plus grande légitimité de la deuxième pour ce qui est de la réglementation des échanges de produits et services culturels.

b) *La structure*

Il existe différents mécanismes de structuration d'un lien et des mécanismes variés pourront se présenter en même temps pour un même lien. C'est souvent le cas pour les liens entre régimes multilatéraux⁶²³.

Un lien peut être établi uniquement dans le cadre des négociations (les parties ne donnent pas leur accord tant qu'une solution satisfaisante pour les deux questions n'est pas trouvée). En ce qui concerne le lien entre le commerce et la culture, il semble qu'un lien ait été effectivement établi, bien qu'implicitement, par quelques États, dans le cadre des négociations à l'OMC pendant que la Convention sur la diversité des expressions culturelles était négociée au sein de l'UNESCO. Tant que le contenu d'une telle convention n'était pas déterminé, il leur paraissait plus opportun de ne pas faire des offres de libéralisation commerciale dans les secteurs pouvant être touchés par ladite convention.

621 D.W. LEEBRON, *op. cit.*, p. 14. Cet auteur conclut, néanmoins, que dans ce type de situation il peut dans certains cas être préférable de mieux développer le régime qui s'avère insatisfaisant de manière indépendante (*Idem*, p. 27).

622 Voir J.E. ALVAREZ, « The WTO as Linkage Machine », in *AJIL, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 149 et s.

623 Voir sur cette question D.W. LEEBRON, *op. cit.*, pp. 17-24.

Un lien peut aussi être structuré par le biais d'une institution hiérarchiquement supérieure, compétente pour régler les conflits et les problèmes de superposition d'autorités sur certaines questions (tel que le Conseil général ou la Conférence ministérielle dans le cadre interne de l'OMC). Un rapport implicite entre deux domaines peut, en outre, se fonder simplement sur l'interprétation. Celle-ci devra obéir aux règles des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatifs à l'interprétation des traités internationaux et largement suivis par le juge de l'OMC. Une autre possibilité de structuration d'un lien entre deux régimes consiste à exiger que les États membres d'un de ces régimes deviennent membres de l'autre. Les accords de l'OMC sont un exemple de ce type de structuration, bien que d'autres structures y soient également présentes.

Par ailleurs, un lien peut également être établi à travers un rapport de collaboration ou même de déférence. Cette dernière existe, par exemple, entre l'OMC et l'ONU (articles XXI du GATT et XIV *bis* de l'AGCS). Il s'agit de la conséquence logique de l'article 103 de la Charte de San Francisco. Cette déférence est limitée et n'existe qu'en ce qui concerne les obligations des Membres de l'OMC en matière de maintien de la paix et de sécurité (bien que la notion de « paix et sécurité internationales » ait été considérablement élargie les dernières décennies). Il existe une logique de déférence également lorsque certains auteurs soutiennent que les Accords de l'OMC (et notamment les exceptions générales qu'ils prévoient) devraient être modifiés de manière à prendre en compte les valeurs et droits fondamentaux consacrés dans les conventions et traités signés par tous les Membres de l'OMC⁶²⁴. Selon ce raisonnement, l'adoption de la Convention de l'UNESCO par une écrasante majorité d'États et, on l'espère, sa ratification par un aussi grand nombre de pays, pourrait fournir une base d'accord sur la diversité des expressions culturelles comme étant une valeur fondamentale reconnue par la communauté internationale, faisant partie du droit international et devant être prise en considération par le système commercial.

La collaboration, quant à elle, peut se présenter sous la forme d'une participation d'une institution aux travaux d'une autre (par exemple, en tant qu'observateur), lorsque les questions intéressant la première sont traitées par la deuxième. Quelques organisations intergouvernementales, comme l'OMC et l'OMPI, ont été présentes en tant qu'observateurs aux négociations de la Convention de l'UNESCO. Un autre exemple réside dans la consultation d'organisations comme l'OMS ou l'OMPI lors du règlement des différends dans le domaine commercial. Ce type de procédure semble prometteur pour l'avenir du rapport entre la

624 « *If all of the members of the WTO have agreed in another treaty to protect certain human rights, for example, then (...) we have the basis for an agreed understanding of some of the shared fundamental values that we all recognize as a part of international law* » (D.P. STEGER, *op. cit.*, p. 164).

Convention de l'UNESCO et les Accords de l'OMC. Dans le cas d'un litige devant l'OMC soulevant des considérations culturelles, il paraît fondamental que l'UNESCO collabore avec l'OMC pour son règlement. Les observations du Comité intergouvernemental prévu par la Convention à propos des rapports soumis par chaque Partie, ainsi que les éventuelles interprétations du texte de la Convention par des commissions de conciliation pourraient s'avérer des instruments utiles dans cette collaboration.

Enfin, la structuration d'un lien peut se trouver dans l'incorporation d'un domaine par un autre, de manière à éviter des conflits normatifs. Il s'agit de la solution utilisée pour lier le commerce et la propriété intellectuelle à travers l'Accord sur les ADPIC (bien que d'autres règles continuent d'être négociées dans le cadre de l'OMPI, de manière indépendante de l'OMC) ou encore dans les accords bilatéraux de commerce exigeant la ratification de certains accords de l'OMPI. À l'égard de la diversité culturelle, le choix pour l'élaboration d'un nouveau traité a été porté sur l'UNESCO et les propositions d'une nouvelle annexe ou d'un nouvel accord dans l'OMC ont été abandonnées.

La procédure d'incorporation a fait l'objet d'une grande attention de la part de la doctrine. Bien que les raisons pour une attraction de nouveaux thèmes vers le système de l'OMC soient souvent d'ordre politique, certains critères théoriques pour la détermination de l'opportunité de les inclure dans l'OMC ont été avancés⁶²⁵. Par le biais de ces critères, l'inadéquation constatée plus haut de cette organisation et de ses accords tels qu'ils se présentent aujourd'hui pour répondre aux problèmes soulevés par le débat entre le commerce et la culture peut être confirmée par la constatation d'une inadéquation théorique ou générale de l'éventuelle incorporation de la question culturelle aux accords de l'OMC⁶²⁶.

C'est ce qui ressort, par exemple, de l'application à la protection de la diversité culturelle du modèle de « *legal triangulation* » proposé par S. Charnovitz. Ce modèle se fonde sur les objectifs de l'OMC⁶²⁷

625 Pour un examen de ces critères, ainsi qu'une proposition d'un cadre d'analyse applicable au système de l'OMC, voir S. CHARNOVITZ, « Triangulating the World Trade Organization », *op. cit.*, pp. 28-55. Cet auteur cite les propositions de P. NICHOLS, C. O'NEAL TAYLOR, M. KHOR, B. HINDLEY et J. DUNOFF (pp. 32-34).

626 La tentative de définition d'un cadre général, fondé sur les missions de l'OMC, applicable pour la détermination des limites entre ce qui doit rentrer dans l'OMC et ce qui ne le doit pas, est critiquée par certains auteurs comme J.H. JACKSON (« Afterword: The Linkage Problem – Comments on Five Texts », *AJIL*, « *Symposium: The Boundaries of the WTO* », vol. 96, n° 1, 2002, p. 135), en raison de son abstraction (ce que cet auteur qualifie d'approche *top down*). Il propose, à l'opposé, que la question des *linkages* soit traitée de manière *bottom up*, c'est-à-dire, en partant de la constatation d'un problème spécifique et des besoins institutionnels pour le résoudre. C'est cette même démarche qui a été adoptée dans le présent ouvrage au sujet de la diversité culturelle, notamment en démontrant que son traitement par l'OMC ne peut répondre à toutes les préoccupations qu'elle soulève (*cf.* Partie I).

627 Pour D.P. STEGER, *op. cit.*, p. 159, les objectifs de l'OMC indiqués par S. CHARNOVITZ ne sont pas les objectifs de l'organisation, mais ceux de l'auteur. Cette critique ne paraît

selon trois catégories de cadres d'examen, servant à tester l'intégration d'un nouveau domaine au système multilatéral du commerce. L'incorporation serait acceptable lorsqu'elle serait justifiée par au moins un cadre relevant de chacune de ces trois catégories.

La première catégorie concerne les rapports interétatiques. L'OMC répondrait ainsi à quatre objectifs distincts :

a) l'ouverture coopérative : les Membres ouvrent leurs marchés lorsqu'un comportement similaire est adopté par les autres Membres (ce qui va dans le sens de la théorie des jeux ou du dilemme du prisonnier). Si toutes les règles de l'OMC ne promeuvent pas l'ouverture des marchés, plusieurs dispositions vont en effet dans ce sens. Selon ce cadre, un nouveau thème qui répond à cet objectif pourrait entrer dans l'OMC. La promotion de la diversité culturelle ne suit pas cette voie, car bien que les échanges culturels y aient une place fondamentale, elle ne semble pas pouvoir être atteinte à présent sans certaines restrictions au commerce.

b) l'harmonisation : les Membres utilisent l'OMC afin d'établir des standards minima (tel que dans l'Accord sur les ADPIC) et d'éviter une « sur-régulation » ou une « sous-régulation » dans certains domaines. Un nouveau domaine qui pourrait être amené à l'OMC conformément à ce cadre serait, par exemple, celui du contrôle de la concurrence. En ce qui concerne la diversité culturelle, étant donné les grandes inégalités et les écarts de développement des industries culturelles de chaque pays, il est difficile d'entrevoir des standards de régulation applicables à tous les Membres.

c) l'équité du commerce et des relations commerciales : les Membres de l'OMC cherchent, à travers cette institution, à augmenter leurs chances d'être traités de manière équitable par les autres Membres. Des règles en faveur des exportations des pays en développement pourraient rentrer dans ce cadre. Il s'agit d'un des seuls cadres qui pourraient éventuellement répondre aux intérêts liés à la diversité culturelle, dans le cas très précis où de nouvelles règles seraient insérées dans les accords de l'OMC afin de promouvoir un plus grand équilibre dans le commerce des produits et services culturels.

d) la réduction des risques liés à des actions arbitraires et imprévisibles des gouvernements : les règles multilatérales commerciales garantissent aux acteurs privés un minimum de prévisibilité lorsqu'ils agissent dans d'autres pays. Cet argument soutiendrait l'inclusion de nouvelles règles de protection des investissements internationaux dans l'OMC. Il semble, néanmoins, aller à l'encontre des objectifs de diversité culturelle, surtout du fait que les gouvernements doivent avoir une marge de manœuvre suffisamment large dans ce domaine. Toute consolidation de règles ne pourrait ainsi convenir à de tels objectifs.

pas réduire la validité du cadre d'analyse qu'il propose. Les missions attribuées par chaque gouvernement à l'organisation sont, en effet, variables et relèvent de considérations politiques.

Une deuxième catégorie de cadres d'analyse concerne les politiques nationales et les rapports entre les gouvernements étatiques et le public. Sous cette perspective, l'OMC aurait les objectifs suivants :

a) l'autolimitation des gouvernements, de manière à garantir la stabilité de leurs politiques commerciales face à des intérêts nationaux spécifiques et souvent protectionnistes (notamment pour éviter par la suite une rétrocession de certaines réformes). L'intérêt serait, selon ce cadre, de consolider des politiques sur le plan international et d'utiliser de tels engagements pour ne pas céder aux intérêts de certains groupes nationaux. Non seulement un tel cadre peut être considéré antidémocratique, mais la notion de diversité culturelle exige que les intérêts des différentes communautés culturelles puissent être protégés. De plus, toute politique gouvernementale dans le domaine culturel dépend d'un dialogue avec le public et les industries culturelles et doit évoluer selon leurs besoins. Ce cadre ne pourrait donc justifier l'incorporation de cette question par l'OMC.

b) la formation d'une coalition sur le plan interne en faveur du soutien pour la signature d'accords commerciaux : toute question réunissant une majorité sur le plan national en ce sens pourrait être introduite à l'OMC. Ce n'est évidemment pas le cas de la diversité culturelle, ce qui a été clairement démontré par l'adoption de la Convention de l'UNESCO, ainsi que par l'appui qu'elle a reçu de la société civile.

La troisième catégorie se réfère aux relations entre les différentes organisations internationales (problèmes d'allocation de juridiction) :

a) la fonction commerciale de l'OMC : la gouvernance mondiale doit être organisée selon la spécialisation des compétences des organisations internationales. Les règles de l'OMC ne peuvent ainsi envisager que des objectifs commerciaux et toute question sociale et culturelle devrait ainsi en être exclue⁶²⁸. L'UNESCO serait, par conséquent, l'institution convenable pour traiter de la diversité culturelle.

b) l'institutionnalisation comparative : les missions de chaque organisation intergouvernementale doivent être déterminées conformément au contexte institutionnel formé par l'ensemble de ces organisations. L'incorporation d'un domaine dans les compétences d'une organisation internationale (par exemple, l'OMC) dépendra ainsi non seulement de l'absence d'une autre organisation compétente (ce qui n'est pas le cas pour le domaine de la culture), mais aussi, d'une manière générale, des avantages et inconvénients existants comparativement à son traitement par une autre institution⁶²⁹. Selon une perspective culturelle, le traitement

628 S. CHARNOVITZ reconnaît, néanmoins, la difficulté de fixation de limites entre ce qui relève du commerce et ce qui n'est pas commercial (« Triangulating the World Trade Organization », *op. cit.*, p. 49).

629 Selon J. JACKSON, la décision concernant l'inclusion d'une certaine question dans le champ d'application d'une organisation internationale spécifique doit prendre en compte les caractéristiques de celle-ci : « Does a particular institution have the resources or

inapproprié que l'OMC accorde aux produits et services culturels dans ses accords justifierait son traitement par l'UNESCO.

Il est ainsi possible de conclure que, malgré l'existence d'un lien entre le commerce et la culture dans la réglementation des échanges de produits et services culturels, ce lien ne justifie pas l'assimilation de la question culturelle par l'OMC. La Convention de 2005 permettra éventuellement l'établissement de mécanismes de coopération et de consultation entre cette organisation et l'UNESCO qui répondront de manière plus effective aux objectifs que la notion de diversité culturelle comprend. De tels mécanismes devront faire face à des conflits normatifs que les dispositions de la Convention, et notamment celles relatives au rapport de la Convention avec d'autres traités, n'ont pas pu écarter.

2 - Les réponses à l'établissement d'un lien

Lorsque différents traités peuvent s'appliquer à une même matière, survient alors la possibilité d'incompatibilités. Ce que certains appellent la « fragmentation » du droit international semble contribuer à ce problème⁶³⁰. Les difficultés sont encore plus évidentes pour ce qui a trait aux institutions de règlement des différends : chacune tendra à appliquer les normes de son système et la solution qu'elle trouvera à un conflit spécifique ne sera valable que dans le cadre de son système. Le risque de solutions contradictoires devient ainsi important et menace la légitimité et la crédibilité des différents systèmes.

Afin de prévenir ou de résoudre ces conflits, les États parties à un traité peuvent y introduire des dispositions expresses contenant des critères hiérarchiques. De plus en plus de traités internationaux prévoient, en effet, une clause intitulée « Relations / Rapports avec d'autres accords internationaux », laquelle détermine le statut juridique du traité par rapport à d'autres textes internationaux qui pourraient entrer en conflit avec le

*effective participants, or fulfill the important democratic legitimacy criteria, or have the means to achieve cooperation between the players so as to be effective both in working toward its goals and in preserving or enhancing other important goals (such as reducing disputes, treating all kinds of societies fairly, enhancing the appropriate efficiency of markets, and granting national societies 'margins of appreciation')? » (« Afterword: The Linkage Problem », *op. cit.*, p. 139).*

⁶³⁰ Ces divergences trouvent leur origine dans le manque de principes juridiques clairs et assez détaillés prenant en compte les incompatibilités entre normes du droit international ; l'absence d'organes internationaux centraux capables de garantir l'application homogène de ce droit ; la différence de structure entre les normes « classiques » du droit international établies entre États de manière réciproque et celles qui accordent des droits à des individus ou à la communauté d'États ; et l'existence (de plus en plus significative) de réglementations spécifiques à certains domaines et dans lesquelles un grand nombre de normes dérivées (ou procédurales) sont produites (G. HAFNER, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », in *Mich. J. Int'l L. - Diversity or Cacophony? New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, pp. 7 et s.).

premier⁶³¹. Cette tendance s'explique notamment en raison de la multiplication des accords internationaux. Dans la mesure où la Convention sur la diversité des expressions culturelles soulevait à plusieurs reprises la question du lien entre le commerce et la culture, il a paru nécessaire à la majorité des négociateurs de mieux clarifier ce lien dans le texte de la Convention. Cette clarification permettait, en outre, de rassurer certains États qui redoutaient les effets de la Convention sur des engagements déjà assumés dans le cadre d'autres traités internationaux (et notamment les traités commerciaux).

Parmi les possibilités de clause établissant les relations avec d'autres accords, il peut y avoir une « déclaration de compatibilité », disposition expresse introduite dans un traité afin d'exprimer sa compatibilité avec d'autres instruments juridiques ou le fait qu'il n'affecte pas ces autres accords. Dans ce cas, le traité en question est subordonné aux autres accords. Par cette clause, les parties confirment leurs droits et obligations (les unes envers les autres) existant en vertu d'autres traités auxquelles elles sont également parties. Il s'agit d'un modèle courant dans la pratique des traités internationaux, présent surtout dans des accords bilatéraux signés à partir des années 90.

À titre d'illustration, selon l'article 1.3 de l'Accord de libre-échange Canada – Costa Rica, « *Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont l'une envers l'autre aux termes de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties* ». Les accords de libre-échange Canada – Israël et Canada – Chili en fournissent également des exemples, où un autre traité antérieur, indiqué de manière spécifique et expresse, est réputé supérieur (la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination ou « *les accords visés à l'annexe 104.1* »). C'est également le cas du Traité de l'OMPI sur les interprétations et les exécutions de phonogrammes : « *Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention internationale sur la protection des artistes*

631 Il s'agit de « passerelles » capables de faciliter leur articulation (Voir H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 32, ainsi que I. BERNIER, « Le lien entre une future convention (...) », *op. cit.*, pp. 7-9). Plusieurs accords bilatéraux et régionaux analysés précédemment se servent de ce mécanisme, expressément ou non. C'est le cas de l'ALENA, tout d'abord dans son article 301. Dans le chapitre 7, section B, de cet accord, une passerelle similaire est établie implicitement, à travers l'utilisation des concepts et du langage spécifique de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC. Une telle démarche n'est évidemment possible, néanmoins, que s'il existe entre les deux accords une large identité de perspective (en l'espèce, commerciale).

interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion faite à Rome le 26 octobre 1961 » (article 1.1).

Des pays comme les États-Unis et le Japon, dont la volonté était de réduire tout impact de la Convention de l'UNESCO sur la libéralisation commerciale, défendaient l'adoption de ce type d'approche. Une clause de ce type aurait impliqué la subordination des considérations culturelles mises en valeur par la Convention aux considérations d'ordre commercial de l'OMC.

L'article 22 de la Convention sur la diversité des espèces biologiques offre toutefois un exemple de ce modèle, mais en introduisant un élément nouveau : « *Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace* » (souligné par l'auteur). Cette exception a inspiré, sans succès, certaines propositions dans le cadre des négociations de la Convention sur la diversité des expressions culturelles.

Dans le Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, un modèle proche a été adopté. Son préambule détermine ainsi que « *le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur* ». Étant donné que cette affirmation pourrait être considérée comme subordonnant le Protocole en question aux autres accords internationaux, les parties en ont rajouté une autre, selon laquelle « *il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux* »⁶³².

Ce même type de précision apparaît à l'article 20 de la Convention sur la diversité des expressions culturelles. Il semblait dès le départ le plus approprié pour une future convention internationale sur la diversité des expressions culturelles, en raison du rapport d'égalité qu'il établissait entre les considérations culturelles et d'autres intérêts, y compris les intérêts commerciaux. En effet, la diversité culturelle ayant comme point de départ l'équilibre nécessaire entre la protection et la promotion des expressions culturelles et l'ouverture aux autres cultures, elle présuppose l'absence d'opposition grave entre une telle convention et les accords de

⁶³² Le préambule du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture établit, dans le même sens, que « *le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents doivent se compléter mutuellement en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire ; (...) qu'aucune disposition du présent Traité ne doit être interprétée comme supposant, de quelque façon que ce soit, une modification des droits et obligations des Parties contractantes découlant d'autres accords internationaux* » et que « *le point ci-dessus n'a pas pour objet de créer une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux* » (souligné par l'auteur).

l'OMC. L'idée d'ouverture aux autres expressions culturelles n'est en effet pas incompatible avec celle d'ouverture des marchés, bien que les perspectives adoptées dans chaque cadre soient différentes. Un rapport d'égalité permettait, en outre, un plus grand soutien des États membres de l'UNESCO pour l'adoption (et la ratification) de la Convention.

Une autre approche possible aurait été celle où la priorité est donnée à l'accord où la clause est introduite lors d'une incompatibilité avec d'autres accords. Il s'agit d'un modèle qui n'est pas courant, mais qui figure par exemple dans l'ALENA (article 103, § 2) et à l'article 103 de la Charte des Nations Unies⁶³³. Cette clause ne vaut évidemment qu'entre les parties au traité en question, les obligations contractées avec des États tiers demeurant contraignantes et applicables. Elle est très rare dans la pratique, en raison de la complexité juridique qu'elle peut entraîner, notamment s'agissant d'accords multilatéraux. Elle pose naturellement moins de problèmes lorsque la primauté est donnée à des accords spéciaux, situation où le principe de *lex specialis* trouverait de toute façon application. Pour la Convention de 2005, un obstacle politique est venu s'ajouter aux difficultés juridiques présentées par ce type d'approche, étant donné la forte résistance de quelques pays à accepter que la Convention puisse avoir des effets sur les autres accords internationaux existants et particulièrement sur les accords de commerce.

Dans le cas où aucune disposition expresse n'est prévue par les États parties (par omission volontaire ou non) ou qu'il n'existe pas de subordination entre les différents traités, les règles générales de conflits de normes de droit international public, consolidées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, s'appliquent. Son article 30 traite de l'« *Application de traités successifs portant sur la même matière* ». Il est possible d'interpréter l'expression « traités sur la même matière » comme faisant référence à un sujet spécifique dans le traité. Répondrait ainsi à cette exigence tout traité considéré applicable au même problème spécifique d'action étatique⁶³⁴. L'article 30 prévoit la situation des « déclarations de compatibilité » susmentionnées, en affirmant que « [I]orsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent »

633 D'autres exemples existent dans les accords bilatéraux de libre-échange Corée – Chili ou Amérique Centrale – Panama. Le § 2 de l'article 1.3 du premier détermine que, dans le cas d'une incompatibilité entre cet Accord et les accords mentionnés au § 1, le premier prévaut à moins qu'il n'en dispose autrement, dans la limite de l'incompatibilité. L'article 1.04 du deuxième accord stipule à son tour que les États parties confirment les droits et les obligations existant entre eux conformément à l'Accord de l'OMC et à d'autres accords auxquels ils sont parties, mais, dans le cas d'incompatibilité, le Traité de libre commerce prévaut en règle générale.

634 D.W. LEEBRON, *op. cit.*, p. 21, n. 54.

(article 30.2). Une telle déclaration crée ainsi une hiérarchie entre les deux accords.

Lorsque les traités sont silencieux sur cette question, la Convention de Vienne établit une distinction par rapport aux parties à ces traités. Une première situation (article 30.3) est celle de l'identité complète des parties aux traités qui sont confrontés. Dans ce cas de figure, « *le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur* ». Il s'agit de l'application de la règle selon laquelle les parties à un traité peuvent lui apporter des modifications ou l'abroger par un accord postérieur. D'ailleurs, si les deux traités en question ont le même degré de généralité, cette règle ne fait qu'appliquer le principe « *lex posterior derogat priori* ». En revanche, lorsqu'il n'y a pas d'identité totale d'États parties, deux hypothèses de solution sont prévues (article 30.4). Entre les États parties aux deux accords, la règle précédente est applicable⁶³⁵. Lorsqu'il s'agit des relations entre un État partie aux deux ententes et un État partie uniquement à l'un de ces accords, c'est « *le traité auquel les deux États sont parties [qui] régit leurs droits et obligations réciproques* ». Il s'agit de l'application du principe de l'effet relatif des traités, selon lequel les États tiers ne sont pas concernés par les engagements auxquels ils ne sont pas parties, ceux-ci ne leur étant pas opposables. Ils ont, néanmoins, le droit d'exiger le respect des engagements contractés avec eux⁶³⁶ (application des principes *pacta sunt servanda* et de bonne foi, consacrés par l'article 26 de la Convention de Vienne). En effet, le § 5 de l'article 30 prévoit le cas où il existe une incompatibilité entre les traités et où, par conséquent, l'État les ayant signés ou ratifiés ne respecte pas l'un de ses engagements. Il dispose que la solution apportée par le § 4 ne préjuge en rien la responsabilité de chaque État pour l'exécution des traités auxquels il est partie.

Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne établissent les règles d'interprétation des traités. Ils seront particulièrement utiles lors de l'interprétation de la Convention sur la diversité des expressions culturelles (ainsi que du projet de résolution soumis par le Japon et appuyé par l'Afghanistan à la 33^e Conférence générale de cette organisation, examiné plus loin), notamment lorsqu'il faudra concilier ses règles avec celles d'autres accords internationaux. L'article 31.1 consacre la règle selon laquelle « *[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». En outre, tout accord intervenu

635 Si le nouvel accord a comme objet de modifier l'accord précédent entre les États parties en question, les conditions prévues à l'article 41 de la Convention de Vienne devront être respectées.

636 Une telle solution n'est évidemment pas entièrement satisfaisante dans la perspective de l'application cohérente et compatible de toutes les obligations contractées par un État, mais elle répond aux exigences de respect de la souveraineté des États en droit international.

entre les parties à un traité devra être pris en compte au moment de son interprétation, en tant que manifestation de la volonté des parties⁶³⁷. Il en est de même pour « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (article 31.3 (c), qui exprime le principe d'intégration systémique du droit international)⁶³⁸. En effet, l'intention des parties détient une valeur significative (§ 4). À ce titre, la question, par exemple, du rejet du mot « préservation » lors des négociations de la Convention de l'UNESCO acquiert une grande importance.

L'article 32 prévoit encore des « *Moyens complémentaires d'interprétation* », parmi lesquels se trouvent notamment les travaux préparatoires et « *les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu* ». Ils permettent « *soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable* »⁶³⁹.

Partant de ces dispositions d'articulation et d'interprétation des traités et ayant à l'esprit les types de liens qui peuvent être établis entre des domaines normatifs différents, il est possible de s'interroger sur l'articulation spécifique des dispositions de la Convention de l'UNESCO avec les Accords de l'OMC.

B - L'inclusion d'une clause explicite d'articulation

Diverses propositions de clause d'articulation se sont succédées au long des négociations qui se sont déroulées entre décembre 2003 et juin 2005 pour l'élaboration de la Convention sur la diversité des expressions culturelles.

1 - Les formules soumises à négociation

Les négociations sur une clause précisant le rapport entre la Convention et les autres accords internationaux ont eu comme base de départ deux formules présentées dans l'avant-projet de convention de

637 Voir, par exemple, l'affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni) de 1951-1953, où la CIJ considère une déclaration annexée à un traité comme faisant partie de celui-ci et représentant la volonté des parties.

638 Sur l'application de cet article, voir, par exemple, C. McLACHLAN, « The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention », in *ICLQ*, vol. 54, April 2005, pp. 290 et s. Voir aussi *CDI*, « Conclusion des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », §§ 17 et s.

639 La CPII et la CIJ ont à maintes reprises affirmé le caractère subsidiaire des travaux préparatoires. Voir, par exemple, l'avis consultatif de la première concernant « *l'interprétation de la convention de 1919 relative au travail de nuit des femmes* » de 1932, ainsi que l'avis de la deuxième portant sur la « *compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État membre aux Nations Unies* ».

juillet 2004. Dans son article 19, intitulé « Relation avec les autres instruments », l'avant-projet prévoyait en effet deux variantes⁶⁴⁰.

La variante A reprenait l'approche adoptée par la Convention sur la diversité des espèces biologiques, en établissant la supériorité de la Convention par rapport à d'autres traités lorsque ceux-ci représenteraient de « sérieux dommages » ou une « sérieuse menace » à la diversité des expressions culturelles (§ 2), à l'exception des traités relatifs à la propriété intellectuelle (§ 1) et de ceux relatifs aux droits de l'homme, conformément à l'article 2.1 (Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Pour bénéficier d'une telle supériorité, les Parties auraient été obligées de prouver de tels dommages ou une telle menace à la diversité des expressions culturelles, ce qui aurait rendu assez difficile son application pratique⁶⁴¹. En outre, le §1 créait un rapport de subordination de la Convention aux traités internationaux portant sur les droits de la propriété intellectuelle. Une telle différence de traitement ne se justifiait pas et serait même dangereuse, notamment pour les pays en développement, en raison de la protection excessive attribuée dans les accords récents aux titulaires de ces droits. D'un autre côté, la variante B prévue par l'avant-projet stipulait une règle générale, sans distinction selon l'objet des traités internationaux, impliquant la subordination de la Convention par rapport à tous les autres traités existants. Si elle avait été adoptée, elle aurait réduit, dès le départ, l'efficacité de la Convention.

Les deux variantes ont fait l'objet de beaucoup de débats et des propositions ont été présentées par les États négociateurs, les organisations internationales et les ONG. Dans leur grande majorité, les ONG se sont fortement opposées à la variante B⁶⁴². Les États-Unis, dans leurs commentaires à l'avant-projet⁶⁴³, ont au contraire soutenu cette option, en la renforçant : « Rien, dans la présente Convention, ne prime sur les

640 La variante A déterminait que « 1. Rien, dans la présente Convention, ne peut être interprété comme portant atteinte aux droits et obligations des États parties au titre de tout instrument international existant relatif aux droits de propriété intellectuelle auxquels ils sont parties. 2. Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour un État partie d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité des expressions culturelles ou constituait pour elle une sérieuse menace ». La variante B disposait que « Rien, dans la présente Convention, ne modifie les droits et obligations des États parties au titre d'autres instruments internationaux existants ».

641 Cette exigence de dommage ou de menace sérieuse serait, semble-t-il, liée aux « situations spéciales » prévues à l'article 8 de la Convention (H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 9).

642 Voir « Commentaires et Amendements des ONG » à l'Avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, UNESCO, CLT/CPD/2004/CONF.607/1, Partie V, Décembre 2004, pp. 51 et s.

643 Voir « Propositions d'amendements des États membres » à l'Avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, UNESCO, CLT/CPD/2004/CONF.607/1, Partie III, Décembre 2004, p. 94.

droits et obligations découlant de tout accord international existant, d'accords de succession à un précédent accord et de toute modification apportée à ces accords entre des États parties, ni ne peut être interprété comme modifiant ces droits et obligations ». Dans le cas où une telle option aurait été acceptée par les autres États, la Convention aurait été vidée d'utilité. Depuis le début des négociations, néanmoins, la majorité des États semblait souhaiter l'adoption d'une formule de conciliation entre la subordination et la non-subordination de la Convention⁶⁴⁴. La plus grande partie des pays s'est ainsi montrée plus favorable à l'option A (bien qu'en y apportant des remarques) qu'à l'option B⁶⁴⁵.

La CNUCED, dans ses commentaires, remettait en question l'inclusion même d'une clause d'articulation dans la Convention, dans la mesure où les dispositions de la Convention de Vienne seraient déjà applicables et, selon elle, suffisantes⁶⁴⁶. Des pays comme l'Argentine, le Brésil et la Corée du Sud se sont initialement ralliés à cette position⁶⁴⁷. D'autres États ont proposé des solutions intermédiaires, comme la Nouvelle-Zélande, qui mettait l'accent sur la cohérence entre la Convention et les autres accords internationaux, et la Suisse, dont la proposition prévoyait que les « États parties veillent à privilégier une interprétation assurant une complémentarité des instruments internationaux, conforme au droit international et tenant compte des objectifs des accords en question »⁶⁴⁸. L'Union européenne a également fait une proposition dans le même sens, reconnaissant le besoin de cohérence, soutien mutuel et non-subordination entre la Convention et les autres traités internationaux⁶⁴⁹.

En mai 2005, deux nouvelles versions de cette clause ont été présentées à la troisième session de la réunion d'experts intergouvernementaux, dans le « texte composite » et le « texte consolidé » de l'avant-projet. Le texte composite reprenait les variantes A et B de l'article 19, en rassemblant les commentaires à cet article exprimés en séance plénière : « Les États membres ont réitéré l'importance d'examiner conjointement

644 H. RUIZ FABRI, « État des négociations de la convention (...) », *op. cit.*, p. 5.

645 Voir I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, p. 11.

646 « Commentaires des OIG » à l'Avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, UNESCO, CLT/CPD/2004/CONF.607/1, Partie IV, Décembre 2004, p. 9. Dans leurs parties respectives de ce même document, l'OMPI a préféré ne pas se prononcer sur cette question (p. 22) et l'OMC s'est limitée à rendre compte des opinions de ses Membres exprimées lors d'une réunion informelle organisée à cet effet le 11 novembre 2004 (pp. 23 et s.).

647 « Propositions d'amendements des États membres » à l'Avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, UNESCO, CLT/CPD/2004/CONF.607/1, Partie III, Décembre 2004, p. 93.

648 *Idem*, p. 95.

649 Voir I. BERNIER, « La seconde session de la réunion (...) », *op. cit.*, p. 31.

l'ex-article 13 (Concertation et coordination internationales) [650] et l'article 19 (Relations avec les autres instruments) et d'envisager un rapprochement entre les deux dispositions. (...) En ce qui concerne l'article 19, suite aux débats sur les variantes A et B, le Président a suggéré qu'il fallait trouver une formulation alternative pour une autre variante. Cette dernière devrait éviter d'instaurer une hiérarchie entre les instruments internationaux, mais devrait permettre, au contraire, la complémentarité entre ceux-ci ».

Le texte consolidé proposait une nouvelle formulation de l'article 19, dans laquelle l'accent était mis sur la complémentarité et le renforcement mutuel entre la Convention et les autres accords internationaux. L'article 19 devenait l'article 20 et l'article 13 s'en était trouvé rapproché, devenant l'article 21⁶⁵¹. L'article 20.1 envisageait de mettre la Convention et tout autre instrument international sur un pied d'égalité, sans aucune relation de subordination entre eux. Le § 2 visait à garantir que les Parties prennent en compte les dispositions de la Convention au moment de la signature d'autres traités. L'article 21 venait le compléter, en imposant aux Parties de promouvoir les objectifs et principes de la Convention et de se consulter à cet effet. Bien qu'équilibrée, cette combinaison entre les deux articles n'a pas rassemblé le soutien nécessaire et il a fallu qu'un groupe de travail s'occupe spécifiquement des discussions sur une nouvelle version de cet article.

Le texte qui a obtenu l'accord au sein du groupe de travail a encore fait l'objet de désaccords lors de sa présentation à la réunion plénière d'experts intergouvernementaux et à la Conférence générale⁶⁵²,

650 Lequel disposait que « *Les États parties gardent à l'esprit les objectifs de la présente Convention lorsqu'ils souscrivent un engagement international. Ils s'engagent, s'il y a lieu, à en promouvoir les principes et les objectifs dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les États parties se consultent, au sein de l'UNESCO, en vue d'élaborer des approches communes* ».

651 Ces deux articles étaient rédigés comme suit : « *Article 20 - Relations avec les autres instruments - 1. La présente Convention ne modifie pas les droits et obligations des Parties au titre d'autres accords internationaux. De même, aucun autre accord international ne modifie les droits et obligations des Parties au titre de la présente Convention. 2. Lorsqu'elles interprètent et appliquent d'autres instruments ou lorsqu'elles souscrivent d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les objectifs et principes de la présente Convention. - Article 21 - Concertation et coordination internationales - Les Parties s'engagent à promouvoir les principes et les objectifs de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les Parties se consultent en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes* » (Appendice 2 au « Rapport Préliminaire du Directeur général contenant deux avant-projets de conventions sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques », CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Paris, 3 mars 2005, p. 17).

652 Les États-Unis ont menacé de présenter un deuxième texte d'article 20 à la Conférence générale, dans le cas où les discussions sur cet article ne se poursuivraient pas. La possibilité de présentation de deux versions du même article a été soumise au vote en séance plénière, étant rejetée par une énorme majorité d'États. Au début des travaux de la Commission IV, les États-Unis ont présenté vingt-huit amendements au texte de

avant qu'il ne soit accepté en tant que version finale de l'article 20. En effet, avant son adoption, des propositions d'amendement à cet article ont encore été avancées par les États-Unis, le Sénégal, l'Afrique du Sud, l'Andorre et le Mexique.

2 - *L'option adoptée*

La clause finalement adoptée d'articulation entre la Convention et les autres accords internationaux établit un rapport d'égalité entre les droits et obligations qu'ils engendrent (articles 20 et 21). Elle détermine en grande partie les effets que la Convention pourra avoir par rapport à ces autres accords.

a) *Le rapport d'égalité entre la Convention et les autres traités*

La formule de clause d'articulation figurant dans le texte final de la Convention, adopté par la 33^e Conférence générale le 20 octobre 2005, prévoit, dans l'intitulé de l'article, les objectifs de soutien mutuel, complémentarité et non-subordination⁶⁵³. Le § 1 commence par établir ce rapport, en réaffirmant l'obligation des Parties de remplir de bonne foi toutes leurs obligations, dans le cadre de la Convention ou de tout autre traité auquel elles seraient parties. Il s'agit d'un principe du droit international, qu'il n'était pas nécessaire d'introduire de manière expresse dans cet article, si ce n'est en raison des craintes de certains États que la Convention serve à justifier le non-respect des obligations internationales de nature commerciale des Parties.

Le même paragraphe affirme la non-subordination de la Convention aux autres traités et en énonce deux implications : l'alinéa (a), établissant que les Parties encouragent le soutien mutuel entre leurs obligations, rappelle l'idée de cohérence proposée antérieurement par la Nouvelle-Zélande. Dans le cadre de ce soutien mutuel, l'alinéa (b) pourrait paraître favoriser une position supérieure des dispositions de la

la Convention, en réaffirmant que « *la Convention était erronée et incompatible avec les obligations de l'UNESCO* », en insistant « *sur le fait que la rapidité de négociation de la Convention avait été une barrière au consensus* » et en faisant « *valoir que non seulement la qualité du texte en souffrait mais que les conséquences de l'adoption d'un texte aussi erroné seraient graves* » (I. BERNIER, « La troisième session de la réunion (...) », *op. cit.*, p. 8).

653 « *Article 20 - Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination - 1. Les Parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités, (a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties ; et (b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention. 2. Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties* ».

Convention, lesquelles devront être prises en compte lors de l'interprétation, de l'application et de la signature d'autres traités. Il s'agit ainsi non seulement du rapport avec les accords déjà existants, mais également avec les accords qui seront conclus dans l'avenir. Une telle clause implique que les intérêts culturels soient pris en considération lors de l'application et de l'interprétation des accords de commerce, surtout si le nombre de Parties à la Convention s'approche de celui des Parties à ces accords⁶⁵⁴. Il s'agit d'un acquis important en faveur de la diversité culturelle. Quelques imprécisions subsistent, néanmoins, quant à ce que l'on comprend par « dispositions pertinentes » et par l'obligation de « prendre en compte »⁶⁵⁵.

Le § 2 vient enlever tout doute concernant les effets de la Convention sur d'autres traités, en établissant de manière claire qu'elle ne leur est pas supérieure. Il doit être lu conjointement avec le § 1, qui renforce l'idée de non-subordination énoncée dans l'intitulé de l'article et le rapport d'égalité entre les obligations découlant de la Convention et celles provenant d'autres accords internationaux. En outre, le § 2 traite de la « modification » des droits et obligations découlant d'autres traités, ce qui peut être interprété comme signifiant que la Convention ne peut servir à remettre en cause les droits et obligations déjà assumés par les Parties, y compris dans les rapports réciproques des Parties à la Convention⁶⁵⁶. Les dispositions de celle-ci devront être prises en compte, cependant, lors de l'interprétation et de l'application de ces obligations, conformément au § 1. Pour ce qui est des accords futurs, le respect du § 1 (b) écarte logiquement l'application du § 2.

En somme, l'article 20 vise à inciter une mise en application cumulative de la Convention et de tout autre accord, ce qui n'est pas sans promouvoir, on l'espère, une plus large ratification de la première. L'inclusion d'une telle clause d'égalité a le mérite d'apporter de la clarté et de la précision. Le résultat final semble, néanmoins, être le même qu'en cas de silence de la Convention : tout conflit pouvant survenir entre les obligations de la Convention et celles d'autres traités devra être

654 C. BEAT GRABER, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity (...) », *op. cit.*, p. 567, rappelle que ce sont les Membres de l'OMC qui composent l'ORD. Dans ce sens, l'article 20.1 (b) est en accord avec la logique du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, et il incombera aux Parties à la Convention membres de l'OMC d'appliquer et d'interpréter les accords de cette organisation selon les « dispositions pertinentes » de la Convention de l'UNESCO.

655 Lue à la lumière de la non-subordination, la « prise en compte » de la Convention devra se faire de manière effective (H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 84).

656 M.J. HAHN conclut qu'il existe en définitive une véritable subordination de la Convention aux accords de l'OMC en ce qui concerne les traités déjà existants (*op. cit.*, p. 546).

examiné à la lumière des règles d'interprétation prévues à la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁵⁷.

Afin de garantir une logique de complémentarité et de soutien mutuel, l'article 21, relatif à la concertation et à la coordination internationales, prévoit à son tour que « *Les Parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les Parties se consultent, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes* ». Très proche de la formule du texte consolidé, cette disposition affaiblit, par rapport à celui-ci, l'obligation de consultation des Parties, en ajoutant l'expression « s'il y a lieu ». Cela ne semble pas dangereux pour la mise en œuvre de la Convention, tant que l'obligation de promouvoir ses objectifs et principes est respectée. L'article 21 crée ainsi un mécanisme d'articulation politique et préventive entre la Convention et d'autres corps de règles qui témoigne d'une approche réaliste et pragmatique⁶⁵⁸. Il permet ainsi que la Convention puisse avoir une influence significative sur les accords de commerce négociés depuis son entrée en vigueur⁶⁵⁹.

Parallèlement, l'article 23.6 (e) de la Convention prévoit que le Comité intergouvernemental établira des mécanismes de consultation pour promouvoir les objectifs et principes de la Convention dans d'autres enceintes internationales.

b) Les effets de la Convention

Il s'agit ici de s'interroger sur les effets que la Convention pourra avoir dans la pratique en fonction du rapport d'égalité qui régit ses relations avec d'autres instruments normatifs. Une distinction peut être faite, d'une part, entre ses répercussions dans le cadre d'un différend soulevant à la fois des questions commerciales et culturelles et, d'autre part, son impact sur les futures négociations commerciales.

657 À propos de l'option consistant à établir l'égalité entre la Convention et les autres accords internationaux, H. RUIZ FABRI affirme : « *Si elle tend à repousser le règlement du problème à la survenance effective d'une contradiction, elle a aussi le mérite de favoriser des interprétations conciliatrices* » (« Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 34). D'un autre côté, l'affirmation d'un rapport de complémentarité semble, pour certains, insuffisante, précisément car elle ne fait que remettre à plus tard la solution d'un conflit (G. AZZARIA, « Culture et commerce : la rhétorique de l'équilibre », in G. GAGNÉ, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, p. 75).

658 Voir à ce sujet H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, pp. 86-87.

659 En exigeant la ratification de la Convention par ses partenaires commerciaux dans le cadre de protocoles de coopération culturelle au niveau bilatéral, l'Union européenne semble respecter cette disposition.

i) L'impact sur le règlement des différends

Pour certains auteurs, la Convention pourrait justifier une renonciation des Parties à contester les politiques et mesures culturelles d'une autre Partie, dans le cas où celles-ci iraient à l'encontre de ses engagements dans le cadre de l'OMC⁶⁶⁰. Il s'agit avant tout d'un souhait en termes politiques, plutôt que d'une véritable possibilité juridique. Une telle perspective dépendrait ainsi nécessairement d'une large ratification de la Convention par un grand nombre d'États et de leur volonté politique dans ce sens⁶⁶¹.

Lors de la soumission d'un litige soulevant des considérations à la fois commerciales et culturelles devant une juridiction internationale, il est probable que le système de règlement des différends de l'OMC soit directement saisi comme l'enceinte compétente. Outre des considérations politiques et stratégiques, les raisons pour cela se trouvent, d'une part, dans la faiblesse du système de règlement des différends prévu par la Convention et, d'autre part, dans la primauté attribuée au mécanisme de règlement des différends de l'OMC lorsque ses accords sont concernés (article 23 du Mémoire d'accord). Dans l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool* (DS308), l'Organe d'appel a reconnu que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir discrétionnaire au titre du Mémoire de déclinier l'exercice de sa compétence⁶⁶², malgré les obligations des États concernés par le litige au sein de l'ALENA et l'allégation du Mexique que seul un groupe spécial de l'ALENA serait en mesure de trancher ce différend⁶⁶³.

Pendant, face aux dispositifs d'interprétation et d'articulation examinés précédemment et étant donné la jurisprudence de l'OMC, il est probable que le juge de l'OMC prenne en considération les accords

660 I. BERNIER, « La première réunion d'experts (...) », *op. cit.*, p. 14. Dans le même sens, G. AZZARIA, *op. cit.*, p. 70, qui affirme que le premier souhait d'une convention sur la diversité culturelle serait de « postuler que l'autorité morale de l'instrument dissuadera les États de porter plainte à l'OMC à l'encontre d'une politique culturelle d'un autre État ».

661 Une telle volonté sera dans la pratique mise en balance avec l'intérêt d'une bonne application du droit de l'OMC. Ainsi, les Communautés européennes, l'un des plus grands promoteurs de la Convention de l'UNESCO, sont intervenues en tant que tierce partie dans l'affaire *Chine - Publications et produits audiovisuels* (DS363), afin d'exiger que la Chine respecte ses engagements commerciaux.

662 Voir le Rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R, § 85 (a) et, pour l'analyse de l'Organe d'appel à ce sujet, §§ 44 et s.

663 Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, § 54. L'Organe d'appel ne voit, par ailleurs, « aucune base dans le Mémoire d'accord permettant aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de se prononcer sur des différends extérieurs à l'OMC » (en l'espèce, dans le cadre de l'ALENA – § 56). Les mesures mexicaines n'ont ensuite pas été considérées couvertes par l'article XX du GATT, en dépit de l'allégation mexicaine de manque d'efforts de bonne foi des États-Unis pour obtenir une solution dans le cadre de l'ALENA et par des négociations bilatérales (Voir p. 9, n. 33 et p. 26, § 55).

auxquels les Membres concernés sont parties et ayant un rapport avec le sujet concernant le différend (ce qui est conforme à l'article 31.3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Ceci serait également vrai lorsque ces accords ne lient pas toutes les parties au litige, mais sont considérés comme manifestant des préoccupations largement partagées par la communauté internationale⁶⁶⁴. Il est ainsi possible de concevoir que, dans le cas où les parties au litige seront toutes Parties à la Convention, les dispositions de celle-ci auront davantage de poids dans le raisonnement suivi par le juge de l'OMC. Il y a de fortes probabilités que cette prise en compte se fasse, cependant, selon la perspective commerciale de l'OMC.

La question est plus problématique pour ce qui est des litiges relatifs également à des États non parties à la Convention, tel que les États-Unis⁶⁶⁵. Il est pour l'instant difficile de défendre, par exemple, que les règles de la Convention représentent l'existence d'un droit coutumier, malgré l'affirmation de la Conférence des Parties reconnaissant que la « *rapidité avec laquelle la Convention a été ratifiée atteste l'importance attachée par la communauté internationale à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* »⁶⁶⁶.

Quant à l'influence d'une éventuelle prise en compte des dispositions de la Convention par le juge de l'OMC, il en ressort l'interrogation suivante, à savoir si les droits et obligations des Parties posés par la Convention pourraient justifier des mesures incompatibles avec les règles et engagements que l'État en question aura assumés dans le cadre des Accords de l'OMC. Cela paraît très difficile car, d'une part, l'article 20.2 dispose de manière claire que la Convention ne peut déroger aux obligations assumées par ses Parties dans le cadre d'autres traités internationaux et, d'autre part, les dispositions de la Convention ne créent pas beaucoup de véritables obligations. Cependant, la Convention pourrait vraisemblablement fonder une interprétation plus restrictive des engagements

664 Selon la CDI, lorsque d'autres règles conventionnelles doivent être examinées afin qu'un sens cohérent des obligations des États concernés puisse se former, « [c]es autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier » (« Conclusion des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *op. cit.*, § 21). Voir l'affaire *États-Unis – Crevettes* (DS58, §§ 129-131 du Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R). Voir toutefois le Rapport du Groupe spécial dans *Communautés européennes – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* (DS291, DS292 et DS293, §§ 8.62 et s. et notamment § 8.69).

665 Comme l'a démontré l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* (DS363).

666 Résolutions de la Première session de la Conférence du 21 juin 2007, CE/07/1.CP/CONF/209/Résolutions, p. 14.

adoptés par les Membres de l'OMC. Elle pourra apporter des considérations culturelles aux discussions concernant le litige en examen, notamment en ce qui concerne la proportionnalité d'une mesure par rapport à ses objectifs culturels. Une large ratification de la Convention acquiert ainsi toute son importance, car elle servirait à démontrer que les Parties ont manifesté leur intention de placer au même niveau les préoccupations culturelles et économiques que soulève le commerce des produits et services culturels⁶⁶⁷.

Au-delà des possibilités offertes par une telle interprétation restrictive, certains auteurs suggèrent une autre voie pour que les Parties se conforment à la Convention sans violer les accords de l'OMC. Il s'agit de la mise à profit de l'imprécision de la frontière entre les règles de traitement national et de réglementation intérieure de l'AGCS. Si une telle indétermination représente un risque pour les Membres de voir étendre leurs engagements de traitement national, d'un autre côté elle pourrait théoriquement permettre que les Membres ayant déjà adopté des engagements au sein de l'OMC qui limitent leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle puissent éventuellement adopter des mesures compatibles avec la Convention dans le cadre de leur réglementation intérieure, domaine dont les négociations ne sont pour l'instant pas achevées (article VI:4 de l'AGCS)⁶⁶⁸. Ces mesures devraient concerner les « *prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences* », être exclusivement couvertes par ce type de réglementation et répondre aux critères très précis de l'article VI:4.

Il serait, par ailleurs, possible de soutenir que la Convention justifie l'application d'une exception générale comme celle de l'article XX (d) du GATT ou de l'article XIV (c) de l'AGCS à une mesure en litige, dans le cas où cette mesure serait prouvée nécessaire afin de garantir « *le respect des lois ou réglementations* », ce qui pourrait inclure les dispositions d'un traité international⁶⁶⁹ comme la Convention de l'UNESCO. Restent les difficultés de prouver la nécessité de la mesure, ainsi que le caractère très peu contraignant des dispositions de la Convention.

667 Afin de garantir un rapport d'égalité et la prise en compte effective de la Convention, C. BEAT GRABER propose l'inclusion d'une clause procédurale en faveur de la diversité culturelle dans les accords de l'OMC sous la forme d'une Déclaration ministérielle, ou d'une clause exigeant la nomination d'un expert culturel dans le Mémoire sur le règlement des différends (« The New UNESCO Convention on Cultural Diversity (...) », *op. cit.*, pp. 572 et s.).

668 Voir à ce sujet H. RUIZ FABRI, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention (...) », *op. cit.*, p. 25.

669 L'Organe d'appel de l'OMC ayant décidé, dans l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool* (DS308), que les lois et règlements couvrent toute règle faisant partie du système juridique d'un Membre, y compris lorsqu'elles ont pour origine des traités internationaux (Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, §§ 69-71).

Un autre point à noter relatif à un futur litige relevant à la fois du domaine de la culture et de celui du commerce concerne le projet de résolution du Japon, appuyé par l'Afghanistan, présenté le 13 octobre 2005 à la Commission IV dans le cadre de la 33^e Conférence générale de l'UNESCO et adopté par celle-ci le 20 octobre⁶⁷⁰. Ce projet souligne que la « *Convention a trait au domaine de la culture* » et que « *l'UNESCO (...) souhaite qu'elle soit mise en œuvre d'une façon efficace et judicieuse, s'inscrivant avec cohérence dans le cadre du dispositif des instruments internationaux (...)* ». Ce dernier paragraphe réitère l'idée de complémentarité de la Convention avec d'autres accords internationaux et ne semble pas apporter de nouveauté par rapport à l'article 20. Cependant, l'affirmation expresse que « *la Convention a trait au domaine de la culture* » pourrait d'une certaine manière remettre en question l'influence de cette Convention sur des accords dont l'objet n'affecte pas directement la culture, y compris les accords de commerce.

Certes, il s'agit d'une convention ayant trait à la diversité des expressions culturelles, adoptée dans le cadre de la seule agence responsable de la culture dans le système des Nations Unies. Cependant, la double nature (culturelle et commerciale) des produits et services culturels et le lien qui s'établit ainsi entre le commerce et la culture semblent empêcher toute séparation étanche entre ces deux domaines. L'importance de la Convention tient justement à la réaffirmation de cette double nature et du droit des Parties d'adopter des mesures en faveur de leurs expressions culturelles, y compris lorsqu'elles sont restrictives du commerce.

Reste à savoir si cette résolution peut avoir un effet sur l'application de la Convention. Certains auteurs rappellent que « *[s]i la discussion et l'adoption de la résolution japonaise ont pris place dans le cadre du débat sur le même point 8.3 de l'ordre du jour de la Commission IV (...), il n'en demeure pas moins que la résolution en tant que telle ne fait pas partie de la Convention et que l'on se trouve en présence de deux textes juridiquement distincts dont le caractère contraignant diffère* »⁶⁷¹. Elle n'aurait ainsi en principe pas de force obligatoire pour les Parties. Deux situations semblent toutefois envisageables : celle où il y aurait un conflit entre une disposition de la Convention et cette résolution et celle où il y aurait un doute à propos de l'interprétation de la Convention. Dans le premier cas, il semble que la priorité serait donnée à la Convention. Dans le deuxième, néanmoins, il paraît possible que la résolution soit utilisée afin d'interpréter la Convention. Elle pourrait d'ailleurs être vue en tant que contexte de la Convention ou partie de ses travaux préparatoires et pourrait ainsi concourir à clarifier sa signification, tel qu'envisagé par les

670 Voir le document 33 C/COM.IV/DR.3 Rev. (COM.IV), dans le Projet de rapport de la Commission IV à la 33^e Conférence générale de l'UNESCO, 33 C/84 Prov (33 C/COM.IV/2), 20 octobre 2005, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001416/141610f.pdf> >, p. 36.

671 I. BERNIER, « La troisième session de la réunion (...) », *op. cit.*, pp. 9-10.

articles 31.2 et 32 de la Convention de Vienne. Il n'est pas impossible qu'une telle interprétation affaiblisse la Convention.

Malgré les difficultés de prise en considération de la Convention dans le cadre d'un différend devant l'OMC, il semble que ses plus grands effets se sont manifestés et se manifesteront dans le cadre de la négociation de nouveaux traités.

ii) L'impact sur les négociations

En affirmant la légitimité de la diversité culturelle en droit international, la Convention soutiendra les États qui auront la volonté politique de ne pas prendre d'engagement au sein de l'OMC ou de tout autre accord commercial allant à l'encontre de leurs droits et obligations reconnus par la Convention, malgré l'effet que cela puisse avoir sur leur position pour négocier. Une telle cohérence sera très importante pour la crédibilité non seulement de la Convention, mais aussi du système normatif de l'OMC. Des obligations contradictoires (notamment à la suite de décisions juridictionnelles) ont un effet déstabilisant appréciable⁶⁷².

C'est par un effort de cohérence que semble s'expliquer, au sein de l'OMC, le retrait de quelques offres dans le domaine des services audiovisuels à la suite des débats et des négociations sur la Convention. La sensibilisation promue par la Convention semble avoir été également à l'origine du rejet en mars 2006 de la demande plurilatérale en matière d'audiovisuel présentée par Hong Kong, le Japon, le Mexique, Singapour, Taiwan et les États-Unis. La Convention exerce ainsi une « *fonction pédagogique très importante* »⁶⁷³ et pourra dans ce sens avoir une grande efficacité.

Il est nécessaire de rappeler toutefois que l'adoption en séance plénière, lors de la troisième réunion d'experts intergouvernementaux, du texte de l'article 20 (Relations avec les autres instruments) s'est accompagnée d'une forte contestation de la Convention par les États-Unis, manifestée également à l'occasion de la 33^e Conférence générale. Il est ainsi très probable que ce pays ne la ratifie jamais et force est de reconnaître que l'absence des États-Unis risque de l'affaiblir, d'autant plus que ces derniers ont, semble-t-il, multiplié leurs efforts auprès d'autres États pour que ceux-ci refusent à leur tour de la ratifier.

En dépit de toutes ces limitations politiques et juridiques à l'application effective des dispositions de la Convention, ce texte pourra contribuer de manière réelle à la diversité culturelle, du moins grâce à

672 Voir, sur cette question, H. RUIZ FABRI, « Concurrence ou complémentarité (...) », *op. cit.*, pp. 169-172, qui conclut qu'il existe ainsi « *d'un point de vue systémique, une forte incitation à la considération réciproque* » de deux systèmes normatifs, ce qui pourrait conduire les juges à adopter une présomption de compatibilité entre les obligations assumées par les parties dans le cadre d'accords différents.

673 H. RUIZ FABRI, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », *op. cit.*, p. 87.

son effet de sensibilisation des États sur l'importance des préoccupations culturelles et des politiques publiques en faveur de la culture. Cette sensibilisation semble se développer progressivement et sera davantage renforcée par les mesures de promotion de la visibilité de la Convention selon les directives que le Comité intergouvernemental élaborera. La Convention pourra, ainsi, avoir des effets sur un premier volet d'action pour la protection de la diversité culturelle, à savoir celui du droit des États d'adopter des mesures et politiques culturelles. Il s'agit d'un premier pas vers la fondation d'un traitement juridique spécifique pour les produits et services culturels, qui est certes très significatif, mais qui devra être complété par des actions visant à garantir le droit des individus à une offre culturelle diversifiée. Il s'agit de l'intervention dans deux domaines où les intérêts des grands groupes des médias sont remarquables : le contrôle des comportements anticoncurrentiels et de la structure du marché des produits et services culturels et la protection des droits de propriété intellectuelle. La Convention de 2005 n'a pu les prendre en considération qu'indirectement et ne prévoit ainsi pas de solution concrète relativement à ces domaines. La recherche d'équilibre entre les intérêts culturels et commerciaux et la construction pleine et effective de la diversité culturelle dépendra de leur prise en compte et de corrections dans ces deux domaines.



Chapitre 2

LA GARANTIE DE L'ACCÈS À UNE OFFRE CULTURELLE DIVERSIFIÉE

Les moyens étatiques de soutien aux expressions culturelles à travers des politiques culturelles peuvent se montrer insuffisants ou même inadéquats contre certaines manifestations du pouvoir dominant des grandes entreprises culturelles. Il sera ainsi souvent nécessaire pour les gouvernements de réglementer le secteur privé afin d'assurer l'existence d'une offre culturelle diversifiée et, par conséquent, un pluralisme minimum dans le secteur culturel. Fondé sur la multiplicité d'idées et d'opinions dans l'espace public (« pluralisme d'opinions »), le pluralisme culturel exige aussi le respect de la diversité des identités culturelles⁶⁷⁴. Soutenir le pluralisme culturel signifie ainsi garantir un espace de dialogue culturel, où les différentes opinions et traditions peuvent s'exprimer.

Le pluralisme risque d'être remis en question lorsque les moyens de communication sont contrôlés par un nombre réduit d'entreprises, dont les comportements ou la structure créent des barrières à l'entrée d'autres œuvres culturelles sur le marché. L'existence d'une offre de produits et services culturels respectueuse de la diversité culturelle exige ainsi la pluralité de contrôle des entreprises des médias, ce qui implique la nécessité d'un contrôle accru de la concurrence, capable d'assurer l'accès au marché d'un nombre plus large et plus diversifié d'acteurs économiques et, par conséquent, d'œuvres culturelles.

La concentration et les comportements anticoncurrentiels des grandes sociétés culturelles se fondant souvent sur la concentration des droits de propriété intellectuelle, la garantie véritable d'une offre culturelle diversifiée paraît dépendre également d'une réflexion sur la pertinence du système de protection des droits de propriété intellectuelle actuellement existant. L'évolution du marché résultant de la technologie numérique renforce la nécessité d'une telle réflexion, car elle incite les titulaires de droits de propriété intellectuelle à limiter l'accès à leurs œuvres par des mesures techniques de contrôle. Afin de promouvoir les échanges culturels et la diversité culturelle, les politiques de contrôle de la concurrence devront ainsi être accompagnées de mesures visant à garantir l'accès des individus aux diverses œuvres culturelles. Cet objectif semble pouvoir être envisagé dans le cadre de certaines adaptations du système actuel de protection des droits de propriété intellectuelle. Quelques lignes de réflexion sur ces deux thèmes sont ainsi exposées ci-après.

⁶⁷⁴ Il va ainsi plus loin que le simple pluralisme d'opinions et son association exclusive à ce dernier risque d'impliquer une approche réductrice du problème culturel.

Section 1

LA DIVERSITÉ DE L'OFFRE PAR LE CONTRÔLE DE LA CONCURRENCE

Parmi les objectifs couverts par la notion de « diversité culturelle » figure celui de promouvoir les échanges culturels entre les divers peuples et les différentes communautés présentes dans une même collectivité, élément fondamental de toute société démocratique. Cela présuppose la diversité de l'offre culturelle, laquelle peut être comprise dans la notion, à caractère plutôt politique, de pluralisme culturel. Les échanges peuvent, néanmoins, agir en défaveur de la diversité culturelle et de la démocratie s'ils sont entièrement contrôlés par des personnes morales n'ayant aucun lien avec les communautés locales et fondant leur action sur des objectifs exclusivement commerciaux⁶⁷⁵.

L'apparition des nouveaux acteurs de la société de l'information n'a pas corrigé le problème de manque de pluralisme dans les médias⁶⁷⁶. En outre, l'accès à la société de l'information est pour l'instant restreint à une partie réduite de la population mondiale, puisque le décalage technologique entre les États et à l'intérieur de ceux-ci est encore très significatif. Par conséquent, si les grands acteurs du marché des médias risquent certes de perdre des parts de marché au fur et à mesure que de nouveaux acteurs accèdent à celui-ci, le rôle des médias traditionnels demeure d'une importance fondamentale. Ils devront ainsi être réglementés afin de garantir la diversité des œuvres culturelles offertes sur le marché.

Le secteur audiovisuel fournit, on l'a vu, une illustration frappante de la capacité des entreprises culturelles de contrôler l'entrée sur le marché. Par exemple, au moyen de leur concentration verticale, les *Majors* américaines contrôlent souvent la production et la distribution à la fois sur le territoire américain⁶⁷⁷ et dans d'autres régions du monde. Ces

675 J. SMIERS, « Conglomerados Culturales: Propietarios Ausentes », *Pensar Iberoamérica Revista de Cultura*, n° 7, Sept. – Déc. 2004, < <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a02.htm> >.

676 En effet, « l'abondance de nouveaux médias numériques donne une place encore plus importante à ceux qui, à tort ou à raison, sont perçus comme étant à même de proposer une synthèse organisée et réfléchie de la multitude d'informations immédiatement disponibles. Beaucoup d'internautes privilégient d'ailleurs, parmi les sites d'actualité, ceux qui sont édités par des titres reconnus de la presse écrite ou audiovisuelle ; même des portails tel que Yahoo ! Actualités ou Google News veillent à nouer des partenariats approfondis avec les médias traditionnels » (A. LANCELOT, *op. cit.*, pp. 30-31).

677 Ce contrôle était encore plus significatif avant la décision de la Cour Suprême américaine en 1948 (affaire *US v. Paramount Pictures*), car il concernait non seulement la production et la distribution, mais également l'exploitation en salle. À l'occasion de cette décision, la Cour Suprême a déclaré la pratique de « *block-booking* » illégale sur le territoire américain. Cette pratique consiste à vendre à l'exploitant de salle un paquet fermé de films, composé d'un ou deux succès et d'autres films de deuxième classe.

concentrations verticales résultent de la volonté de maîtriser la chaîne de valorisation de l'industrie. Une entreprise de production culturelle pourra aussi se consacrer parallèlement à des activités moins risquées, telles que le bâtiment ou la distribution d'eau (concentrations horizontales). Dans le secteur du film ou encore dans celui de la musique, la concentration de pouvoir sur le marché semble être la règle non seulement au niveau mondial, mais aussi à l'intérieur des pays, surtout lorsqu'ils ont des industries culturelles relativement puissantes. Le degré de concentration est toutefois relativement faible dans le domaine des arts vivants, du spectacle, des bibliothèques classiques, des festivals et du patrimoine, où les gains d'économie d'échelle sont limités.

Le danger de la structure oligopolistique réside, comme vu précédemment, non seulement du fait qu'elle affecte le fonctionnement du marché des médias lui-même, mais aussi du fait qu'elle peut aboutir à une homogénéisation de contenu⁶⁷⁸. Dans un contexte mondialisé où une majorité de l'information et des œuvres culturelles échangées se trouve entre les mains d'un nombre réduit d'entreprises, il est pertinent de s'interroger sur le rôle que peut avoir le contrôle de la concurrence sur le marché culturel. Des facteurs comme le degré de domination déjà atteint par les grandes entreprises culturelles sur le marché, leur nécessité de survie face à la concurrence internationale et la composante culturelle de ce secteur rendent difficile la mise en œuvre et la garantie de l'efficacité des règles de concurrence nationales⁶⁷⁹.

En règle générale, le contrôle concurrentiel vise à empêcher les ententes capables de fausser le marché et l'exercice abusif de positions (économiques) dominantes. Il envisage de garantir la survie d'une multitude d'agents économiques sur le marché et d'assurer que la production et les échanges sur celui-ci ne soient pas limités artificiellement. L'idée fondamentale consiste en l'existence nécessaire d'un nombre suffisant d'agents économiques pour qu'aucun parmi eux ne soit capable d'influencer significativement le prix d'un produit ou service⁶⁸⁰.

678 Voir OCDE, « Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, p. 9, dans lequel il est souligné que « la concentration peut en effet décourager la production de contenu et l'innovation si les grandes compagnies de distribution ou les éditeurs monopolisent les ressources en contenu et ne voient pas l'intérêt commercial de développer de nouveaux produits ». Voir aussi C. PALZER et C. HILGER, « La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle – organisation et compétences des autorités de surveillance sous le signe de la convergence », Institut du droit européen des médias, *IRISplus*, Strasbourg, 2001-8, < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2001.pdf.fr >, p. 6. Dans son Rapport au Premier Ministre, A. LANCELOT souligne, toutefois, que la « pluralité d'éditeurs et des titres n'équivaut pas nécessairement à pluralisme ou diversité » (*op. cit.*, p. 15).

679 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 9.

680 Dans le secteur audiovisuel, par exemple, il a été démontré qu'« une politique intelligemment appliquée d'encouragement de la concurrence est dans l'ensemble favorable plutôt que défavorable au jeu des forces du marché visant à satisfaire les préférences

Cependant, dans la pratique, il semble que l'application de ces règles au secteur culturel sur la base de seules considérations économiques est souvent incapable d'assurer le pluralisme d'opinions sociales, politiques et culturelles, malgré l'existence dans certains cas de plusieurs opérateurs indépendants. Le traitement spécifique des produits et services culturels passe donc par l'imposition de mesures adaptées capables de contrer les pratiques anticoncurrentielles des entreprises les plus puissantes du secteur. Ces mesures relèvent non seulement du droit de la concurrence applicable horizontalement et indistinctement à tous les secteurs du marché, mais également d'une régulation spécifique au secteur culturel. Une série de mesures de régulation complémentaires ont ainsi été adoptées dans quelques États, de manière à rendre ce contrôle plus efficace.

Cette section vise ainsi à démontrer les limitations pour le secteur culturel de ce contrôle de la concurrence « général », avant de fournir quelques pistes pour la promotion d'une concurrence capable d'offrir une grande diversité d'œuvres culturelles. Un meilleur contrôle devra non seulement « *assurer le fonctionnement efficace des marchés afin de mieux satisfaire les exigences et les préférences exprimées par les consommateurs* »⁶⁸¹, mais aussi se voir imprégner de préoccupations réelles de pluralisme culturel, étant donné qu'il s'agit de produits et services liés aux fondements même de chaque société. L'application adéquate des règles de contrôle de la concurrence dans le secteur des médias pourrait ainsi garantir un plus grand accès à l'information et à la culture.

§ 1 - LE CONTRÔLE GÉNÉRAL ACTUEL

L'application du contrôle de la concurrence au secteur culturel et notamment à celui des médias audiovisuels se heurte aujourd'hui à des difficultés majeures relatives à deux aspects. D'une part, l'organisation structurelle du contrôle de la concurrence empêche souvent un examen adéquat du marché, d'autant plus que les évolutions technologiques le complexifient progressivement et troublent la définition d'un « marché pertinent » pour l'analyse concurrentielle. D'autre part, le fondement économique du contrôle de la concurrence semble inapproprié pour prendre en compte les spécificités du marché culturel de manière satisfaisante. En effet, une distinction claire doit être établie entre, d'une part, la domination économique et, d'autre part, la domination d'opinion ou de culture sur un marché donné.

des téléspectateurs pour divers types et divers volumes de programmes » (OCDE, *Politique de la concurrence (...), op. cit.*, p. 103).

⁶⁸¹ Ce qui constitue l'objectif même de toute politique de contrôle de la concurrence (*Idem*, p. 22).

A - L'inadéquation structurelle

Le contrôle de la concurrence est effectué notamment sur le plan national, par chaque État, selon sa propre législation. Le phénomène de concentration transnationale des entreprises (y compris dans le secteur des médias⁶⁸²) rend, néanmoins, questionnable aujourd'hui la pertinence de toute action exclusivement à ce niveau. Il est ainsi opportun de s'interroger également sur l'efficacité de quelques initiatives au niveau international.

1 - Le contrôle au niveau national

Le contrôle des concentrations et des comportements anticoncurrentiels entrepris par les autorités nationales de la concurrence dans le secteur audiovisuel se montre souvent inefficace en termes culturels. La recherche du pluralisme culturel se heurte à des difficultés liées en premier lieu à l'absence d'une autorité responsable spécifiquement du contrôle des médias et capable d'examiner le secteur selon une perspective culturelle.

En effet, dans la grande majorité des États, il n'existe pas d'autorité responsable spécifiquement du contrôle de la concurrence dans le secteur des médias⁶⁸³. Puisque les autorités de contrôle de la concurrence centrent leur analyse sur des facteurs économiques du marché, toute préoccupation de pluralisme culturel est souvent reléguée à un deuxième plan. Une étude du Conseil de l'Europe démontre que les législations nationales des pays membres confient la protection du pluralisme aux lois antitrust générales, ce qui implique que, mis à part les références au pluralisme dans les constitutions nationales, les législations ne s'inquiètent que de la diversité des prestataires des services des médias et non de la diversité d'opinion en soi⁶⁸⁴. Il ne peut ainsi pas y avoir de réponse adéquate dans ces systèmes à la spécificité des produits et services culturels. Ce problème est encore accru de nos jours en raison de la convergence technologique, qui rend très complexe toute séparation de compétence entre les organes chargés de la régulation, par exemple, des télécommunications et de l'audiovisuel. Lorsqu'un opérateur de télécommunications fournit également du contenu et agit de manière anticoncurrentielle sur le marché, l'examen d'un tel comportement incombe-t-il aux entités de régulation de ces deux domaines ? La réponse n'est pas évidente dans la plupart des systèmes juridiques.

682 La concentration transnationale des médias est ici comprise comme le définit le Conseil de l'Europe : celle qui existe « lorsqu'une entité occupe une position substantielle dans le secteur des médias dans plus d'un pays » (Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 12).

683 Bien que, pour certains secteurs culturels, il existe une régulation spécifique visant à garantir le pluralisme culturel. Pour l'exemple français, voir A. LANCELOT, *op. cit.*, pp. 35-39.

684 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 18.

Certaines initiatives visant à réduire ces limitations structurelles ont vu le jour en Europe, bien qu'aucune obligation n'existe pour les États membres de l'Union européenne dans ce sens. En France, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) doit donner un avis consultatif pour les opérations d'achat ou de fusion dans ce secteur⁶⁸⁵. En Autriche, des modifications législatives ont conduit à la création d'une instance commune, compétente pour la régulation à la fois des télécommunications et des médias audiovisuels, mais dans laquelle les missions de régulation des deux secteurs sont maintenues séparées⁶⁸⁶. Au Royaume-Uni, une entité de régulation intégrée a également été créée par le *Communications Act* de 2003, l'*Office of Communication* (OFCOM), ayant compétence en matière de radiodiffusion, télécommunications et services de communication sans fil. Parmi ses objectifs, figure le maintien de la pluralité dans la fourniture des services de radiodiffusion. Outre les activités de régulation du secteur des communications, l'OFCOM a également la compétence d'appliquer le droit de la concurrence à ce secteur⁶⁸⁷.

Pendant, l'introduction d'autorités de contrôle de la concurrence plus appropriées au secteur des médias par leur apport en termes culturels n'exclut pas une autre limitation à l'efficacité des systèmes nationaux à l'égard de ce marché, conséquence d'une réduction naturelle du champ d'analyse économique de la part de ces autorités.

L'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence étant limitée à la « théorie de l'origine » des pratiques restrictives de concurrence et à la « théorie de l'effet » de telles pratiques, c'est l'origine ou les effets sur le territoire d'un État qui justifient l'application de sa législation de concurrence. Lorsqu'une opération prend naissance sur le territoire d'un autre État, l'analyse des autorités nationales de contrôle de la concurrence dépendra ainsi des effets qu'un certain comportement concurrentiel pourra avoir sur le territoire national. Dans le secteur culturel, l'absence de compétence de cette autorité pour examiner également les effets d'une opération sur la concurrence au niveau régional ou mondial peut représenter une imperfection significative face à l'organisation fortement concentrée et transnationale de ce marché. Ainsi, les réseaux de distribution formés par les *Majors* sur le plan mondial tant dans le secteur de l'audiovisuel que dans celui de la musique

685 L'importance de cette consultation à la suite de la soumission de la question au Conseil de la concurrence a amené certains auteurs à défendre la consultation obligatoire du Conseil de la concurrence à chaque fois qu'une opération concerne les médias, ce qui impliquerait la saisine automatique du CSA pour toute affaire audiovisuelle (et, par conséquent, un examen « culturellement plus adéquat » de l'opération). Voir, par exemple, les conclusions d'A. LANCELOT, *op. cit.*, p. 98.

686 A. SCHEUER et P. STROTHMANN, « La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle : Quelles doivent être les obligations d'une régulation en matière de radiodiffusion, de télécommunications et de concentrations ? », *IRISplus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2002, pp. 3-4.

687 Pour plus d'informations, voir < <http://www.ofcom.org.uk> >.

enregistrée permettent un contrôle du commerce international de ces produits qui ne peut être correctement mesuré par une analyse de marché limitée exclusivement à un territoire national. L'inclusion d'une perspective globale du marché international dans les analyses des autorités du contrôle de la concurrence nationales pourrait ainsi, dans certains cas, s'avérer utile pour une prise en compte adéquate des préoccupations culturelles.

Cependant, ces mêmes autorités ne possèdent souvent ni la compétence, ni les moyens qui leur permettraient d'avoir cette vision d'ensemble du marché mondial, malgré les initiatives de coopération internationale entre autorités de contrôle de la concurrence actuellement existantes, comme le Réseau international de la concurrence (RIC) ou les accords de coopération entre les autorités des États-Unis et de l'Europe fondés sur le « *positive comity* »⁶⁸⁸. De plus, l'étendue mondiale des activités des entreprises des médias combinée avec le critère de l'effet sur un territoire donné pour la détermination de l'autorité compétente implique que plusieurs autorités puissent examiner un même comportement ou opération. Cela implique évidemment des risques de décisions contradictoires entre ces différentes autorités⁶⁸⁹.

688 Voir le « *Transatlantic Economic Partnership* » (TEP) notamment en matière de droit de la concurrence, où des traités ont été signés pour renforcer la coopération entre ces autorités (à titre d'illustration, voir l'« *Agreement Between The Government of the United States of America and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws* », < <http://www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.Shtm> >). Voir aussi P. MAVROIDIS, « Transatlantic regulatory cooperation: exclusive club or 'open regionalism' ? », in G.A. BERMAN, M. HERDEGEN et P.L. LINDSETH (éd.), *Transatlantic Regulatory Cooperation – Legal Problems and Political Prospects*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2000, pp. 268 et s. Cet auteur attire l'attention sur le fait que le TEP entre les États-Unis et l'Union européenne ne prévoit pas d'infrastructure institutionnelle additionnelle. La coopération se fait entre les autorités existantes, qui s'efforcent de protéger leurs intérêts mutuels. Voir également, dans le même ouvrage, M.E. JANOW, « *Transatlantic regulatory cooperation in competition policy: the case for 'soft harmonization' and multilateralism over new bilateral US-EU institutions* », pp. 253-261, ainsi que E.M. FOX, « Competition Law: linking the world », in G.A. BERMAN, M. HERDEGEN et P.L. LINDSETH (éd.), *Transatlantic Regulatory Cooperation – Legal Problems and Political Prospects*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2000, pp. 244-247.

689 Des exemples de décisions contradictoires entre les autorités américaines et européennes sont apparus dans les affaires relatives aux fusions *Boeing/MacDonnell-Douglas* (finalement acceptée par la Commission européenne sous conditions. Elle avait, néanmoins, avancé de fortes réticences initiales, malgré l'acceptation de l'opération par les autorités américaines) et *General Electric (GE)/Honeywell* (où la Commission a refusé l'opération malgré l'autorisation des autorités américaines). Voir sur cette question *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis JurisClasseur, Fasc. 1441, ainsi que A. HEINEMANN, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, n° 3, 2004, pp. 294 et s.

Ces divers facteurs, qui limitent l'efficacité du contrôle par les autorités nationales, conduisent ainsi à considérer la possibilité d'une vigilance internationale de la concurrence.

2 - Le contrôle au niveau international

Si un grand nombre d'États semble avoir accepté les bienfaits du droit de la concurrence pour le fonctionnement des marchés et bien que des dispositions reflétant des préoccupations de concurrence effective soient dispersées dans le droit de l'OMC, tout consensus en matière d'harmonisation du droit de la concurrence sur le plan multilatéral paraît aujourd'hui impossible. Néanmoins, sur le plan régional, le droit communautaire européen fournit une illustration remarquable de coordination internationale en matière de contrôle concurrentiel⁶⁹⁰.

a) Les dispositions diffuses sur le plan multilatéral

Le développement de règles multilatérales et la création d'un organe supranational en matière de contrôle de la concurrence pourraient être, en théorie, des outils de réponse à la concentration mondiale des médias. Cependant, les plus grands progrès en matière de droit de la concurrence sur le plan international se limitent aujourd'hui à des efforts d'harmonisation des systèmes nationaux, comme dans le cadre de l'OCDE⁶⁹¹ et de la CNUCED⁶⁹². Dans le cadre de l'OMC, la situation n'est pas plus prometteuse. Les États-Unis se sont fortement opposés à toute discipline multilatérale sur la concurrence depuis la Conférence ministérielle de Singapour⁶⁹³.

Cependant, des dispositifs envisageant de garantir une concurrence effective sur les marchés existent déjà dans les Accords de l'OMC, bien qu'ils ne soient pas regroupés de manière systématique⁶⁹⁴. Dans l'AGCS, par exemple, l'article VIII:2, ainsi que l'article IX, font directement référence à l'abus de position dominante et aux comportements anticoncurrentiels. Le premier interdit l'abus de position dominante des monopoles nationaux en charge de la fourniture de services dans l'exercice du pouvoir gouvernemental et le deuxième condamne, bien que de

690 Voir, par exemple, le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« Règlement CE sur les concentrations ») et notamment ses considérants 13, 14 et 40. Voir aussi ses dispositions relatives aux renvois entre la Commission et les États membres (articles 4, 9, 21 et 22 notamment).

691 Voir < http://www.oecd.org/topic/0,2686,fr_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html >.

692 Voir < www.unctad.org/competition >.

693 Voir, sur l'évolution de ce thème à l'OMC, E.M. FOX, *op. cit.*, pp. 247-249.

694 Voir, sur les règles existantes et les négociations dans le cadre de l'OMC touchant le secteur de la concurrence avant la décision du 1^{er} août 2004, F. RODRIGUES ALONSO, *Politique de la concurrence et OMC : vers un droit international de la concurrence ?*, Mémoire de DEA de Droit international économique (dir. H. RUIZ FABRI), Université Paris I Panthéon – Sorbonne, Juin 2003.

manière légère et indirecte, les pratiques commerciales consistant en des comportements anticoncurrentiels (un Membre se sentant lésé par les pratiques des entreprises d'un autre Membre peut entamer des consultations avec ce dernier selon l'article IX, mais l'Accord ne prévoit pas de mesures au-delà).

La concentration de pouvoir économique étant souvent liée à une concentration de droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC présente également des dispositions relatives à la concurrence. Son article 8 prévoit la possibilité pour les Membres d'adopter des mesures (compatibles avec l'Accord) visant à promouvoir l'intérêt public dans des secteurs considérés comme étant d'une importance vitale pour leur développement socio-économique. Des mesures « *pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* ». Cet article a une importance fondamentale pour les pays en développement, souvent défavorisés par la concentration des droits de propriété intellectuelle entre les mains de quelques entreprises provenant de pays développés.

D'autres articles importants de cet Accord touchant la concurrence sont les articles 39 (protection des renseignements non divulgués) et 40 (pratiques anticoncurrentielles en matière de licences contractuelles⁶⁹⁵). Les Membres peuvent déterminer dans leurs législations quelles sont ces pratiques (« *par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licences groupées* », selon l'article 40.2) et adopter des mesures visant à les neutraliser. Dans ce cas, cet article ne prévoit que des procédures de consultation entre les Membres.

Un autre accord entre certains Membres de l'OMC contenant des mesures réglementaires portant sur la concurrence est le Document de référence en matière de télécommunications. Il établit des principes pour l'utilisation de mesures de sauvegarde contre des pratiques considérées anticoncurrentielles dans ce secteur. Par ailleurs, l'Accord antidumping et l'Accord sur les mesures de sauvegarde ont également des effets sur la concurrence dans le commerce des marchandises.

Le traitement du droit de la concurrence au niveau multilatéral demeure ainsi assez faible aujourd'hui et il n'existe pas d'autorité capable

695 En application de la doctrine des facilités ou installations essentielles, le refus d'attribution d'une licence lorsque le produit protégé par les droits de propriété intellectuelle est nouveau et essentiel pour la concurrence peut être considéré abusif. Voir les circonstances exceptionnelles exigées depuis l'arrêt *Magill* par la CJCE pour la qualification d'abus en cas de refus d'octroi d'une licence sur des droits de propriété intellectuelle (arrêt du 6 avril 1995, affaires jointes C-241 et 242/91, affaire *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*), ainsi que *JurisClasseur Europe Traitée*, LexisNexis JurisClasseur, Fasc. 1423.

de surveiller le marché dans une optique globale. Dans le cadre de l'OMC, la décision adoptée par le Conseil général le 1^{er} août 2004 a exclu le thème du lien entre le commerce et la concurrence des négociations visées par le programme de Doha pour le développement.

Il n'en va pas de même de la réglementation européenne, qui est assez détaillée sur la matière et qui offre une expérience plus encourageante, en ce qu'elle permet un examen plus large du marché que celui des seules autorités nationales.

b) Le traitement par le droit communautaire européen

L'Union européenne présente une législation et un mécanisme de contrôle du droit de la concurrence qui tentent d'offrir une réponse unifiée à des comportements anticoncurrentiels d'entreprises agissant dans plus d'un État membre. La compétence pour contrôler les abus de position dominante, les concentrations, ainsi que les aides d'État concernant le marché européen s'applique au secteur de l'audiovisuel comme à tout autre secteur. Malgré les préoccupations culturelles importantes dont témoigne le système européen, l'organisation de la surveillance européenne dans le secteur des médias fait encore l'objet de critiques. Elle présente deux difficultés principales lorsqu'il s'agit de protéger la diversité culturelle : d'une part, elle ne semble pas répondre de manière satisfaisante au phénomène de la convergence des médias⁶⁹⁶ ; d'autre part, l'absence d'autorité spécifique pour le contrôle de la concurrence dans le secteur culturel conduit au manque d'une perspective culturelle lors de ce contrôle.

i) Les défis de la convergence des médias

La surveillance du secteur des médias en droit communautaire dépend de la mise en œuvre de trois volets⁶⁹⁷ : la surveillance spécifique au secteur des télécommunications, la surveillance spécifique à celui des médias et la surveillance (générale) de la concentration et/ou de la concurrence. Depuis le Livre vert de la Commission de 1997 sur la convergence⁶⁹⁸, cette dernière est au cœur des discussions sur la réforme de la surveillance des médias.

La surveillance des télécommunications vise à garantir la libre circulation des services dans ce secteur, en garantissant simultanément l'existence de certaines conditions sur le marché, telles que l'accès aux

696 Ici comprise comme convergence technique (« *réunion des infrastructures et des réseaux, ainsi que des récepteurs et des services techniques* », résultat des progrès technologiques et de la disparition de la séparation entre les différents moyens de diffusion) et convergence des services (« *réunion de différents services et contenus de services* » : un même prestataire peut fournir plusieurs services, de manière à lier des marchés ou branches de ceux-ci). Voir C. PALZER et C. HILGER, *op. cit.*, pp. 4-5.

697 Voir, pour des détails sur chacun de ces volets et la séparation de compétences entre eux, *idem*, pp. 2-12.

698 Livre vert COM (97) 623 sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation.

réseaux, un minimum de volume de services, l'interconnexion et un service universel. La libéralisation du marché n'est ainsi pas suffisamment complète pour que ces questions soient laissées aux forces du marché et au simple contrôle des autorités du droit général de la concurrence. La régulation de ces aspects est faite par les autorités nationales (selon les objectifs fixés par les directives communautaires en la matière), qui doivent être indépendantes tant des organismes de télécommunications que de l'État et des activités de celui-ci dans le secteur. La coordination de ces autorités au niveau européen a été renforcée depuis 2002, avec la création du Groupe de régulateurs européens (ERG – *European Regulators Group*) pour traiter des réseaux et services de communication électronique.

Dans le domaine de l'audiovisuel, la régulation vise *inter alia* le pluralisme, la diversité culturelle et linguistique, la protection des auteurs et des consommateurs, et garantit la libre circulation des œuvres audiovisuelles européennes⁶⁹⁹. L'acte réglementaire le plus important ici est la Directive TSF modifiée par la directive SMA, mais d'autres ont également des incidences sur le secteur, telles que la « Directive européenne sur le commerce électronique »⁷⁰⁰ ou la Directive « Transparence » sur les services de la société de l'information⁷⁰¹. Aucune précision n'est établie dans ces textes quant à l'organisation des autorités nationales de surveillance. Des incitations dans ce sens existent toutefois de la part du Conseil de l'Europe⁷⁰² et de la Commission européenne⁷⁰³, lesquelles prévoient l'indépendance des autorités de régulation par rapport aux

699 Dans un certain nombre de décisions, la CJCE a reconnu que les services de radio-diffusion étaient soumis aux règles du marché commun, bien que des restrictions à la liberté de prestation des services puissent être établies sur la base d'impératifs d'intérêt général, tels que le pluralisme et les objectifs de politique culturelle. Par exemple, les arrêts *Sacchi* (affaire 155/73, arrêt du 30 avril 1974), *Debaue* (affaire 52/79, arrêt du 18 mars 1980) et *Commission c. Royaume des Pays-Bas* (affaire C-353/89, où la Cour, dans son arrêt du 25 juillet 1991, § 31, admettait qu'une politique culturelle visant à sauvegarder la liberté d'expression des différentes composantes d'un État membre pouvait constituer une « *raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services* »). La directive TSF est ensuite venue renforcer cette jurisprudence en établissant la libre circulation des produits et services télévisuels.

700 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

701 Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, modifiée par la Directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 et prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

702 La Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989 prévoit la coopération entre les autorités nationales (article 19).

703 Voir, par exemple, la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 14 décembre 1999, « Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère du numérique », COM(1999) 657, p. 14.

opérateurs et au gouvernement, ainsi qu'une coopération plus importante entre les différentes autorités nationales et entre celles impliquées dans l'infrastructure des communications, l'audiovisuel et la concurrence. La Directive TSF modifiée par la directive SMA prévoit la création d'un Comité de contact entre les autorités compétentes de chaque État membre et une coopération accrue entre ces autorités et avec la Commission (articles 23 *bis* et *ter*).

La séparation entre le domaine des télécommunications et celui de l'audiovisuel peut se montrer excessivement artificielle face à l'accroissement de la convergence des médias et les difficultés de distinction entre ce qui relève de l'infrastructure des télécommunications et ce qui concerne exclusivement le contenu et qui doit, par conséquent, prendre en compte les préoccupations de pluralisme culturel et de diversité culturelle. La régulation des services de télécommunication peut ainsi avoir une influence significative sur le pluralisme des médias⁷⁰⁴. En outre, des mesures inspirées de la régulation des télécommunications peuvent être utiles pour garantir l'accès des producteurs indépendants au marché audiovisuel. Une plus grande coordination entre les différentes instances de régulation semble ainsi s'imposer.

Quant au contrôle de ces marchés par le droit général de la concurrence, il dépend des règles générales applicables à tous les autres secteurs, lesquelles envisagent de prévenir les monopoles, les partages concertés du marché, les abus de position dominante et la déviation de la concurrence par les États (en favorisant les entreprises publiques ou en accordant des aides aux entreprises privées). Par ailleurs, comme c'est le cas en général, le droit de la concurrence ne traite que de la concurrence externe, toute croissance interne d'une entreprise étant soumise uniquement aux dispositions interdisant l'abus de position dominante, y compris lorsqu'elle crée une position dominante d'opinion. Le développement de la convergence ne rend que plus complexe l'examen d'une telle position. En effet, la convergence des médias peut favoriser la formation de concentrations intermédia et/ou multimédia sur différents marchés et par là réduire la pluralité d'opinions. La surveillance de ces marchés devient alors davantage problématique en raison de la difficulté de définition des marchés pertinents et des seuils limites permettant l'autorisation d'un comportement ou opération.

Des complications apparaissent, en outre, sur les marchés d'Internet, caractérisés par de fortes externalités de réseaux et économies d'échelle, ainsi que par l'autorégulation. Ces marchés manifestent une

704 Ce qui conduit certains à affirmer qu'il est aujourd'hui nécessaire de réunir les fonctions de régulation des télécommunications et de la radiodiffusion. D'autres s'expriment en faveur du maintien de leur séparation, en raison de la distinction de leurs objets : « *le droit de la radiodiffusion tente de prévenir les risques d'une carence du marché tandis que dans le secteur des télécommunications, il s'agit de permettre que le marché opère* » (Voir A. SCHEUER et P. STROTHMANN, *op. cit.*, p. 2).

tendance à la monopolisation et les positions dominantes y basculent beaucoup plus rapidement que toute intervention des autorités de la concurrence, qui de plus n'ont souvent pas d'expérience dans ces secteurs émergents et risquent de commettre des erreurs d'analyse. Tout cela amène certains auteurs à prôner que ces autorités se limitent, de manière prudente et souple, à la protection de l'ouverture et de l'interopérabilité sur ces marchés⁷⁰⁵.

L'absence de réglementation spécifique pour les concentrations et comportements anticoncurrentiels dans le secteur des médias et les difficultés qu'elle entraîne face à la convergence s'accompagnent d'un défaut de compétence en la matière au sein de la Communauté.

ii) Les difficultés en matière de compétence

Le pluralisme des médias ne figure pas parmi les compétences de la Communauté européenne et ne peut ainsi faire l'objet d'une action communautaire unique⁷⁰⁶. Cette absence de base juridique explique du moins en partie certains échecs des tentatives de réglementation communautaire en matière de contrôle de la propriété des médias⁷⁰⁷ et le fait qu'il incombe aux réglementations nationales de traiter la question. De plus, la soumission des problèmes de concentration des médias au contrôle du droit de la concurrence communautaire ne permet souvent pas d'atteindre l'objectif de diversité et pluralisme, étant donné l'analyse principalement économique du droit antitrust.

En effet, la Commission européenne n'est compétente pour connaître d'une concentration ou d'un abus de position sur le marché que lorsqu'il existe une position économique dominante, ce qui ne correspond pas à toutes les situations où une position d'opinion ou de culture dominante existe. Un pouvoir d'opinion dominant ne pourra être soumis à la Commission que dans les cas où il entraîne également une position économique dominante sur le marché, laquelle sera soumise au contrôle établi par le droit de la concurrence général. Cela restreint l'action de la Commission, bien que l'application des critères du droit général de la concurrence à tous les secteurs offre un élément de sécurité juridique non négligeable⁷⁰⁸.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, des recommandations ont été faites aux États membres afin que ceux-ci introduisent une législation de prévention et de lutte contre des concentrations menaçant le pluralisme

705 Sur les défis posés au droit de la concurrence par les marchés d'Internet, voir T. PENARD, « Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet ? », *RIDE*, vol. 1, 2006, pp. 55-86.

706 C. PALZER et C. HILGER, *op. cit.*, p. 7. Le projet de Constitution européenne consacrait l'objectif de pluralisme en le rattachant à la liberté d'expression et à la liberté des médias (article II-71).

707 A. LANCELOT, *op. cit.*, pp. 20-21.

708 A. SCHEUER et P. STROTHMANN, *op. cit.*, p. 5.

des médias sur les plans local, national et régional⁷⁰⁹. Pour ce qui est de l'organisation des autorités de surveillance, il recommande que les États membres créent des autorités spécifiques pour les médias, ayant un pouvoir de contrôle et de blocage des concentrations pouvant menacer le pluralisme, ou attribuent de telles compétences aux autorités existantes du secteur de la radiodiffusion. Bien qu'il ne s'agisse que de recommandations, sans force contraignante, elles traduisent un consensus politique existant aujourd'hui à l'échelle du moins européenne et reflète notamment dans les systèmes juridiques des grandes démocraties occidentales.

Une autre faiblesse du système communautaire européen relative à la définition des compétences dans le secteur des médias est le fait que plusieurs autorités puissent se trouver simultanément compétentes pour examiner une même opération, ce qui peut nuire à la sécurité juridique. Tout d'abord, la Commission et les autorités nationales peuvent se considérer parallèlement compétentes pour examiner une opération de concentration (dans les situations où les autorités nationales et la Commission ne sont pas d'accord sur le renvoi d'une affaire⁷¹⁰) et émettre des décisions contradictoires. Le même risque de contradiction avec la Commission apparaît lorsque les systèmes nationaux prévoient des autorités de contrôle spécifiques pour la concentration des médias, qui peuvent, elles aussi, se considérer compétentes pour examiner une opération et conclure à l'existence d'un pouvoir d'opinion dominant et à la nécessité d'empêcher ladite opération. Ici encore, une plus grande coordination entre les autorités nationales et européennes semble fondamentale pour éviter des conflits⁷¹¹.

À toutes ces difficultés structurelles, liées notamment à la définition de l'autorité compétente ou de l'autorité la mieux placée pour connaître les questions de pluralisme culturel lorsqu'un comportement anticoncurrentiel ou une opération de concentration se produit, vient

709 Voir les Recommandations R (99) 1 du 19 janvier 1999 et CM/Rec (2007) 2 du 31 janvier 2007. Cette dernière souligne, à propos des réglementations sur la propriété des médias : « *Qu'elles soient ou non particulières au secteur des médias audiovisuels et écrits, les autorités chargées de la mise en œuvre de ces règles devraient être investies des pouvoirs nécessaires au bon accomplissement de leur mission, en particulier le pouvoir de refuser une autorisation ou une licence et d'agir à l'encontre des opérations de concentration de toutes formes, notamment en forçant des entités de médias à des cessions d'actifs dès lors que des niveaux inacceptables de concentrations sont atteints et/ou que le pluralisme des médias est menacé. Leurs compétences pourraient ainsi comprendre le pouvoir d'exiger des engagements de nature structurelle ou comportementale de la part des participants à de telles opérations et le pouvoir de prononcer des sanctions à leur encontre, si nécessaire* ».

710 Sur les renvois entre la Commission et les autorités des États membres, voir notamment les articles 9 et 22 du Règlement (CE) 139/2004.

711 Dans ce sens, l'exemple de l'*European Competition Network* (ECN). Voir < http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html >, ainsi que le « Joint statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities » (< http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_en.pdf >).

souvent s'ajouter une analyse de fond inappropriée, où l'opposition des intérêts culturels et économiques liés au marché culturel apparaît de manière nette.

B - L'inadéquation du fondement

Reconnaissant la spécificité du secteur culturel, certains États ont introduit dans leurs législations des règles spéciales de contrôle concurrentiel pour les médias. Des considérations de pluralisme culturel apparaissent ainsi dans certaines décisions d'autorités de contrôle. Cependant, cela ne constitue pas la règle générale et des ententes ou positions dominantes dans le secteur culturel sont souvent autorisées malgré de fortes probabilités de préjudice en termes culturels. Le débat commerce - culture réapparaît ici en tant qu'opposition entre « *une logique économique d'efficacité et de rentabilité pouvant conduire à la concentration et une logique politique exigeant au contraire, au nom de la défense du pluralisme, de la diversité culturelle et de l'indépendance nationale, la dispersion du capital des entreprises de médias entre différentes mains* »⁷¹².

1 - La prédominance d'éléments économiques

L'observation de la pratique du contrôle de la concurrence dans le secteur des médias au sein de certains ordres juridiques semble montrer l'inadéquation ou du moins l'incomplétude de ce contrôle pour des fins de sauvegarde de la diversité culturelle. Les décisions des autorités de contrôle de la concurrence dans le secteur culturel se fondent généralement de manière exclusive sur des questions économiques de politique de concurrence et souvent elles ne prennent pas (du moins pas directement) en considération l'élément culturel. En effet, une opération de concentration ayant des effets négatifs en termes de pluralisme ne pourra être interdite que si elle présente également un impact sur l'organisation du pouvoir économique sur le marché. C'est pour cela que certains auteurs distinguent entre la « concurrence économique » et la « concurrence journalistique », cette dernière pouvant exister « *non seulement entre différentes entreprises mais aussi entre des rédactions autonomes au sein d'un même groupe, pour autant qu'un statut rédactionnel leur ait été accordé. Les autorités de la concurrence ne s'intéressent qu'à la première forme, tandis que la seconde revêt une grande importance pour l'appréciation du pluralisme. La concurrence journalistique dépend du bon vouloir des propriétaires d'entreprises* »⁷¹³. La garantie du pluralisme d'opinion et de cultures ne peut ainsi être suffisamment mise en œuvre par les autorités de la concurrence.

712 A. LANCELOT, *op. cit.*, p. 12.

713 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 15.

Les limitations de l'analyse concurrentielle se manifestent dès le moment de la définition du marché pertinent. Il n'est en effet pas aisé de déterminer le marché de référence dans le secteur culturel, surtout face aux développements technologiques des dernières décennies. Un autre obstacle à une analyse culturelle par ces autorités existe dans la nécessité de favoriser les entreprises considérées économiquement efficaces face à la concurrence internationale.

a) Le choix du marché de référence

Le marché pertinent selon le droit de la concurrence est défini par tous les produits ou services pouvant être considérés par les consommateurs ou par d'autres producteurs comme substituables jusqu'à un certain degré et dans une région spécifique, de manière à délimiter un espace où les conditions de concurrence peuvent être réputées homogènes. Dans le secteur culturel, cette définition se heurte à diverses entraves et peut paraître souvent artificielle et aléatoire, comportant une part d'arbitraire considérable. Des obstacles apparaissent non seulement par rapport à la détermination du marché en fonction du type de produit ou service fourni (détermination *in re*), mais également à l'égard de la définition de marché effectuée en fonction de l'aire géographique (détermination *in situ*).

i) La délimitation géographique

Une première difficulté relative à la détermination du marché de référence lors d'une analyse concurrentielle du secteur culturel apparaît dans sa délimitation géographique, laquelle pose davantage de problèmes depuis l'avènement des nouveaux médias. Selon certains auteurs⁷¹⁴, la multiplication des moyens de transmission de contenu impliquerait que le marché géographique de référence soit restreint à l'étendue géographique des réseaux de l'opérateur en question. En effet, un système de câble établi dans une ville déterminée ne sera pas un bon substitut pour les usagers d'une autre ville⁷¹⁵.

Dans les pays où les nouvelles technologies ont été popularisées ou dans ceux où la production nationale est relativement faible, les produits étrangers sont plus accessibles aux consommateurs et il serait ainsi possible de soutenir que le marché à analyser doit dépasser le cadre du territoire d'un seul État. Cependant, les autorités nationales de contrôle concurrentiel semblent souvent incapables d'appréhender de manière effective toute la complexité du marché mondial et son influence sur le marché national. Les tentatives dans ce sens se montrent souvent erronées dans une perspective culturelle, car l'élargissement du marché pertinent au plan mondial réduit relativement le pouvoir de marché des entreprises

714 Voir A. SCHEUER et P. STROTHMANN, *op. cit.*, p. 6.

715 Voir OCDE, *Politique de la concurrence (...)*, *op. cit.*, p. 124.

concernées et empêche qu'une seule entreprise soit considérée comme détenant une position dominante ou comme exerçant un monopole⁷¹⁶. Par conséquent, si la prise en compte du marché mondial peut fournir une vision plus fiable des conditions de concurrence sur ce marché, elle peut être également catastrophique lorsqu'elle n'est pas accompagnée de préoccupations de pluralisme culturel et d'opinion. Quelques affaires analysées par les autorités de la concurrence brésiliennes en fournissent des exemples frappants⁷¹⁷.

Ainsi, le marché de référence pour l'affaire *Vivendi/Canal+/Seagram*⁷¹⁸ a été défini comme celui des licences de droits de diffusion de films de long métrage et de programmes pour la télévision, auquel participaient également *Paramount Pictures (Viacom)*, *Warner Bros (Time Warner)*, *The Walt Disney Co.*, *Twentieth Century Fox*, *Metro Goldwyn Mayer (MGM)*, *Sony Pictures* et *Kirch Gruppe*. Lors de l'analyse de la substituabilité des films étrangers et films brésiliens, l'autorité consultée (le Secrétariat de suivi économique (*Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE*)) examina uniquement les coûts d'adaptation des films et programmes étrangers pour le marché brésilien, en concluant que : 1. ces coûts ne sont pas significatifs ; et 2. dans le cas où ils le seraient, l'importance des films étrangers et notamment américains pour les réseaux de télévision brésiliens réduirait le caractère limitatif de ces coûts pour l'importation. Dans une constatation malheureuse, le SEAE affirmait ensuite que les films brésiliens « *ne possèdent pas encore la même tradition et attractivité que leurs concurrents internationaux pour le public brésilien. À la différence des consommateurs européens, par exemple, qui nourrissent la tradition de regarder des films produits dans leurs pays (...)* »⁷¹⁹. Le marché pertinent a ensuite été défini sur le plan géographique comme le marché mondial, en raison de l'absence de barrières techniques ou juridiques pour la commercialisation sur le plan international, ce qui pourrait attester en principe une ouverture d'esprit louable de la part des autorités de contrôle concurrentiel. Cependant, dans cette affaire, le manque de visibilité des films brésiliens a été simplement accepté et, en raison de l'absence d'un concurrent brésilien pour ce même marché, ce dernier a été examiné par rapport aux autres distributeurs étrangers d'œuvres audiovisuelles. Les parts de marché ont

716 Un risque similaire a été créé par la loi italienne n° 122 du 3 mai 2004, comme le dénonce le Conseil de l'Europe dans son étude *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.* En introduisant la notion de « système intégré de communications », elle lève les barrières entre les divers types de médias et « *rend pratiquement impossible qu'un opérateur (y compris ceux qui exercent actuellement une position dominante) puisse dépasser à lui seul le plafond prévu* » (p. 46).

717 Pour les documents relatifs à ces affaires, voir < <http://www.seae.fazenda.gov.br> >.

718 Avis du SEAE n° 525/00/COGSE/SEAE/MF du 26 décembre 2000, Acte de concentration n° 08012.002618/2000-95.

719 Traduit par l'auteur (*Idem*, p. 9).

été ainsi analysées par rapport au commerce mondial des entreprises en question. Le SEAE concluait qu'« *il existe quantité et qualité suffisantes de concurrents sur ce marché [mondial] pour empêcher toute hypothèse d'utilisation de pouvoir de marché de la part de la nouvelle entreprise susceptible d'impliquer un effet net négatif sur le bien-être économique des consommateurs brésiliens* »⁷²⁰.

L'avis technique du SEAE dans cette affaire (transmis au Secrétariat de défense économique (*Secretaria de Defesa Econômica* - SDE) le 26 décembre 2000), et ensuite la décision du CADE (Conseil administratif de défense économique, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*), se sont conclus par l'approbation de l'opération, sans restrictions. Les approbations précédentes par le *Canada's Competition Bureau* (sans restrictions) et par la Commission européenne (moyennant des engagements) ont été prises en compte, ce qui témoigne de l'influence que l'expérience des pays développés peut avoir dans le domaine concurrentiel et cela bien que les conditions de marché ne soient absolument pas les mêmes.

Le même raisonnement a été adopté par le SEAE dans l'affaire *Endemol Finance B.V. et TV Globo Ltda.*⁷²¹, où il affirmait que « *la télévision payante aurait pu être considérée comme une grande 'fenêtre' pour la production indépendante au Brésil, mais la taille réduite de ce marché, conjointement à l'existence de peu de chaînes nationales pour la télévision payante, réduisent cette option. Par conséquent, il n'est pas possible de parler de marché géographique national dans ce procès, étant donné que l'importation de programmes et de formats est une réalité au Brésil* »⁷²². Ici encore, le SEAE part d'une constatation de manque de pluralisme sur le marché pour conclure que la dimension géographique mondiale devait être prise en compte.

Un raisonnement similaire a été appliqué dans l'affaire *ESPN International, Inc., Globosat Programadora Ltda., et International Sports Programming LLC* en 2002⁷²³, mais le SEAE a conclu que les coûts d'adaptation des chaînes internationales de sport au marché brésilien et la couverture géographique des droits de transmission des événements sportifs impliquaient une limitation du marché au territoire national brésilien. Le marché brésilien a été aussi pris en compte comme marché pertinent dans l'affaire *Sony/BMG*⁷²⁴, en raison du coût de l'importation des CD et DVD, ce qui la rendait économiquement improbable. En

720 Traduit par l'auteur (*Idem*, p. 14).

721 Avis du SEAE n° 432/01/COGSE/SEAE/MF du 5 novembre 2001, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.005396/2001-43.

722 Traduit par l'auteur (*Idem*, p. 11).

723 Avis du SEAE n° 138/02/COGSE/SEAE/MF du 26 avril 2002, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.005865/2000-43, pp. 35-41.

724 Avis du SEAE n° 06165/2004/DF du 30 septembre 2004, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.009203/2003-95, pp. 13-14.

contradiction avec son avis dans l'affaire *Vivendi/ Canal+/Seagram* de 2000, le SEAE brésilien a considéré, en 2004, dans l'affaire relative à l'acquisition de *MGM* par *Sony* et d'autres sociétés⁷²⁵, que le marché de distribution des films pour l'exploitation cinématographique et télévisuelle comprenait exclusivement le territoire brésilien. Il l'explique en raison de la nécessité de présence locale ou d'un contrat avec un distributeur déjà établi sur le territoire brésilien pour l'exercice de l'activité et cite l'exemple de *MGM*, qui distribuait ses films par l'intermédiaire de *Twentieth Century Fox International*.

Cependant, la restriction du marché géographique pertinent au territoire national peut aussi dans certains cas empêcher une analyse du marché qui prenne suffisamment en compte des préoccupations en termes culturels. Par exemple, dans une affaire soumise au SEAE relative au secteur de la production et de la distribution phonographique (*UMG Recordings, Inc.*, *SKG Music*, et *SKG Music Nashville, Inc.*)⁷²⁶, où *Universal Music* a acquis tous les actifs de *DreamWorks* sur ce marché (et notamment les droits d'auteurs détenus par celle-ci), la limitation du marché pertinent au territoire brésilien a empêché une analyse plus large du renforcement d'*Universal Music* sur le marché phonographique. Puisque *DreamWorks* n'agissait pas significativement sur le marché brésilien auparavant, l'opération a été considérée comme ne pouvant pas changer la part de marché d'*Universal Music* sur celui-ci et, par conséquent, a été approuvée sans restriction.

Ces exemples démontrent que la délimitation géographique du marché de référence, élément fondamental pour toute analyse concurrentielle, peut receler dans le secteur des médias d'importants risques pour le pluralisme d'opinion et de cultures, lorsqu'il implique la limitation de la diversité d'œuvres culturelles sur le marché. Il n'existe certes pas une formule unique pour sa détermination, mais une analyse au cas par cas, capable de faire ressortir la spécificité de ce secteur, pourrait contribuer à la concrétisation de la diversité culturelle sur les différents marchés nationaux.

ii) La différenciation des produits et services

Il s'agit ici de la détermination de la capacité de deux produits ou services à être considérés comme substituables ou concurrents par les consommateurs, et de ce fait à être inclus dans le même marché de référence. La définition classique du marché de référence de produit ou service s'effectue par le « *hypothetical monopolist test* » ou « *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price* » (SSNIP). Selon ce test, il est examiné si une augmentation du prix d'un produit ou service

725 Avis du SEAE n° 06563/2004/RJ COPCO/COGPI/SEAE/MF du 16 novembre 2004, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.008456/2004-22, p. 10.

726 Avis du SEAE n° 06135/2003/DF COGSE/SEAE/MF, du 16 décembre 2003, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.009321/2003-01.

déterminé peut conduire à sa substitution de la part de la demande (les consommateurs se tournant vers d'autres produits ou services) ou de l'offre (les producteurs d'autres produits ou services transférant à court terme leur activité à la production du produit ou service dont le prix a été accru).

La spécificité et la subjectivité du contenu des produits et services culturels peuvent distinguer, aux yeux du public, deux œuvres culturelles qui porteraient exactement sur le même sujet. Il serait ainsi impossible de parler d'une véritable substituabilité entre deux produits audiovisuels, par exemple⁷²⁷. Dans le cadre des différends portant sur la violation d'engagements commerciaux d'ouverture des marchés, considérer deux œuvres similaires ou concurrentes peut aboutir à des décisions dangereuses en termes culturels (comme cela fut le cas dans l'affaire *Canada – Périodiques* à l'OMC). Par contre, lorsqu'il s'agit de déterminer le marché pertinent d'un certain produit culturel afin de vérifier, par exemple, l'existence d'une position dominante qui empêcherait une concurrence effective, l'isolement de chaque produit selon son origine ou encore selon son créateur peut rendre impossible toute analyse de marché. La situation est d'autant plus complexe que l'avènement des nouvelles technologies est venu créer de nouveaux produits et services, en augmentant le nombre de substituts possibles. La substituabilité dépendra non seulement du contenu, mais aussi de la qualité de son et d'image (ce qui réduit aujourd'hui, par exemple, la différenciation entre la diffusion en salle et la diffusion télévisuelle⁷²⁸), ainsi que de la date de diffusion ou de sortie d'un produit.

En outre, un même produit peut être exploité dans des marchés économiquement et totalement distincts, tels que le cinéma, la télévision payante, la location vidéo, la télévision ouverte, etc. Les consommateurs associant généralement la plus grande utilité d'un produit audiovisuel à sa première consommation, les produits peuvent aussi être distingués selon leurs fenêtres d'exploitation (les chaînes de télévision payante « premium » seraient ainsi des substituts plus proches des locations vidéo et la télévision ouverte pourrait éventuellement faire partie du même marché que la télévision payante « basic »). La combinaison de ce critère avec celui du contenu pourrait offrir un cadre d'analyse utile aux autorités de la concurrence⁷²⁹.

727 Du même avis, L. DI MAURO, « Defining the Retail Markets for Audiovisual Products », in *European competition law review*, vol. 24-8, 2003, pp. 384-385, qui affirme : « Any audiovisual product represents a unique combination of inputs (...) From the economic point of view, any audiovisual product can be seen as a bundle of different elements. At any rate, each bundle can be considered unique and, unlike commodities, not perfectly substitutable with any other ».

728 Voir OCDE, *Politique de la concurrence (...)*, op. cit., pp. 118-120.

729 L. DI MAURO, op. cit., p. 391.

D'un autre côté, il est nécessaire de vérifier la capacité de production des entreprises existantes pour déterminer si elles seraient en mesure de fournir des produits et services suffisamment substituables, ainsi que mesurer les possibilités d'entrée d'autres entreprises sur ce marché. Pour cela, il faudra aussi analyser dans quelle mesure les réglementations et politiques nationales en matière culturelle pourront influencer sur les réactions (des acteurs privés ou publics) à un comportement anticoncurrentiel d'une entreprise. Il faudra également tenir compte des possibilités de changement radical des parts de marché dans le secteur des médias, le risque étant de sous-estimer ou de surestimer les possibilités de domination du marché dans un secteur en constante évolution⁷³⁰.

Ces tests visant avant tout à permettre une compréhension des conditions de concurrence sur un marché donné, d'autres facteurs pourront être pris en compte si certains marchés l'exigent. Dans le secteur de l'audiovisuel, il ne peut exister qu'une substituabilité imparfaite des produits et services, tant de la part de la demande que de l'offre. Par conséquent, si la distinction des marchés selon le type de contenu peut être utile aux analyses de marché dans ce secteur, elle ne doit pas s'y limiter. En effet, la différenciation selon le contenu peut conduire, par exemple, à l'isolement, parmi les programmes de sport, de certains sports spécifiques⁷³¹. Un tel isolement peut impliquer la définition de marchés trop étroits, l'autorité de contrôle compétente risquant de ne pouvoir bien considérer tous les aspects, économiques et culturels, qui y sont soulevés.

Deuxièmement, au long de la chaîne allant de la production à l'exploitation ou diffusion d'une œuvre culturelle, il est souvent nécessaire de définir le consommateur pour chacun de ces marchés, ce qui aboutit à centrer l'analyse non sur le public (le téléspectateur, par exemple), mais sur les entreprises intermédiaires de cette chaîne. Les préoccupations liées à la diversité de l'offre au public peuvent ainsi se trouver écartées de l'examen entrepris par les autorités de contrôle de la concurrence. Par exemple, pour celles-ci, la télévision financée par la publicité et la télévision payante peuvent constituer des marchés économiquement distincts. Dans celui de la télévision financée par la publicité, par exemple, les effets sur les téléspectateurs sont totalement exclus de l'analyse concurrentielle, bien que l'objectif de garantie de la diversité culturelle s'étende aux deux marchés. Des questionnements quant à la pertinence des critères retenus pour des objectifs de pluralisme peuvent ainsi être soulevés. Les distinctions entre le marché des télévisions généralistes et celui des

730 Voir OCDE, *Politique de la concurrence (...)*, *op. cit.*, pp. 129 et s.

731 En effet, « *users who buy the possibility to view a football event are not likely to switch to the consumption of a fishing event following a small but significant price rise by a hypothetical monopolist provider of football viewing events* » (L. DI MAURO, *op. cit.*, p. 389).

chaînes thématiques, ou entre la télévision gratuite et la télévision payante, ou encore entre les différents secteurs culturels (presse, radio, télévision, etc.) peuvent ne pas servir ou ne pas avoir la même portée lorsqu'il s'agit d'examiner le pluralisme d'opinions et de cultures. Il s'agit, néanmoins, de distinctions qui semblent être bien établies dans la pratique des autorités de la concurrence.

Par exemple, la Commission européenne dans les affaires *Seagram/Polygram* de 1998⁷³² et *Vivendi/Canal+/Seagram* de 2000, considéra le marché cinématographique comme étant distinct de ceux relatifs à d'autres moyens de transmission d'un même produit, comme la vidéo, la télévision payante ou la télévision ouverte. Elle a également établi une séparation entre le marché des films d'auteur (« *art-house films* ») et des « films majoritaires » (« *mainstream films* »), ainsi que selon la chronologie de sortie sur chaque marché (les films « premium », plus récents, étant considérés comme appartenant à un marché distinct de celui des films « basic »). Selon la Commission européenne, il ne pourrait pas y avoir de substitution de demande ou d'offre entre ces marchés⁷³³.

L'*Office of Fair Trading* (OFT) au Royaume-Uni a considéré en 1996, dans le cadre de l'analyse de marché de BSkyB dans le secteur de la télévision payante, que ce secteur n'appartenait pas au même marché que la télévision ouverte, car celle-ci ne représentait pas un facteur de contrainte pour la première⁷³⁴. De plus, une distinction a été établie entre les chaînes « premium » de sport et les chaînes « premium » de films. Cela a été confirmé par la Commission de concurrence de ce pays qui a fixé, comme marché de référence, les chaînes payantes « premium » de sport.

Dans plusieurs affaires, la Commission européenne a également conforté la séparation entre le marché de la télévision payante et le marché de la télévision ouverte⁷³⁵. La justification pour cela réside dans la dissemblance des conditions de concurrence résultant de l'existence de consommateurs différents dans chacun de ces marchés : les téléspectateurs pour le premier et l'industrie publicitaire pour le deuxième. Dans l'affaire *Canal+/Lagardère/CanalSatellite* (2001)⁷³⁶, la Commission a

732 Affaire soumise à la Commission européenne IV/M.1219.

733 Affaire *Vivendi/Canal+/Seagram* (COMP/M.2050), 2000. Voir L. DI MAURO, *op. cit.*, pp. 386-387.

734 L'OFT s'est prononcé dans le même sens dans son rapport du 27 avril 2007 sur l'acquisition par BSkyB de 17,9% d'ITV (Office of Fair Trading, *Acquisition by British Sky Broadcasting Group plc of a 17.9 per cent stake in ITV plc*, Report to the Secretary of State for Trade and Industry, 27 avril 2007, < http://www.of.gov.uk/shared_of/press_release_attachments/SkyITV.pdf >, §§ 119 et s.).

735 Voir, par exemple, *MSG Media Service* (Décision 94/922/EC du 31 décembre 1994, IV/M.469), *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (Décision 1999/153/CE du 27 mai 1998, IV/M.993) et *TPS* (Décision 1999/242/CE du 3 mars 1999, IV/36.237).

736 Affaire *Canal+/Lagardère/CanalSatellite* (COMP/JV.40), 2001.

aussi admis la possibilité de définition du marché de référence en fonction des genres des programmes (cinéma, sport, documentaire...), bien qu'en l'espèce cela n'ait pas été considéré nécessaire. Dans l'affaire *Sony/BMG*, la Commission a également établi une séparation, sur le marché de la musique enregistrée, selon les genres des musiques (classique, pop international, pop local, etc.) et selon qu'il s'agissait de compilations⁷³⁷.

Le SEAE au Brésil adopte aussi l'interprétation selon laquelle la télévision payante et la télévision ouverte font partie de marchés séparés et que les chaînes sportives ne doivent pas être considérées comme faisant partie du même marché que les autres chaînes. Il s'est manifesté dans ce sens lors de l'examen de l'affaire *ESPN International, Inc., Globosat Programadora Ltda., et International Sports Programming LLC*⁷³⁸, en reprenant expressément la position de la Commission européenne et de la *FTC* sur la question et en appliquant le test du « monopoliste hypothétique »⁷³⁹. Il cite l'affaire de 1996 relative à l'acquisition de *Turner Broadcasting* par *Time Warner*, où la *Federal Trade Commission* (*FTC*) américaine divisa le marché de la radiodiffusion télévisuelle selon l'importance des chaînes pour le fonctionnement des opérateurs de la télévision payante. En effet, certaines chaînes, comme les chaînes de sport, figurent parmi les chaînes réputées fondamentales pour qu'un opérateur maintienne et élargisse son nombre d'abonnés.

Dans la même affaire, on retrouve la difficulté de détermination des consommateurs du marché de la radiodiffusion. Le SEAE considère que les consommateurs des sociétés de programmation sont les opérateurs de la télévision payante ou les entreprises d'acquisition de programmation. L'intérêt des téléspectateurs ne peut ainsi y être pris en compte. Dans une affaire examinée également par le SEAE brésilien le 11 octobre 2001, l'affaire *Groupe Canal+, RTL Group S.A. et Jean-Claude Darmon S.A.*⁷⁴⁰, trois marchés pertinents ont été déterminés : celui de l'acquisition de droits de transmission d'événements sportifs, celui de la commercialisation de droits de transmission d'événements sportifs et celui des services de publicité et de marketing sportifs. Une telle séparation du marché ne peut évidemment tenir compte des intérêts des téléspectateurs, qui ne figurent pas parmi les consommateurs de ces marchés.

Dans le domaine de l'édition, la détermination du marché de référence se fait également du point de vue de la périodicité et des genres. C'est ainsi que les journaux sont considérés comme appartenant à un marché différent de celui des hebdomadaires ou des publications de parution plus espacée. Les publications spécialisées (dans le domaine

737 Affaire *Sony/BMG* (COMP/M.3333), 2004.

738 Avis du SEAE n° 138/02/COGSE/SEAE/MF du 26 avril 2002, *op. cit.*

739 *Idem*, pp. 16, 21 et 23-25, respectivement.

740 Avis du SEAE n° 413/COGSE/SEAE/MF du 11 octobre 2001, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.003675/2001-72.

financier ou sportif, par exemple) sont également prises en compte séparément, car elles répondent à des besoins différents des lecteurs. Le SEAE brésilien appliqua, par exemple, ces critères dans l'affaire *Infoglobo Comunicações Ltda. e Empresa Jornalística Diário Popular Ltda*⁷⁴¹.

Il existe ainsi une ligne de raisonnement adoptée par les autorités de la concurrence lors de la définition des marchés de référence, qui laisse transparaître la prise en compte de considérations exclusivement économiques. Non seulement la séparation des marchés écarte l'examen de l'influence d'une certaine opération ou comportement sur le public, mais aussi, lorsque celui-ci est pris en considération, les préoccupations culturelles de diversité et pluralisme n'apparaissent pas dans le fondement des délimitations des marchés.

Le cœur du problème semble se trouver dans la détermination du concept de substituabilité. Parmi les éléments de différenciation des produits et services (contenu, délai de sortie ou de diffusion, qualité, etc.) qui doivent être mis en balance lors de la définition des marchés de référence, il serait possible d'inclure un facteur supplémentaire, lié à la contribution de certaines œuvres au dialogue social et à la promotion de l'identité d'une communauté ou société donnée. En revanche, une attention particulière devra être également accordée dans ces cas aux risques de réduction excessive du marché de référence lorsqu'une substituabilité parfaite est recherchée.

Il semble ainsi nécessaire qu'une grande flexibilité soit garantie aux autorités de la concurrence lors de la définition du marché à analyser. Afin d'appréhender au mieux les intérêts culturels pouvant être en jeu sur un certain marché et de répondre adéquatement à ces intérêts, ces autorités devront adopter une perspective culturelle dès le départ. Il faudra non seulement qu'elles délimitent le marché de la manière la plus propice à une prise en compte du pluralisme culturel, mais également que leur raisonnement de fond soit influencé par cette perspective, ce qui revient à remettre également en question leur analyse en termes d'efficacité économique du marché.

b) La recherche de l'efficacité économique

Lorsqu'une opération de concentration des médias est soumise à l'examen des autorités de contrôle de la concurrence et une fois que celles-ci ont défini le marché pertinent, elles doivent se pencher sur les effets d'une telle opération sur ce marché. Il n'est au demeurant pas rare que les entreprises participant à l'opération avancent des arguments d'efficacité économique pour la faire autoriser⁷⁴². L'avantage en termes de

741 Avis du SEAE n° 42 COGSE/SEAE/MF du 4 février 2002, relatif à l'Acte de concentration n° 08012.002761/2001-68.

742 Le Conseil de l'Europe (*Concentrations transnationales (...), op. cit.*, p. 27) souligne que, dans le secteur de l'édition, les entreprises les plus puissantes sont les seules à pouvoir investir suffisamment dans des rédactions capables de mener des investi-

compétitivité économique qu'une certaine opération ou qu'un certain comportement peuvent avoir sur l'industrie nationale est d'ailleurs souvent reconnu dans les législations nationales comme une cause d'exception aux interdictions du droit antitrust⁷⁴³. Dans le secteur des médias, de tels moyens sont souvent bien acceptés par les autorités de la concurrence, en raison du déficit de la plupart des pays face à la concurrence internationale.

Dans certains cas, des engagements sont imposés aux parties à l'opération afin de contrôler leur comportement et d'éviter qu'elles abusent de leur position sur le marché, mais l'analyse demeure économique, fondée sur des critères de compétitivité et efficacité économiques, au détriment de considérations de diversité et pluralisme culturels et d'opinion. S'il est possible qu'une décision antitrust interdise un comportement ou une opération de concentration qui aurait des effets néfastes pour la diversité culturelle, cela n'apparaît généralement que comme un résultat secondaire. L'expérience de certains systèmes fournit des exemples de cette difficulté. Ont été ici sélectionnés quelques éléments de la pratique antitrust des États-Unis et de la Commission européenne (représentatifs d'opinions opposées en matière de diversité culturelle), ainsi que du Brésil, pays en développement où la protection de la diversité culturelle a acquis une grande place dans les débats nationaux.

i) La pratique américaine

Aux États-Unis, deux agences fédérales sont responsables de l'application des lois de la concurrence⁷⁴⁴ : le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission*. Le premier contient une *Antitrust Division*, agissant dans les domaines pénal et civil. Cette Division peut également intervenir dans les procédures devant la *Federal Trade Commission*, la *Securities and Exchange Commission* et le *Federal Reserve Board*. Parmi

gations et de fournir, par conséquent, une vision plus objective des faits. Les petites rédactions se limitent généralement à reprendre les nouvelles d'agences ou séquences télévisées provenant d'organismes étrangers. De plus, les grandes sociétés offrent des possibilités accrues d'échange de produits et de coproductions entre leurs filiales situées dans des pays différents, bien que dans la pratique ce type d'initiative soit assez rare. L'OCDE (« Problèmes stratégiques et réglementaires (...) », *op. cit.*, p. 10) rappelle également que « les innovations technologiques (...) dans [l]es films à grand spectacle présentent l'intérêt de servir de pôle d'investissement et de banc d'essai pour des technologies numériques avancées destinées à de plus vastes applications dans les économies en général » et conclut que ces films « demeurent nécessaires, étant donné que des projets plus restreints ne peuvent pas attirer le même volume de capital-risque ».

743 Pour un exemple dans le secteur du cinéma, voir G. BOSSIS et R. ROMI, *Droit du cinéma*, (coll.) Systèmes Droit, LGDJ, Paris, 2004, pp. 66-68.

744 Pour une vision d'ensemble du système américain et son application aux industries des médias, voir l'intervention de M. DELRAHIM, « Antitrust Enforcement in the Entertainment and Media Industries », présentée à la Recording Artists' Coalition, Los Angeles, California, 18 décembre 2003, < <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/204474.pdf> >, 22 p.

les règles fédérales applicables, figurent les Sections 1 et 2 du *Sherman Act*, ainsi que la Section 7 du *Clayton Act*.

La Section 1 du *Sherman Act* interdit les contrats et accords entre deux ou plusieurs acteurs indépendants qui restreignent de manière non raisonnable le commerce entre les États fédérés. Certains accords sont réputés illégaux *per se*, car évidemment anticoncurrentiels (tels que les fixations de prix entre concurrents horizontaux et le partage de marchés), sans qu'il soit nécessaire pour cela d'examiner les effets de l'acte sur la concurrence. Les autres accords, qui ne sont pas qualifiés comme illégaux *per se*, sont soumis à la règle de raison (*rule of reason*), selon laquelle le comportement fait l'objet d'une analyse factuelle plus détaillée, où sont examinés les effets potentiels et les justifications de la restriction de la concurrence en espèce.

Un premier exemple de comportement anticoncurrentiel dans les secteurs de la distribution et de l'exploitation dans le cinéma a été donné par l'affaire *United States v. Paramount*, jugée en 1948⁷⁴⁵. La Cour Suprême américaine y a reconnu la forte propension des défendeurs aux comportements illégaux (conspiration, monopolisation, concentration verticale, *block-booking*) découlant de la fixation de prix sur les plans horizontal et vertical et l'existence d'un « *general plan to suppress competition* », contraire aux dispositions du *Sherman Act*⁷⁴⁶. Si cette conclusion a conduit au démantèlement d'une situation de pouvoir de marché qui contribuait également à des restrictions en termes de pluralisme d'opinions et de cultures, l'analyse de la Cour Suprême se limite à des préoccupations économiques. Elle semble ainsi aujourd'hui inappropriée et très risquée d'un point de vue culturel. En effet, la Cour Suprême considère que seuls des comportements anticoncurrentiels dans le secteur de la production des films peuvent poser des problèmes d'accès et de liberté d'expression⁷⁴⁷, en écartant ainsi par principe les problèmes

745 Cette affaire avait été initiée en 1938. Pour une analyse de ses effets et des exemples des difficultés liées aux incertitudes du marché des films cinématographiques, voir M. CONANT, « The Paramount Decreed Reconsidered », *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, 1981, pp. 79-107.

746 Voir, pour la décision de la Cour Suprême, < http://www.cobbles.com/simpp_archive/paramountdoc_1948supreme.htm >.

747 « *We have no doubt that moving pictures, like newspapers and radio, are included in the press whose freedom is guaranteed by the First Amendment. That issue would be focused here if we had any question concerning monopoly in the production of moving pictures. But monopoly in production was eliminated as an issue in these cases (...). The main contest is over the cream of the exhibition business - that of the first-run theatres. By defining the issue so narrowly we do not intend to belittle its importance. It shows, however, that the question here is not (...) what the public will see or if the public will be permitted to see certain features. It is clear that under the existing system the public will be denied access to none. If the public cannot see the features on the first-run, it may do so on the second, third, fourth, or later run. The central problem presented by these cases is which exhibitors get the highly profitable first-run business. That problem has important aspects under the Sherman Act. But it bears only remotely,*

culturels résultant de la concentration du secteur de la distribution, laquelle est de nos jours le grand instrument des *Majors* pour contrôler le marché de l'audiovisuel et l'une des principales barrières à la diffusion et à la promotion de la production d'œuvres indépendantes. En effet, des obstacles existant au niveau de la distribution ou de l'exploitation en salle ont logiquement un impact sur la production.

Plus récemment, d'autres affaires ont également montré que l'examen de marché dans le secteur des médias aux États-Unis se limite à des analyses économiques. C'est ainsi que dans l'affaire *United States v. MathWorks, Inc.*⁷⁴⁸, l'*Antitrust Division* a remis en question un accord de collaboration entre *MathWorks* et *Wind River*, deux concurrents du secteur des *softwares*. Selon cet accord, le premier aurait contrôlé dorénavant le prix, le marketing, le soutien et le développement futur des *softwares* de *Wind River*, tandis que celui-ci aurait arrêté ses propres activités de développement et de marketing. Peu après, *MathWorks* annonça qu'il ne développerait plus les produits de *Wind River*, ce qui amena l'autorité de la concurrence à exiger un accord avec *MathWorks* pour la vente des actifs de *Wind River*. Une telle exigence se justifiait par les entraves que l'opération aurait pu créer au détriment des améliorations techniques et des réductions de prix pour les consommateurs, bénéfiques qui résultaient auparavant de la concurrence entre les deux entreprises. Aucune préoccupation de pluralisme culturel n'a été en fait prise en compte dans cette décision. Une autre affaire, *United States v. Village Voice Media, LLC*⁷⁴⁹, souleva la question d'un partage de marché (déguisé en fusion) entre deux éditeurs d'hebdomadaires à Cleveland et Los Angeles. L'*Antitrust Division* les obligea à vendre les actifs de l'édition précédente à un nouvel entrant sur le marché capable de rétablir la concurrence dans chacune de ces villes, mais, encore une fois, les préoccupations prises en compte ont été de nature purement économique.

La Section 2 du *Sherman Act* prohibe le monopole résultant de la suppression de la concurrence en tant que conséquence d'une conduite anticoncurrentielle. Par conséquent, si une entreprise est considérée comme ayant atteint une position monopolistique en raison d'un « produit ou service de qualité supérieure » (concept au demeurant difficilement applicable au secteur culturel), rien ne peut lui être reproché sur le fondement du droit de la concurrence. Il s'agit en outre de situations concernant le comportement d'une seule entreprise, notamment la monopolisation ou la tentative de monopolisation, visant à lui donner le pouvoir de contrôle des prix ou d'exclusion de concurrents du marché. La simple existence d'un monopole ne configure ainsi pas une violation de cette Section du *Sherman Act*. Il est nécessaire qu'il résulte ou qu'il

if at all, on any question of freedom of the press, *save only as timeliness of release may be a factor of importance in specific situations* » (souligné par l'auteur, *idem*).

748 Voir M. DELRAHIM, *op. cit.*, p. 5.

749 *Idem*, pp. 5-6.

soit maintenu en raison d'un comportement non raisonnable d'exclusion, ce qui veut dire que les entreprises qui ont du succès par leurs efforts ne peuvent être punies. Il est évident qu'un tel raisonnement n'est pas approprié pour le secteur culturel, où la simple existence d'un monopole implique l'univocité sur le marché et, par conséquent, des pertes pour le dialogue social et la diversité.

Dans l'affaire *Lorain Journal Co. v. United States*⁷⁵⁰, l'éditeur d'un journal qui détenait à Lorain (Ohio) un monopole sur la diffusion des nouvelles et de la publicité locales et nationales refusait d'accepter les publicités locales des annonceurs qui faisaient également de la publicité dans une nouvelle station de radio. La Cour Suprême des États-Unis conclut qu'il s'agissait d'une tentative de monopolisation, dont l'objet et l'intention étaient d'éliminer la nouvelle station de radiodiffusion concurrente. La présence d'un monopole de la diffusion de l'information à Lorain n'impliqua pas, à lui seul, l'intervention de l'autorité américaine, malgré ses conséquences négatives évidentes pour le pluralisme d'opinion.

La Section 7 du *Clayton Act*, à son tour, interdit les fusions et acquisitions susceptibles de réduire substantiellement la concurrence, d'augmenter les prix pour les consommateurs ou de créer un monopole. Tant l'*Antitrust Division* que la *Federal Trade Commission* sont compétentes pour ce type d'affaire et les deux appliquent les mêmes standards d'analyse des opérations de concentration. Comme dans tout autre secteur, dans le secteur des médias, leur examen vise à déterminer les effets que l'opération pourra avoir dans l'avenir sur la concurrence. L'objectif est uniquement celui de préserver la concurrence pour que les consommateurs aient des « meilleurs produits et services » à un meilleur prix⁷⁵¹.

Des discussions concernant le renforcement ou la différenciation de l'examen du droit de la concurrence pour le secteur des médias en tant que moyen de garantir la démocratie ont été infructueuses⁷⁵². Il est possible de se demander si le manque de traitement spécifique pour les industries culturelles au sein du droit de la concurrence américain et son regard centré sur l'efficacité économique serait la cause de la puissance

⁷⁵⁰ *Ibidem*.

⁷⁵¹ C'est ainsi que, pour l'*Antitrust Division*, « *most mergers are competitive neutral or even beneficial for competition and consumers and should be reviewed quickly and allowed to proceed. (...) they create synergies, improve or create new products and/or lower costs* » (*Idem*, p. 9). L'examen d'une opération de concentration peut également avoir lieu avant sa concrétisation, selon le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 (*HSR Act*). Le même auteur souligne, en outre, que 90% des opérations notifiées à l'*Antitrust Division* sont acceptées rapidement, sans action de la part de cette dernière. Aucune prévision spécifique n'existe pour les opérations dans les médias. Il existe ainsi « *a consistent trend in merger analysis over the last thirty years toward an increasing focus on economics, efficiency and consumer welfare* » (*Idem*, p. 14).

⁷⁵² « *The Antitrust Division's approach to merger analysis in the media and entertainment industries generally utilizes the same framework [used] to review mergers and other forms of strategic alliances in other, non-media industries* » (*Idem*, p. 22).

mondiale de leurs industries. Si la conduite des analyses concurrentielles a pu être l'un des facteurs (mais pas le seul) ayant agi en faveur de la compétitivité de l'industrie américaine, une telle approche peut nuire au pluralisme culturel dans certains secteurs, ainsi que le démontrent les statistiques du marché américain (*cf.* Partie I).

ii) La pratique européenne

Afin de garantir la liberté des opérateurs économiques sur le marché commun et des conditions de concurrence loyale, le contrôle de la concurrence réalisé par la Commission européenne vise tant les opérations et comportements des entreprises que les politiques étatiques de soutien pouvant avoir une influence sur le marché européen.

Le contrôle du comportement des entreprises. - Les règles de contrôle de la concurrence dans le Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) envisagent, tout d'abord, d'interdire « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* » (article 81, ancien article 85 du Traité de Rome) et de proscrire, aux entreprises détenant une position dominante sur le marché, d'abuser de celle-ci (article 82, ancien article 86 du Traité de Rome)⁷⁵³.

Ces dispositifs sont complétés, en matière de fusions, par le Règlement (CE) 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations de dimension communautaire, dont l'application relève de la compétence exclusive de la Commission européenne. Ce Règlement a introduit en Europe l'analyse des gains d'efficacité économique en tant que moyen de neutraliser les effets négatifs d'une concentration sur la concurrence, en rapprochant le contrôle européen du contrôle développé aux États-Unis⁷⁵⁴. L'article 21.4 du Règlement prévoit que les États membres puissent, malgré la compétence prioritaire de la Commission dans ce domaine, adopter des « *mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire* ». Parmi ces intérêts légitimes, celui du pluralisme des médias est explicitement reconnu par ce même article et se trouve en position privilégiée par rapport à d'autres intérêts⁷⁵⁵. La

753 Ce n'est pas la position dominante en soi qui est interdite, mais son exercice abusif.

754 Il incorpore ainsi au contrôle communautaire un élément difficile à mesurer et assez hypothétique, car l'impact d'une opération de concentration est examiné au moment de sa notification (M. RAINELLI, « À propos du Règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, vol. 1, 2006, pp. 45-54).

755 « *Sont considérés comme intérêts légitimes, au sens du premier alinéa, la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles* » et tout autre intérêt « *doit*

pluralité des médias pourrait ainsi justifier l'intervention étatique dans une opération de concentration dans le secteur des médias audiovisuels, par exemple en interdisant une opération qui serait licite selon le Règlement⁷⁵⁶.

Les notions d'« affectation du commerce » et d'« entreprise » de l'article 81 du Traité CE sont comprises au sens large. Le commerce peut être considéré affecté bien que les contrats visant à créer une entente soient exécutés en dehors de la Communauté européenne. Cela rend possible un examen plus large de l'affaire en question par la Commission, ce qui peut être très utile dans le secteur des médias. Quant au deuxième concept, il suffit qu'une entité exerce une activité économique pour qu'elle soit considérée comme une entreprise. Dans le domaine culturel, peuvent être considérés comme « entreprise » par la Commission européenne non seulement les organisations structurées (telles que les éditeurs, les producteurs de films, les sociétés de radiodiffusion, etc.), mais également les sociétés d'auteur⁷⁵⁷ et les auteurs ou artistes interprètes et exécutants⁷⁵⁸.

L'interdiction visée à l'article 81 a été mise récemment en application par la Commission, lors de l'examen des contrats signés entre les *Majors* américaines et des entreprises européennes de télévision à péage, dans lesquels un droit accordé aux studios hollywoodiens leur permettait d'exiger toute condition plus favorable qui serait établie entre un radiodiffuseur de télévision à péage et l'un des studios. Selon la Commission, une telle disposition finirait par entraîner un alignement des prix sur ce marché, ce qui serait contraire au principe de la concurrence par les prix⁷⁵⁹. En revanche, un exemple d'affaire très critiquée concernant une concentration dans le secteur des médias est celui de *Vivendi/Canal+/Seagram*. Cette fusion a été autorisée par la Commission, malgré les risques qu'elle entraînait pour la concurrence et pour le pluralisme culturel : le groupe Vivendi-Universal devenait à ce moment le deuxième groupe mondial dans le secteur de la communication (après AOL-Time Warner)⁷⁶⁰. Des engagements ont été, néanmoins, imposés en contrepartie,

être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises ».

756 Une disposition similaire existait déjà à l'article 21.3 du règlement précédent (Règlement n° 4064/89, du 21 décembre 1989).

757 Affaire *GEMA* (IV/26 760 - GEMA), 1971, p. 15. Voir P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 172.

758 Affaire *RAI/Unitel* (IV/29.559 - Rai/Unitel), 1978, p. 39, *apud idem*, p. 172.

759 S. GORINI, « Commission européenne : Clôture de l'enquête relative aux contrats passés par les studios hollywoodiens avec des opérateurs européens de télévision à péage », *IRIS Observations juridiques*, vol. 3, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, pp. 4-5.

760 G. BOSSIS et R. ROMI, *op. cit.*, p. 88.

impliquant la cession d'une participation dans BSkyB et l'accès des tiers aux contenus.

La flexibilité nécessaire pour déterminer ce qui est exigé par le progrès économique et ce qui doit être interdit car indûment restrictif de la concurrence découle du § 3 de l'article 81, lequel dispose que les prescriptions de son 1^{er} paragraphe sont inapplicables « à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte » (souligné par l'auteur)⁷⁶¹. Le considérant n° 4 du Règlement 139/2004 du Conseil va dans le même sens en affirmant que « [des] restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ».

Si ces deux dispositifs relèvent de préoccupations d'efficacité et progrès économiques, dans une perspective culturelle il serait possible d'argumenter que la « partie équitable du profit » prévue à l'article 81.3 peut provenir d'une offre culturellement plus diversifiée et capable de répondre aux préférences du public. Dans la pratique de la Commission, toutefois, il semble que l'objectif d'assurer la compétitivité des entreprises européennes face à la concurrence globale et l'innovation technologique ait souvent été privilégié⁷⁶². Un exemple où la Commission a accordé des exemptions fondées sur le § 3 de l'article 81 est celui de la décision 89/467/CEE du 12 juillet 1989, dans laquelle la Commission a accepté les accords d'UIP, filiale de trois *Majors* américaines et japonaises, déterminant *inter alia* une licence d'exclusivité pour la distribution dans les salles de cinéma de la Communauté des films produits et distribués par les sociétés mères⁷⁶³. Dans une décision du 23 juillet 2003, la Com-

761 Cependant, une entente ne doit pas : « a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence » (article 81.3).

762 C. PALZER et C. HILGER, *op. cit.*, p. 6. Voir aussi L. MAYER-ROBITAILLE, « L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel », in *IRISplus*, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, p. 4.

763 Affaire *UIP* (IV/30.566-UIP), 1989. Voir, pour plus de détails sur cette décision, L. DEFALQUE, « Les concentrations des sociétés américaines de production dans la Communauté européenne », in C. DOUTRELEPONT (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 87-98. Pour les considérations de la Commission qui l'ont amenée à accorder l'exemption en question,

mission a également exempté l'accord établissant la vente centralisée de droits sur la Ligue des champions de l'UEFA pour une période allant jusqu'en 2009⁷⁶⁴.

Les problèmes de concurrence dans le secteur culturel touchant souvent les droits de propriété intellectuelle, des ententes contraires à l'article 81 peuvent concerner des transactions en matière de droit d'auteur. Par exemple, pour des fins de concurrence, on distingue entre les « licences ouvertes » et les « licences fermées »⁷⁶⁵. Ces dernières sont contraires à l'article 81 du Traité CE. Des problèmes de concurrence apparaissent également relativement à l'exploitation des films, en ce qui concerne le droit de représentation de l'auteur. L'exclusivité absolue de ce droit peut être admise dans certains cas⁷⁶⁶, les juridictions nationales devant analyser les modalités de son exercice. La Commission européenne a déjà décidé la restriction d'une clause d'exclusivité, déterminée lors d'une cession de droits d'exploitation à la télévision sur des films d'un catalogue, afin de permettre à d'autres entreprises de diffuser ces mêmes films⁷⁶⁷. Des décisions ont également eu lieu à propos de sociétés de gestion collective de droits d'auteur, où il a été accepté qu'elles concluent des contrats de représentation avec des sociétés d'autres pays et imposent des clauses forfaitaires pour l'utilisation de toutes les œuvres composant leur répertoire.

En ce qui concerne l'application au secteur des médias de l'article 82 du Traité (interdiction d'abus de position dominante), un exemple important de la jurisprudence de la CJCE est celui de l'arrêt *Magill*, du 6 avril 1995⁷⁶⁸, où des entreprises de télévision également éditrices d'un hebdomadaire de programmes refusaient, sur la base de leurs droits d'auteur, de transmettre leur grille de programmes à un éditeur concurrent. La Cour a considéré que les sociétés de programme se réservaient un marché dérivé et par là excluaient toute concurrence sur

voir notamment pp. 90-92. Pour une appréciation critique des conséquences de cette exemption, voir pp. 93-96.

764 Décision de la Commission du 23 juillet 2003 (2003/778/CE) portant sur la vente centralisée des droits commerciaux sur la Ligue des champions de l'UEFA (COMP/C.2-37.398). Voir à ce sujet L. MAYER-ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 4, qui fournit également quelques exemples d'exemptions dans le secteur de la télévision à péage.

765 Les premières accordent l'exclusivité sur un territoire pour la fabrication uniquement, permettant en même temps des importations parallèles. Les licences fermées, au contraire, configurent une protection territoriale absolue, car elles accordent à une seule entreprise le droit, sur un certain territoire, non seulement de fabriquer, mais aussi de commercialiser le produit. Voir P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 172. Pour les exemples de jurisprudence qui suivent, voir *idem*, pp. 172-173.

766 CJCE, 2^e affaire *Coditel* (affaire 262/81), décision du 6 octobre 1982, p. 120.

767 Décision du 15 septembre 1989, *JOCE* du 3 octobre 1989, L. 284, p. 36.

768 *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes C-241/91 et C-242/91.

ce marché⁷⁶⁹, en établissant à la fois un monopole de fait et un monopole de droit, résultant de leurs droits d'auteurs. Cependant, aucune considération explicite de pluralisme culturel ou d'opinion n'a été prise en compte dans cette affaire. C'est par le biais de la notion de position dominante économique que la Commission a empêché le maintien d'un monopole sur la présentation des grilles de programmes disponibles au consommateur.

Quelques principes ont été énoncés par les institutions communautaires relativement à l'abus de position dominante à travers l'utilisation des droits d'auteur : la détention de droits d'auteur ne correspond pas à un monopole au sens d'une position dominante ; les droits d'auteur ne sont pas exclus de la prohibition générale d'abus d'une position dominante, puisque leur utilisation peut conférer une telle position ; cette utilisation ne sera interdite par le droit communautaire que si elle est abusive. Il semble toutefois difficile de déterminer, par exemple, ce qui constitue un prix abusif pour des produits qui ne sont généralement pas substituables, tels que les produits culturels⁷⁷⁰.

Il convient de noter, enfin, que puisque l'article 82 ne contient aucune précision spécifique pour les industries culturelles, des difficultés peuvent apparaître lorsqu'une position dominante d'opinion ne correspond pas à une position économique dominante, susceptible d'être appréciée par la Commission. Celle-ci n'aura ainsi pas compétence pour intervenir et interdire un tel comportement.

Le contrôle des mesures étatiques. - Outre les articles 81 et 82, l'article 87 du Traité CE, relatif aux aides d'État, peut avoir des effets considérables sur la concurrence dans le secteur des médias. Il détermine que « [s]auf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Cette disposition impliquerait l'incompatibilité de nombreuses mesures de subventions existantes dans les pays membres pour le secteur culturel, si ce n'était son § 3 (d), qui dispose que « *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun : (...) les*

769 La Commission avait décidé le 21 décembre 1988 que les sociétés de programmes étaient en infraction et devaient y mettre fin. À la suite d'un recours au Tribunal de première instance des Communautés, celui-ci s'est prononcé aussi en ce sens dans un arrêt du 10 juillet 1991, confirmé ensuite par la Cour de Justice (Voir E. DERIEUX, *op. cit.*, p. 45 et pp. 107-109). Il s'est agi en définitive de l'application de la théorie des installations ou facilités essentielles, avec l'ajout de la condition que le refus des entreprises en question devait empêcher l'apparition d'un produit nouveau.

770 La CJCE a examiné le rapport spécifique entre les droits d'auteur et l'abus de position dominante dans les affaires *Musik Vertrieb Membran et K-Tel International c. Gema* (affaires jointes 55/80 et 57/80), *Warner Brothers et Metronome Video c. Christiansen* (affaire 158/86) et *Foreningen af Dansk Videogramdistributører* (affaire C-61/97). Voir P. SIRINELLI, *op. cit.*, pp. 173-174.

aides destinées à promouvoir la culture *et la conservation du patrimoine*, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence *dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun* » (souligné par l'auteur). À noter l'emploi des termes « peuvent être » au lieu de « sont », comme c'est le cas pour les exceptions du § 2 de ce même article, relatif aux aides pour remédier aux dommages résultant de calamités et d'autres événements extraordinaires (alinéa (a)) et à celles accordées à certaines régions de l'Allemagne en raison de l'ancienne séparation de ce pays (alinéa (b)). Les aides visant la promotion de la culture ne sont ainsi pas exceptées automatiquement. En outre, elles ne doivent pas altérer les conditions des échanges et de la concurrence d'une manière contraire à l'intérêt commun.

C'est ainsi qu'une aide à l'industrie cinématographique grecque a été réputée incompatible avec le marché commun car elle imposait une condition de nationalité, qui empêchait l'accès aux subventions et financements par les ressortissants d'autres États membres de la communauté⁷⁷¹. Dans le même sens, une aide accordée par la France à la Société française de production (SFP) audiovisuelle a été considérée illégale, car il s'agissait d'une aide qui favorisait la SFP au détriment de ses concurrents⁷⁷². La Commission n'a ici pas reconnu le caractère culturel de l'aide et a considéré que celle-ci affectait les échanges entre les États membres. Des aides aux radiodiffuseurs publics ont également été contestées à plusieurs reprises devant la Commission⁷⁷³.

L'affaiblissement de l'alinéa (d) du § 3 de l'article 87 découle également de l'absence de reconnaissance par la Commission de l'élément culturel sous-jacent à certaines aides. Lors d'une procédure relative à une nouvelle aide de l'État français à la SFP en 1997, l'aide a été considérée compatible avec le marché intérieur, mais sur le fondement de l'exemption de l'alinéa (c) de l'article 87.3, laquelle concerne les « *aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ».

De plus, la Commission a souligné, dans sa décision relative à une aide aux télévisions locales de la Communauté française de Belgique, que « *toute exemption de l'interdiction des aides d'État doit être appliquée restrictivement* » et que les télévisions locales en l'espèce, en réalisant « *des émissions d'information, d'animation, de développement culturel et d'éducation permanente* », ne pouvaient être « *considérées comme destinées totalement ou spécifiquement à promouvoir la culture* ».

771 Décision 89/441/CE, du 21 décembre 1988.

772 Décision 97/238/CE, du 2 octobre 1996.

773 Voir à propos de ces décisions L. MAYER-ROBITAILLE, *op. cit.*, pp. 3-7.

au sens de l'article 87, paragraphe 3, point d) »⁷⁷⁴. Une telle interprétation confirme les prescriptions de la Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État de 2001, dans laquelle elle interprète la notion de culture de manière restrictive⁷⁷⁵. Reconnaisant que les aides aux organismes de radiodiffusion publics peuvent viser des objectifs culturels, sociaux et démocratiques, elle incite les États à établir des financements distincts pour chacun de ces objectifs, afin que l'alinéa (d) soit applicable⁷⁷⁶.

Dans certains cas, comme celui de l'aide de l'État belge précédemment citée, de l'aide française pour la création de la chaîne de télévision corse Via Stella⁷⁷⁷ ou encore de l'aide attribuée à la Chaîne française d'information internationale (CFII)⁷⁷⁸, la solution adoptée consiste à soumettre la radiodiffusion publique à l'examen du § 2 de l'article 86, en tant que « service d'intérêt économique général ». Selon la Commission, la compatibilité d'une aide avec ce dispositif exige le respect des critères suivants : la définition claire du service en question en tant que service d'intérêt économique général par l'État, le mandat explicite de l'État à l'entreprise pour la fourniture du service, ainsi que la nécessité et la proportionnalité de la mesure, qui ne doit pas affecter les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Cet élément à caractère économique est toutefois compensé (par exemple, lors de l'examen de l'aide française à la création de la chaîne Via Stella) par la prise en compte expresse du besoin de promouvoir la diversité des cultures conformément à l'article 151 du Traité CE et du rôle de la radiodiffusion publique pour « satisfaire à des besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société »⁷⁷⁹.

Face aux éléments qui précèdent, il semble que les dispositifs du droit de la concurrence communautaire et l'interprétation qui en a été faite par la jurisprudence témoignent de la primauté accordée à une perspective économique d'analyse des marchés. Si quelques règles prévoient une exception capable de favoriser la prise en compte d'éléments culturels, elles sont soumises à des conditions restrictives, interprétées de surcroît de manière restreinte par la Commission. Des difficultés similaires apparaissent de manière claire dans le contrôle concurrentiel brésilien.

774 Aide d'État n° 548/2001, *JOCE* C 150 du 3 octobre 2002, < http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n548-01_fr.pdf >, p. 6.

775 2001/C 320/04, *JO* C320/5 du 15 novembre 2001, < http://www.vie-publique.fr/documents-vp/communication_ce.pdf >, § 16.

776 *Idem*, § 27.

777 Aide d'État n° 638/2005, C (2006) 806 final, décision du 22 mars 2006.

778 Aide d'État n° 54/2005, C (2005) 1479 fin, du 7 juin 2005.

779 C (2006) 806 final, p. 7.

iii) La pratique brésilienne

Détenteur d'un marché audiovisuel prometteur en termes de nombre de consommateurs mais fortement concentré, ce pays possède un organe de contrôle de la concurrence indépendant et fortement inspiré des expériences américaine et européenne. L'action du Conseil administratif de défense économique (CADE), fondée sur les avis du Secrétariat de défense économique (SDE) et du Secrétariat de suivi économique (SEAE), ne prend souvent pas en compte dans le secteur des médias, parmi les critères pour l'analyse de l'efficacité d'un comportement ou d'une concentration, la nécessité d'une offre culturellement diversifiée pour le public. Quelques affaires où cette tendance est facilement observable ont été sélectionnées ici. Dans la plupart des cas, ces opérations de concentration dans le secteur des médias ont été approuvées, sans même être accompagnées de l'imposition d'engagements ou de restrictions capables d'assurer un minimum de pluralisme culturel sur le marché.

Un exemple est celui de l'affaire *Endemol Finance B.V. et TV Globo Ltda.*⁷⁸⁰, où les deux entreprises ont créé une *joint venture* (Endemol Globo S.A.) devant agir dans le secteur de la production de programmes de télévision au Brésil, distribués ensuite à la télévision ouverte, payante et sur Internet. Endemol appartenait au Groupe Telefonica, lequel détient plusieurs entreprises au Brésil, notamment dans le secteur des télécommunications. TV Globo appartient aux Organisations Globo, le plus grand groupe de médias dans ce pays. Le SEAE a non seulement accepté l'argumentation selon laquelle « *les efforts combinés des deux entreprises, Endemol et Globo, donneront à la nouvelle entreprise une position qualifiée pour développer ses activités sur le marché brésilien, notamment dans la production de programmes de télévision* », mais elle rajoute qu'elle le fera « *en tant que producteur indépendant* »⁷⁸¹. Le SEAE a conclu à l'approbation sans restrictions de la *joint venture*, qui, selon lui, n'aurait que des effets minimes, voire nuls, sur le marché brésilien.

Dans une autre affaire, concernant l'acquisition de *Empresa Jornalística Diário Popular Ltda. par Infoglobo Comunicações Ltda.*⁷⁸², le SEAE admet qu'« *à partir de la présente opération, le journal acquis 'Diário Popular' a adopté le nom 'Diário de São Paulo', en présentant une variété de thèmes et en ressemblant plus aux journaux publiés par l'entreprise Infoglobo, mais contenant des cahiers plus centrés sur les sujets relatifs à l'État de São Paulo* »⁷⁸³. Une telle ressemblance peut témoigner déjà d'une réduction de la diversité de l'offre sur le marché des journaux non spécialisés. Faute de pouvoir prouver la relation de

780 Avis du SEAE n° 432/01/COGSE/SEAE/MF du 5 novembre 2001, *op. cit.*

781 Traduit et souligné par l'auteur (*Idem*, p. 5).

782 Avis du SEAE n° 42 COGSE/SEAE/MF du 4 février 2002, *op. cit.*

783 Traduit et souligné par l'auteur (*Idem*, p. 5).

cause à effet entre l'opération de concentration en question et le pouvoir des quatre plus grandes entreprises sur ce marché (qui, ensemble, détenaient tout de même plus de 75% du marché), le SEAE a recommandé l'approbation de l'opération, sans restrictions.

Le même « manque de preuves » amena à l'approbation de la *joint venture* établie entre *Sony Corporation of America* et *Bertelsmann AG*⁷⁸⁴, bien que le SEAE reconnaisse au départ qu'une telle opération impliquait des préoccupations d'ordre concurrentiel, en raison de la part de marché que détiendrait la *joint venture* et du niveau élevé de concentration des quatre *Majors* sur le marché de l'enregistrement phonographique. Le SEAE conclut, néanmoins, qu'il n'existait pas de barrière significative à l'entrée de nouveaux concurrents en raison du caractère dynamique du marché de l'enregistrement phonographique et de la différenciation des produits. Il souligna notamment l'existence d'environ 400 sociétés d'enregistrement indépendantes sur ce marché, bien que 90% d'entre elles soient des micro- ou petites entreprises. Selon ses recommandations, la seule obligation imposable à *Sony/BMG* était celle de notifier aux autorités de la concurrence toute opération qui modifierait la configuration de la *joint venture* (telle que son entrée sur d'autres marchés) en tant que nouvelles opérations de concentration.

Dans l'affaire *MGM et Sony*⁷⁸⁵, le SEAE a considéré que, malgré la concentration horizontale sur cinq marchés différents (entraînée par l'opération en question), il n'y aurait pas de modification significative de l'environnement concurrentiel de ces marchés. Selon le SEAE, il s'agissait d'un marché caractérisé par une forte concurrence, en raison de l'existence de plusieurs concurrents : *Columbia Tristar/Sony* (détenant 22% du marché avant l'opération et, par conséquent, avant qu'elle distribue également les films de *MGM*), *Warner Bros* (19,6%), *Buena Vista/Disney* (16,1%), *Fox International* (15,8%), *UIP (Universal, Paramount, DreamWorks)* (13,4%), suivis de distributeurs brésiliens détenant une participation assez faible du marché : *Lumière* (6,1%), *EUR/MAM* (3,2%), *Playarte* (3,1%), *Art films* (0,4%) et *Rio Filme* (0,3%). L'opération a été recommandée à l'approbation, sans restriction, et malgré le fait que les *Majors* américaines détenaient ensemble 86,9% de la distribution des films dans ce pays.

Dans d'autres affaires approuvées par le CADE, des restrictions ont été imposées, mais elles restent encore insuffisantes pour protéger le pluralisme culturel sur les marchés considérés. Par exemple, dans l'affaire relative à une *joint venture* entre *ESPN International, Inc.*, *Globosat Programadora Ltda.*, et *International Sports Programming LLC*⁷⁸⁶, les trois groupes dont dépendaient les trois entreprises requérantes (*The Walt*

784 Avis du SEAE n° 06165/2004/DF COGSE/SEAE/MF du 30 septembre 2004, *op. cit.*

785 Avis du SEAE n° 06563/2004/RJ COPCO/COGPI/SEAE/MF du 16 novembre 2004, *op. cit.*

786 Avis du SEAE n° 138/02/COGSE/SEAE/MF du 26 avril 2002, *op. cit.*

Disney Company, Organizações Globo e News Corporation Limited) contrôlaient déjà plusieurs activités sur le marché brésilien des médias. Le SEAE constata qu'*ESPN International* était la seule chaîne spécialisée en programmation sportive distribuée par les opérateurs concernés et qu'il n'existait donc pas de concentration horizontale à analyser. Il conclut, en outre, que malgré la part de marché élevée de cette chaîne, cette participation ne serait pas influencée par la *joint venture* soumise à examen (laquelle substituait *ESPN Fox Sports* à *ESPN International*), ce qui lui a fait recommander l'approbation de l'opération. Certains engagements y ont été imposés, visant à réduire les possibilités pour la nouvelle association d'abuser de son pouvoir de marché, en raison de la part des *Organizações Globo* sur le marché de la télévision payante et notamment sur celui des chaînes sportives (part de marché qui passerait de 51,4% à 97,92% avec l'opération en question).

Ces affaires démontrent qu'il est fondamental que des considérations de pluralisme culturel soient introduites dans l'application du droit de la concurrence, afin que celui-ci soit utilisé pour limiter les déséquilibres existants aujourd'hui dans le commerce de produits et services culturels. En l'absence de cet élément culturel, la pratique semble montrer que le contrôle concurrentiel risque de renforcer la concentration, en récompensant les entreprises qui exercent déjà un pouvoir de marché susceptible de nuire à la diversité culturelle. La prééminence accordée aux effets économiques lors de l'examen d'une opération de concentration ou de comportements anticoncurrentiels dans le secteur des médias paraît encore peu contrebalancée par la prise en compte des effets culturels par quelques autorités de contrôle concurrentiel.

2 - Le recours insuffisant à des critères culturels

Certains éléments culturels ont été introduits dans le droit de la concurrence de quelques régimes juridiques, comme dans certains pays européens. Aux États-Unis, des préoccupations de pluralité des sources d'information semblent avoir été également à l'origine de certaines dispositions pour le marché des médias, et cela malgré leur opposition à toute affirmation de la spécificité des produits et services culturels. L'analyse de ces expériences vise à fournir quelques exemples d'une pratique qui pourrait contribuer à la protection du pluralisme et de la diversité culturelle à travers le droit de la concurrence.

a) Les éléments culturels de certains contrôles nationaux

Dans certains pays, le droit de la concurrence prévoit quelques dispositions spécifiques pour le marché de l'audiovisuel dans le but de garantir un minimum de pluralisme culturel. En France, les groupements de programmation sont soumis à un agrément qui, partant du principe que des ententes peuvent être nécessaires face à la structure du marché du cinéma, exige en contrepartie que ces groupements ou ententes prennent

des engagements pour assurer la plus large diffusion d'œuvres conformément à l'intérêt général⁷⁸⁷. Une entente dans le secteur audiovisuel peut ainsi être acceptée et autorisée si un certain nombre de conditions de garantie du pluralisme culturel est respecté. Un exemple récent sur le marché français est celui de l'opération de fusion entre CanalSat et TPS⁷⁸⁸ sur le marché de la télévision payante, laquelle n'a été autorisée qu'après l'imposition de cinquante-neuf engagements portant sur des questions d'« acquisition de droits, de mise à disposition d'une partie de leur offre à la concurrence et de reprise de chaînes indépendantes dans leur propre bouquet »⁷⁸⁹. Parmi ces engagements, se trouve l'obligation pour la chaîne TPS Star de diffuser davantage de films français et de réduire les premières exclusivités américaines. Canal+, à son tour, a dû limiter l'achat de films du catalogue de sa filiale StudioCanal à 35%. Des limitations quant à la détention des droits de diffusion ont également été imposées.

La France a, en outre, modifié sa loi du 30 septembre 1986 en 1994, en 2000 et en 2001, afin de garantir par tous les moyens envisageables le pluralisme dans l'audiovisuel. Pour cela, deux principes ont été fixés : la séparation entre la production et la diffusion audiovisuelles et l'indépendance des diffuseurs. L'objectif est d'assurer la pluralité dans l'actionnariat des entreprises de communication audiovisuelle et dans le cumul d'autorisations. Des règles ont ainsi été établies par rapport à la propriété du capital et à la participation simultanée dans plusieurs sociétés.

En Allemagne, il existe une loi spéciale sur la concurrence dans le secteur de la radiodiffusion, ainsi qu'une commission spéciale pour le contrôle de la concurrence dans le secteur des médias (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* - KEK). Les *Landesmediananstalten* coopèrent intensivement avec cette commission. Le secteur de la télévision est soumis à un plafonnement de 30% de part de marché, au-delà duquel un groupe ne peut avoir de nouvelles licences et ne peut investir dans d'autres stations. Cette limite est réduite à 25% si le conglomérat en question détient une position dominante sur un autre marché des médias⁷⁹⁰. Le critère de la part d'audience peut en effet contribuer à une meilleure prise en compte de l'intérêt culturel du public. L'application parallèle d'un deuxième seuil selon le pouvoir de marché dans un autre secteur permet de mieux considérer les risques pour le pluralisme d'une présence dans plusieurs médias différents.

787 Voir l'article 8 du décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 (et modifications), portant application de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif à la programmation des œuvres cinématographiques en salle (G. BOSSIS et R. ROMI, *op. cit.*, p. 64).

788 Voir le Communiqué de presse du 31 août 2006 « Autorisation du rapprochement CANALSAT / TPS » (< www.canalsat.fr >).

789 P. GONZALES, « Feu vert à la fusion de CanalSat et TPS », *Figaro*, 1^{er} septembre 2006.

790 G. PERINO et G.G. SCHULZE, *op. cit.*, pp. 4-5 et 7, ainsi que p. 28.

Le Royaume-Uni fournit un exemple récent de la prise en compte du pluralisme culturel lors de l'analyse de l'acquisition par *BSkyB* d'une participation de 17.9% au sein d'*ITV*. En consultant à la fois l'*Office of Fair Trading* (OFT) et l'*Office of Communications* (OFCOM), le *Secretary of State for Trade and Industry* a permis que des conclusions soient tirées sur les effets de l'opération à l'égard de l'intérêt public. Si l'analyse de l'OFT est fondamentalement économique⁷⁹¹, l'OFCOM conclut que l'acquisition pouvait soulever des préoccupations d'intérêt public en matière de pluralité des propriétaires des médias⁷⁹². En étayant les conclusions de l'OFT et de l'OFCOM, le *Secretary of State* a renvoyé l'affaire à la *Competition Commission* le 24 mai 2007. Un appel à la décision de cette dernière a été interjeté by *BSkyB* et *Virgin Media* et est actuellement en cours⁷⁹³.

Aux États-Unis, dans le domaine de la radiodiffusion, la *Federal Communications Commission* a établi en 1970 des règles pour éviter la domination du marché, telles que la « règle de syndication et d'intérêt financier » (qui interdit aux réseaux de télévision d'acquérir des droits dans la distribution des programmes qu'ils diffusent et qui sont produits par d'autres entreprises) et la « règle de l'accès au *prime time* » (qui interdit aux réseaux de télévision de « diffuser plus de trois heures de leurs programmes pendant les quatre heures de grande écoute de la soirée »)⁷⁹⁴. Si des raisons économiques soutiennent évidemment ces dispositions, il est possible d'y voir également des préoccupations non négligeables d'indépendance et de pluralité des sources d'information.

Ces exemples témoignent d'un certain assentiment de la part des États développés occidentaux quant à l'importance du secteur des médias pour la protection des identités et la cohésion sociale, reconnaissance qui transparait également au niveau européen.

b) Les éléments culturels du contrôle communautaire

L'article 151 du Traité CE exige que les institutions européennes prennent en considération les aspects culturels lors de l'application d'autres dispositions du traité. Des résolutions du Conseil ont indiqué, comme concernés par cette application, la politique de la concurrence, le marché intérieur et la politique commerciale commune⁷⁹⁵. Des considé-

791 Voir OFT, *Acquisition by British Sky Broadcasting Group plc of a 17.9 per cent stake in ITV plc*, Report to the Secretary of State for Trade and Industry, 27 avril 2007, *op. cit.*

792 OFCOM, « Ofcom completes investigation into *BSkyB*'s shareholding in *ITV plc* », 27 avril 2007, < http://www.ofcom.org.uk/media/news/2007/04/nr_20070427 >.

793 Voir < <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2007/itv/index.htm> >.

794 OCDE, *Politique de la concurrence (...)*, *op. cit.*, p. 73.

795 Voir la Résolution (2002/C 32/02) du Conseil du 21 janvier 2002 « concernant la place de la culture dans la construction de l'Union européenne », *JOCE* n° C 32, du 5 février 2002, considérant 2. Le 26 mai 2003 le Conseil a adopté une autre résolution, relative aux « aspects horizontaux de la culture : renforcer les synergies avec d'autres

rations culturelles doivent ainsi être prises en compte lors de l'analyse concurrentielle du marché des médias et il semblerait que tel a été effectivement le cas dans un certain nombre d'affaires. En effet, si les ententes dans le secteur des médias ne représentent que 2% du nombre total des fusions en Europe, le refus des autorités de concurrence européennes des fusions dans l'audiovisuel correspond à la moitié du nombre de décisions de refus⁷⁹⁶. Certes, la frontière entre la concentration nécessaire pour affronter la concurrence internationale et celle qui menacerait l'existence d'autres entreprises et le pluralisme culturel peut être difficile à déterminer dans la pratique. Cependant, il semble qu'un contrôle moins strict de la concurrence dans le secteur peut avoir des conséquences très dangereuses pour la diversité culturelle.

Sous certains aspects, le système de contrôle concurrentiel du droit communautaire paraît relativement équilibré. Tout d'abord, le Traité d'Amsterdam a apporté au Traité CE le Protocole n° 9 sur le système de radiodiffusion publique des États membres, lequel reconnaît que « *la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* ». Il dispose ensuite que « *Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion* ». L'importance du maintien des organismes de radiodiffusion publique est ainsi reconnue par le Traité, bien qu'il n'efface pas les difficultés soulignées auparavant relatives aux aides d'État en la matière.

Des efforts apparaissent également sur le plan de la compatibilité des aides en la matière avec le marché commun. Les critères de compatibilité des aides d'État au titre de l'article 87.3 (d) dans le secteur cinématographique et audiovisuel ont été définis par la Communication de la Commission sur l'avenir de l'industrie cinématographique et audiovisuelle en Europe du 26 septembre 2001⁷⁹⁷, afin d'accorder une plus grande sécurité juridique au secteur et renforcer économiquement les entreprises culturelles européennes. L'application de ces critères a été prolongée jusqu'à la fin de l'année 2012. Outre le respect d'un principe de légalité générale, pour pouvoir bénéficier de l'exemption de l'article 87.3 (d), une aide d'État doit être destinée à un produit culturel, être

secteurs et actions communautaires et échanger de bonnes pratiques en ce qui concerne les dimensions sociales et économiques de la culture » (2003/C 136/01), *JOCE* n° C 136 du 11 juin 2003.

796 P.A. MESSERLIN, S.E. SIWEK et E. COCQ, *op. cit.*, p. 36. Pour ces auteurs, un tel contrôle serait critiquable, car il produirait des entreprises faibles, incapables de faire face à la concurrence mondiale. Elles seraient ainsi, selon eux, « *too small for entertainment and too big for culture* » et l'extension de leurs activités à d'autres domaines « non culturels » (comme l'assurance, la publicité, etc.) leur rendrait peut-être l'ouverture du marché audiovisuel européen moins menaçante (*Idem*, p. 38).

797 COM (2001) 534 final, *JO C* 043 du 16 février 2002.

nécessaire et proportionnelle (elle ne doit pas dépasser 50% du budget de production de l'œuvre, sauf pour les « films difficiles » ou « à petit budget », ces dernières notions étant définies par chaque État membre dans chaque régime d'aide) et ne contenir aucune discrimination relative à la nationalité. Elle doit par ailleurs respecter le critère de territorialisation maximale de 80% du budget de production d'une œuvre aidée. Ces critères ont été appliqués par la Commission, par exemple, lors de l'examen de l'aide d'État espagnole pour la promotion des œuvres audiovisuelles en Andalousie⁷⁹⁸ et des aides françaises relatives à la promotion de la création audiovisuelle innovante⁷⁹⁹, au régime d'aide au cinéma et l'audiovisuel⁸⁰⁰ et à un crédit d'impôt à la production phonographique⁸⁰¹. Dans ces quatre décisions, les mesures ont été considérées compatibles avec le marché commun sur la base de l'alinéa (d) du § 3 de l'article 87 et des critères fixés par la Commission. Une référence expresse au caractère culturel d'une aide d'État a été introduite dans la décision de la Commission européenne du 7 juin 2005, dans laquelle elle a approuvé l'aide créée par l'*Irish Language Broadcast Fund*, en tant qu'aide d'État légitime, conforme à l'alinéa (d) du § 3 de l'article 87 du Traité CE⁸⁰².

Un autre élément en faveur de la culture réside dans le fait que, puisque les décisions en matière de concurrence sont prises par le Collège des Commissaires, la voix du Commissaire à la Culture a le même poids que celle du Commissaire à la Concurrence. À titre d'exemple, dans la décision en faveur des régimes du prix fixe du livre en Allemagne et en Autriche, ainsi que dans les affaires où le service public de télévision était remis en cause, le Collège a suivi le Commissaire à la Culture plutôt que celui à la Concurrence⁸⁰³, ce qui témoigne de l'importance des préoccupations culturelles à ce niveau.

Ces éléments culturels dont s'imprègne progressivement le droit de la concurrence conduisent à examiner quelques possibilités d'amélioration des régimes juridiques en la matière, afin qu'ils puissent mieux répondre aux préoccupations d'ordre culturel.

§ 2 - LES CORRECTIONS ENVISAGEABLES

Une meilleure prise en compte des intérêts culturels lors de l'analyse concurrentielle du marché des médias semble pouvoir être développée sur deux fronts. Tout d'abord, des modifications peuvent être apportées aux règles garantissant une plus grande concurrence sur le

798 Aide d'État n° 368/05, C (2005) 3728, décision du 30 septembre 2005.

799 Aide d'État n° 261/2005, C (2005) 3680 final, décision du 9 novembre 2005.

800 Aide d'État n° 84/2004 et 95/2004, C (2006) 832 final, décision du 22 mars 2006.

801 Aide d'État n° 45/2006, C (2006) 1858 final, décision du 16 mai 2006.

802 Aide d'État n° 503/2004, C(2005)1647 fin, décision du 7 juin 2005.

803 J.-M. BAER, *op. cit.*, p. 27.

marché des médias à travers le contrôle concurrentiel ou la surveillance de l'État et de ses agences de régulation, comme en témoignent quelques initiatives étudiées précédemment. D'autres moyens, extérieurs à l'État, ont également fait preuve de leur efficacité. Il s'agit de l'encouragement de la participation et de la responsabilisation des entreprises privées présentes sur le marché.

A - La surveillance par l'État et ses agences de régulation

Il n'est pas aisé d'établir des règles générales de droit de la concurrence devant s'appliquer au marché culturel. Sans abandonner les objectifs économiques fondamentaux qui lui sont inhérents, la politique de contrôle de la concurrence en matière culturelle et particulièrement d'audiovisuel devra prendre simultanément en compte les tendances de convergence, l'évolution des marchés, des produits, des secteurs, de la technologie, ainsi que les effets culturels de chaque comportement analysé. Certaines propositions pourraient concourir à un contrôle de la concurrence mieux dirigé vers des objectifs culturels. Elles portent non seulement sur un aménagement du contrôle de la concurrence proprement dit, en prévoyant un traitement spécifique pour le secteur des médias, mais relèvent également du domaine plus large de la régulation du secteur.

1 - Les mesures de régulation

Les mesures visant à modifier la régulation applicable aux médias impliquent l'intégration d'objectifs plus clairs de pluralisme et de diversité dans la réglementation relative notamment à la radiodiffusion et aux télécommunications.

Une première proposition visant à favoriser la diversité de la production culturelle envisage d'ajouter un critère supplémentaire à l'analyse des marchés des médias afin de garantir le pluralisme (et notamment le pluralisme interne à une entreprise ou groupe). Il s'agit du critère d'indépendance éditoriale⁸⁰⁴, ayant pour but d'assurer une plus grande autonomie de la création. Dans le cas d'une concentration dont les effets d'efficacité économique primeraient, des limites devraient donc être introduites pour garantir que les chaînes ou titres touchés par l'opération gardent leur identité éditoriale. Cela se trouve dans la lignée des clauses « de cession » et « de conscience » du secteur journalistique, mais n'existe pas pour tout le secteur culturel.

D'autres propositions semblent pouvoir aussi contribuer à une offre culturelle diversifiée, en corrigeant les défaillances actuelles du marché de la distribution. Elles portent notamment sur deux domaines : celui de la radiodiffusion et celui des films cinématographiques.

804 A. LANCELOT, *op. cit.*, pp. 18-19 et pp. 46-47.

a) *L'intervention dans le secteur de la radiodiffusion*

Des « obligations de service universel », courantes dans le secteur des télécommunications, peuvent être également imposées au niveau du contenu⁸⁰⁵. En effet, face à la convergence des activités de télécommunication et de radiodiffusion, il est possible d'exiger qu'une partie de la capacité de transmission soit réservée à certaines œuvres ou certains programmes. Les gouvernements nationaux peuvent déterminer, par exemple, qu'une partie des fréquences terrestres ou de la capacité du réseau de câble soit utilisée pour certaines activités de radiodiffusion. Les entreprises admises à agir sur un marché déterminé seraient ainsi obligées de fournir au public le plus large des produits culturellement diversifiés et de qualité. Cela pourrait aussi intégrer les conditions imposées comme contrepartie de l'acceptation, par l'autorité de concurrence compétente, d'un acte d'entente dans le secteur. Ce type d'action contribuerait à la création de public pour les différentes œuvres culturelles et conduirait progressivement à l'ouverture de débouchés auparavant inexistantes pour ces œuvres.

Une règle déjà établie dans ce sens est celle de la « *must-carry rule* » (obligation de transport) pour les fournisseurs de services. Il s'agit de l'obligation imposée à des radiodiffuseurs ou des opérateurs de réseaux de transmettre ou de retransmettre certaines émissions. J. Smiers défend pertinemment que les réseaux privés de communication devraient être ouverts à toute initiative culturelle, en leur donnant de l'espace de diffusion pour une durée substantielle et à prix réduit (ou même gratuitement). Il justifie cette proposition en tant que compensation à laquelle ces acteurs privés seraient obligés en raison de l'utilisation de l'espace et du domaine public pour leurs activités⁸⁰⁶. D'un autre côté, les opposants de ce type d'obligation⁸⁰⁷ soutiennent qu'elles impliquent une distorsion du marché qui n'a plus de justification dans le cadre d'un environnement numérique, marqué par l'expansion des capacités des réseaux. De plus, les chaînes bénéficiaires étant généralement celles ayant le plus de popularité auprès du public, il est possible d'imaginer qu'elles seraient transmises de toute façon, indépendamment de ce type d'obligation. La prolifération de nouvelles chaînes conduirait, selon eux, à la non-pertinence de l'objectif de politique publique sous-jacent à l'obligation de *must-carry*. Un « droit d'accès », compris en tant qu'obligation imposée aux fournisseurs de réseaux de réserver un pourcentage de leur capacité aux programmeurs indépendants, serait, selon eux, plus approprié aujourd'hui.

805 D. LUFF, « Telecommunications and Audio-visual Services (...) », *op. cit.*, p. 1080.

806 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, p. 195.

807 Pour une vision générale des justifications et des oppositions à ces obligations de distribution, voir S. GORINI et N. VAN EIJK, « Atelier sur les obligations de distribution (*must-carry*) », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 1-5.

Les arguments fondés sur la prolifération des voies de communication et l'expansion des capacités de transmission semblent toutefois inappropriées, en raison notamment du fossé technologique existant entre les différents États et à l'intérieur de leurs frontières. Les obligations de « *must-carry* » semblent donc encore utiles aujourd'hui, les exemples concrets d'une telle règle étant d'ailleurs assez répandus.

Il existe encore beaucoup de questions quant à l'identification notamment des bénéficiaires d'une telle règle (quels contenus, quels acteurs), ainsi que des sujets d'une telle obligation et selon quelles conditions financières et commerciales⁸⁰⁸. La loi suisse sur la radiodiffusion (RTVG – *Radio- und Fernsehgesetz*) oblige ainsi les opérateurs du câble de retransmettre certains programmes suisses provenant de radiodiffuseurs bénéficiant d'une licence. L'Office Fédéral des Communications peut, dans des cas exceptionnels, ordonner à un opérateur du câble d'interrompre la retransmission d'une émission étrangère s'il ne dispose pas de capacité de transmission suffisante pour les émissions considérées comme contribuant à la politique culturelle du pays⁸⁰⁹.

Le décret sur la radiodiffusion de février 2003 de la Communauté française de Belgique établit également des obligations de diffusion, en distinguant trois catégories d'acteurs : les « éditeurs de services » (qui fournissent des contenus et qui doivent mettre à disposition d'autres acteurs les chaînes et autres services d'information), les « distributeurs de services » (fournisseurs de services qui proposent des bouquets de chaînes aux abonnés et qui ont, d'une part, l'obligation de distribuer les contenus et, d'autre part, le droit d'avoir accès aux réseaux) et les « opérateurs de réseaux » (fournisseurs de réseaux, responsables de l'exploitation technique et de la mise à disposition des capacités de transmission)⁸¹⁰.

Le même type d'obligation est régi par le droit communautaire européen à travers les directives n° 2002/19/CE du 7 mars 2002, dite « directive accès » (article 6 et annexe I), et n° 2002/22/CE, dite « directive service universel » (article 31)⁸¹¹, du même jour. Bien que cette

808 Voir, par exemple, sur ces questions, P. VALCKE, « L'avenir de la notion d'obligation de distribution – De l'obligation de distribution à la notion de service universel dans le secteur des 'infocommunications' », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, p. 39.

809 C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 195-196.

810 P. VALCKE, *op. cit.*, p. 38 et pp. 40 et s.

811 Pour les discussions autour des travaux préparatoires de cette directive, voir T. ROUKENS, « Que distribue-t-on aujourd'hui à travers l'UE ? Observations sur l'interprétation et la mise en œuvre pratique de l'article 31 de la Directive "service universel" », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 8-9. L'interprétation de l'article 31 de la directive service universel a été fournie par deux documents de travail de la Commission, relatifs aux aspects de la radiodiffusion dans le nouveau cadre réglementaire établi par la directive (ONPCOM02-14 du 14 juin 2002) et à l'obligation de distribution (document du 22 juillet 2002). Voir *idem*, p. 10.

dernière ne vise pas le contenu distribué en soi (considérant 45), son influence indirecte est certaine. L'objectif visé par l'introduction d'une réglementation européenne dans ce domaine était d'harmoniser les législations des États membres, en réduisant le nombre des bénéficiaires d'obligations de *must-carry* et, par conséquent, la charge que ces obligations imposent. L'article 31 de la directive « service universel » prévoit la faculté des États membres d'imposer des obligations « raisonnables » de diffuser, ce qui implique qu'elles soient « nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis », ainsi que « proportionnées et transparentes »⁸¹². De telles obligations sont imposables à des exploitants de réseaux de communications électroniques dans les cas où « un nombre significatif d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio et de télévision »⁸¹³. Le § 2 du même article établit également pour les États membres la possibilité d'attribuer à ces entreprises une « rémunération appropriée »⁸¹⁴. Cette disposition n'a pas été entièrement transposée dans les législations nationales et il semblerait que son objectif initial d'allègement de la charge des opérateurs de réseaux n'ait pas été atteint⁸¹⁵.

L'obligation de *must-carry* a été également introduite aux États-Unis, mais suivant une conception différente de celle existant en Europe : les chaînes bénéficiaires de cette obligation ne sont pas choisies selon des critères d'intérêt général de leur contenu. L'obligation profite à tous les radiodiffuseurs locaux, indépendamment de la nature ou du type de leur contenu, car son objectif est de préserver la viabilité économique des radiodiffuseurs de la télévision hertzienne dans leur ensemble⁸¹⁶. La

812 L'article 31 couvre les chaînes de radiodiffusion télévisuelle et radiophonique et exclut les services à la demande. Les États membres doivent motiver leur décision. Il doit s'agir d'intérêts publics « légitimes » (ce qui comprend le pluralisme et la diversité culturelle) et conformes au droit communautaire (*Idem*, pp. 11-12). Pour l'interprétation des critères de proportionnalité et transparence, voir *idem*, pp. 13-14. Par exemple, l'imposition aux câblo-opérateurs de payer les bénéficiaires de la règle de *must-carry* au titre de leurs droits d'auteur semblerait disproportionnée (*Idem*, pp. 18-19).

813 Ces réseaux incluent donc non seulement la télédistribution et les réseaux de diffusion par satellite et terrestre, mais également tout autre réseau susceptible d'être considéré comme le moyen principal de réception par un nombre significatif d'utilisateurs finals (voir considérant 44). Il s'agit ainsi d'une approche neutre d'un point de vue technologique (S. GORINI et N. VAN EIJK, *op. cit.*, p. 4). Ce « nombre significatif d'utilisateurs » correspondrait à un pourcentage de plus de 40% (T. ROUKENS, *op. cit.*, p. 11). L'idée d'éviter l'exclusion sociale est au centre du dispositif communautaire, lequel devra être revu périodiquement pour tenir compte de l'« évolution des conditions sociales, commerciales et technologiques » (considérant 25).

814 Sur les difficultés relatives à l'interprétation de cette notion, voir *idem*, pp. 15-16.

815 *Idem*, pp. 17-18.

816 Voir S. GORINI et N. VAN EIJK, *op. cit.*, pp. 3-4, ainsi que R. FRIEDEN, « Les obligations de distribution (*must-carry*) en modes analogique et numérique des opérateurs de

télévision hertzienne jouit, en effet, dans ce pays, d'une protection réglementaire considérable, en raison de son rôle en tant que « source d'information importante » et « composante essentielle du débat national »⁸¹⁷. L'État ne prend ainsi pas de décision quant à l'importance des contenus diffusés, ce que l'on peut considérer comme positif pour une véritable démocratie⁸¹⁸.

Parallèlement à l'obligation de *must-carry*, certains indiquent que l'objectif d'atteinte d'un service universel de contenus dépendrait également d'une obligation de « *must-offer* » de la part des radio-diffuseurs, qui seraient ainsi obligés de mettre leurs chaînes à disposition des opérateurs de réseaux qui le souhaiteraient⁸¹⁹. Cela se justifierait par une dépendance actuelle des opérateurs de réseaux par rapport aux fournisseurs de contenus (contrairement au paysage audiovisuel analogique) sur certains marchés⁸²⁰.

b) L'intervention dans le secteur des films cinématographiques

Dans le secteur de la distribution des films cinématographiques, un auteur⁸²¹ propose qu'une limite maximale de 25% soit imposée aux produits culturels provenant d'un même pays et que chaque propriétaire dans le secteur des médias ne puisse détenir plus d'un débouché pour ses produits ou services. Il cite à cet effet l'exemple fort intéressant de la politique instituée par les États-Unis au Japon après la deuxième Guerre mondiale, laquelle imposait des limites strictes à la propriété des médias en tant que condition essentielle pour le développement de la démocratie. En outre, selon lui, la part de marché d'une seule entreprise dans chaque secteur culturel et pour chaque marché géographique ne devrait pas dépasser 10%. De telles mesures pourraient être particulièrement bénéfiques, car elles ouvriraient de l'espace pour une offre culturelle variée, en empêchant la domination du marché par des produits provenant d'une origine unique.

Le même auteur propose la création par des groupes d'États d'un « *Regional Film Service* » dans chaque région géographique, afin de mieux organiser la distribution de films étrangers régionaux et permettre que ceux-ci atteignent le public des pays voisins⁸²². Le financement

télévision par câble et par satellite aux États-Unis », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, p. 23.

817 *Idem*, p. 23 et notamment n. 4.

818 S. GORINI et N. VAN EIJK, *op. cit.*, p. 4. Cette même « neutralité du point de vue du contenu » a conduit la Cour suprême américaine à accepter ce type d'obligation comme compatible avec le premier amendement (R. FRIEDEN, *op. cit.*, p. 25).

819 Pour certains, l'obligation de *must-offer* devrait remplacer aujourd'hui celle de *must-carry* (voir S. GORINI et N. VAN EIJK, *op. cit.*, p. 5).

820 P. VALCKE, *op. cit.*, p. 37.

821 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 192 et s.

822 *Idem*, p. 207.

d'une telle initiative proviendrait des autorités régionales et des organisations à but non lucratif. Les films seraient distribués gratuitement, ce qui rendrait possible leur exploitation, vente et location à un prix très compétitif face aux concurrents hollywoodiens. Une partie des revenus ainsi réunis reviendrait au Service régional du film et le rendrait progressivement indépendant du financement initial. Les producteurs de ces films auraient également assez de profit pour ne plus dépendre à l'avenir des subventions étatiques. Cela aurait pour résultat, d'une part, la promotion de la diversité de l'offre cinématographique de la région à travers la création d'un réseau de distribution efficace et, d'autre part, la garantie qu'une part importante de l'argent provenant de l'exploitation de ces films demeure dans la région.

Sur le plan du contrôle de la concurrence, d'autres propositions de correction de l'action étatique peuvent se montrer opérantes à bien des égards.

2 - Les mesures de contrôle de la concurrence

L'application du droit de la concurrence pour promouvoir le pluralisme culturel semble garder son utilité tant que les marchés, pour des questions linguistiques et culturelles notamment, gardent leur visage national⁸²³. Cependant, tandis que le droit de la concurrence exige uniquement qu'il existe sur le marché en question une concurrence potentielle, capable de faire pression sur les acteurs en place, la revendication de pluralisme dépend de la présence effective d'acteurs divers. De plus, ont été étudiées plus haut les difficultés relatives à la définition du marché pertinent dans le secteur des médias et la nécessité d'une domination économique pour que le droit du contrôle concurrentiel soit applicable. Pour toutes ces raisons, il est possible d'affirmer que ce dernier, tel qu'il se présente aujourd'hui, n'est pas suffisant pour garantir le pluralisme et la diversité culturelle. Des modifications sont envisageables tant sur le plan structurel que sur le fond de l'analyse concurrentielle.

Un premier facteur capable de rendre le contrôle de la concurrence actuel plus satisfaisant vis-à-vis de la tendance mondiale à la concentration dans le secteur culturel et notamment de l'audiovisuel serait la plus grande coordination entre les autorités de contrôle nationales et régionales. Ceci permettrait une meilleure prise en compte du marché mondial et notamment un examen plus approprié des affaires concernant les opérations et comportements internationaux. L'expérience de coopération entre les autorités des États-Unis et celles de l'Union européenne mentionnée précédemment pourrait servir d'exemple.

823 « [E]n faisant obstacle à la constitution de groupes trop puissants vis-à-vis des consommateurs ou des annonceurs et en favorisant la dispersion du capital, le contrôle des concentrations de droit commun apporte, en plus de ses vertus économiques, une contribution au pluralisme » (A. LANCELOT, *op. cit.*, p. 69).

Une deuxième suggestion pour pallier le problème de la faible prise en considération des facteurs culturels lors de l'analyse d'une entente dans le secteur culturel serait la création d'un « organisme d'évaluation culturelle »⁸²⁴, dont l'avis conforme serait exigé lors de l'appréciation d'un processus de concentration ou d'entente dans le domaine culturel. Sur la base d'indicateurs sur la diversité culturelle dans les différents secteurs, le contrôle de concentration aurait pour objectifs d'équilibrer le rapport entre *Majors* et indépendants tant sur le marché de la production que sur celui de la distribution, d'assurer l'accès au marché pour tous les opérateurs et de prendre en considération les impératifs de création⁸²⁵. Un pas dans cette direction a déjà été pris en France, avec l'exigence de l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel lors des analyses concurrentielles du secteur. Cela concourt à l'introduction d'éléments culturels dans l'examen de fond réalisé par l'autorité de contrôle de la concurrence.

Un front d'action parallèle serait d'introduire, parmi les critères et facteurs pris en compte lors d'une analyse concurrentielle de marché, des éléments pouvant refléter des préoccupations de diversité culturelle. Par exemple, le critère de « part d'audience réelle » semble pouvoir être utile, car il est « *directement relié à l'objectif recherché, à savoir la sauvegarde du pluralisme et la limitation de l'influence que peut acquérir un opérateur dans la formation de l'opinion publique* »⁸²⁶. Un plafond pourrait être institué selon ce critère et serait applicable pour les cas d'acquisition et de création d'une entreprise (la croissance interne d'une entreprise ne pouvant pas être sanctionnée). Il permettrait de mieux tenir compte de la participation des nouveaux acteurs sur le marché. Ce nouveau critère pourrait s'accompagner d'une règle dite de « trois tiers / deux tiers / un tiers », selon laquelle une entreprise agissant dans un seul secteur des médias pourrait utiliser entièrement le plafond de part d'audience maximale conféré, tandis que celle agissant simultanément dans deux secteurs ne pourrait ensuite atteindre que deux tiers du plafond pour chaque secteur, et une expansion sur un troisième secteur (radio, presse écrite, télévision) se limiterait à un tiers du plafond applicable. Ce mécanisme serait enfin complété par une interdiction pour une même personne (physique ou morale) de contrôler des services détenant simultanément, dans une même zone de diffusion, des parts d'audience dépassant 50% du marché de la presse écrite et de la télévision locale⁸²⁷.

824 Voir C. BEAT GRABER, « Audio-visual policy (...) », *op. cit.*, pp. 193-197, ainsi que J.-M. BAER, *op. cit.*, p. 27.

825 *Idem*, p. 28.

826 Voir, sur cette proposition et son application au système français, A. LANCELOT, *op. cit.*, pp. 76 et s. Selon ce rapport, le critère de la part d'audience pourrait remplacer efficacement le plafonnement du nombre d'autorisations pour les services de télévision, ainsi que les limites à la participation au capital des entreprises des médias.

827 *Idem*, pp. 84-86.

Par ailleurs, une doctrine développée par la jurisprudence américaine semble pouvoir servir à justifier l'imposition de plus d'égalité de concurrence sur le marché culturel. Il s'agit de la doctrine des instruments indispensables ou installations essentielles (« *essential facilities doctrine* »), ceux-ci compris comme les facteurs essentiels pour toute compétitivité sur le marché. Cette doctrine implique la responsabilité de l'entreprise qui contrôle un « instrument indispensable » dans le cas où elle refuse un accès raisonnable à cet instrument à toute autre entreprise. Quelques critères servent à vérifier la violation du droit de la concurrence en application de cette doctrine : le contrôle de l'instrument par un monopoliste ; l'impossibilité pour un concurrent de dupliquer de manière raisonnable un tel instrument et son caractère indispensable pour l'exercice de l'activité ; le refus du monopoliste d'offrir un tel instrument au concurrent ; et la faisabilité de cette mise à disposition⁸²⁸. La CJCE a ajouté un cinquième critère à l'application de cette théorie, en exigeant l'absence de raisons légitimes d'affaires pour le refus d'accès à cet instrument indispensable⁸²⁹.

Cependant, un facteur d'affaiblissement de l'utilité de la théorie des « facilités essentielles » pour les concentrations verticales dans le secteur des médias réside dans l'origine économique de cette doctrine, ce qui implique que l'analyse des alternatives de diffusion soit assez flexible. C'est ainsi que la CJCE a montré dans l'affaire *Bronner*⁸³⁰ que l'application pratique de cette théorie peut être limitée. Dans cette affaire, où une société de presse avait refusé à un concurrent l'accès à son système de portage à domicile des quotidiens (dans lequel elle exerçait une position dominante), la Cour a exigé l'absence de tout substitut réel ou potentiel pour que le système soit considéré indispensable, en plus de l'élimination de toute concurrence sur le marché des quotidiens et sa non justification objective.

Une autre proposition de fond vise la délimitation du marché pertinent. C. Germann propose, comme critère principal pour la définition de ce marché dans le secteur des médias, le montant des investissements en marketing des entreprises concernées⁸³¹. Il s'agit, en effet, du critère de substituabilité le plus pris en compte par les exploitants d'une œuvre culturelle, car il détermine souvent le pouvoir d'attrait sur l'audience. Il faudrait, selon cet auteur, élaborer des règles transparentes servant à mesurer ces investissements, ainsi que des critères prévisibles pour

828 Voir *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis JurisClasseur, Fasc. 1820.

829 C. GERMANN, « Towards a *Global Cultural Contract* to counter trade related cultural discrimination », in N. OBULJEN, J. SMIERS (ed.), *The UNESCO Convention on the promotion and protection of the diversity of cultural expressions – Making it work*, Culturelink Joint Publications Series N° 9, Institute for International Relations, Zagreb, 2006, p. 310, n. 48.

830 CJCE affaire C-7/97, arrêt du 26 novembre 1998.

831 C. GERMANN, « Towards a *Global Cultural Contract* (...) », *op. cit.*, pp. 311 et s.

déterminer l'origine culturelle des produits et services culturels concernés. Le critère des investissements en marketing devrait être combiné avec celui de l'origine culturelle des produits et services, de manière à permettre une évaluation du montant des investissements par rapport à cette origine. Au premier abord, il semble que la combinaison de ces deux critères puisse effectivement contribuer à la diversité culturelle, car sans l'ajout du critère culturel, la définition du marché pertinent ne serait fondée que sur des critères économiques. L'élément culturel permettrait de distinguer également entre les différentes origines culturelles dans le cas où l'industrie d'un autre pays deviendrait (à moyen ou long terme) également capable d'investir de grandes sommes en marketing. Il serait autrement possible de considérer comme substituables ces productions et celles provenant des *Majors*, sans aucun questionnement sur les valeurs qu'elles contiendraient. Cependant, dans le cadre d'une analyse concurrentielle, l'application du critère des investissements en marketing à la définition du marché de référence peut s'avérer délicate, car elle risquerait de réduire ce marché de manière excessive.

Parallèlement à l'action étatique et de ses agences de régulation, le secteur privé semble pouvoir aussi jouer de plus en plus un rôle primordial en faveur de la diversité de l'offre culturelle.

B - La responsabilisation des entreprises

La responsabilisation des entreprises culturelles et notamment de leurs propriétaires semble réduite face aux concentrations transnationales des médias. En effet, les propriétaires des médias transnationaux n'ont généralement aucun lien avec le public touché par leurs produits et services. Il ne peut ainsi exister un sens d'implication ou un sentiment de responsabilité, car il n'y a pas d'interaction entre le propriétaire et le spectateur ou lecteur. Comme conséquence, les entreprises médiatiques visent généralement le public en tant que simple consommateur et choisissent les programmes susceptibles de leur apporter le plus de profit.

Il est néanmoins possible d'envisager l'encouragement de comportements favorables à la promotion de la diversité culturelle au sein des sociétés agissant dans le secteur des médias, tant à travers l'élaboration de codes de bonne conduite, que par la création d'obligations ou d'incitations à l'investissement privé dans le domaine culturel. Cela revient en définitive à rendre les entreprises responsables du respect des droits de l'homme, tels que la liberté d'expression et l'accès à la culture et à l'information, comme l'exige la Déclaration universelle des droits de l'homme ou encore comme le recommandent les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. L'État et la société civile y jouent un rôle d'impulsion important, ce qui va de pair avec une conscience croissante de la nécessité d'association de différents partenaires pour la concrétisation de la diversité culturelle, tel que prôné

par la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles.

De même qu'il existe des codes de bonne conduite dans le domaine de l'environnement ou des normes sociales⁸³², il est possible de prévoir que ce type de réglementation volontaire puisse apporter de bons résultats pour la promotion d'intérêts culturels sur le marché. Les avantages de ce type d'autorégulation se trouvent dans son caractère (du moins théoriquement) démocratique, dans l'expertise de ceux qui la formulent, ainsi que sa souplesse et sa capacité de réaction rapide aux événements⁸³³. Elle présente des limites lorsqu'il n'existe pas par ailleurs de cadre législatif défini⁸³⁴. Le rôle parallèle de l'État demeure ainsi tout à fait pertinent. Les propriétaires des grands groupes médiatiques pourraient, par exemple, se responsabiliser par le biais d'un acte d'autorégulation, en affirmant résolument leur engagement unilatéral de respecter, par exemple, l'indépendance éditoriale⁸³⁵. Celle-ci serait contrôlée ensuite par un organe gouvernemental.

L'autorégulation a été retenue par le gouvernement suisse dans sa nouvelle loi sur la culture et la production cinématographique. Dans un rapport de mai 2003, le Sénat français se manifestait également en faveur de ce type de code pour régler le problème de l'accès des films français et européens aux salles de cinéma⁸³⁶. D'autres exemples récents sont apparus en Grèce et en Grande-Bretagne. Le Conseil national de la radio et de la télévision grec (ESR) a approuvé en 2003 un code de

832 Voir, à titre d'exemple, le code EICC (*Electronic Industry Code of Conduct*) initié entre trois entreprises de l'industrie de l'électronique, Hewlett-Packard (HP), Dell et IBM, auxquelles se sont joints Celestica, Flextronics, Jabil, Sanmina SCI, Solectron, Cisco Systems, Microsoft et Intel. Ce code vise à standardiser les conditions de travail de leurs employés travaillant à l'extérieur des États-Unis et établit également des valeurs en matière d'environnement à être respectées par les filiales de ces entreprises (⌋ <http://www.eicc.info> ⌋). Voir, pour d'autres initiatives, le site de BSR (*Business for Social Responsibility*) (⌋ <http://www.bsr.org> ⌋).

833 L. BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », in *RIDE*, numéro spécial *La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique*, 3-4, 2003, pp. 477-478. Voir aussi, dans le même sens et notamment sur l'importance de l'autorégulation en matière de standardisation dans la société de l'information, R.H. WEBER, « From 'Many Voices One World' to 'Information Society' – Experiences with and lessons from the MacBride-Report for the future of the WSIS-Principles », in *Computer Law Review International*, vol. 4, 2004, p. 102, ainsi que T. PENARD, *op. cit.*, p. 58.

834 U. SUTHERSANEN, « Towards an International Public Interest Rule? Human Rights and International Copyright Law », in J. GRIFFITHS et U. SUTHERSANEN (ed.), *Copyright and free speech: comparative and international analyses*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 118.

835 Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales (...)*, *op. cit.*, p. 29.

836 Sénat français, Rapport d'Information élaboré au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission de l'information chargée d'étudier l'évolution du secteur de l'exploitation cinématographique, (par MM. M. THIOLLIÈRE et J. RALITE), n° 308, mai 2003, ⌋ <http://www.senat.fr/rap/r02-308/r02-308.html> ⌋).

conduite applicable aux émissions de radio et de télévision et visant à leur imposer le respect de l'ordre public, du pluralisme et de la démocratie. Ce code a été élaboré sur la base de discussions tenues avec le secteur privé intéressé⁸³⁷. En Grande-Bretagne, la loi sur les communications de 2002 oblige les radiodiffuseurs à rédiger et appliquer des codes de conduite relatifs à la commande de productions indépendantes qu'ils diffuseront sur leurs chaînes. Ces codes sont élaborés sur la base de lignes directrices définies par l'OFCOM. Cet organe contrôle les rapports réguliers émis par les radiodiffuseurs, mais tout litige relevant de l'application du code est soumis à une procédure indépendante d'arbitrage⁸³⁸.

Dans le cadre du droit communautaire, les difficultés de séparation et de coordination entre les autorités de régulation du secteur des télécommunications et de la radiodiffusion, en raison de la convergence des médias, semblent également conduire au renforcement du rôle de l'autorégulation dans ce secteur selon des modèles graduels⁸³⁹. Ses objectifs seraient définis dans un cadre réglementaire déterminé par le législateur. La directive « service universel » de 2002 prévoit d'ailleurs de manière expresse à l'article 33, la possibilité de codes de bonne conduite entre consommateurs, organisations d'utilisateurs et prestataires de services, afin d'améliorer la qualité de ceux-ci.

Parmi les obligations de ce type de code de conduite, pourraient être inclus des devoirs d'investissements en production, distribution et promotion d'œuvres culturellement diverses. Cela renforcerait le rôle des entreprises privées dans le financement des expressions culturelles, en complément de l'action des États. Un « code de sponsoring privé » pourrait être imposé par l'État aux entreprises privées, de manière à diriger leur appui financier et à garantir le pluralisme des sources de financement⁸⁴⁰.

Un exemple d'intervention performante d'entreprises privées figure dans l'expérience de *MuchMusic*, une entreprise canadienne de radiodiffusion qui met en avant comme principal atout ses préoccupations de développement de la culture locale des pays où elle s'installe. En Argentine, par exemple, elle accordait, au début de ses activités, 80% de sa programmation à des émissions canadiennes. Travaillant avec un

837 Voir M. KOSTOPOULOU, « Nouveau code de conduite pour les émissions d'information et les autres émissions politiques », *IRIS Observations juridiques*, Observatoire européen de l'audiovisuel, IRIS 2003-7, < <http://merlin.obs.coe.int/iris/2003/7/article20.fr.html> >.

838 Voir T. PROSSER, « Approbation par l'autorité de régulation du code de conduite réglementant les commandes passées aux producteurs indépendants », *IRIS Observations juridiques*, Observatoire européen de l'audiovisuel, IRIS 2004-2, < <http://merlin.obs.coe.int/iris/2004/2/article27.fr.html> >.

839 A. SCHEUER et P. STROTHMANN, *op. cit.*, p. 3.

840 C. BEAT GRABER et G. TEUBNER, « Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere? », *OXJLS*, vol. 18, n° 1, 1998, p. 72.

radiodiffuseur local, elle a atteint un pourcentage de 50% d'émissions canadiennes et 50% d'émissions locales. Le même type d'objectif a été poursuivi avec succès par cette compagnie au Mexique et en Finlande⁸⁴¹. De tels comportements rentrent dans ce que Kofi Annan a appelé les « responsabilités de citoyens du monde », qu'il a attribuées aux entreprises du secteur privé dans le cadre du « Pacte mondial » proposé en 1999 à l'occasion du Forum économique mondial de Davos.

Une autre initiative internationale louable de coopération pour le financement de productions indépendantes est le « *Media Development Loan Fund* » (MDLF), un fonds de prêts américain qui vise à soutenir les œuvres indépendantes des pays en développement à travers des « *Free Press Investment Notes* » (FPIN). Le public est ainsi capable d'investir dans des médias indépendants de certains pays, tels que le Guatemala, l'Afrique du Sud et l'Indonésie⁸⁴².

De telles expériences peuvent servir d'inspiration à d'autres initiatives privées qui, complémentaires à l'intervention étatique en matière de politique culturelle et de contrôle concurrentiel, pourront contribuer à la concrétisation de l'accès à une offre diversifiée d'œuvres culturelles. Pour que cette offre diversifiée atteigne aujourd'hui un large public de manière effective, un vecteur d'action additionnel paraît nécessaire, afin d'apporter des modifications au système de protection de la propriété intellectuelle actuellement existant.

Section 2

L'ACCÈS À LA CULTURE PAR LE SYSTÈME DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La garantie d'accès aux œuvres culturelles par les individus et le public en général fait partie des préoccupations de promotion de l'accès en général, ce qui inclut non seulement l'accès aux expressions culturelles, mais également l'accès à l'enseignement, à la recherche et au savoir. En effet, le droit d'accès au savoir et à l'éducation est indissociable de celui d'accès à la culture, une des formes de communication et de formation d'une société véritablement démocratique. Il exige la participation de chaque individu à la vie sociale et culturelle. Il s'agit d'un des éléments centraux de toute tentative de construction d'une « société d'inclusion » telle que prônée par le Sommet mondial de la société de l'information (SMSI) et visant l'accès universel au savoir et la correction de la fracture cognitive et de son potentiel d'exclusion.

La fracture cognitive traduit le fossé numérique et technologique qui sépare aujourd'hui les différents États et les différents groupes au sein d'un même État. Tandis que de plus grandes capacités de commu-

841 Exemple donné par A.M. CARLSON, *op. cit.*, p. 622.

842 Pour plus de détails, voir < <http://www.mdlf.org> >.

nication ont certes augmenté les possibilités d'offre de produits et services culturels, en donnant l'impression immédiate d'une plus grande diversité, cette offre n'atteint encore qu'une faible fraction de la population mondiale et reflète les opinions et identités d'un nombre réduit de pays. Si Internet représente un énorme potentiel d'échanges et de circulation rapide d'œuvres culturelles, l'accès à ce potentiel est pour l'instant limité. Des entraves à l'accès sont liées non seulement à l'absence et au prix des infrastructures, mais aussi à l'impossibilité d'usage par l'utilisateur de sa langue maternelle⁸⁴³.

Par ailleurs, le monopole conféré par les droits d'auteur et leur concentration entre les mains d'entreprises puissantes semblent parfois se heurter à la circulation et à l'utilisation même des œuvres, en affaiblissant le potentiel d'innovation et de création à l'ère du numérique. L'Accord sur les ADPIC et la manière dont il renforce les droits de propriété intellectuelle en faveur des grandes entreprises des médias sans une véritable contrepartie de consolidation et de renforcement des limitations et exceptions à ces droits ont été examinés précédemment (*cf.* Partie I). Le champ couvert par la notion de « domaine public » s'est vu ainsi considérablement rétrécir⁸⁴⁴. Pour que la diversité culturelle puisse être pleinement assurée, il est donc nécessaire de repenser les droits de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'un thème difficilement abordable sur le plan international, car il réfute l'impression immédiate de pluralité que donnent les nouvelles technologies. Il est ainsi souvent inaudible pour un certain nombre d'États, comme l'a démontré la neuvième Réunion ministérielle du RIPC de novembre 2006, où la création d'un groupe de réflexion sur la question a été très mal perçue par les pays membres développés.

843 Voir, sur les obstacles à l'accès à Internet, UNESCO, *Mesurer la diversité linguistique sur Internet*, Publication pour le Sommet mondial sur la société de l'information, UNESCO, Paris, 2005, < http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/MeasuringLinguisticDiversity_Fr.pdf >, pp. 14 et s.

844 « [L]e domaine public contribue au développement du capital humain et de la créativité dans des sociétés du savoir résolument tournées vers un objectif d'autonomisation et de développement pour tous » (UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, p. 178). Cette expression recouvre des catégories diverses d'œuvres, mais qui comprennent dans la réalité un petit nombre de produits : les œuvres ne bénéficiant pas de la protection du droit d'auteur car elles ne sont pas considérées originales, les œuvres dont le droit patrimonial d'auteur a atteint son expiration, celles qui sont naturellement à la disposition du public (textes légaux, décisions de justice, hymnes nationaux), ainsi que celles dont les auteurs ont décidé de les laisser à la disposition du public (à l'instar des *free software* ou des mouvements *creative commons* et *copyleft*, sur lesquels on reviendra). Certains auteurs préfèrent simplement les nommer « intérêts publics », comme E. SAMUELS, « The public domain in copyright law », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 41, 1993, < <http://www.edwardsamuels.com/copyright/beyond/articles/public.html> >.

Il s'agit pourtant de concrétiser la « fonction sociale » du droit d'auteur, objet de débats depuis le XIX^e siècle⁸⁴⁵. Elle implique la nécessité d'un équilibre entre, d'une part, la protection du titulaire des droits d'auteur, à travers une série de droits exclusifs qui l'encouragent à créer, et, d'autre part, la garantie de l'intérêt public de promouvoir la création et l'innovation à travers un répertoire d'œuvres de plus en plus riche, accessible et source d'inspiration pour d'autres auteurs⁸⁴⁶. Cet équilibre est le seul à même d'assurer l'accès universel au savoir et la transition vers des « sociétés du savoir partagé », en opposition à des « sociétés de la partition des savoirs », car « *le savoir (...) s'accroît et s'intensifie avec le temps, la publicité qui lui est donnée et le partage* »⁸⁴⁷. La Recommandation de l'UNESCO sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberspace d'octobre 2003 va dans ce même sens, en affirmant que les États tiennent compte, dans leurs législations sur les droits d'auteur, « *du juste équilibre entre les intérêts des auteurs, des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins et ceux du public* » (§ 23). S'il est probable que cet équilibre ait été garanti à l'origine des droits d'auteur, ceux-ci ont évolué vers un déséquilibre en faveur du détenteur des droits, au détriment de leur fonction sociale d'encouragement de la création, de la liberté d'expression, d'information et de participation à la vie culturelle.

L'évolution du *copyright* américain témoigne de ce déséquilibre⁸⁴⁸. Si, avant 1988, le domaine public incluait, par exemple, les œuvres qui n'étaient pas protégées du fait que l'auteur n'avait pas accompli les formalités légales de dépôt et d'enregistrement (éliminées du droit américain dans un premier temps par la jurisprudence en 1988, et ensuite par le *Berne Convention Implementation Act* de 1989), aujourd'hui toute œuvre de l'esprit est protégée par le droit d'auteur, ce qui

845 Voir, sur la fonction sociale du droit d'auteur, A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999, p. 79-80, qui considère que le droit français tend à une approche « altruiste » du droit d'auteur, où le « droit à la culture et à l'information » acquiert une place progressivement plus importante. Il convient aux tribunaux de mettre en équilibre les différents intérêts en cause, en ayant à l'esprit que « *La seule finalité du droit d'auteur est l'encouragement de la création par la protection des œuvres. L'auteur n'est pas le bénéficiaire direct d'une protection instaurée dans un seul but, celui de la collectivité* ».

846 Il est intéressant de noter qu'en 1948, dans sa décision de l'affaire *US v. Paramount Pictures*, la Cour Suprême américaine reprenait une affirmation de l'affaire *Fox Film Corp. v. Doyal* selon laquelle « *The sole interest of the United States and the primary object in conferring the [copyright] monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors* » (334 US 131, 140, < http://www.cobblers.com/simpp_archive/paramountdoc_1948supreme.htm >).

847 UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, p. 22 et p. 179, respectivement.

848 Voir, sur les fondements historiques de l'intérêt public dans le *copyright*, C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Le Droit des Affaires – Propriété Intellectuelle, n° 25, Litec, Paris, 2004, pp. 102-107 et pp. 110 et s.

peut même aller à l'encontre de l'intention de celui-ci de donner son œuvre au domaine public. Un auteur ne peut attribuer son œuvre au domaine public que par un instrument contractuel de cession écrit. L'exigence de formalités pour l'attribution du droit était une conséquence de la prééminence de l'intérêt public dans la loi, dans le sens où le droit n'était accordé que quand la société avait connaissance de l'œuvre et, donc, lorsqu'il y avait une contrepartie d'enrichissement collectif à ce droit (comme pour les brevets, par exemple). Le système du *copyright*, dans ses fondements historiques, attribuait, en effet, une importance primordiale à l'intérêt public (y compris l'intérêt du public à avoir accès aux nouvelles œuvres), en vue de la diffusion du savoir.

Cependant, la diffusion des œuvres au public étant garantie par les exploitants du *copyright*, l'exclusivité conférée par celui-ci a privilégié l'investisseur, en incitant les exploitants à investir dans la création. Le *copyright* est donc devenu un outil d'incitation économique et l'intérêt public a acquis une signification d'encouragement de la production (ne coïncidant plus avec l'« intérêt du public »), couvrant à la fois l'intérêt des auteurs et surtout celui des exploitants. D'où la réticence à l'acceptation de la protection du droit moral d'auteur, car celui-ci n'est pas nécessaire d'un point de vue économique. L'auteur est donc, dans ce système, celui qui est à l'origine de la création : non seulement la personne physique du créateur, mais aussi l'entreprise qui emploie le créateur et dirige son travail ou la personne qui commande l'œuvre.

Face aux enjeux économiques liés au droit d'auteur, ses justifications traditionnelles semblent céder leur place à des justifications principalement économiques et au renforcement de la protection de l'investissement du détenteur des droits. Il semble, en effet, que les droits de propriété intellectuelle soient parvenus aujourd'hui à un tel degré de protection monopolistique, qu'ils ne sauraient prendre en compte la nécessité de promouvoir l'accès du public aux œuvres protégées. Le système de la propriété intellectuelle tel qu'il se présente aujourd'hui semble ainsi souvent incapable d'atteindre ses objectifs initiaux, en ne bénéficiant qu'aux auteurs ou détenteurs de droits qui sont déjà bien établis sur le marché.

Les risques de conflit entre la propriété intellectuelle et les droits économiques, sociaux et culturels ont été d'ailleurs soulignés par les Nations Unies dans la Résolution 2000/7 de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme⁸⁴⁹, selon laquelle « *le droit à la protection des intérêts moraux et matériels résultant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont une personne est l'auteur est (...) un droit de l'homme, dans les limites dictées par l'intérêt général* » (§ 1). Cette résolution déclare en outre que l'Accord

849 Adoptée sans vote à sa 25^e séance, le 17 août 2000 (< <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/21efâ10338d03163c1256970004c88f6?Opendocument> >).

sur les ADPIC « *ne rend pas compte comme il convient de la nature fondamentale et de l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, notamment le droit de chacun de jouir des bienfaits des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à l'autodétermination* » (§ 2) et met en évidence la nécessité pour les gouvernements et organisations de protéger la fonction sociale de la propriété intellectuelle (§§ 5 et 6).

Face au constat de plus en plus net de telles difficultés, notamment depuis l'avènement de la technologie du numérique et du rôle accru du partage d'œuvres culturelles, des tentatives d'assouplissement du système ont été avancées.

§ 1 - LA REMISE EN QUESTION DU SYSTÈME À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

Si la plupart des accords internationaux sur la propriété intellectuelle contiennent une affirmation générale des objectifs de garantie de l'intérêt public par le système, ces idéaux sont souvent restés sans contenu précis. Le système international a toujours préféré laisser aux États le soin de régler les questions relatives au bien-être social. C'est ainsi que l'un des aspects de l'intérêt public, celui de l'encouragement de la production créative par les auteurs (ou détenteurs de droits), a été historiquement favorisé au détriment de celui de l'accès optimal du public à une large gamme d'œuvres de l'esprit⁸⁵⁰.

L'avènement des technologies du numérique n'a fait que renforcer ce déséquilibre, d'une part en raison des efforts des États exportateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur pour renforcer la protection de la propriété intellectuelle dans de nouveaux accords internationaux et, d'autre part, par l'émergence de mesures techniques de contrôle de l'utilisation d'œuvres protégées sur Internet (les « *Digital Rights Management systems* » (DRM) ou « systèmes de gestion numérique des droits »)⁸⁵¹. Ces mesures sont d'ailleurs elles-mêmes protégées par les accords internationaux récents comme faisant partie du système de la

850 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. ix.

851 Dans la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ces mesures sont définies comme suit : « *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection* » (article 6.3).

propriété intellectuelle. Il s'agit de ce que certains auteurs appellent des « règles *para-copyright* »⁸⁵². La question de l'accès du public aux œuvres protégées acquiert ainsi une importance extrême dans ce nouveau contexte car, face à ces évolutions récentes, on risque d'assister à une privatisation du système par les conglomérats mondiaux détenant des droits d'auteur. La propriété intellectuelle devient ainsi une fin en soi, au lieu de servir comme moyen de stimulation de l'innovation. Il s'agit d'une question touchant à la fois l'intérêt public de consommation et l'intérêt public de production⁸⁵³, car les difficultés d'accès du public ont aussi un impact sur les futurs créateurs, qui s'inspirent des œuvres précédentes. Même dans les pays où la conciliation entre les DRM et l'intérêt public a été recherchée, des procédures administratives ou judiciaires d'examen de l'utilisation d'une œuvre finissent par complexifier l'accès à celle-ci⁸⁵⁴. Le renforcement de la protection des droits d'auteur conduit ainsi à la remise en cause de la légitimité même du système.

A - L'accentuation de la protection des droits

Tous les accords internationaux sur la propriété intellectuelle prévoient la possibilité pour les États parties d'adopter des limitations et des exceptions aux droits de propriété intellectuelle qu'ils garantissent. Elles sont en effet essentielles à la créativité et le progrès, car elles permettent que d'autres puissent se fonder sur le travail de leurs prédécesseurs pour s'en inspirer et innover⁸⁵⁵. Elles sont davantage importantes pour les pays en développement, car elles offrent des moyens de flexibilisation du système selon leurs nécessités et le besoin de promotion de la créativité nationale⁸⁵⁶.

Le renforcement actuel du système de la propriété intellectuelle pose des difficultés à l'accès aux œuvres culturelles car il n'a pas été accompagné d'une reformulation ou d'une revalorisation des limitations et exceptions existantes à ces droits, surtout dans les pays en développement, où souvent les dispositions des traités internationaux sont transposées littéralement, sans que l'adéquation aux besoins nationaux et

852 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 1.

853 *Idem*, p. 8.

854 Tel que le démontrent les exemples de l'Angola, de la Belgique, de l'Estonie, de la Lettonie, de la Finlande et de l'Islande, interrogées par le Ministère de la culture brésilien (voir *Direitos autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à diversidade cultural*, étude présentée lors de la neuvième Réunion ministérielle du RIPC à Rio de Janeiro, le 22 novembre 2006).

855 Elles ne confèrent pourtant pas de vrais « droits » à leurs bénéficiaires, mais plutôt des « privilèges », qu'il incombera au juge d'examiner face aux intérêts en cause (N. HELBERGER, « La gestion des droits numériques du point de vue du consommateur », in *IRISplus Observations juridiques*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, < http://www.obs.coe.int/oea_publications/iris_plus/iplus8_2005.pdf >, p. 2).

856 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. xii.

la mise à profit de ces limitations et exceptions soient effectivement étudiées.

1 - Le renforcement des droits d'auteur

La tendance observée dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle et particulièrement dans celui des droits d'auteur a été d'élever progressivement la durée et l'étendue de la protection accordée par la loi. Face à des pressions importantes de la part des États-Unis (notamment par l'inclusion de certains pays dans leur liste relative à la *Special 301*) et d'autres pays développés (comme les États membres de l'Union européenne et le Japon), beaucoup de pays ont dû réformer leur système de droits de propriété intellectuelle, dans le sens non seulement du contrôle du piratage, mais également dans celui du renforcement des droits. Le résultat est la consolidation d'une logique que certains auteurs appellent une « culture d'autorisation » (ou « *permission culture* »)⁸⁵⁷, c'est-à-dire, une culture où il est difficile, voire presque impossible, de reprendre et de reconstruire librement à partir d'œuvres précédentes, car une autorisation pour cela est toujours nécessaire. Le domaine public est ainsi défini par la négative, comprenant ce qui n'est pas protégé par la loi.

Ce renforcement semble aller à l'encontre des intérêts des pays en développement, comme le constate la Banque mondiale dans son *Global Economic Prospects 2005 Trade Regionalism and Development* : « *countries have to develop an IPR strategy appropriate to their level of development, and then analyze carefully which if any IPR provisions ought to be contained in trade treaties or RTAs* »⁸⁵⁸.

a) L'extension de la durée de protection

Un premier aspect des droits d'auteur fortement influencé par la pression des pays développés et, derrière eux, celle des grands conglomérats des médias⁸⁵⁹, touche à leur durée. Une comparaison de la durée actuelle des droits patrimoniaux d'auteur dans certains pays avec celle qui était accordée à la naissance de ces droits fournit une illustration de l'ampleur des modifications que les règles de protection de la propriété intellectuelle ont subies.

En droit américain, par exemple, cette durée est passée progressivement de 14 ans (renouvelables une fois si l'auteur était vivant et

857 Voir L. LESSIG, *Free Culture – How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, < <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> >, p. 8.

858 < <http://siteresources.worldbank.org/INTGEP2005/Resources/gep2005.pdf> >, p. 111.

859 Pour des exemples intéressants de l'influence des entreprises des médias aux États-Unis sur la réglementation de la propriété intellectuelle et notamment à l'occasion de divers moments d'innovation technologique, voir L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 53-61.

souhaitait le faire), selon le *Copyright Act* de 1790⁸⁶⁰, à 50 ans après le décès de l'auteur, conformément au *Copyright Act* de 1976, et finalement à 70 ans après la mort de l'auteur (ou 95 ans pour les personnes morales) selon le *Sonny Bono Copyright Extension Act* de 1998⁸⁶¹. Le mécanisme de renouvellement permettait que les œuvres demeurant sous protection soient uniquement celles ayant encore une valeur commerciale sur le marché. Par conséquent, l'attribution de la durée totale de protection à toutes les œuvres sans distinction non seulement rend beaucoup plus difficile leur passage au domaine public, mais aussi risque de ne pas répondre correctement à la réalité du marché aujourd'hui, où la plupart des œuvres ont une durée de vie commerciale extrêmement courte.

En France, en raison de la directive européenne sur l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et de certains droits voisins, depuis le 1^{er} juillet 1995 les œuvres littéraires, graphiques et plastiques sont protégées pour une durée de 70 ans *post mortem* (Loi du 27 mars 1997), ce qui était déjà valable depuis le 12 janvier 1986 pour les œuvres musicales. Sous la loi de 1791, cette durée était de 5 ans *post mortem*⁸⁶². Une telle augmentation peut signifier une protection perpétuelle pour des œuvres comme les logiciels⁸⁶³.

Si les traités internationaux ratifiés par un grand nombre d'États comme la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC adoptent le standard de « vie de l'auteur plus cinquante ans *post mortem* », une pression grandissante est exercée lors de la conclusion de traités bilatéraux afin d'étendre ce délai à 70 ans⁸⁶⁴. Cette pression vers une protection de plus longue durée s'accompagne de celle favorisant une protection plus large et plus profonde des droits d'auteur.

b) *L'extension de fond de la protection*

Une analyse historique des droits d'auteur montre qu'il y a eu une expansion continue des droits protégés, tandis que les œuvres faisant partie du domaine public ont diminué significativement. Dans le système du *copyright*, ce droit était initialement un instrument couvrant uniquement le droit de publier une œuvre (évidemment en raison des limites techniques de l'époque), afin de stimuler la création de l'auteur et les investissements de l'éditeur. Il était ainsi possible de créer librement des œuvres dérivées, comme une traduction d'un texte ou une adaptation

860 Parmi les œuvres créées avant 1790 et de 1790 à 1800, 95% sont passées directement dans le domaine public conformément à cette règle. Seulement une minorité d'auteurs demandait le renouvellement après 14 ans. Voir *idem*, pp. 133-134.

861 Voir, pour plus de détails sur l'évolution de la durée de protection du *copyright* aux États-Unis, *idem*, pp. 85-94 et pp. 133-135, ainsi que E. SAMUELS, *op. cit.*

862 A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 234.

863 M. PAWLO, « What is the meaning of non-commercial? », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, p. 74.

864 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 11.

d'une histoire⁸⁶⁵. Aujourd'hui, le *copyright* couvre toute une large gamme de droits, y compris sur les œuvres dérivées⁸⁶⁶. Parallèlement à cette expansion et en conséquence de l'influence de la tradition européenne des droits d'auteur, toutes les exigences procédurales pour l'attribution de la protection ont été éliminées, telles que celle de l'enregistrement, du marquage de l'œuvre avec le mot *copyright* ou le symbole ©, ainsi que le dépôt de l'œuvre auprès du gouvernement - ce qui garantissait qu'une copie de l'œuvre était facilement accessible au public une fois passée dans le domaine public et qu'un grand nombre d'œuvres n'était pas protégé par les droits d'auteur⁸⁶⁷.

Dans l'environnement numérique, la protection des droits d'auteur est davantage renforcée, car certains usages qui n'exigeaient pas auparavant une reproduction (notamment sur le marché des médias imprimés) et qui n'étaient donc pas couverts par les droits d'auteur, impliquent naturellement aujourd'hui la production d'une copie. Par exemple, lire un livre, le donner à quelqu'un ou le revendre exigent, sur Internet, une reproduction de l'œuvre. Ces actions sont, par conséquent, soumises aux règles du droit d'auteur et au besoin d'autorisation de celui-ci ou du détenteur de ces droits.

La généralisation des usages interdits est flagrante et témoigne de l'absurdité de certaines situations. Ainsi l'offre sans autorisation de fichiers audio en format MP3 à des clients indéterminés sur Internet et indépendamment de la manière dont cette distribution est faite (à travers des liens directs vers les fichiers, des listes de fichiers ou encore des liens vers d'autres sites Web qui mettent à disposition ces listes ou des liens vers ces fichiers), a été considérée par la jurisprudence comme illégale. C'est ce qu'illustrent les affaires *MyMP3.com* et *Napster*, ce dernier n'étant qu'une plate-forme d'échange de copies MP3 (système *peer-to-peer*). Ce type de système se trouve dans une situation intermédiaire entre un système de distribution par transmission interactive à la demande (lequel doit respecter le droit exclusif du détenteur des droits d'auteur de mettre l'œuvre à la disposition du public et nécessite donc une autorisation) et un fournisseur de services de télécommunications « traditionnel », qui ne peut pas être responsable du contenu fourni⁸⁶⁸. Dans le cas de

865 Ce qui a été modifié, dans le système du *copyright* américain, en 1870. Voir L. LESSIG, *op. cit.*, p. 294.

866 *Idem*, p. 19 et p. 136.

867 *Idem*, pp. 136-137. Cet auteur propose que l'exigence d'enregistrement soit réinstaurée aujourd'hui dans le système du *copyright* américain en tant que condition nécessaire pour qu'un détenteur de droits d'auteur puisse étendre sa protection à plus de 50 ans. Voir, pour plus de détails sur cette proposition d'un *Public Domain Enhancement Act* ou d'un *Copyright Term Deregulation Act*, *idem*, pp. 248-249, ainsi que pp. 292-293.

868 Voir S. NIKOLTCHEV et F.J. CABRERA BLÁZQUEZ, « Films en ligne : équilibre entre droits d'auteurs et usage loyal », in *IRISplus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2002-4, < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2002.pdf.fr >, pp. 2 et s.

Napster, l'existence d'un fichier central de contenu géré par des serveurs centraux a conduit à l'application de la « doctrine de la violation accessoire du copyright », selon laquelle « toute personne qui, ayant connaissance d'une activité constitutive d'une infraction, incite, provoque ou contribue matériellement à la conduite constitutive de l'infraction d'une tierce personne, peut voir sa responsabilité engagée »⁸⁶⁹. Un logiciel permettant le même échange de contenu mais qui ne donne pas la possibilité à son gestionnaire de connaître ce qui est distribué pourrait ainsi en principe le désengager de toute responsabilité⁸⁷⁰. En plus de la possibilité de « violation accessoire » des droits d'auteur, il est possible qu'une situation constitue également une « violation indirecte » de ces droits, lorsque l'auteur de l'acte « a le droit et la capacité de contrôler l'activité illicite et il trouve également un intérêt financier direct dans ces activités », y compris dans les cas où il n'a pas connaissance de la violation⁸⁷¹.

Aux risques élevés de responsabilité pour violation accessoire ou indirecte des droits d'auteur, s'ajoutent les mesures de contrôle technique, de plus en plus protégées dans les nouvelles réglementations internationales et par certaines législations nationales sur les droits d'auteur, et qui permettent aux détenteurs de ces droits de contrôler l'application de la loi. Différemment des contrôles législatifs, qui peuvent passer par l'appréciation d'un juge qui mettra en balance tous les intérêts en jeu, les mesures techniques contrôlent l'accès sans qu'il y ait un réexamen postérieur⁸⁷². Par ailleurs, la protection technologique ne connaît pas de limite de durée, à la différence de celle imposée par la loi⁸⁷³. Pour la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, ce type de mesure pourrait être considéré illégal lorsqu'il réduit les droits du public d'utilisation équitable⁸⁷⁴, en instituant un déséquilibre net en faveur des titulaires de droits d'auteur. Outre leur impact sur la protection de ces droits, ces mesures touchent en effet les intérêts du public en tant que

869 *Idem*, p. 4.

870 C'est le cas du logiciel Fast Track, utilisé dans le réseau Kazaa pour les fichiers audiovisuels. Pour les différents systèmes *peer-to-peer*, centralisés ou décentralisés à des degrés divers et leurs implications juridiques, voir *idem*, pp. 3 et 4.

871 *Idem*, p. 4.

872 L. LESSIG, *op. cit.*, p. 152.

873 Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement*, Londres, 2003, <http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/pdf/dfid_main_report_french_rr.pdf>, p. 107.

874 En effet, « [l]orsque les fournisseurs d'informations numériques ou de logiciels tentent de restreindre les droits d'utilisation équitable en imposant des clauses contractuelles associées à la distribution du matériel numérique, la clause contractuelle en question peut être considérée comme nulle et non avenue. Si l'on tente d'imposer une restriction semblable par des moyens technologiques, dans ce cas les mesures prises pour passer outre les moyens technologiques ne devraient pas être considérées illégales » (*Idem*, p. 109).

consommateurs, car elles les empêchent, par exemple, de lire et de transférer les données d'un CD ou DVD achetés sur tout support ou encore d'écouter et de faire écouter de la musique à leurs proches⁸⁷⁵.

Tout contournement de ces mesures devient aujourd'hui sanctionné par le droit. En fournissent un exemple le *Digital Millennium Copyright Act* des États-Unis et la Directive européenne de 2001, lesquels ont mis en œuvre les dispositions du Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT) et notamment son article 11. L'accent y est mis sur le contournement en soi plutôt que sur le type d'usage que ce contournement permet. Cela crée une insécurité juridique qui n'est évidemment pas positive pour la création : il existe une présomption d'illégalité, associée à la menace de punitions extrêmement élevées, qui implique logiquement une réduction des expressions artistiques et culturelles⁸⁷⁶. En effet, l'usage des technologies de partage par le numérique assimile, de manière aberrante, une grande partie de la population ayant accès à Internet à des criminels potentiels⁸⁷⁷.

Pour les pays en développement, les effets de ces mesures techniques sont davantage néfastes, comme l'a souligné la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle : « *Pour les pays en développement, où la connectivité Internet est limitée et où les abonnements à des ressources en ligne sont d'un prix inabordable, cette protection peut exclure entièrement l'accès à ces matériels et imposer une lourde charge qui retardera la participation de ces pays à la société mondiale fondée sur le savoir* »⁸⁷⁸. Ce type de mesure et l'acceptation même du traité WCT peuvent ainsi être considérés comme prématurés pour ces États⁸⁷⁹.

875 Voir, pour une analyse de l'effet de ces mesures sur les intérêts légitimes des consommateurs, < www.indicare.org > et notamment son « Guide de la gestion des droits numériques à l'usage des consommateurs », Avril 2006 (< http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=196 >), 16 p. ainsi que N. HELBERGER, *op. cit.*, pp. 3-5. Ces intérêts concernent non seulement l'accès aux contenus, mais aussi l'interopérabilité, le respect de la vie privée, la fourniture d'informations claires sur toutes les caractéristiques d'un produit (par exemple, le fait qu'un éditeur de musique informe qu'un CD ne peut pas être écouté ou copié sur d'autres supports), l'équité des conditions contractuelles imposées par les utilisateurs de ces mesures (les prix et les conditions d'accès et d'utilisation), l'accessibilité des contenus pour les personnes handicapées ou ayant des besoins particuliers, le respect du droit de propriété des consommateurs sur les produits qu'ils acquièrent et le bon fonctionnement des bibliothèques ou toute autre institution qui dépend de l'accès à des contenus. Une attention particulière doit, toutefois, être attirée sur la capacité des utilisateurs de mesures techniques de contrôle de façonner progressivement, dans leur propre intérêt, les attentes légitimes des consommateurs (*Idem*, pp. 6-7).

876 Voir, pour des illustrations de l'application de la loi américaine, L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 157-159. Voir aussi pp. 184-187.

877 Voir *idem*, pp. 199-207.

878 *Op. cit.*, p. 106.

879 Voir *idem*, p. 108, ainsi que R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 32.

Cette tendance est en outre accentuée par les efforts des pays développés pour encourager les États tiers à respecter les droits de la propriété intellectuelle tels que garantis dans les différents instruments internationaux. Jusqu'aux années 80, l'intervention du droit de la concurrence en matière de propriété intellectuelle était encore positivement acceptée aux États-Unis et la limitation des droits de la propriété intellectuelle par l'imposition, par exemple, de licences compulsives aux entreprises était une pratique courante. L'augmentation de l'importance économique des industries détenant des droits de propriété intellectuelle, provoquant un accroissement du nombre d'emplois directement liés à la propriété intellectuelle et l'augmentation des revenus provenant de l'étranger par le paiement des *royalties* a poussé le gouvernement américain à adopter le *Trade Act* de 1984. Celui-ci attribuait plus d'autorité à l'USTR et introduisait la propriété intellectuelle dans la Section 301 du *Trade Act* de 1974 (accordant à l'USTR la possibilité d'affronter et d'éliminer les pratiques commerciales d'États tiers considérées non justifiées et non raisonnables par l'application de représailles ou de barrières aux importations). En 1988, après le début du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont encore publié le *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (ou *Special 301*) complétant la stratégie américaine de protection de la propriété intellectuelle : l'USTR doit, après avoir présenté un rapport au Congrès, identifier les États n'ayant pas de protection satisfaisante des droits de propriété intellectuelle.

Dans le même registre, figurent les initiatives de la Commission européenne dans le cadre de sa stratégie lancée le 10 novembre 2004, visant également à identifier les « pays prioritaires » concernés par le piratage et la contrefaçon et à soulever les défaillances de l'Accord sur les ADPIC dans la lutte contre ces activités⁸⁸⁰. Sur le plan bilatéral, l'Union européenne et les États-Unis exigent la ratification des nouveaux traités de l'OMPI, ainsi que l'imposition de manières spécifiques d'application de certaines obligations multilatérales. La multiplication des traités bilatéraux risque de créer de nouveaux standards en matière de droits d'auteur sur le plan international, sans parler de la possibilité d'un plus grand contrôle de la mise en œuvre de ces standards dans un cadre bilatéral⁸⁸¹.

Par ailleurs, de nouvelles catégories de droits de propriété intellectuelle protégés ont été créées. La protection des bases de données, notamment par la Directive européenne de 1996, en fournit un exemple⁸⁸². En établissant un système de protection *sui generis* (chapitre III), ce texte donne plus d'importance à l'investissement qu'à l'expression

880 Voir W. GEKIERE, « Commission européenne : Stratégie de lutte contre le piratage et la contrefaçon dans les pays tiers », in *IRIS Observations juridiques*, vol. 1, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, pp. 5-6.

881 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 4 et pp. 23-24.

882 Directive 96/9/CE, du 11 mars 1996.

créative et à l'originalité : il suffit aux créateurs de démontrer leur investissement pour bénéficier d'une telle protection. Cette interprétation risque de se répandre, en raison de l'exigence de réciprocité pour la protection des étrangers par cette directive (considérant 56)⁸⁸³. Le Conseil international pour la science (CIUS) a exprimé des réserves sérieuses quant à cette réglementation et à sa capacité de promouvoir les échanges de données scientifiques⁸⁸⁴.

Au fur et à mesure que de telles expansions des droits se produisaient, des limitations ont vu le jour, par exemple à travers la doctrine de l'usage loyal ou le recours à des licences compulsoires. Leur but a toujours été de contribuer à l'équilibre entre la protection du titulaire des droits et l'intérêt public, mais leurs effets pratiques sont de plus en plus modestes.

2 - La réduction relative des limites et exceptions

La Convention de Berne ne contient pas de liste minimale de limitations et d'exceptions aux droits qu'elle protège. L'équilibre entre la protection des droits d'auteur et l'accès du public aux œuvres de l'esprit est ainsi établi différemment pour chaque État, selon ses circonstances propres. La discrétion des États n'est limitée que pour les droits de reproduction (test de trois étapes, examiné précédemment). Par conséquent, alors que les droits minima protégés par les textes internationaux sont obligatoires, le caractère discrétionnaire des limitations et exceptions implique qu'elles n'aient aucune force sans l'appui d'une action étatique⁸⁸⁵.

Ce modèle déséquilibré apparaît dans tous les traités internationaux en la matière et a été consacré et renforcé par l'inclusion et la généralisation du test de trois étapes dans l'Accord sur les ADPIC et dans le Traité WCT. L'insuffisance des limitations et exceptions face à la protection générale des droits d'auteur a encore été accentuée par l'interprétation qui en a été faite depuis l'avènement des technologies du numérique.

a) La généralisation du test de trois étapes

Les limitations et exceptions sont une partie indispensable des systèmes de droit d'auteur dans la plupart des pays et protègent généralement l'« usage personnel » ou l'« utilisation équitable », à travers les concepts de *fair use* ou *fair dealing* anglo-saxons ou celui d'« usage

883 Voir, sur la protection de la propriété intellectuelle des bases de données, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *op. cit.*, pp. 107-108.

884 UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, pp. 181-182.

885 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 8.

privé », adopté par exemple par la Directive européenne 2001/29/CE⁸⁸⁶. L'usage privé est prévu dans cette dernière en tant que limitation au droit de reproduction de l'auteur (article 5.2 (b)), sous condition de non-utilisation pour des fins commerciales. Il est limité par l'application du test de trois étapes (§ 5). D'autres limitations ou exceptions aux droits d'auteur prévues par les législations nationales concernent la reproduction pour la critique, l'usage pour des fins d'enseignement⁸⁸⁷, la reproduction par la presse d'articles d'actualité économique, politique ou religieuse, la possibilité d'enregistrements éphémères d'un organisme de radiodiffusion par ses moyens et pour ses émissions, la reproduction par les bibliothèques, les différents droits d'adaptations d'œuvres pour les handicapés et la reproduction à des fins d'interopérabilité en informatique. La directive européenne de 2001 adopte l'approche dite continentale des droits d'auteur, où les exceptions et limitations sont énumérées de manière précise et exhaustive (considérant 32).

Différemment des systèmes de droit d'auteur continentaux, dits « fermés », le système anglo-saxon du *copyright* est plus souple et prévoit normalement une clause générale, selon laquelle l'exception est fondée sur l'« usage loyal » (*fair use* ou *fair dealing*)⁸⁸⁸. Il s'agit de l'exception la plus importante de ce système, dénommé « ouvert ». La loi américaine de 1976 en donne quelques exemples dans une liste non limitative. L'usage loyal apparaît lorsqu'il est fait à des fins de critique, commentaire, reportage d'actualité, enseignement, recherche, étude personnelle, etc. Les juges sont libres d'y inclure d'autres objectifs, en mettant en balance quatre critères principaux, afin de décider de la licéité de l'utilisation : 1. le but et le caractère de l'usage (par exemple, sa nature commerciale ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives) ; 2. la nature de l'œuvre ; 3. la quantité et le caractère substantiel de la portion utilisée de l'œuvre par rapport à son ensemble ; et 4. l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre ou l'influence sur sa valeur (article 107), ce dernier critère pouvant servir à justifier dans la pratique des décisions plus sévères qu'en droit continental. Le système du *copyright* prévoit, en outre, quelques exceptions sectorielles, justifiées par des raisons pratiques, comme la nécessité de garantir le droit du public à l'information pour ce qui touche aux bibliothèques et archives.

886 Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, pp. 10-19.

887 L'exception pour des fins éducatives selon la Convention de Berne ne concerne pas uniquement le droit de reproduction. En principe, toute utilisation visant l'objectif d'enseignement (y compris sur Internet) serait couverte. Dans la pratique, néanmoins, quelques États ont réduit la portée de cette disposition lors de l'édiction des législations nationales (R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 21).

888 C. GEIGER, *op. cit.*, pp. 246 et s.

Si le système du *copyright* n'assure pas la même sécurité juridique que les systèmes fermés, il permet toutefois une grande souplesse d'appréciation et donc une adaptation plus conséquente à des circonstances nouvelles. En général, les exceptions prévues dans les systèmes fermés s'encadrent toutefois dans la définition d'usage loyal du *copyright*, ce qui démontre qu'un certain nombre de mesures de limitation des droits d'auteur sont considérées légitimes par la grande majorité des États.

Les accords internationaux récents ont imposé à ces limitations et exceptions l'application du test de trois étapes, prévu dans la Convention de Berne comme l'une des catégories autorisées d'utilisation d'œuvres protégées par les droits d'auteur sans compensation de celui-ci (article 9.2 de la Convention). Il concernait uniquement les droits de reproduction de l'auteur et visait à réduire la marge de manœuvre dont disposaient les États pour limiter l'exercice des droits exclusifs accordés par la Convention⁸⁸⁹. Ce test, on l'a vu, a été repris par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Si l'ORD de l'OMC a considéré que la même interprétation s'appliquait aux conditions imposées par l'article 9.2 de la Convention de Berne et celles de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, le langage utilisé dans les deux traités diffère légèrement. L'optique des deux accords est en effet divergente : tandis que le premier est permissif, l'Accord sur les ADPIC applique le test de trois étapes pour « restreindre » les limitations et exceptions. Il se rapporte, en outre, à tous les droits exclusifs (et pas seulement au droit de reproduction), ce qui revient à dire que l'application de toutes les exceptions auparavant permises par la Convention de Berne est maintenant sujette à ce test et à l'interprétation de ses termes⁸⁹⁰ (eux-mêmes assez imprécis).

La perspective de maximisation des droits d'auteur et d'interprétation restrictive des limitations et exceptions semble se justifier, d'une part, en raison de l'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC (interdisant toute dérogation aux obligations des Membres en vertu de la Convention de Berne) et, d'autre part, de l'article 20 de la Convention de Berne, lequel dispose que ses États parties peuvent signer des arrangements particuliers en matière de propriété intellectuelle dans la mesure où ils confèrent des droits plus étendus et ne contiennent pas de disposition contraire à la Convention⁸⁹¹.

Tout en reconnaissant l'importance de l'équilibre entre les droits d'auteur et l'intérêt public, le WCT reprend dans son article 10 le test de trois étapes pour toutes les exceptions et limitations aux droits prévus par la Convention de Berne, ainsi qu'aux nouveaux droits qu'il prévoit

889 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, pp. 13-14.

890 Y compris lors de l'interprétation des exceptions mineures ou « petites réserves », faisant partie de l'« acquis de Berne » selon l'ORD de l'OMC (S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 59-60).

891 Voir *idem*, pp. 53-54 et, pour une application de cette logique aux différentes exceptions et limitations couvertes par l'Accord sur les ADPIC, pp. 54 et s.

(droits de distribution, de location et de communication au public). En se définissant comme un « arrangement particulier » au titre de l'article 20 de la Convention de Berne (article 1.1 de l'Accord WCT), l'optique de maximisation de l'étendue des droits d'auteur y est expressément intégrée.

Si une déclaration commune se rapportant à l'article 10 du Traité WCT et adoptée par consensus à la Conférence diplomatique de 1996 semble initialement ouvrir des possibilités de prise en compte des caractéristiques spécifiques du marché numérique en affirmant que « *ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques* » (et toujours conformes au triple critère), cette interprétation est écartée après la lecture de la suite de cette déclaration : « *Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne* ». La seule possibilité d'établissement de nouvelles exceptions consisterait à appliquer la doctrine des petites réserves⁸⁹², ce qui ne laisse pas une grande marge de manœuvre pour les États.

Il est, néanmoins, nécessaire de s'interroger sur la pertinence même de l'utilisation de ce test dans l'univers numérique pour garantir l'accomplissement de l'intérêt public à travers un plus grand accès aux œuvres de l'esprit. Le test de trois étapes semble réduire la marge qu'ont les États de répondre à ce type d'intérêt. Certains proposent d'ailleurs l'acceptation d'un mécanisme ouvert similaire à celui de l'usage loyal comme complément du test de trois étapes dans l'univers numérique pour que les États puissent avoir plus de liberté lors de la définition des limitations et exceptions aux droits d'auteur et soient ainsi capables de répondre au mieux à leurs besoins spécifiques⁸⁹³. La prévision de nouvelles limitations et exceptions est d'autant plus importante que l'application de celles existantes actuellement se montre inadéquate aux nouveaux usages numériques.

892 Voir, à propos de la déclaration relative à l'article 10 du Traité WCT, S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 69-71. La directive européenne de 2001 sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information limite la possibilité des « petites réserves » aux utilisations analogiques, ce qui réduit évidemment encore plus les possibilités de limitations aux droits d'auteur dans l'univers numérique. L'article 5.3 (o) dispose en effet que les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits de reproduction et de communication au public « *lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article* ».

893 Voir R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 34 et p. 25.

b) *Les nouveaux usages numériques*

L'utilisation des limitations et exceptions existantes dans les accords internationaux sur la propriété intellectuelle et dans la majorité des législations des États ne semble pas appropriée face aux nouveaux usages permis par le numérique. Par exemple, l'exception fondée sur le principe de l'usage privé dans l'environnement des médias imprimés permettait à l'individu de faire une copie d'une œuvre pour ses recherches personnelles, laquelle restait uniquement à sa disposition. Dans l'environnement numérique, ce même individu peut stocker la copie numérique de la même œuvre en plusieurs formats, ainsi que la transmettre par e-mail, par la technologie *peer-to-peer* ou même la mettre à disposition sur son site Web. Le téléchargement d'œuvres protégées par les droits d'auteur peut soulever des questions concernant à la fois plusieurs droits différents, tels que le droit de reproduction, d'affichage, de distribution et de représentation.

Certaines décisions jurisprudentielles illustrent ces difficultés. Par exemple, un DVD contenant un dispositif interdisant la reproduction privée sur un support vierge serait en principe contraire à l'exception légale en faveur de la copie privée. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a pourtant soutenu en 2004⁸⁹⁴, en s'appuyant sur l'article 5 de la Directive européenne de 2001, qu'une telle reproduction pouvait porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et aux intérêts légitimes du détenteur des droits. À l'article 6, la directive dispose, en outre, que « *les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace* »⁸⁹⁵. L'exception d'usage privé se trouve ainsi clairement dénuée d'une partie de son contenu. Se fondant sur les dispositions dans le même sens du *Digital Millennium Copyright Act*, qui interdit aux États-Unis l'offre de technologies conçues pour contourner les mesures techniques de contrôle de l'accès aux œuvres protégées par le *copyright*, une Cour suprême d'appel a appliqué le même raisonnement dans l'affaire *DVDCCA (DVD Copy Control Association) c. Corley*. La question y a été également soulevée

894 TGI Paris, 30 avril 2004, *M. Stéphane P., UFC Que Choisir c. SA Films Alain Sarde, SA Universal pictures video France et autres* (D. BOURCIER *et al.*, « La création comme bien commun universel – Réflexions sur un modèle émergent », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, p. 94, n. 5). Ces auteurs font remarquer que l'exception aux droits exclusifs de l'auteur en faveur des copies privées est, toutefois, protégée par le droit français depuis 1957 et avait été renforcée en 1985 lors de l'institution de la redevance sur les supports de reproduction (*Idem*, p. 89).

895 En contrepartie, cette directive détermine uniquement qu'« en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (...) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question » (article 6.4, souligné par l'auteur).

de savoir si le système de codage de contenu de produits audiovisuels violait l'exception d'usage loyal ou même les exigences du premier amendement. La Cour y a répondu négativement⁸⁹⁶.

Un deuxième exemple apparaît dans le domaine de la musique en format numérique. Si la copie d'un CD qu'un utilisateur possède déjà pour le mettre sur un lecteur MP3, par exemple (« *space-shifting* »), a été considérée par les cours américaines comme un usage personnel non commercial, le téléchargement par un utilisateur de Napster de chansons qu'il possédait déjà en CD a été déclaré illégal et extérieur à l'usage loyal (*A&M Records, Inc. V. Napster, Inc.*)⁸⁹⁷.

Il convient également d'observer le cas d'utilisation d'une œuvre déjà divulguée. Dans l'environnement des médias imprimés, l'auteur ne peut pas, en principe, faire jouer son droit d'exclusivité pour empêcher quelqu'un d'avoir accès à son œuvre lorsqu'elle est déjà divulguée. Il ne pourrait ainsi empêcher quelqu'un de lire un journal, de voir une exposition ou de s'informer de toute autre manière. Toutefois, dans l'environnement numérique, chaque lecture d'un document a besoin d'une « reproduction » temporaire sur la mémoire de l'ordinateur. Ces reproductions éphémères peuvent être considérées comme relevant du droit de reproduction de l'auteur. Une déclaration commune relative à l'article 1.4 du WCT et adoptée au même moment que celui-ci affirme que l'idée de reproduction contenue à l'article 9 de la Convention de Berne est étendue au « *stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique* ». Aucun consensus n'a pu être trouvé à cette occasion sur les reproductions temporaires résultant des usages numériques, ce qui équivaut à dire que ce type de reproduction

896 S. NIKOLTCHEV et F.J. CABRERA BLÁZQUEZ, « Films en ligne (...) », *op. cit.*, p. 6.

897 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, pp. 25-26. Une décision jurisprudentielle française a adopté, toutefois, une vision beaucoup plus ouverte aux nouvelles réalités du numérique le 8 décembre 2005. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a alors acquitté M. Anthony, accusé d'avoir téléchargé des chansons par un logiciel *peer-to-peer*, en affirmant : « *qu'il n'existe aucune présomption de mauvaise foi du fait du recours à un logiciel de partage ni aucune présomption de refus d'autorisation de mise en partage des ayants droit d'œuvres musicales ; que ce type de logiciel [peer-to-peer] permet également d'accéder à des fichiers d'œuvres tombées dans le domaine public, autorisées par leurs ayants droit ou libres de droits ; qu'en l'espèce, sur 1875 fichiers musicaux, objets de la poursuite, seuls 1212 correspondent à des œuvres dont la situation juridique est définie de façon certaine (...) qu'en procédant au téléchargement de fichiers musicaux, le prévenu a seulement placé une copie des œuvres dans des répertoires partagés accessibles à d'autres utilisateurs ; qu'il ne disposait d'aucune information pour éviter l'usage d'œuvres dont la diffusion n'était pas licite ; qu'en particulier, le logiciel Kazaa ne permet pas de distinguer les fichiers d'œuvres selon leur catégorie juridique ; que l'absence de vérification préalable, sur les bases de données des auteurs ou éditeurs, de la possibilité de disposer librement d'une œuvre ne saurait caractériser une intention coupable* » (« <http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20051208.pdf> »).

est également soumis au triple critère⁸⁹⁸. De telles interprétations peuvent impliquer une protection des titulaires des droits d'auteur déraisonnable par rapport aux objectifs initiaux du système de la propriété intellectuelle.

En revanche, la Directive européenne de 2001 exempte ce type de reproduction temporaire du droit exclusif de reproduction dans son article 5⁸⁹⁹. Cette disposition, dont l'application est déjà restreinte en raison des conditions qu'elle prévoit, n'interdit pourtant pas au détenteur de ces droits de reproduction d'empêcher l'accès à l'œuvre par des mécanismes techniques de contrôle, protégés par la même directive (article 6 susmentionné). Le contrôle absolu de l'œuvre par le détenteur des droits semble ainsi entièrement garanti et en accord avec la logique générale de cette directive, selon laquelle « *dans le cadre du nouvel environnement électronique (...) il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés* » (considérant 44).

Des difficultés apparaissent également en ce qui concerne les bibliothèques, capables depuis les technologies du numérique de faire des copies illimitées des œuvres dont elles disposent pour les prêter simultanément à plusieurs personnes et de les conserver longtemps. Les limitations et exceptions existantes aujourd'hui sont inadéquates pour traiter ces nouvelles possibilités, à commencer par les termes qu'elles emploient et qui acquièrent une signification totalement nouvelle dans l'environnement numérique (tels que « édition », « stockage », et même « distribution »)⁹⁰⁰.

Une réflexion accrue sur les limitations et exceptions à l'ère du numérique mérite ainsi d'être envisagée, de manière à les renforcer face aux mesures techniques de contrôle de l'usage. Celles-ci ne doivent pas servir à empêcher des utilisations considérées auparavant légitimes par la majorité des États⁹⁰¹. En effet, le principe de l'usage loyal, ainsi que celui de l'usage privé, peuvent être aujourd'hui considérés comme une

898 Voir, sur cette question et sur la valeur juridique de cette déclaration pour les signataires de l'Accord WCT, de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC, S. RICKETSON, *op. cit.*, pp. 62-67 et p. 88.

899 « 1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2 ».

900 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 26.

901 Certains auteurs proposent que les exceptions et limitations dans l'environnement numérique ne soient pas définies dans une liste exhaustive d'usages (comme l'a fait la directive européenne), mais selon des catégories d'usages visant des objectifs publics, telles que la concurrence, les recherches technologiques, l'éducation, l'utilisation accessoire à un usage légitime et le fonctionnement des bibliothèques (*Idem*, pp. 27-28).

« catégorie résiduelle après la privatisation de presque tous les droits d'usage intellectuels »⁹⁰². Leur mise en œuvre est en outre sujette à des contraintes pratiques considérables, notamment car, lorsqu'il s'agit de convaincre les grands conglomérats de cette limitation des droits d'auteur, les coûts de négociation d'une rémunération ou même de recours à des avocats rend cette possibilité très inefficace pour la majorité des créateurs⁹⁰³.

Ces notions ne semblent donc plus suffisantes face à un environnement où tout usage devient régulé par la loi ou contrôlé par des mesures techniques. Avec l'avènement du numérique, de nouvelles limitations et exceptions doivent être donc élaborées, de manière à, d'une part, mieux répondre aux nouvelles attentes du public en termes d'accès et de partage⁹⁰⁴, particulièrement dans les pays en développement et, d'autre part, contrer le pouvoir injustifiable des grands conglomérats des médias.

B - L'illégitimité de la protection

L'avènement des technologies du numérique et leur propagation ont ouvert de nouvelles possibilités d'exploitation et d'utilisation des œuvres de l'esprit. D'un côté, l'univers numérique permet l'accès d'un plus grand nombre de personnes au savoir et à la culture. D'un autre, il ouvre la voie à de nouveaux services, fondés notamment sur de nouvelles mesures de contrôle de la part des détenteurs de droits d'auteur.

1 - La promotion de la culture par le numérique et le partage

Le système des droits d'auteurs a été l'un des mécanismes essentiels pour la création et la circulation des produits culturels, car il a fourni un cadre juridique capable de traiter les problèmes découlant des caractéristiques de bien public de ces produits (non-rivalité, risques élevés de production, etc.)⁹⁰⁵. Cependant, il est possible de remettre en

902 J. SMIIERS, « L'évaporation des droits d'auteur en faveur des artistes », in C. CARLUT *et al.*, *Copyright/Copywrong*, Actes du colloque de février 2000, Memo, Le Mans – Nantes – Saint Nazaire, 2003, pp. 185-190.

903 Voir, sur ces difficultés, L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 98-99 et p. 107. Selon cet auteur, aujourd'hui « *fair use in America simply means the right to hire a lawyer to defend your right to create* » (p. 187).

904 Dans les mots de R.L. OKEDIJI (*op. cit.*, p. 29) : « *The reality is that in the digital environment, the historic copyright model as a means of promoting creativity is unlikely to withstand the various technological developments that render its basic principle – the prohibition of copying – unsustainable for the foreseeable future* ». Pour d'autres auteurs, la solution se trouverait dans une réglementation de protection des consommateurs et de leurs intérêts, le Conseil de l'Europe étant l'instance la plus appropriée pour adopter une telle réglementation (N. HELBERGER, *op. cit.*, pp. 5-7).

905 Voir B. ANDERSEN, Z. KOZUL-WRIGHT et R. KOZUL-WRIGHT, « Copyright, Competition and Development: the Case of the Music Industry », UNCTAD/OSG/DP/145, January 2000, < http://www.unctad.org/en/docs/dp_145.en.pdf >, p. 6.

question l'importance du système de la propriété intellectuelle actuel pour la création.

Tout d'abord, la notion d'originalité telle qu'exigée comme condition de la protection par les droits d'auteur semble pouvoir être de plus en plus contestée. Toute création puise en effet dans les œuvres précédentes et l'avènement des technologies du numérique rend cette possibilité encore plus frappante. Ces technologies permettent aussi de conserver les œuvres dont les droits d'auteur ont déjà expiré et de rendre l'accès à ces œuvres universel, ce qui acquiert une importance particulièrement notable pour les pays en développement. Il serait ainsi très regrettable que le système des droits d'auteur empêche ces bienfaits du numérique⁹⁰⁶.

Ensuite, il est évident que la création a pu également se développer dans des pays où le système de la propriété intellectuelle n'était pas adopté jusqu'à récemment⁹⁰⁷. Ce système n'est donc pas indispensable pour la création. En réalité, il peut même, dans certains cas, l'entraver, lorsque la production d'une œuvre exige l'obtention d'autorisations et le paiement de redevances à une multitude de sujets, parfois difficilement identifiables, pour l'utilisation d'extraits d'œuvres précédentes⁹⁰⁸. L'existence de sociétés collectives des droits d'auteur, qui visent justement à réduire le nombre d'entités auxquelles il faut s'adresser pour obtenir ces autorisations, ne simplifie pas toujours le problème, notamment depuis l'avènement du numérique et les possibilités accrues de fourniture transfrontières en ligne de produits⁹⁰⁹. De fait, lors d'une enquête réalisée en 2004 auprès d'un large nombre d'artistes et musiciens, nombreux ont soulevé des inquiétudes quant aux difficultés pratiques d'obtention d'autorisations⁹¹⁰.

906 Dans ce sens, le rapport de la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *op. cit.*, p. 100, souligne le « *risque réel que le potentiel de l'Internet dans le monde en développement ne se réalise pas car les titulaires de droits utilisent la technologie pour interdire l'accès public* ».

907 En effet, il s'agit d'un régime fondé sur la culture occidentale et qui ne correspond pas aux processus de création dans un grand nombre de pays. Voir, pour des exemples, J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 73 et s.

908 Voir les illustrations intéressantes fournies à ce propos par L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 95-107.

909 Voir, pour les difficultés dans le cadre européen et notamment sur la Recommandation de la Commission européenne relative à la gestion des droits en ligne des œuvres musicales, M. GROENENBOOM, « Commission européenne : Recommandation relative à la gestion des droits en ligne des œuvres musicales », in *IRIS Observations juridiques*, vol. 10, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, p. 5.

910 M. MADDEN, « Artists, Musicians and the Internet », Pew Internet and American Life Project, Décembre 2004, < http://www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2004/PIP_Artists_Musicians_Report.pdf.pdf >, p. 2. L'enquête auprès des musiciens s'étant faite par Internet, il est probable qu'il s'agisse d'un groupe de musiciens particulièrement familiarisés avec ce moyen de communication.

Par ailleurs, il n'est pas rare de voir des artistes distribuer leurs œuvres (parfois gratuitement) sur Internet, afin de se faire connaître. En effet, à la différence des innovations brevetables, où l'inventeur peut être rémunéré en gardant le secret et en vendant son produit fini à un prix très élevé, les œuvres protégées par les droits d'auteur tirent leurs bénéfices d'un marché le plus large possible. Les technologies de distribution sur Internet fournissent ainsi de bons outils de marketing. D'après l'enquête susmentionnée, il semblerait que la plupart des artistes et musiciens ne considèrent pas le partage sur Internet comme une menace pour les industries créatives, même s'ils trouvent que le « *peer-to-peer* » sans autorisation doit être tenu pour illégal, ainsi que toute reproduction à des fins commerciales⁹¹¹. Ils estiment qu'Internet leur a permis d'augmenter leurs profits sur leurs œuvres⁹¹² et beaucoup de musiciens indépendants considèrent Internet comme une voie alternative aux distributeurs traditionnels du marché⁹¹³.

Si les données relatives au piratage témoignent de pertes considérables subies par les entreprises des médias et d'une vraie organisation du marché de produits piratés, ces mêmes données semblent devoir être relativisées. Les organisations internationales anti-piratage, comme l'*International Intellectual Property Alliance* (IIPA), l'*International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI) ou la *Motion Picture Association* (MPA) refusent de fournir, parallèlement à leurs rapports d'évaluation des pertes en raison du piratage, les données concernant la performance du marché légal des produits audiovisuels ou même la façon dont ces pertes ont été calculées. Les actions de ces organisations ainsi que celles des organisations nationales de lutte contre le piratage agissant en réseau vont pourtant en s'intensifiant. Selon l'Observatoire européen de l'audiovisuel, ce manque de transparence peut être vu comme

911 Quant au partage de fichiers par Internet, deux tiers des musiciens interrogés ont considéré qu'il s'agit d'une menace mineure ou qu'il ne s'agit pas d'une menace (M. MADDEN, *op. cit.*, pp. 18 et 21).

912 En effet, 83% des musiciens faisant l'objet de l'enquête proposent des échantillons de leurs musiques sur Internet et considèrent à des pourcentages divers que leurs ventes de CD, le public dans leurs concerts et la fréquence de programmation de leur musique à la radio ont augmenté en conséquence (*Idem*, p. 37). Parmi les musiciens, le téléchargement gratuit semble ne pas avoir fait de différence pour 37% d'entre eux ; 35% considèrent que cela les a aidés ; 8% estiment que cela a, à la fois, aidé et nuit à leurs carrières ; pour 5% il n'y a eu que d'effets négatifs sur leur carrière (notamment des compositeurs et auteurs-compositeurs) ; et 15% ont affirmé ne pas savoir (*Idem*, p. 35). Quant aux artistes, si 47% parmi eux considèrent les services de partage de fichiers comme pouvant nuire à leurs intérêts, 43% y voient des possibilités de promouvoir et distribuer leurs œuvres à un plus large public (*Idem*, p. 22).

913 *Idem*, pp. iv et 31-32. Certains sites Web de distribution de musique (comme CDBaby.com) permettent aux indépendants de vendre leur musique en format MP3 sur plusieurs services de musique en ligne connus, tels que iTunes, Rhapsody, MusicNet, BuyMusic et Napster et de recevoir 91% du profit obtenu (*Idem*, p. 32).

un obstacle considérable à l'éducation nécessaire pour combattre le *peer-to-peer* sans recourir à des moyens répressifs⁹¹⁴.

Certes, les saisies douanières de CD, DVD et vidéo cassettes⁹¹⁵ prouvent que le trafic de produits piratés est significatif et les réseaux de distribution *peer-to-peer* sont sans doute de plus en plus utilisés et constituent une des raisons de la réduction du marché des grandes entreprises des médias⁹¹⁶. Mais l'importance des pertes encourues par les entreprises concernées face au marché qu'elles détiennent encore ou même les effets négatifs de ces constatations en dehors du cercle des *Majors* semble contestable. Selon une étude d'octobre 2005 du Centre National de la Cinématographie (CNC) et de l'Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle (ALPA), plus de 92% des films piratés en version française sont disponibles sur les réseaux *peer-to-peer* avant leur sortie en DVD. Par contre, pour ce qui est des sorties en salle, ce sont surtout les films d'origine américaine qui subissent les plus grandes pertes en raison de la reproduction non autorisée⁹¹⁷. Par ailleurs, des études académiques réalisées en réponse aux rapports des organisations anti-piratage remettent en cause le lien entre l'augmentation du partage de fichiers en ligne, la réduction des ventes de disques (alléguée, par exemple, par l'IFPI) et les montants des pertes estimées par celle-ci⁹¹⁸. De plus, si les entreprises des médias indiquent les pays en développement comme ceux où le taux de reproduction non autorisée est le plus élevé, c'est toujours dans les pays développés que leurs pertes sont les plus importantes, en raison de la taille du marché⁹¹⁹.

En outre, pour les pays en développement, le piratage semble avoir à la fois des aspects positifs et négatifs pour le public. S'il est

914 A. LANGE, « The Impact of Piracy on the Audiovisual Industry – Sources of economic and statistical information on physical piracy and file-sharing », Working document for the conference « New technologies and piracy: a challenge to the audiovisual industries », Observatoire européen de l'audiovisuel, Paris, 18 juin 2004, < http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/impactpiratage.pdf.en >, p. 5 ou pp. 7-9.

915 L'action des autorités douanières contre le piratage et la contrefaçon s'est renforcée considérablement les dernières années. Voir, par exemple, le Plan d'action de la Commission européenne à ce sujet, lancé en octobre 2005 (M. ROSSINI, « Commission européenne : Plan d'action visant à lutter contre la contrefaçon et le piratage », *IRIS Observations juridiques*, vol. 10, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, pp. 4-5).

916 Voir A. LANGE, *op. cit.*, pp. 10-12.

917 Si, en 2004-2005, 34,5% des films piratés sur Internet étaient disponibles avant leur sortie en salle en France, cela n'a touché que 3 films français, contre 53 films américains (ALPA et CNC, « L'offre 'pirate' de films sur Internet », < http://www.cnc.fr/CNC_GALLERY_CONTENT/DOCUMENTS/publications/etudes/offrePirate_1005.pdf >, p. 7).

918 Pour des spécialistes comme ceux du Berkman Center for Internet and Society à la Faculté de Droit de Harvard, les études en la matière sont trop contradictoires et il n'existerait pour l'instant pas d'estimation exacte ou preuve convaincante de l'impact réel du partage de fichiers sur les ventes des disques (études citées par A. LANGE, *op. cit.*, p. 14).

919 Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *op. cit.*, p. 101.

possible de penser que l'entrée de produits culturels importés piratés peut décourager la production locale⁹²⁰, il est incontestable que dans ces pays les produits piratés sont souvent le seul moyen pour une grande partie de la population nationale d'avoir accès à une offre culturelle plus large – y compris la culture locale, car le marché de la distribution dans ces pays se trouve souvent entre les mains des grandes entreprises transnationales des médias. Il semble même que le piratage contrôle l'augmentation des prix. Dans ce sens, il serait possible d'argumenter que le piratage offre une concurrence nécessaire à une industrie détenant un pouvoir de contrôle excessif du marché. Ces conglomerats devraient ainsi baisser le prix de leurs produits dans ces pays, ce qui au demeurant augmenterait probablement leur volume de ventes⁹²¹.

Il convient, finalement, de souligner que les pertes alléguées par les conglomerats médiatiques ne touchent souvent pas l'artiste ou le créateur lui-même, qui, sauf quelques exceptions, est peu ou mal rémunéré. La grande majorité des œuvres n'est d'ailleurs pas promue ou distribuée, en raison de la concentration des investissements en promotion sur un nombre réduit d'œuvres à succès. Le système de la propriété intellectuelle se montre ainsi incapable non seulement de garantir l'accès du public à une offre culturelle diversifiée, mais aussi de protéger pleinement les intérêts de l'auteur.

Afin de mieux tenir compte des avantages et inconvénients résultant des technologies numériques et de permettre un combat du piratage ciblé sur les vrais dangers qu'il représente pour la création, L. Lessig fournit une classification très intéressante des différents types de partage rendus possibles par Internet. Si cet auteur condamne, avec beaucoup de pertinence, la reproduction non autorisée d'une œuvre dans un contexte commercial, il considère que tout « piratage » n'est pas

920 Comme le signale la World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.*, p. 244.

921 Ce constat est également souligné par la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *op. cit.*, p. 101, qui affirme : « Dans la mesure où la reproduction, notamment à l'échelle commerciale, est poussée par le rapport entre le prix de vente et le coût de production des copies, il doit bien exister une marge de manœuvre permettant l'utilisation de prix plus différenciés dans les pays en développement sans réduire les bénéfices, voire même en augmentant les revenus des industries productrices » (p. 102). Dans ce sens, elle recommande aux éditeurs et aux producteurs de logiciels de revoir leurs politiques de prix pour réduire le nombre de copies non autorisées et promouvoir l'accès à leurs produits dans les pays en développement (*Ibid.*). Les politiques de prix préférentiel semblent, en effet, être une première solution au problème de l'accès pour les pays en développement (UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, p. 182). Des exemples d'initiatives de promotion de l'accès à faible coût aux données et informations scientifiques en ligne peuvent être trouvés sur *idem*, pp. 183-184. La nécessité d'un prix abordable pour la construction d'une société d'information inclusive a été également expressément reconnue par la Déclaration de principes du SMSI en 2003 à Genève en ce qui concerne les logiciels (§ 27).

incorrect et il distingue quatre catégories de partage⁹²². Tout d'abord, celui où l'utilisateur télécharge au lieu d'acheter (catégorie A). Ensuite, celui où les réseaux de partage proposent uniquement des échantillons, ce qui contribue à la publicité des œuvres et conduit à un plus grand achat (catégorie B). Troisièmement, celui où le partage sert à rendre disponible un contenu protégé par les droits d'auteur mais qui n'est plus vendu ou qui est difficilement trouvable sur le marché (catégorie C). Dans ce cas, il n'y a pas de préjudice économique pour le détenteur des droits. Enfin, une dernière catégorie couvre l'utilisation pour accéder à des œuvres qui ne sont pas protégées par les droits d'auteur ou que le détenteur des droits souhaite mettre à disposition (catégorie D). Si seule la catégorie D peut être réputée légale, seule la catégorie A peut être considérée comme causant un préjudice effectif à l'auteur ou au détenteur de droits.

La notion même de « piratage » semble ainsi devoir être repensée. Cet auteur voit, dans les logiciels *peer-to-peer*, par exemple, une technologie nouvelle de distribution de contenu qui échappe à l'industrie établie sur le marché et qui la défie à l'instar d'autres technologies au moment de leur apparition, comme la radio ou la télévision par câble⁹²³. Il affirme ainsi pertinemment qu'il faut d'abord avoir une entière certitude quant aux effets néfastes de ces nouvelles possibilités avant de les condamner. Il est nécessaire de mettre en balance les effets négatifs du partage de catégorie A et les effets positifs de ceux appartenant aux autres catégories. Des nuances quant aux effets du piratage et une notion claire de ses avantages et inconvénients sont ainsi nécessaires avant que l'on accepte le contrôle accru des titulaires de droits d'auteurs sur leurs œuvres.

2 - Le pouvoir démesuré des entreprises culturelles

Les grands conglomérats des médias, provenant de pays développés pour la plupart, tendent à concentrer les droits de propriété intellectuelle sur une partie très importante de la création artistique. Par exemple, Bill Gates et sa société Corbis détenaient en 2002 des droits sur 65 millions d'images, dont 2,1 millions seulement étaient disponibles sur Internet⁹²⁴. La propriété intellectuelle devient ainsi un moyen de contrôle

922 Voir L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 68-69. Pour cet auteur, on se trouve aujourd'hui dans une période de transition technologique qui conduira probablement dans quelques années à une réduction des reproductions illégales. Pour lui, l'important actuellement est de trouver des moyens de rémunérer les artistes durant cette phase et non de réglementer les technologies permettant l'accès (*Idem*, pp. 298-304).

923 Voir *idem*, p. 53, qui affirme : « *If 'piracy' means using the creative property of others without their permission (...) then the history of the content industry is a history of piracy* ». Pour des illustrations de cette affirmation, voir pp. 53-61 et p. 66.

924 Voir J. SMERS, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! », *Le monde diplomatique*, Octobre 2002.

de la création et du marché par un nombre réduit d'entreprises, plus qu'un moyen d'encouragement ou de compensation pour un travail de l'esprit. En est la preuve l'existence même, par exemple dans le secteur de la musique, d'entreprises indépendantes qui assurent l'interface avec les créateurs. Si une part grandissante de ces entreprises est souvent obligée de conclure des accords avec les *Majors*, cela montre les limites de ces dernières en termes de créativité et d'expérimentation⁹²⁵. Cette « privatisation » de l'art représente un grand danger pour la libre circulation des expressions culturelles. La légitimité d'une telle situation devient donc contestable. Certains auteurs font d'ailleurs remarquer que la production culturelle à grande échelle fait disparaître de la conscience générale la notion de propriété sur l'œuvre⁹²⁶ et promeut ainsi, par elle-même, les actes de piratage et de contrefaçon.

Pour les artistes, une telle concentration n'est également pas positive. Tandis qu'ils se placent souvent du côté des grands conglomérats des médias (souvent titulaires de droits d'auteurs) dans le débat concernant les effets du piratage, ils ne sont souvent pas les plus grands bénéficiaires d'un renforcement de la protection de ces droits. En effet, d'un côté, ils ne profitent directement que très peu de la rémunération provenant de leurs droits. De l'autre, à la suite du renforcement excessif des droits d'auteur, ils se trouvent dépourvus d'une large et riche source d'inspiration qu'est le domaine public. L'enquête du *Pew Internet & American Life Project* mentionnée plus haut a montré que la moitié des artistes et musiciens interrogés considèrent que la réglementation sur les droits d'auteur bénéficie généralement plus aux fournisseurs d'œuvres d'art qu'aux créateurs originaux⁹²⁷. Concernant les risques de piratage sur Internet, dans la majorité des cas, ces artistes ne semblent pas avoir eu personnellement plus de problèmes pour protéger leurs œuvres à cause d'Internet⁹²⁸. Un grand nombre de musiciens ont d'ailleurs suggéré que les entreprises du secteur de la musique devraient reconnaître les changements apportés par Internet et la distribution *peer-to-peer* afin de s'y adapter au lieu de les combattre⁹²⁹. Il s'agit de répondre à la production de valeur sociale que les nouvelles technologies permettent et aux nouveaux souhaits et besoins des consommateurs à l'ère du numérique, parmi lesquels on trouve l'intérêt du partage en tant que moyen de création d'un sentiment d'humanité commune.

Ces propos liés à la constatation d'un pouvoir excessif des entreprises dans le système de la propriété intellectuelle sont critiqués par certains spécialistes du droit de la propriété intellectuelle, qui y

925 B. ANDERSEN, Z. KOZUL-WRIGHT et R. KOZUL-WRIGHT, *op. cit.*, p. 8.

926 Voir J. SMIERS, *Arts under pressure, op. cit.*, pp. 212 et s.

927 M. MADDEN, *op. cit.*, p. v.

928 *Idem*, p. 15.

929 *Idem*, p. 39.

voient un « raccourci de raisonnement et une méconnaissance des réalités » car, lors de la cession des droits d'auteur aux éditeurs ou exploitants, ce sont ces mêmes droits qui protègent le créateur en lui garantissant ses intérêts et une rémunération contre l'abandon des droits. En outre, ils font remarquer qu'une partie des droits d'auteur, les droits moraux d'auteur, ne peuvent pas être cédés dans un grand nombre de pays européens. Enfin, ils considèrent qu'admettre que ce sont les entreprises des médias les plus grands bénéficiaires ne suffit pas à condamner entièrement le système des droits d'auteur, « seul instrument à même de garantir, éventuellement en conjonction avec l'usage de mesures techniques de gestion de droits, une contrepartie pour les auteurs diffusant eux-mêmes leurs œuvres au public »⁹³⁰. De l'avis de l'auteur du présent ouvrage, considérer comme excessive la concentration de droits d'auteur par les entreprises des médias n'implique, en effet, pas nécessairement abolir le système des droits d'auteurs, mais remettre en cause certains de ses aspects, de manière à le rendre plus juste et performant.

Les technologies du numérique ouvrent de nouvelles possibilités de réponse à des intérêts d'ordre public et pourraient en théorie limiter le pouvoir des grands conglomérats de l'industrie culturelle. Le risque de piratage les ayant conduit à recourir à des mécanismes techniques de contrôle de l'utilisation d'une œuvre, ils imposent une restriction considérable à l'accès à l'information et vont à l'encontre de toute préoccupation de promotion de la diversité culturelle. Parallèlement à ces mécanismes, il existe de nouvelles modalités d'exploitation, comme les licences non négociables que l'utilisateur est obligé d'accepter afin de pouvoir télécharger un logiciel. Elles peuvent également conduire à une restriction importante du domaine public dans la pratique⁹³¹.

Pour les pays en développement, le renforcement des droits de propriété intellectuelle semble poser des problèmes particulièrement délicats. Si l'argument de base des pays développés (soutenus par leurs industries culturelles puissantes) défend l'application la plus répandue possible du système de la propriété intellectuelle aux pays en développement, en tant que facteur essentiel pour une rémunération adéquate des créateurs et, par conséquent, le développement de leurs industries culturelles⁹³², dans nombre de pays en développement les coûts engendrés par

930 S. DUSOLLIER *et al.*, « La propriété des auteurs : un droit pour les voleurs ? », in *Le monde diplomatique*, Octobre 2002.

931 UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, pp. 185-187.

932 Voir, par exemple, B. ANDERSEN, Z. KOZUL-WRIGHT et R. KOZUL-WRIGHT, *op. cit.*, pp. 23-24. Selon ces auteurs, qui prennent l'exemple de l'industrie de la musique, « Without the copyright regime (...), a modern music industry is simply not possible, and unless developing countries develop this system, they will be unable to fully realize the benefits from the creativity and talents of people in the audio-visual sector », bien que d'autres politiques soient également nécessaires pour consolider les industries culturelles (p. 24).

l'application du système de la propriété intellectuelle semblent largement dépasser les bénéfices qu'ils sont capables d'en tirer. Non seulement ce sont les grands conglomérats étrangers qui s'établissent le plus souvent dans ces pays pour leur fournir des produits et services culturels, mais la mise en œuvre et le contrôle du système ont des coûts considérables qui impliquent nécessairement une déviation de ressources d'objectifs sociaux plus urgents et importants.

Partant du constat qu'« *un recours excessif à la protection de la propriété intellectuelle peut s'avérer contre-productif* » et que « *promouvoir un renforcement de la protection de la propriété intellectuelle ne revient pas automatiquement à promouvoir l'innovation* »⁹³³, des réflexions et des propositions de solutions à ces problèmes ont été avancées. Elles prévoient, à un degré plus ou moins grand, des modifications du système de droit d'auteur, afin d'attirer la production culturelle vers le domaine public et de promouvoir une rémunération plus juste pour les créateurs.

§ 2 - LA CORRECTION DE LA RIGIDITÉ DU SYSTÈME

L'observation de la pratique du système actuel de la propriété intellectuelle montre que des solutions sur mesure sont nécessaires, notamment pour répondre aux besoins des pays en développement. Seront ici analysées quelques propositions visant à corriger la rigidité du système et garantir la flexibilité nécessaire à un échange d'œuvres plus riche. Si certaines de ces propositions adoptent comme prémisse le maintien du système et ne visent qu'à lui apporter des modifications limitées, d'autres envisagent la fondation d'un nouveau régime pour un meilleur fonctionnement du marché.

A - La flexibilisation du système

L'application de certains concepts juridiques extérieurs au système de la propriété intellectuelle peut contribuer à équilibrer les intérêts du public et du détenteur de droits sans que les règles du système soient modifiées. La flexibilisation est également envisageable par le biais de l'assouplissement du régime juridique des droits d'auteur.

1 - Le recours à des concepts juridiques extérieurs

Certains concepts juridiques qui ne sont pas propres au système de la propriété intellectuelle et qui appartiennent au droit commun peuvent contribuer à l'équilibre entre l'utilisation du droit d'auteur par son détenteur et l'intérêt public existant dans la mise à disposition d'un large répertoire d'œuvres sur le marché. Parmi ces concepts, se trouve tout d'abord celui de l'abus de droit, lequel sanctionne un usage excessif d'un

933 UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, op. cit., p. 186.

droit par son détenteur, cet excès étant mesuré par rapport aux objectifs que ce droit est censé atteindre. Deuxièmement, l'intérêt public peut être attiré vers le système par l'introduction de notions comme celle des droits de l'homme ou des biens d'humanité.

a) La reconnaissance de l'abus de droit

Afin de contrer l'abus ou l'excès du droit d'auteur, une solution pourrait être trouvée tout d'abord dans la théorie de droit commun de l'abus de droit, bien qu'elle présente certains inconvénients et qu'elle paraisse en définitive assez marginale pour faire face au renforcement légal des droits d'auteur.

L'utilisation de cette théorie en matière de droit d'auteur existe non seulement dans certains États de *Civil Law*, mais aussi aux États-Unis, bien que son acceptation dans ce pays ne soit admise par la jurisprudence que depuis peu. Il s'agit du « *misuse of rights* », reconnu depuis longtemps par la Cour Suprême américaine à l'égard du droit des brevets⁹³⁴. L'abus de droit se présente ainsi lorsque celui-ci est utilisé de manière anormale, par exemple dans l'intention de nuire à quelqu'un, sans intérêt légitime ou dans le cas de détournement de sa finalité.

Cette dernière situation pourrait éventuellement fournir une piste de solution lorsque l'auteur envisage d'empêcher la libre circulation de l'information ou la libre critique. Etant donné qu'une des principales fonctions du droit d'auteur est de servir d'outil au développement social et culturel, cette fonction sociale doit être accomplie à côté de celle de protection de la propriété et, dans les systèmes de *Civil Law*, de la protection de la personnalité de l'auteur également. Dans le cas où cette fonction serait corrompue, il incomberait au juge de soupeser les intérêts en cause, selon les circonstances en l'espèce, afin de décider d'une possible licence forcée des droits si un intérêt public légitime s'avérait être en jeu. Il s'agit d'ailleurs d'une notion encadrée par l'Accord sur les ADPIC dans sa prévision de « *mesures appropriées (...) afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits* » (article 8).

Cette solution présente, néanmoins, quelques difficultés. En premier lieu, la difficulté de production de preuve d'un abus dans la pratique, car l'utilisateur serait obligé d'aller à l'encontre d'une présomption (simple) de licéité. Puis, dans certains cas, c'est l'octroi même d'un droit par le législateur qui semble constituer un abus (comme, par exemple, dans le domaine des nouvelles technologies). Troisièmement, le temps de la procédure pour faire reconnaître l'abus par un juge représente non seulement une période de temps où la libre information et la libre

⁹³⁴ Le « *misuse* » existe « *lorsque l'exercice du droit par le titulaire se trouverait en contradiction avec l'objectif de politique publique poursuivi par le législateur, donc lorsque le droit serait détourné de son objectif : la stimulation de la créativité artistique et scientifique, dans l'intérêt public* » (C. GEIGER, *op. cit.*, p. 388, n. 2).

expression sont bloquées, mais aussi des coûts pour l'utilisateur. Enfin, il est possible que ce soit l'auteur même, dans certaines circonstances, qui souhaite prouver l'abus de la part d'un exploitant qui détient ses droits d'auteur.

En raison de ces difficultés, une solution fondée uniquement sur la théorie de l'abus de droit semble insuffisante et ne peut jouer qu'un rôle limité en faveur de l'accès du public aux expressions culturelles. Afin de la compléter, une option consisterait à rehausser l'importance de l'intérêt public dans le système de la propriété intellectuelle, en faisant intervenir des mécanismes de mise en balance avec des intérêts supérieurs.

b) La mise en balance avec les intérêts du public

Les propositions de mise en balance du système des droits d'auteur avec les intérêts du public visent à intégrer des principes du domaine des droits fondamentaux ou la notion de biens d'humanité de manière à recentrer le système sur l'importance de l'accès et du domaine public⁹³⁵.

Le recours aux droits fondamentaux pourrait permettre un examen abstrait du droit d'auteur par le juge et l'utilisation d'un « test de proportionnalité » pour déterminer si une certaine limite à ce droit est acceptable en tant que restriction nécessaire pour la satisfaction d'autres intérêts⁹³⁶. Le droit d'auteur, en tant que droit fondamental lui-même, serait mis en balance avec d'autres droits de l'homme (droit à la culture, droit à l'information, etc.), qui seraient donc pris en compte comme des principes de même rang⁹³⁷. Le droit d'auteur ne pourrait être compris sans que la promotion de la participation à la vie culturelle et de la diffusion de la culture ne soit prise en compte.

Le concept de « biens d'humanité » pourrait également servir, selon quelques auteurs, à établir une meilleure prise en compte des intérêts du public⁹³⁸. Cette part d'humanité, présente dans les produits et

935 « (...) *the law of intellectual property would have to be redirected from a person-centred view that protects the dignity, personality, and creativity of the author, to a discourse-related view that instead of the author's personality protects artistic communication by preserving the artistic patrimonium of society* » (C. BEAT GRABER et G. TEUBNER, *op. cit.*, p. 68).

936 Voir C. GEIGER, *op. cit.*, pp. 389 et s., ainsi que pp. 48 et s.

937 Voir, pour une perspective des droits de l'homme mis en jeu par la propriété intellectuelle, tant du côté de l'auteur comme de celui du public, U. SUTHERSANEN, *op. cit.*, pp. 97-124.

938 Voir, sur cette proposition, M.-A. FRISON-ROCHE, « Les biens de l'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », in M. VIVANT (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 167-175. Les biens d'humanité

services culturels, impliquerait une combinaison de l'aspect de marché (puisque bien souvent la perspective de vente d'une œuvre est la raison même de l'investissement dans une création) et de celui de régulation, visant à garantir l'accès du public à cette même œuvre. L'exclusion de ceux qui ne possèdent pas les moyens financiers de s'offrir certains de ces « biens d'humanité » peut être considérée intolérable. C'est le cas des médicaments et, de l'avis de l'auteur du présent ouvrage, des œuvres culturelles aussi.

La régulation du marché serait une solution à ce problème. Les gouvernements devraient intervenir à travers des politiques publiques et des prix régulés, capables de simultanément réduire l'exclusion du public et assurer une rémunération au titulaire du droit sur le bien. La notion de prix équitable et proportionné doit ainsi remplacer celle de prix de marché pour ces œuvres. La question de l'exclusion acquiert évidemment une importance fondamentale sur le marché des pays en développement. L'accès à la diversité des œuvres culturelles ne peut en effet être garanti sans la réduction de l'exclusion sur le marché des produits et services culturels. Une solution prenant davantage en compte la part d'humanité de ces produits et services pourrait ainsi, du moins en partie, répondre aux problèmes mentionnés précédemment concernant l'importance d'un prix abordable afin de garantir l'accès le plus large aux œuvres de l'esprit dans ces pays. Malgré les limites de mise en œuvre de cette proposition, il s'agit en fin de compte de la reconnaissance et de l'application pratique de la spécificité des produits et services culturels.

Cependant, afin d'offrir un vrai contrepois au pouvoir et au contrôle des conglomérats médiatiques et de fournir une base juridique plus efficace à la protection des intérêts du public en termes d'accès à une offre culturellement diversifiée, il semble que des dispositions du système de la propriété intellectuelle doivent être également assouplies.

2 - La modification du régime juridique applicable

Malgré les difficultés pratiques et politiques que cela peut entraîner, la correction du système de la propriété intellectuelle peut en théorie se faire à travers des modifications normatives et l'insertion de dispositifs de protection de l'accès dans les accords internationaux. Ces modifications, reprises ensuite par les législations nationales, pourraient

seraient « des choses de valeur engendrant le droit du propriétaire d'être rétribué pour une circulation commerciale, circulation dont le fondement devient l'accès que ceux qui ont besoin du bien doivent en avoir, accès que le système doit préserver car accéder aux biens d'humanité revient pour le demandeur à accéder à ce qui fait à travers sa personne particulière son humanité (la vie décente, la connaissance, etc.) » Par conséquent, « la puissance incitative et l'efficacité du marché sont utilisées à travers une acceptation du principe de propriété, mais l'accès par les autres n'est plus la conséquence ou l'incident de la propriété, elle en devient le fondement » (idem, p. 167).

mieux satisfaire les besoins particuliers de chaque État. Cela permettrait notamment de distinguer entre les besoins des pays en développement et ceux des pays développés. Cependant, une telle possibilité se heurte nécessairement à l'opposition de ces derniers, ce qui rend sa concrétisation malaisée. Face aux difficultés de modification du système par la voie des négociations interétatiques, certaines initiatives privées ont essayé de produire par elles-mêmes la flexibilisation nécessaire pour une meilleure prise en compte des besoins d'accès.

a) La modification par les négociations interétatiques

Dans le but d'équilibrer la protection des droits de propriété intellectuelle avec d'autres intérêts, la flexibilisation de ces droits a été proposée par certains États sur le plan international. Indépendamment des moyens employés pour cette flexibilisation, elle semble aujourd'hui essentielle et fait partie d'une des voies fondamentales pour la garantie effective de la diversité culturelle.

L'idée de garantir l'accès aux œuvres culturelles à travers la flexibilisation des droits de propriété intellectuelle est apparue sur le plan international dans les années 70 et 80⁹³⁹, quand les pays industrialisés ont souhaité réviser les traités internationaux concernant les droits de propriété intellectuelle. En effet, à ce moment-là, des pays tels que ceux de l'Europe occidentale, les États-Unis et le Canada, ont insisté pour que les traités de propriété intellectuelle existants acquièrent force exécutoire. Le manque de mécanismes de suivi des obligations des États en la matière leur paraissait contribuer à l'expansion du piratage et de la contrefaçon. La protection que ces pays accordaient à la propriété intellectuelle sur leurs territoires ne suffisait plus à leurs entreprises, qui agissaient de plus en plus à l'étranger. Leurs intérêts se trouvaient menacés dans les pays où la propriété intellectuelle n'était pas protégée au même degré garanti par leurs lois nationales. D'un autre côté, les pays en développement défendaient que toute révision de la réglementation internationale de la propriété intellectuelle devait se faire sur la base des conclusions de la CNUCED, comme celles qui reconnaissent la nécessité du transfert de technologie des pays développés vers les pays en développement. Tandis que les pays développés considéraient la propriété intellectuelle en tant que droit privé, devant être protégé du moins comme n'importe quel autre droit de propriété matérielle, les pays en développement voyaient la propriété intellectuelle en tant que bien public destiné à promouvoir l'accès aux innovations technologiques et le développement économique.

Une première tentative de correction de ces disparités a eu lieu lors de la révision de la Convention de Berne et de la Convention universelle à la Conférence de Paris de 1971, où il a été reconnu, aux pays considérés comme sous-développés d'après la pratique de l'Assemblée

⁹³⁹ Sur cette question, voir M. BASSO, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 147 et s.

générale des Nations Unies, la possibilité de licences obligatoires pour la traduction et la reproduction de quelques œuvres⁹⁴⁰.

Depuis 1971, les droits de propriété intellectuelle n'ont cessé d'être renforcés. Depuis l'établissement du rapport entre les droits de la propriété intellectuelle et le commerce par l'Accord sur les ADPIC et la soumission de tout différend en la matière à l'Organe de règlement des différends de l'OMC, des traités internationaux de plus en plus ambitieux et protecteurs des droits de propriété intellectuelle ont vu le jour dans le cadre de l'OMPI ou même à l'extérieur de celle-ci, comme le Traité ACTA (*Anti-counterfeiting Trade Agreement*) en cours de négociation. La remise en question du système de la propriété intellectuelle par certains États est inséparable de cette évolution contextuelle.

Certaines règles contenues dans les accords internationaux en matière de propriété intellectuelle pourraient justifier une application plus favorable du système aux pays en développement. C'est ce qu'ont souhaité exprimer le Brésil et l'Argentine, lors de la 35^e Session de l'Assemblée générale de l'OMPI, tenue du 27 septembre au 5 octobre 2004⁹⁴¹, dans leur « Proposition en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement ». En analysant le rapport entre la protection de la propriété intellectuelle et le développement, le Brésil et l'Argentine constataient le « déficit de connaissances » et la « fracture numérique » existants entre pays développés et pays en développement. Selon ces États, la propriété intellectuelle et l'uniformisation des lois sur la propriété intellectuelle vers des niveaux de protection de plus en plus élevés, indépendamment du niveau de développement des pays, ne peuvent être vues comme une fin en soi, devant servir à promouvoir l'innovation, la créativité et le transfert technologique. L'impact de la protection de la propriété intellectuelle sur le développement devrait ainsi être analysé au cas par cas, car elle peut produire non seulement des bénéfices, mais aussi des coûts significatifs. Un plan d'action pour le développement dans le cadre de l'OMPI a effectivement vu le jour en octobre 2007, occasion à laquelle l'Assemblée générale de cette organisation a établi 45 recommandations pour renforcer l'aspect du développement dans ses activités⁹⁴². Un Comité sur le développement et

940 Ces licences exigent, toutefois, des conditions très restrictives (article III.2 (a) (ii) de l'annexe de la Convention de Berne). L'appendice ajouté à la Convention de Berne lors de cette révision peut être considéré aujourd'hui comme un échec, même s'il a été incorporé à l'Accord sur les ADPIC (article 9 de ce dernier). Voir R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, pp. 15-16. Cet auteur propose que l'annexe de 1971 soit entièrement réformée afin de fournir une plate-forme effective de négociation pour les pays en développement en ce qui concerne les questions d'accès (*idem*, p. 19 et, pour plus de détails, p. 29).

941 « Proposition de l'Argentine et du Brésil en vue de l'établissement d'un plan d'action de l'OMPI pour le développement », document dirigé à l'Assemblée Générale de l'OMPI, Genève, 27 septembre – 5 octobre, 2004, WO/GA/31/11 (< http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_31/wo_ga_31_11.pdf >).

942 Voir < <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html> >.

la propriété intellectuelle a également été établi pour le suivi de la mise en œuvre de ces recommandations.

Au sein de l'OMC, certaines dispositions méritent d'être explorées dans le même sens, comme l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, qui mentionne expressément, parmi les objectifs des droits de la propriété intellectuelle, « *l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques (...) d'une manière propice au bien-être social et économique* », ainsi que l'« *équilibre de droits et d'obligations* ». Une interprétation téléologique de l'Accord pourrait conduire ainsi à des conclusions plus favorables au public.

L'article 8 de l'Accord sur les ADPIC prévoit aussi que les Membres de l'OMC puissent adopter les mesures nécessaires et compatibles avec l'Accord « *pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique* », ainsi que les mesures appropriées nécessaires et également compatibles avec l'Accord pour « *éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* ». Il s'agit de simples possibilités offertes aux Membres et qui sont de surcroît soumises à une condition de compatibilité avec l'Accord. Cela réduit l'importance de leur invocation pratique pour contrer le renforcement démesuré des droits de propriété intellectuelle constaté précédemment.

Certains auteurs ont essayé également de recourir à l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC pour justifier un accès plus large et plus favorable aux œuvres de l'esprit pour les pays en développement⁹⁴³. En effet, cet article laisse aux Membres une marge de manœuvre relative pour adopter des mesures (compatibles avec l'Accord) contre des pratiques pouvant, selon eux, constituer un usage abusif de la propriété intellectuelle et ayant un effet préjudiciable sur la concurrence. Les difficultés d'utilisation concrète de cet article sont, toutefois, nombreuses. Tout d'abord, la distinction entre ce qui est considéré comme un simple usage ou comme un abus est définie par chaque juridiction nationale (ce qui exige l'effort législatif de chaque État) et difficilement identifiable dans le domaine des droits d'auteur. Il faudrait éventuellement que les Membres de l'OMC renforcent leur législation en matière de concurrence pour mieux profiter des possibilités offertes par cet article. Ce dernier adopte, d'ailleurs, une perspective au cas par cas, au lieu d'une solution générale pouvant être appliquée aux problèmes d'accès non résolus par le système.

Cependant, une fois rassemblées, ces règles peuvent servir à construire une argumentation en faveur d'une certaine flexibilité des droits de propriété intellectuelle pour des fins de politique publique. Ces

943 R.L. OKEDIJI, *op. cit.*, pp. 16-19 et pp. 33-34.

dispositions de l'Accord sur les ADPIC ont eu, en effet, une place centrale dans les discussions sur l'accès aux médicaments essentiels et produits pharmaceutiques, où l'argument se centrait sur l'idée qu'une protection excessive du droit des brevets implique l'augmentation du prix de ces produits, en empêchant leur accès par des populations défavorisées. *Mutatis mutandis*, un raisonnement similaire pourrait être appliqué dans le cas des droits d'auteur : une protection excessive de ces droits non seulement contribue au déséquilibre du marché des produits et services culturels, mais les rend inaccessibles pour une grande partie de la population de la planète.

Certains auteurs défendent en outre l'élaboration d'une liste de limitations et exceptions obligatoires sur le plan international, inspirées de celles qui sont acceptées par les droits nationaux de la majorité des États⁹⁴⁴. Notamment pour les pays en développement, il est nécessaire de prêter plus d'attention à l'efficacité de ces limitations et exceptions en termes de promotion de l'accès, d'utilisation et de diffusion des œuvres de l'esprit, car en cela, elles peuvent offrir de la flexibilité pour répondre à leurs besoins spécifiques. Elles doivent être réputées à nouveau importantes pour le système des droits d'auteur et être réintégrées en conséquence de manière plus explicite dans ce système (ce qui, pour les pays en développement, peut exiger une assistance technique lors de la transposition des accords internationaux dans leur droit interne). En outre, leur respect doit également être contrôlé de manière plus rigoureuse et effective.

Parallèlement à ces efforts sur le plan interétatique, certains mouvements privés ont avancé des solutions de flexibilisation permettant aux créateurs de limiter leurs propres prérogatives en faveur d'une plus grande circulation de leurs œuvres. Ces initiatives reconnaissent le potentiel offert par Internet en vue d'une plus grande créativité et les risques engendrés par le renforcement des droits d'auteur dans l'univers numérique.

b) La modification par les particuliers

Des initiatives remarquables et inspirées notamment du système *Linux* et de la *Free Software Society*⁹⁴⁵ ont permis de contourner la rigidité du système de la propriété intellectuelle, en se fondant sur l'« *open content* », c'est-à-dire, le contenu disposant d'une licence qui

944 Pour des propositions de limitations et exceptions, voir *idem*, pp. 22 et s.

945 Sur les notions de « *open source software* », « *proprietary software* », « *source code* » et « *compiled code* », voir M. BORNFREUND, « *OpenSource.Law* », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 115-116. Sur les précédents de la *Free Software Foundation* et les circonstances de sa création en 1985, voir *idem*, pp. 117 et s. Voir également, sur l'« *open source* » et le « *free software* », L. LESSIG, *op. cit.*, pp. 264-265, ainsi que pp. 279-280. Voir aussi, pour leurs avantages, UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, *op. cit.*, p. 188.

autorise sa distribution et sa reproduction⁹⁴⁶. Considérant notamment les possibilités d'inspiration et de circulation d'œuvres sur Internet et se fondant toujours sur le système de la propriété intellectuelle, elles permettent aux créateurs de moduler leurs droits d'auteur, en autorisant la reproduction et la distribution de leurs œuvres. Ces initiatives se fondent ainsi sur des licences précises qui limitent en partie les droits d'auteur. Bien qu'elles n'éliminent pas l'importance des modifications du système des droits d'auteur, il s'agit sans doute d'expériences intéressantes pour une meilleure réponse aux besoins actuels de la société et pour une sensibilisation plus large aux excès de ce système.

i) Les licences *Creative commons*

Née à la Stanford Law School, l'initiative des *Creative commons*⁹⁴⁷ (CC) permet de fournir, à ceux qui le désirent, des droits d'auteur plus flexibles, dont la justification réside dans la nécessité de garantir la créativité et l'innovation à travers un patrimoine riche d'œuvres de l'esprit et la promotion d'une « activité créative collaborative », encouragée davantage par la communication numérique. Il s'agit d'un moyen d'auto-régulation des acteurs d'Internet, qui rend compatibles le partage et l'appropriation marchande des œuvres protégées par les droits d'auteur.

Le fondement de *Creative commons* se trouve dans la notion même de « *commons* », en tant que ressources qui ne peuvent être partagées en des parcelles individuelles et qui forment un ensemble que tous peuvent utiliser sans permission spéciale. En *Civil law*, ceci correspond à l'idée de « biens publics » et recouvre les œuvres de l'esprit qui appartiennent au domaine public. Considérant que l'usage public répandu s'accompagne généralement d'un sens de dépréciation du bien, *Creative commons* envisage de montrer qu'une idée ne perd pas sa valeur lorsqu'un plus grand nombre de personnes s'en sert. Au contraire, la distribution accrue d'une œuvre peut servir d'instrument de marketing. Un recueil d'œuvres de valeur publique se verrait ainsi créer et serait protégé contre l'appropriation individuelle et le vieillissement provoqué par la négligence ou les changements technologiques. Cela déboucherait sur un ensemble de travaux de qualité et la promotion des valeurs de partage, d'éducation publique et d'interactivité⁹⁴⁸.

Une série de licences est ainsi proposée et permet aux artistes de donner au public, à des degrés variés, quelques-uns de leurs droits d'auteur sur une œuvre, dans le respect de certaines conditions définies

946 Voir H. HIETANEN et V. OKSANEN, « Legal metadata, open content distribution and collecting societies », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, p. 98.

947 Voir < <http://creativecommons.org> >.

948 B. HARTMANN, « Netlabels and the Adoption of Creative Commons Licensing in the Online Electronic Music Community », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 149-152.

au préalable⁹⁴⁹. L'artiste qui désire utiliser ces licences maintient son *copyright* / droit d'auteur (il s'agit d'un mécanisme complémentaire et non en opposition avec le droit de la propriété intellectuelle), mais dans les limites établies par lui-même. Il s'agit en fin de compte de la multiplication et de l'expansion des possibilités de cession ou licence de certains droits d'auteur, mais en faveur du public et ayant comme arrière-plan une intention délibérée de construire un domaine public riche et varié. Cela encourage, de surcroît, une prise de conscience plus générale des bienfaits d'Internet pour la promotion de la créativité et du partage du savoir, en apprenant au public à partager les contenus de manière légale. La présentation très claire et peu formaliste des différentes licences ne fait que contribuer, dans la pratique, à l'atteinte de ces objectifs.

Creative Commons étant utilisable en principe pour des œuvres numériques, le choix d'une licence implique l'inclusion d'un logo *Creative commons* 'Some Rights Reserved', lequel établit un lien avec le contrat de licence. Toute violation de ses termes pourrait conduire à une poursuite judiciaire en raison d'une violation de droits d'auteur. Les licences possibles sont le résultat d'un mélange de conditions choisies par l'auteur et qui lui permettent de définir les limites à ses propres droits. Toutes les licences *Creative commons* exigent le respect de la condition de paternité, ce qui veut dire que l'auteur exige que son nom soit toujours cité à côté de son œuvre, bien qu'il autorise une plus large utilisation de celle-ci. Cette utilisation peut se faire pour des fins commerciales ou non commerciales⁹⁵⁰ (le créateur peut interdire l'utilisation commerciale) et admettre ou non la réalisation d'œuvres dérivées (l'auteur peut interdire toute modification à son œuvre, en se réservant la faculté de réaliser toute œuvre dérivée). Par ailleurs, afin de promouvoir l'esprit de *Creative commons*, le « partage à l'identique des conditions initiales » (*share alike*) peut être exigé par l'auteur. Dans ce cas, il impose à tous l'obligation que les œuvres dérivées soient présentées au public sous la même licence *Creative Commons* que l'œuvre originale.

Les licences *Creative commons* doivent ainsi respecter certains principes généraux : l'auteur offre une autorisation non exclusive de reproduction, distribution et communication de son œuvre au public à titre gratuit ; les conditions de la licence sont clairement communiquées au public à chaque utilisation ou diffusion ; les conditions choisies peuvent être levées en cas d'autorisation de la part du titulaire des droits

949 Ces œuvres sont comprises dans la catégorie d'« œuvres mises à la disposition du public par leur auteur ». Ce phénomène n'a pas de vrai statut juridique en droit français et correspond uniquement à une renonciation temporaire de la part de l'auteur à l'exercice des droits patrimoniaux que la loi lui confère (A. BERTRAND, *op. cit.*, pp. 235-236).

950 Pour les implications de la notion de « fins non commerciales », voir M. PAWLO, « What is the meaning of non-commercial? », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 76 et s. Selon le régime prévu par *Creative Commons*, le partage de fichiers (*peer-to-peer*) n'est pas considéré comme une utilisation commerciale.

d'auteur ; les exceptions au droit d'auteur relatives à la possibilité de citation, de copie à usage privé, etc. (*fair use*) sont maintenues ; les bénéficiaires de la licence sont toujours tenus de demander la permission de l'auteur pour les actions que celui-ci aura décidé de restreindre ; les bénéficiaires de la licence doivent garder intacte l'indication de l'auteur et les termes de la licence de l'œuvre originale ; aucun bénéficiaire de la licence ne peut se servir d'un moyen technologique pour empêcher l'utilisation de l'œuvre par d'autres bénéficiaires ; les licences sont valables internationalement, sont irrévocables et s'étendent sur la durée des droits d'auteur.

Une fois le type de licence choisi, celle-ci est exprimée en trois formats : un *commons deed*, résumé simple et en langage accessible des conditions de la licence en question ; un code juridique, qui serait présentable à toute juridiction en cas de différend sur les droits établis par la licence ; et un code digital⁹⁵¹, qui permet à l'œuvre d'être identifiée par des moteurs de recherche numérique selon les conditions d'utilisation établies dans la licence. Il est ainsi possible de rechercher des œuvres couvertes par des licences *creative commons* selon le degré de liberté concédé par l'auteur et les conditions juridiques de mise à disposition de l'œuvre.

Bien qu'inexistantes dans quelques ordres juridiques (comme en droit français), d'autres options sont envisageables pour des secteurs spécifiques (par exemple, celui de la musique), et à un plus ou moins grand degré d'attribution de droits au domaine public. Par exemple, dans le cas d'une *public domain dedication*, l'œuvre pourra être librement reproduite, distribuée, modifiée ou utilisée pour toute finalité (commerciale ou non commerciale), par tout moyen, sans aucune restriction. Cette option ne produit pas d'effets dans les pays où l'ordre juridique interdit la renonciation aux droits moraux d'auteur. Une autre option est offerte, sous la juridiction américaine, à ceux qui désirent garder entièrement leurs droits exclusifs sur une œuvre, mais qui considèrent excessive la durée du *copyright* établie par la loi : il s'agit du *Founder's copyright*, qui essaye de restaurer le régime établi par la première loi américaine portant sur les droits d'auteur, datée de 1790 (monopole limité à 14 ans, renouvelable une fois). Pour cela, l'auteur vend son œuvre à *Creative Commons* à 1 dollar US et *Creative Commons* lui accorde une licence exclusive sur l'œuvre pour 14 (ou 28) ans.

L'expérience des licences *Creative Commons* dans certains pays semble attester d'une grande effectivité. Les licences sont de plus en plus

951 Le « *metadata* », c'est-à-dire, les données attachées à des œuvres en format numérique et qui contiennent des informations sur l'œuvre, tels que les droits d'auteur qui y sont liés, le « *Digital Rights Expression* » - DRE. Voir, sur les *metadata* et les avantages de leur utilisation, notamment en termes de réduction de coûts, H. HIETANEN et V. OKSANEN, « Legal metadata, open content distribution and collecting societies », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 98 et s.

traduites dans différentes langues et adaptées aux droits nationaux de plusieurs États. L'objectif de la traduction et de l'adaptation des licences est d'apparenter au mieux les licences nationales à celles des États-Unis, afin de promouvoir un régime cohérent, applicable de manière uniforme et ayant les mêmes effets dans tous les pays, indépendamment de la localisation du concédant et du licencié. Les modifications apportées aux licences originales se résument ainsi à celles exigées par les lois nationales sur la propriété intellectuelle et les contrats. Cela peut concerner, par exemple, la non-acceptation, par les systèmes reconnaissant les droits moraux d'auteur, des licences permettant la cession de ces droits. Aux Pays-Bas, des rectifications ont été introduites en ce qui concerne les droits voisins (compris dans la notion de *copyright* des licences originales) et le paiement d'impôts obligatoires selon la loi néerlandaise au bénéfice des titulaires de droits d'auteurs (malgré la non-obligation, reconnue au licencié dans les licences *Creative Commons*, de payer pour l'œuvre)⁹⁵².

L'expérience des *Creative Commons* se heurte toutefois encore à quelques limitations, comme l'affiliation des artistes à des sociétés de gestion de droits d'auteur exigeant la cession de l'exploitation de toutes leurs œuvres à ces sociétés. En effet, *Creative Commons* peut être considéré incompatible avec les systèmes des sociétés collectives de gestion des droits d'auteur, qui détiennent un monopole sur ces droits sur le territoire de l'État où elles sont établies. Il est donc possible de concevoir qu'une même œuvre pour laquelle un auteur a premièrement concédé une licence *Creative Commons* puisse circuler parallèlement selon les termes de cette licence et selon les conditions (éventuellement plus restrictives) imposées par la société de gestion à laquelle il s'est intégré postérieurement. Le contraire, c'est-à-dire, le cas d'une œuvre appartenant d'abord au catalogue d'une de ces sociétés, ne serait toutefois pas juridiquement envisageable⁹⁵³.

D'autres difficultés aussi pratiques proviennent du manque de clarté des relations juridiques établies à travers les licences *Creative Commons* en raison de l'absence d'un document contenant la signature de chaque partie dans le processus de circulation de l'œuvre. Dans le cas de cessions ultérieures sous la même licence, un concédant qui n'est pas

952 Voir, pour l'expérience aux Pays-Bas, N. HENDRIKS, « Developing CC Licences for Dutch Creatives », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 19-32. Pour celle de l'Australie, voir, dans le même ouvrage, B. FITZGERALD *et al.*, « The iCommons Australia Experience », pp. 33-49. Pour l'expérience à Taiwan, voir S.-L. CHEN *et al.* « Launching Creative Commons Taiwan: Background, Experience and Challenge », pp. 51-67, dans le même ouvrage.

953 Voir H. HIETANEN et V. OKSANEN, « Legal metadata, open content distribution and collecting societies », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 103-104 et pp. 107-108. Pour des détails sur l'exemple néerlandais de ces difficultés, voir dans le même ouvrage N. HENDRIKS, « Developing CC Licences for Dutch Creatives », pp. 28-29.

l'auteur originaire devra avoir clairement conscience de son devoir d'obtenir le consentement du cessionnaire / licencié quant au respect de chacune des clauses insérées dans le contrat (y compris relativement à la possibilité d'usage commercial ou non). Cela peut rendre difficile l'exécution de ces licences, notamment en cas de violation⁹⁵⁴.

Par ailleurs, il est possible de s'interroger si cette proposition peut effectivement représenter une solution à part entière pour les pays en développement et surtout les pays les moins avancés. Fondée sur l'utilisation du numérique, sa pleine application dans ces pays dépendra de la correction préliminaire de la fracture numérique qui les sépare des pays développés.

Il s'agit pourtant d'une initiative très significative en termes d'accès aux œuvres culturelles. Elle témoigne de la nécessité éprouvée par les artistes (y compris dans des pays développés et notamment dans l'un des pays où la propriété intellectuelle a acquis le plus de protection au long des dernières décennies) d'adapter le système des droits d'auteur à la réalité contemporaine et de garantir la diversité de la création à travers l'accès au plus grand nombre d'œuvres et, par conséquent, l'existence et la survie d'expressions culturelles variées. Elle offre, en outre, l'avantage d'être faite pour un usage par le public, avec des licences présentées de manière claire et facilement maniables, ce qui conduit à une plus grande confiance dans le régime et une plus large utilisation.

ii) La « Licence Art Libre »

Une autre initiative allant dans le même sens est celle de la « *Copyleft attitude* ». Née en 2000 à l'issue d'une rencontre entre artistes et informaticiens à « Accès Local et Public » à Paris, elle est représentée par la lettre « C » inversée. Elle s'est également inspirée de la pratique des logiciels libres et vise à l'appliquer aux œuvres artistiques. Tout en préservant les droits d'auteurs, la « copyleft attitude » promeut l'activité créative en élargissant l'utilisation publique de l'œuvre. Elle part du constat que l'invention d'Internet et du numérique a créé un environnement nouveau, permettant de nouveaux modes de création et de production et, bien évidemment, de nouvelles possibilités de s'inspirer et même de copier des œuvres. L'accès du public est garanti par l'acceptation, de la part de l'auteur de l'œuvre, de la « Licence Art Libre »⁹⁵⁵. Conformément à cette licence, l'auteur de l'œuvre originelle autorise le public à « copier, [à] diffuser et [à] transformer librement les œuvres dans le respect des droits de l'auteur ».

La raison essentielle de la « Licence Art Libre » est ainsi déterminée comme étant de « promouvoir et protéger des pratiques artistiques

954 Voir B. FITZGERALD et al., « The iCommons Australia Experience », in D. BOURCIER et M. DULONG DE ROSNAY, *op. cit.*, pp. 35 et 44-45.

955 Voir < <http://artlibre.org> >.

libérées des seules règles de l'économie de marché ». Il est réaffirmé que les œuvres de l'esprit ne peuvent être soumises à une seule logique marchande et que des règles spécifiques doivent être créées afin de tenir compte des spécificités de ces produits. Traduite dans un certain nombre de langues, elle vise à promouvoir la circulation la plus large possible de ces œuvres.

Afin de gérer le processus de circulation de l'œuvre, la « Licence Art Libre » établit une distinction entre « l'œuvre originelle », « l'œuvre commune » et « l'œuvre conséquente ». Le terme « contributeur » est accordé à celui qui « contribue à la création de l'œuvre », en concevant une œuvre originale à partir de la modification d'une copie de l'œuvre originelle ou d'une copie d'une œuvre conséquente. L'objectif de la « Licence Art Libre » est de définir les conditions de l'usage d'une œuvre par toute personne autre que son auteur. Celui-ci, en inscrivant dans son œuvre que la « Licence Art Libre » s'applique, accorde à toute autre personne le droit de copier ou de reproduire l'œuvre, ainsi que la liberté de diffuser l'œuvre à titre onéreux ou gratuit, une fois quelques conditions remplies (l'inclusion du texte de la « Licence Art Libre » ou l'indication de l'endroit où il est possible d'avoir accès aux originaux et du nom de l'auteur des originaux), ainsi que la liberté de modifier les copies des originaux, les œuvres en résultant pouvant être diffusées dans les conditions précédentes.

L'intention est ainsi de faire naître une chaîne créative, fondée sur une logique de partage et de promotion de la créativité, qui prime sur tout bénéfice économique individuel pouvant résulter de l'œuvre. Afin d'empêcher que quiconque au milieu de cette chaîne ne l'interrompe et ne bénéficie individuellement du travail réalisé avant lui par l'utilisation de la propriété intellectuelle dans son usage courant, toutes les œuvres produites successivement doivent rester soumises à la « Licence Art Libre » (article 3 de la licence). Elle s'assimile ainsi à l'option *share alike* des licences *Creative Commons*. Les droits d'auteur sont, néanmoins, garantis, puisque toute personne se soumettant à la licence est directement liée à l'auteur de l'œuvre originelle, dont les droits moraux subsistent au long de la durée prévue par la loi. Le droit d'auteur se présente même comme prémisses du « *copyleft* ».

Si, d'un côté, la « Licence Art Libre » possède l'avantage de proposer une solution unique et peut-être plus simple, fondée sur un ensemble défini de droits, de l'autre, elle n'offre pas la même flexibilité que les licences *Creative Commons*. La diversité des licences *Creative Commons* et des droits qu'elles attribuent permet aux titulaires de droits d'auteur de mieux choisir et, par conséquent, de mieux faire appliquer les conditions dans lesquelles leurs œuvres pourront circuler. D'un autre côté, ces multiples possibilités peuvent, au contraire, être considérées comme rendant l'utilisation par le public beaucoup plus complexe, ce qui

pourrait conduire à plus de litiges et au besoin d'un plus grand recours au conseil de juristes ou d'avocats⁹⁵⁶.

iii) Les « *knowledge conservancies* »

Il s'agit ici des « *Intellectual Property Conservancies* » et notamment de la « *Knowledge Conservancy* », transposition au domaine culturel et scientifique de la notion de « *conservancy* » (organisation dédiée à la conservation d'une propriété pour des fins d'intérêt public, comme ceux de la protection de l'environnement aux États-Unis). La *Knowledge Conservancy* est une organisation à but non lucratif qui vise à préserver et à rendre gratuitement accessible au public les ressources sur lesquelles elle acquiert des droits de propriété intellectuelle⁹⁵⁷. Les détenteurs de droits d'auteur font des donations ou concèdent des licences à cette organisation, en limitant les usages de manière à ce que cette mise à disposition du public ne nuise pas à leurs intérêts commerciaux (le minimum exigé étant toutefois l'accès gratuit à la lecture du texte en question). Ils peuvent aussi assortir leur donation de conditions ou prévoir l'entrée en vigueur du contrat à une date ultérieure.

L'objectif de préservation vise à garantir l'accessibilité à long terme aux œuvres acquises, y compris une fois que le détenteur des droits n'aura plus d'intérêt économique à le faire. Pour les titulaires des droits d'auteur, l'intérêt de telles donations se trouve dans des avantages fiscaux sur le territoire des États-Unis et dans la promotion de leurs œuvres. La *Knowledge Conservancy* permet ainsi la création d'une bibliothèque numérique, contenant des liens vers des ouvrages en libre accès sur Internet. Une de ses fonctions est en effet de s'assurer qu'au moins un serveur contenant un certain ouvrage sera toujours disponible pour consultation. Le détenteur des droits doit ainsi fournir au projet une copie de son œuvre, qui serait susceptible d'être mise à disposition dans le cas où le serveur du titulaire des droits ne serait pas en mesure de le faire⁹⁵⁸. En somme, il s'agit d'offrir aux détenteurs de droits d'auteur (ce qui inclut, par exemple, un éditeur ou tout autre titulaire de ces droits) un moyen de permettre au public d'avoir un accès « *free-to-read* » à leurs œuvres. Cela s'avère être une initiative moins ambitieuse que celle de *Creative Commons* ou de *Copyleft*, tournée davantage vers la préservation des œuvres que vers l'encouragement de la création par des œuvres dérivées.

Ces tentatives de flexibilisation du système par les particuliers ont cependant paru insuffisantes pour certains auteurs. Quelques réflexions ont ainsi été développées sur la possibilité de construction d'un

956 Voir I. VODJANI, « Le choix du libre dans le marché du libre choix », 31 mai 2004, < http://www.transactiv-exe.org/article.php3?id_article=95#nb3 >.

957 Voir < <http://rack1.ul.cs.cmu.edu/kc> >.

958 Voir D. BEARMAN, « Intellectual Property Conservancies », *D-Lib Magazine*, vol. 6, N° 12, Décembre 2000 (< <http://www.dlib.org/dlib/december00/bearman/12bearman.html> >).

nouveau système, capable de mieux répondre aux inquiétudes soulevées par le renforcement excessif des droits d'auteur et les difficultés de prise en compte par le système des intérêts du public. En 1996, le rapport *Our Creative Diversity* manifestait ces mêmes inquiétudes et se demandait en effet si les technologies promues par Internet ne devraient pas ouvrir la voie à des nouveaux systèmes de droits, parallèles au système de la propriété intellectuelle, mais qui n'emploieraient pas nécessairement les principes du droit d'auteur / *copyright*⁹⁵⁹. Aujourd'hui, certains auteurs étudient des possibilités de reconstruction du système. Applicables indépendamment du recours à Internet, elles ont le mérite de soulever des interrogations et des solutions qui concerneraient également les pays les plus défavorisés.

B - La fondation d'un nouveau système

À l'origine de certaines réflexions actuelles visant à la reconstruction du système des droits d'auteur se trouve J. Smiers. Cet auteur prévoit, parmi ses propositions pour le secteur de l'art, non seulement des mesures de régulation du secteur culturel, mais également une tentative de solution, dans le domaine de la propriété intellectuelle, contre la déviation des objectifs initiaux de promotion de l'innovation et de la créativité, ainsi que la concentration des droits d'auteurs entre les mains des grands conglomerats culturels.

À la différence des initiatives précédentes, qui s'emploient à flexibiliser le système des droits d'auteur, J. Smiers propose l'abolition de ce système⁹⁶⁰. Il ne s'agit toutefois pas de laisser les auteurs des œuvres culturelles sans aucune protection, droit ou rémunération sur leur travail, mais de remplacer le système actuellement existant par un autre. Un nouveau régime pourrait, selon cet auteur, répondre au besoin d'équilibre entre les droits du créateur de l'œuvre, d'une part, et l'intérêt d'accès du public à cette œuvre, d'autre part, tout en garantissant que ce ne sont pas les conglomerats culturels puissants qui contrôlent les droits sur ces œuvres. Il soutient que le système actuel du droit d'auteur ne bénéficie plus aux artistes et ne répond pas aux besoins des pays en développement. La corruption du système des droits d'auteur serait tellement intense, qu'il serait devenu impossible de le réformer. Toute possibilité d'amendement serait, selon lui, irréaliste, car le système est devenu lui-même la base du problème : le pouvoir exagéré que détiennent les conglomerats culturels par le biais de l'achat de droits. Une simple

959 World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity*, *op. cit.* p.244. On y encourage à chercher de nouvelles bases légales afin de garantir une application effective de droits de propriété intellectuelle révisés, capables d'assurer les meilleures conditions possibles pour les créateurs.

960 Voir sur cette proposition J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 207 et s.

modification ou flexibilisation ne lui paraît pas en mesure de contrebalancer ce pouvoir.

La dilution du système serait au demeurant en train de se faire spontanément avec les innovations technologiques de l'ère du numérique, qui offrent au public des possibilités de reproduction d'extrêmement bonne qualité. L'idée même de droits individuels, dans le cadre de la conception d'originalité qui fonde le système des droits d'auteur, s'effacerait dans les cas où l'artiste se trouve obligé d'abandonner ses droits à un producteur ou tout autre détenteur de droits de propriété intellectuelle pour que son œuvre puisse être distribuée et promue sur le marché. En outre, le droit moral sur les œuvres de l'esprit, qui empêche que celles-ci soient déformées par toute autre personne, renierait le processus de créativité qui peut et doit en découler. En effet, selon la Convention de Berne, nécessitent une autorisation de l'auteur la traduction, les adaptations, les arrangements, la représentation ou exécution en public, la communication de celles-ci au public, la radiodiffusion, la reproduction, l'utilisation pour la production d'une œuvre audiovisuelle et ensuite la reproduction, la distribution, l'exécution ou communication de cette dernière.

J. Smiers propose donc un nouveau régime, capable de permettre que le patrimoine culturel fasse partie du domaine public et puisse être utilisé de manière collective en tant que source d'inspiration artistique. La propriété intellectuelle laisserait la place à la protection des droits de l'homme et en particulier de la liberté d'expression et d'information. Il envisage d'offrir des réponses aux besoins, d'une part, de garantir un domaine public riche et florissant et, d'autre part, de protéger l'auteur en lui assurant une rémunération adéquate, à même d'encourager la création et l'innovation.

Contrairement aux initiatives précédentes, qui mettent l'accent sur la protection de la paternité de l'œuvre, le premier pas vers un nouveau système tel que prôné par J. Smiers serait l'abolition du droit moral de l'auteur sur l'œuvre. Cela permettrait que plusieurs modifications et adaptations soient réalisées (même si très subtiles) et, par conséquent, qu'une « pratique de dialogue » soit créée sur la base des œuvres artistiques. Il critique le rôle « d'arbitres culturels » donné aux institutions judiciaires d'aujourd'hui, lesquelles font, à la place des citoyens, le jugement de l'originalité de chaque œuvre. Pour lui, un artiste qui s'inspire trop fortement d'un autre sans y apporter une contribution de créativité significative ou qui n'accorde pas suffisamment de respect à l'œuvre dont il s'inspire serait déjà négativement perçu au sein de la société. Le contrôle de l'intégrité des œuvres devrait ainsi être fait par la collectivité. Il paraît, néanmoins, que le contrôle populaire de l'originalité d'une œuvre ne pourrait éventuellement avoir lieu que dans un contexte spécifique (prôné, semble-t-il, par cet auteur) de production culturelle locale, à petite échelle.

J. Smiers défend aussi le maintien des systèmes et des procédures actuellement existants de soutien à la culture. Un organe indépendant du pouvoir exécutif, qui déciderait des aides financières à accorder et qui promouvrait les différentes expressions culturelles locales, pourrait éventuellement contribuer à ce « contrôle populaire » qu'il prône.

Quant à la protection du créateur, il aurait un droit de propriété, similaire à tout autre titre de propriété en droit civil, mais fondé sur une notion non matérielle. Ce droit n'aurait pas de durée indéfinie et pourrait se diluer après un certain volume d'adaptations ou de distribution (notion qui mériterait d'être précisée), lorsque la relation entre l'artiste et le consommateur final aurait disparu. J. Smiers souligne d'ailleurs que l'abolition du système de droit d'auteur n'empêcherait pas qu'un artiste soit condamné (y compris sous le droit pénal éventuellement) pour avoir copié entièrement le travail d'un d'autre, sans aucune adaptation, et l'avoir présenté comme étant le sien (risque qui est d'ailleurs davantage accru par l'avènement d'Internet⁹⁶¹). Une telle mesure de répression garantirait à la fois le droit de propriété de l'artiste sur son œuvre et un large droit d'adaptation d'œuvres culturelles de toute nature. La possibilité d'adaptations créatives innombrables finirait ainsi par créer une nouvelle dynamique d'innovation sur le marché.

Un autre effet serait la disparition des « *super stars* », sur lesquelles les industries culturelles investissent massivement en raison de l'exclusivité qu'elles détiennent. Dans cette nouvelle « dynamique créative », les entreprises culturelles finiraient par produire, distribuer et promouvoir des produits culturels à plus petite échelle. Cela serait stimulé par des mesures de contrôle de la concurrence et il n'y aurait plus de surinvestissement dans un petit nombre d'œuvres culturelles.

Ce nouveau système aurait, en outre, l'avantage de garantir une meilleure rémunération pour les artistes, indépendamment de leur pays d'origine, et de ne pas faire dépendre cette rémunération des subventions publiques⁹⁶². Ils pourraient trouver, en effet, plus facilement des marchés et des publics pour leurs produits, non seulement dans leur pays et région, mais aussi internationalement, notamment grâce à Internet. Cela leur garantirait une première source de revenus. Une deuxième source proviendrait de la réduction des coûts liés au système des droits d'auteurs, en raison de l'élimination non seulement de la bureaucratie qui y est associée, mais également des droits payés aux organismes collectifs de gestion des droits. En outre, une taxe sur le chiffre d'affaires

961 Il semble toutefois que les difficultés de contrôle dans l'environnement numérique pourraient rendre impraticable ou du moins très ardue la condamnation d'un artiste qui s'approprierait l'œuvre d'un autre.

962 Voir, sur les propositions de J. SMIERS pour améliorer la rémunération des créateurs, J. SMIERS, « Conglomerados Culturales: Propietarios Ausentes », *op. cit.*, p. 2, ainsi que, du même auteur, *Arts under pressure*, *op. cit.*, pp. 213 et s. et « L'évaporation des droits d'auteur en faveur des artistes », *op. cit.*, p. 188.

d'entreprises qui investissent dans la promotion de « *blockbusters* » ou tout simplement qui utilisent du matériel artistique (ce qui élargit considérablement la portée de cette mesure) pourrait être créée.

L'argent ainsi récolté constituerait des fonds spéciaux, qui seraient partagés en trois parties. Une première partie serait destinée au développement de la vie artistique de la société où les fonds ont été collectés. Elle s'ajouterait aux subventions et à d'autres types de soutien financier en faveur des festivals, des institutions artistiques et toute autre initiative culturelle. L'argent serait partagé selon des critères démocratiques et profiterait aussi à des œuvres qui ne sont pas encore capables de générer du profit à court terme. Ensuite, une deuxième partie constituerait une sorte de salaire pour les artistes, payés au long de la période de création et production. Cela leur permettrait de travailler indépendamment du soutien d'institutions particulières ou de festivals et effacerait la relation directe entre l'usage réel d'une œuvre et la rémunération de l'artiste. Une dernière partie servirait à soutenir l'art dans les pays non occidentaux. Cela se justifie, selon J. Smiers, par deux motifs : d'une part, le fait que les profits résultant de l'activité artistique reviennent pour la plupart aux pays occidentaux, bien qu'une part de leur inspiration provienne souvent des pays non occidentaux ; d'autre part, la tendance croissante pour les artistes de ces derniers pays de devoir partir vers les pays développés pour pouvoir gagner leur vie et voir leur travail reconnu. Cette aide aux pays économiquement moins favorisés garantirait que ces artistes puissent, en restant chez eux, contribuer à la vie culturelle de leur société.

Pour J. Smiers, le développement de ce nouveau régime, adapté aux différents domaines de la production culturelle, répondrait donc à plusieurs besoins du secteur de la culture : une rémunération juste aux artistes, le débat public sur la valeur des œuvres artistiques, le développement et la préservation du domaine public, la garantie de la diversité des sources d'inspiration, et la rupture de l'oligopole des conglomérats culturels tel qu'il résulte de l'actuel système des droits d'auteur.

Bien que cette proposition soit plus radicale que les initiatives étudiées précédemment, elle paraît faisable du moins à long terme, si les caractéristiques de chaque pays et de sa vie culturelle sont prises en compte. Le fort ancrage du système de la propriété intellectuelle dans la société actuelle (corroboré par les efforts des entreprises des médias et des pays développés pour la prise de conscience du public sur les droits d'auteur) peut, néanmoins, rendre difficile tout changement qui viserait directement le remplacement du système actuel. Une solution semble pouvoir être trouvée dans une évolution graduelle, où l'on passerait du système rigide et problématique en termes de droit d'accès d'aujourd'hui à la flexibilisation telle que reflétée dans des initiatives comme celles de *Creative commons* ou de *Copyleft*, ou encore dans le Plan d'action de l'OMPI pour le développement. Cela pourrait finalement déboucher sur

un système différent du *copyright*, du moins pour les produits et services numériques, tout en garantissant le droit individuel de propriété de l'auteur sur l'œuvre. Une évolution dans cette direction peut ne pas être très éloignée, surtout depuis les transformations rapides du secteur promues par la numérisation. En ce sens, J. Smiers rappelle que les concepts auparavant solides d'« auteur », d'« originalité » ou d'« œuvre », concepts qui sont à la base du système de propriété intellectuelle, se diluent de plus en plus⁹⁶³.

963 J. SMIERS, *Arts under pressure*, *op. cit.*, p. 216.

CONCLUSION

Au fil de cet ouvrage, a été démontrée la nature ambivalente des produits et services culturels, qui s'exprime en des particularités culturelles et économiques. Leurs caractéristiques économiques sont, par exemple, liées au risque de marché considérable qu'encourent les industries culturelles, leur tendance à recourir aux économies d'échelle et la production d'externalités importantes, pour lesquelles le marché est incapable de donner une réponse suffisante. Il en découle une structure de marché défectueuse, où un nombre très réduit de grandes entreprises transnationales (provenant pour la plupart de pays développés) acquiert un maximum de droits de propriété intellectuelle et ne promeut qu'un minimum d'œuvres à succès, d'attraction universelle, capables de rentabiliser les investissements réalisés en production et marketing. La majorité des œuvres culturelles n'arrive donc jamais sur les marchés ou du moins n'atteint pas d'autres marchés que celui où elles ont été créées. Si l'on considère que ces produits et services contiennent une composante culturelle fondamentale pour la cohésion des sociétés multiculturelles, une offre culturelle réduite signifie qu'une grande partie des groupes sociaux ne peuvent avoir accès aux œuvres culturelles qui reflètent leurs identités et par ailleurs ne peuvent connaître, et par conséquent comprendre, les valeurs culturelles d'autres groupes.

Cela justifie en définitive que l'État intervienne sur le marché culturel afin de garantir un espace minimum d'expression à toutes les cultures qui le composent. Sur le plan national et dans leurs relations internationales, de nombreux États s'efforcent de répondre à la fois aux besoins de leurs entreprises culturelles en termes de compétitivité (à l'intérieur et à l'extérieur de leurs frontières) et aux besoins de diversité culturelle et de pluralisme des médias. L'action gouvernementale bénéfique pour les industries culturelles nationales apparaît en règle générale sous la forme d'exigences de contenu local, de licences pour l'exercice d'une activité à caractère culturel, de limites à la propriété étrangère dans le secteur des médias et de soutien financier aux œuvres culturelles.

Ces mesures peuvent, néanmoins, être contestées sur le plan international, lorsque le secteur culturel devient soumis aux règles de libéralisation de marché, prévoyant un traitement non discriminatoire entre les produits et services provenant de pays étrangers différents (clause de la nation la plus favorisée) et entre les produits et services nationaux et étrangers (traitement national). La réglementation multilatérale du droit international du commerce en matière d'échange de produits et de services

culturels, découlant notamment du droit de l'OMC, semble bénéficier largement aux intérêts commerciaux des États, au détriment de toute préoccupation culturelle sous-jacente aux mesures étatiques de politique culturelle. Dans le cadre de l'OMC, la pratique de l'Organe de règlement des différends contribue, en outre, à ce déséquilibre.

En raison de leur contenu créatif, les œuvres culturelles sont couvertes par des droits de propriété intellectuelle et notamment les droits d'auteur et droits voisins. Le renforcement de la protection des droits d'auteur observé ces dernières années ne semble pourtant pas favoriser l'artiste lui-même, mais plutôt les grandes entreprises de l'industrie culturelle, à qui il cède souvent ses droits patrimoniaux. Le monopole que ces droits confèrent entrave la liberté d'accès du public aux œuvres culturelles, car celles-ci ne seront proposées sur le marché qu'avec l'autorisation des entreprises titulaires des droits. Le dynamisme de la création culturelle s'en trouve également appauvri, car les artistes ne peuvent se prévaloir des œuvres produites précédemment par d'autres créateurs que s'ils disposent d'une autorisation à cet effet, laquelle peut de surcroît être accompagnée d'une rémunération (due au détenteur des droits) prohibitive, en particulier pour les pays en développement.

Si le ralentissement des négociations du cycle de Doha a permis de freiner le mouvement de libéralisation multilatérale du commerce (y compris du secteur culturel), les négociations commerciales bilatérales et régionales se sont quant à elles poursuivies. Les États-Unis, par exemple, ont réussi à obtenir sur le plan bilatéral de larges marchés pour leurs industries culturelles. Tandis que les mesures nationales de soutien financier en faveur de la culture ont souvent été acceptées dans les accords signés avec cet État, une clause de libéralisation du secteur du numérique et une obligation de ratifier les derniers traités de l'OMPI sur les droits d'auteur y ont été fréquemment incluses. Il existe ainsi un complexe d'ensembles normatifs applicable au commerce des produits et services culturels qui est incapable de leur accorder un traitement spécifique et moins libéral tenant compte ainsi de leur double nature culturelle et commerciale. Au sein de l'OMC, les propositions d'instruments complémentaires n'ont pu aboutir ou se sont montrées inappropriées pour offrir un cadre normatif nouveau pour le secteur culturel.

La notion de diversité culturelle semble pouvoir offrir une réponse à cette problématique. Consacrée sur le plan international dans des déclarations provenant du Conseil de l'Europe, de la Francophonie et de l'UNESCO, elle exige que chaque culture puisse s'exprimer de manière équitable. L'État doit pour cela intervenir afin de garantir ces expressions. C'est ce que la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles de 2005 a souhaité garantir, en réaffirmant la double nature des produits et des services culturels et l'existence d'un lien entre le commerce et la culture. Elle a réitéré le droit souverain des États d'adopter et de maintenir des mesures de politique culturelle, ce qui représente un

acquis fondamental, du moins dans une perspective politique et stratégique. En effet, si cette Convention contient peu de véritables obligations en faveur de la culture, elle peut, toutefois, servir de base argumentative pour le refus des États de libéraliser leur secteur culturel, afin de garantir leur marge de manœuvre en matière de politique culturelle. En l'absence d'engagements commerciaux contraignants, ils pourront maintenir ou adopter des mesures discriminatoires dans ce secteur, comme les quotas de contenu national, les subventions en faveur de l'industrie nationale et/ou les accords de coproduction. Cette capacité dépendra avant tout de leur volonté politique dans les négociations internationales, laquelle, on l'espère, ira en se renforçant.

N'en demeurent pas moins les situations de concentration du marché des produits et services culturels et de protection, souvent abusive, des droits d'auteur. La Convention de 2005 ne traite pas directement de ces deux thèmes, mais une réflexion approfondie à leur propos est, néanmoins, inhérente à toute discussion sérieuse visant à concrétiser la diversité culturelle, à travers la matérialisation d'une offre culturelle diversifiée. La restructuration du marché des produits et services culturels constitue, en effet, une question d'importance primordiale pour la garantie du pluralisme culturel. L'action des États en ce domaine exigera souvent des corrections en matière de surveillance du marché et cela vis-à-vis non seulement de sa régulation, mais aussi du contrôle des concentrations et des comportements anticoncurrentiels. Il faudra en particulier introduire des préoccupations de diversité culturelle dans l'analyse des marchés du secteur des médias. En parallèle, une responsabilisation plus grande du secteur privé en matière de structuration du marché devra avoir lieu, à travers des initiatives d'autorégulation surveillée par l'État capables de promouvoir à la fois la compétitivité économique des entreprises et l'offre d'œuvres culturelles la plus variée.

La participation du secteur privé à la construction d'un nouveau régime juridique bénéfique à la diversité culturelle se manifeste également dans le domaine de la propriété intellectuelle, où certains acteurs du marché semblent avoir entrepris concrètement une flexibilisation du système existant. Cette flexibilisation vise à promouvoir la circulation des œuvres culturelles et à faciliter l'accès du public (y compris des artistes) à une pluralité de produits et services culturels. Les droits d'auteur, protégés non seulement par la réglementation renforcée sur la propriété intellectuelle, mais aussi par des mécanismes techniques de contrôle de l'utilisation des œuvres dans l'univers numérique, contrarient largement le potentiel de diffusion de la technologie du numérique, en restreignant davantage l'accès aux expressions culturelles. Le potentiel de la flexibilisation des droits d'auteur pour une véritable concrétisation de la diversité culturelle paraît ainsi indiscutable. Elle est davantage nécessaire dans les pays en développement, où le fossé numérique et le pouvoir d'achat de la plus grande partie de la population réduisent l'accès à l'offre culturelle.

Une politique gouvernementale de fixation de prix pour les œuvres audiovisuelles, par exemple, aurait des effets positifs non seulement dans le sens de la promotion de la consommation d'une large variété d'œuvres de qualité, mais aussi dans la lutte contre le piratage dans ces pays.

Les réponses proposées dans ce travail aux questions de la concentration du marché et de la protection des droits d'auteur devront sans doute affronter l'opposition de pays détenant des entreprises culturelles puissantes comme les États-Unis qui, en s'efforçant de soumettre les produits et services culturels aux règles générales du libre commerce, contestent toute action étatique envisageant de contrôler cette libéralisation. Ils se sont ainsi opposés à la légitimation des mesures de politique culturelle par la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles en craignant que ses dispositions puissent empêcher la bonne application des accords de libéralisation commerciale. Il est également compréhensible qu'ils s'opposent à tout mouvement de désagrégation du pouvoir des conglomerats culturels, à la fois par le contrôle concurrentiel et par le contrôle du monopole que les droits d'auteur leur octroient.

En droit communautaire européen, en revanche, une orientation vers la prise en compte de la spécificité culturelle peut être observée dans ses efforts pour l'adoption de la Convention de 2005, dans le domaine du droit de la concurrence (particulièrement vis-à-vis du régime d'aides d'État pour le cinéma et l'audiovisuel) et dans la prise en compte par la CJCE de la diversité culturelle comme raison d'intérêt général pouvant justifier une restriction à une liberté fondamentale du Traité CE. On ne peut qu'espérer qu'une approche plus flexible des droits d'auteur puisse également s'y ajouter, en dépit de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. L'accès à une offre culturelle diversifiée et l'incitation à la création culturelle ne pourront exister pleinement si les entreprises des médias contrôlent techniquement cet accès au-delà de ce que la réglementation sur la propriété intellectuelle, déjà très favorable à la protection des détenteurs des droits, prévoit.

La participation accrue de la société civile pourra probablement contribuer à la sensibilisation dans ce sens. Un rôle important pourra également être joué par les différentes organisations internationales ayant des compétences relatives au secteur culturel et notamment par l'UNESCO, le Conseil de l'Europe, l'Organisation internationale de la Francophonie, ainsi que les institutions qui épousent la cause des pays en développement, comme la CNUCED et le PNUD. Devront être trouvées de nouvelles solutions capables d'enrayer adéquatement la libéralisation commerciale des produits et services culturels, en proclamant leur spécificité et, par conséquent, la nécessité d'un traitement juridique particulier pour ces produits et services.

L'influence de la Convention de l'UNESCO de 2005 sur les négociations commerciales, la prise en compte du caractère culturel des médias lors des analyses du marché par les autorités de contrôle de la concurrence, l'incitation à l'autorégulation de ce marché surveillée par l'État et les mécanismes de flexibilisation des droits d'auteur sont une première étape en ce sens, et devront être stimulés et intensifiés dans l'avenir. Seul un tel traitement différentiel pourra assurer la pérennité d'une pluralité d'expressions culturelles et des échanges culturels équilibrés à même de promouvoir une plus profonde compréhension entre les cultures et, partant, la paix et la sécurité mondiales.



INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES ⁹⁶⁴

1) OUVRAGES, THÈSES ET RAPPORTS

- ACHESON, Keith et MAULE, Christopher, *Canada - audiovisual policies: impact on trade*, HWWA, Hamburg, 2003, 30 p.
- BARBER, Benjamin R., *Jihad vs. McWorld*, Corgi, London, 2003, 389 p.
- BASLAR, Kemal, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998, 427 p.
- BERTRAND, André, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999, 951 p.
- BOSSIS, Gaëlle et ROMI, Raphaël, *Droit du cinéma*, (coll.) Systèmes Droit, LGDJ, Paris, 2004, 219 p.
- BOURCIER, Danièle et DULONG DE ROSNAY, Mélanie, *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Droit et Technologies, Éd. Romillat, 2005, 176 p., < <http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf> >.
- BURIN DES ROZIERS, Laurent, *Du cinéma au multimédia. Une brève histoire de l'exception culturelle*, Les notes de l'Institut Français des Relations Internationales (IFRI), n° 5, IFRI, Paris, 1998, 90 p.
- CARD, Duncan Cornell, *Canada-United States free trade and Canadian cultural sovereignty*, vol. II, Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1987, 93 p.
- CHOISY, Stéphanie, *Le domaine public en droit d'auteur*, (coll.) Le droit des affaires – Propriété intellectuelle, Publications de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri-Desbois, n° 22, Litec, Paris, 2002, 289 p.
- CNUCED, *Developing Countries Becoming a Global Player: Opportunities in the Music Industry*, UNCTAD WIPO Joint Project, Cuban Music Industry Development and Marketing Plan, Octobre 2001, 66 p., < http://www.wipo.int/about-ip/en/studies/pdf/study_a_gray.pdf >.
- CNUCED, *Report of the Expert Meeting on Audiovisual Services: Improving participation of developing countries*, 13-15 novembre 2002, UNCTAD, Genève, TD/B/COM.1/56, TD/B/COM.1/EM.20/3, 4 décembre 2002, 14 p.
- CNUCED, *Resource Book on TRIPS and development: an authoritative and practical guide to the TRIPS agreement*, UNCTAD et ICTSD, 2005, < <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm> >.
- COCQ, Emmanuel et MESSERLIN, Patrick, *The French audiovisual policy: impact and compatibility with trade negotiations*, HWWA, Hamburg, 2003, 27 p.
- COMANZO, Sylvie, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles*, Thèse soutenue à l'Université de Dijon, 1997.

- Commission britannique des droits de propriété intellectuelle, *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Londres, 2003, 178 p., < http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/pdf/dfid_main_report_french_rr.pdf >⁹⁶⁵.
- Conseil de l'Europe, *Concentrations transnationales des médias en Europe*, Division des médias de la Direction générale des Droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Novembre 2004, AP-MD (2004) – 7, 50 p., < http://www.ebu.ch/CMSimages/fr/BRUDOC_INFO_FR_158_tcm7-34549.pdf >.
- Conseil de l'Europe, Document de travail du Comité de la Culture, « Vers une stratégie transversale pour la promotion de la diversité culturelle », Conférence « Industries culturelles et nouvelles technologies de l'information » Strasbourg (France), 19-20 novembre 2001, auparavant disponible sur < <http://www.coe.int> >.
- COWEN, Tyler, *How the United States funds the Arts*, Washington, National Endowment for the Arts, Octobre 2004, 23 p., < <http://www.arts.gov/pub/how.pdf> >.
- DERIEUX, Emmanuel, *Droit européen et international des médias*, LGDJ, Paris, 2003, 282 p.
- DOUTRELEPONT, Carine et WAELBROECK, Michel, *Questions de droit de l'audiovisuel européen*, Bruylant / LGDJ, 1997, 301 p.
- DOUTRELEPONT, Carine, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Bruylant / LGDJ, 1996, 317 p.
- DOUTRELEPONT, Carine (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 544 p.
- EU Monitoring and Advocacy Program (EUMAP), Network Media Program (NMP), *Television across Europe: regulation, policy and independence - Overview*, Open Society Institute, 2005, 184 p., < http://www.eumap.org/topics/media/television_europe/international/summary_report/summary_sections/overview.pdf >.
- European Commission, *The single market review: impact on services: audiovisual services and production*, Luxembourg, EC, Kogan Page, London, 1998, 239 p.
- FARCHY, Joëlle, *La fin de l'exception culturelle ?*, CNRS, Paris, 1999, 268 p.
- GAGNÉ, Gilbert, CÔTÉ, René et DEBLOCK, Christian, *Les récents accords de libre-échange conclus par les États-Unis : une menace à la diversité culturelle*, Rapport soumis à l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Centre d'études internationales et mondialisation, Institut d'études internationales de Montréal, 18 juin 2004, 69 p., < http://agence.francophonie.org/diversite_culturelle/fichiers/aif_etude_deblock_gagne_cote_2004.pdf >.
- GEIGER, Christophe, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Le Droit des Affaires – Propriété Intellectuelle, n° 25, Litec, Paris, 2004, 442 p.
- GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, 453 p.
- GOURNAY, Bernard, *Exception culturelle et mondialisation*, La Bibliothèque du citoyen, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, 133 p.

965 Pour la version anglaise de septembre 2002, 195 p., < http://www.ipr.commission.org/graphic/documents/final_report.htm >.

- HINDLEY, Brian et NICOLAIDES, Eri, *Taking the New Protectionism Seriously*, Thames Essay n° 34, Trade Policy Research Centre, London, 1983, 98 p.
- JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2^e éd., Massachusetts Institute of Technology, 1997, 441 p.
- JACKSON, John H. et DAVEY, William J., *Legal problems of international Economic Relations - Cases, Materials and Texts on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 2^e éd., American Casebook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1986, 1269 p.
- KRUGMAN, Paul et OBSTFELD, Maurice, *International Economics – Theory and Policy*, Addison-Wesley Publishing Company, Massachusetts, 2000, 750 p.
- LE CHAMPION, Rémy, *Les mutations de l'économie mondiale de l'audiovisuel*, Thèse soutenue à l'Université de Paris X, 1989.
- LEE, James R., *Exploring the GAPS – vital links between trade, environment and culture*, Kumarian Press, West Hartford, 2000, 249 p.
- LESSIG, Lawrence, *Free Culture – How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, The Penguin Press, New York, 2004, 345 p., < <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> >.
- LETTIS, Richard / International Music Council, *The Protection and Promotion of Cultural Diversity* (étude préparée pour UNESCO), June 2006, 209 p., < http://www.unesco.org/imc/programmes/imc_diversity_report.pdf >.
- MESSERLIN, Patrick A., SIWEK, Stephen E. et COCQ, Emmanuel, *The Audiovisual Services Sector in the GATS Negotiations*, American Enterprise Institute et Groupe d'Économie Mondiale de Sciences Po, AEI Press, Washington/Paris, 67 p., < http://www.aei.org/books/bookID.760,filter.all/book_detail.asp >.
- MUKHERJEE, Arpita, *Audiovisual policies and international trade: the case of India*, HWWA, Hamburg, 2003, 39 p.
- Observatoire européen de l'audiovisuel, *Tendances du marché mondial du film - Focus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, < http://www.obs.coe.int/oea_public_market/focus.html >.
- OCDE, *Échanges internationaux de services – les œuvres audiovisuelles*, OCDE, Paris, 1986, 48 p.
- OCDE, *La société créative du XXI^e siècle*, OCDE, Paris, 2001, 232 p., < <http://www.oecd.org/dataoecd/57/14/35629526.pdf> >.
- OCDE, *Politique de la concurrence et mutation du secteur de la diffusion audiovisuelle*, OCDE, Paris, 1993, 348 p.
- OCDE, *Pour l'ouverture des marchés des services – L'Accord Général sur le commerce des services*, OCDE, Paris, 2002, 109 p.
- OCDE, *Problèmes stratégiques et réglementaires posés par les services de production et de diffusion de contenus sur réseaux*, Groupe de travail sur l'économie de l'information, DSTI/ICCP/IE(96)9/FINAL, OCDE, Paris, 1999, 38 p.
- OKEDIJI, Ruth L., *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, Issue Paper n° 15, ICSTD et UNCTAD, Mars 2006, 52 p., < <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/ruth%202405.pdf> >.

- OMC, *Guide to the GATS - An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services*, WTO Secretariat, Kluwer, 2001, 704 p.
- PAQUEROT, Sylvie, *Le statut des ressources vitales en droit international – Essai sur le concept de patrimoine commun de l’humanité*, Mondialisation et droit international, Bruylant, Bruxelles, 2002, 272 p.
- PERINO, Grischa et SCHULZE, Günther G., *Competition, cultural autonomy and global governance: the audiovisual sector in Germany*, HWWA, Hamburg, 2003, 42 p.
- PNUD, Rapport Mondial sur le Développement Humain 2004, *La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Economica, Paris, 2004, 285 p., < <http://hdr.undp.org/fr/rapports> >.
- PUREZA, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad - ¿Hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, 2002, 399 p.
- REGOURD, Serge, *Droit de la communication audiovisuelle*, PUF, 2001, 475 p.
- REY, Germán, *La cultura en los tratados de libre comercio y el Alca – Diez preguntas sencillas sobre diez asuntos complejos*, Collécion Papeles CAB, Convenio Andrés Bello, Bogotá, 2004, 44 p.
- RICKETSON, Sam, *Étude de l’OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d’auteur et aux droits connexes dans l’environnement numérique*, Comité permanent du droit d’auteur et des droits connexes, OMPI, SCCR/9/7, 5 avril 2003, 93 p., < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_9/sccr_9_7.pdf >.
- RINGELHEIM, Julie, *Diversité culturelle et droits de l’homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 490 p.
- SINCLAIR, Scott et GRIESHABER-OTTO, Jim, *Facing the Facts: A Guide to the GATS debate*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002, 113 p.
- SIRINELLI, Pierre, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2003, 226 p.
- SIWEK, Stephen, *Copyright Industries in the US Economy, The 2004 Report*, International Intellectual Property Alliance, 2004, 48 p., < <http://www.iipa.com> >.
- SIWEK, Stephen, *Copyright Industries in the US Economy, The 2006 Report*, International Intellectual Property Alliance, 2006, 21 p., < http://www.iipa.com/pdf/2006_siwek_full.pdf >.
- SMIERS, Joost, *Artistic Expression in a Corporate World*, Utrecht School of the Arts, Utrecht, Février 2004, 95 p., < http://www.culturelink.org/news/members/2004/Smiers_Artistic_Expression.pdf >.
- SMIERS, Joost, *Arts under pressure – Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalization*, Zed Books Ltd, London, 2003, 275 p.
- UNESCO, *Avantages et modalités d’application de l’accord pour l’importation d’objets de caractère éducatif, scientifique et culturel*, 3^e édition, UNESCO, Paris, 1969, 38 p.
- UNESCO, *Diversité culturelle : Patrimoine commun, identités plurielles*, UNESCO, Paris, 2002, 112 p. < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf> >.

- UNESCO, *Dix clés pour la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, UNESCO, Paris, 2006, 14 p., < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502F.pdf> >.
- UNESCO, *Enquête sur les cinémas nationaux*, Septembre 1999, UNESCO, auparavant disponible sur < <http://www.unesco.org> >.
- UNESCO, *Échanges internationaux d'une sélection de biens et services culturels, 1994-2003 – Définir et évaluer le flux du commerce culturel mondial*, ISU, Secteur de la Culture, UNESCO, Montréal, 2005, 98 p., < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001428/142856f.pdf> >.
- UNESCO, *Étude préliminaire sur les aspects techniques et juridiques relatifs à l'opportunité d'un instrument normatif sur la diversité culturelle*, préparée par le Conseil exécutif de l'UNESCO, 166^e session, UNESCO, le 12 mars 2003, 166 EX/28, < <http://unesdoc.UNESCO.org/images/0012/001297/129718f.pdf> >.
- UNESCO, *Guide pour l'application de l'« Accord de Florence » et de son Protocole, Adoptés respectivement à la Conférence générale de l'UNESCO à Florence en 1950 et à Nairobi en 1976*, 28 p., < http://portal.unesco.org/culture/fr/files/24430/11018961683guide_florence.pdf/guide_florence.pdf >.
- UNESCO, *La Circulation internationale de biens culturels sélectionnés 1980-98*, Division des politiques culturelles et ISU, < <http://www.unesco.org/bpi/fre/unescopresse/2000/01-05f.shtml> >.
- UNESCO, *Les droits culturels en tant que droits de l'homme*, Politiques culturelles : études et documents, n° 3, UNESCO, Paris, 1970, 129 p.
- UNESCO, *Mesurer la diversité linguistique sur Internet*, Publication pour le Sommet mondial sur la société de l'information, UNESCO, Paris, 2005, 111 p., < http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/MeasuringLinguisticDiversity_Fr.pdf >.
- UNESCO, *Opportunité de l'élaboration d'un instrument normatif international concernant la diversité culturelle*, Étude soumise par le Directeur Général à la Conférence Générale de l'UNESCO, 32^e session, Paris, 18 juillet 2003, 32 C/52, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001307/130798f.pdf> >.
- UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, 400 p., < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- UNESCO, *Vers les sociétés du savoir*, Rapport mondial de l'UNESCO, UNESCO, Paris, 2005, 237 p., < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001418/141843f.pdf> >.
- VAN DEN HOEK, Albert W., *Cultural diversity and the ideology of development: UNESCO's role in the international debate on the cultural dimension of development*, Leiden Institute of Development Studies and Consultancy Services, Faculty of Social Sciences, University of Leiden, Leiden, 1988, 68 p.
- WILDMAN, Steven S. et SIWEK, Stephen E., *International trade in films and television programs*, Ballinger, Cambridge, Mass., 1988, 194 p.
- World Commission on Culture and Development, *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development* (par PEREZ DE CUELLAR, Javier), 2^e éd. rév., UNESCO Publishing / Oxford & IBH Publishing, Paris, 1996, 309 p.
- ZAMPETTI, Americo Beviglia, *WTO rules in the audiovisual sector*, HWWA, Hamburg, 2003, 25 p.

2) ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES

- ACHESON, Keith et MAULE, Christopher J., « Canada's Cultural Exemption – Insulator or Lightning Rod? », in *World Competition Law and Economics Review*, vol. 20-1, Werner, Genève, 1996, pp. 67-89.
- ACHESON, Keith et MAULE, Christopher J., « Copyright, Contract, the Cultural Industries, and NAFTA », in Mc ANANY, Emile G. et WILKINSON, Kenton T. (eds.), *Mass Media and Free Trade: NAFTA and the Cultural Industries*, University of Texas Press, Austin, 1997, pp. 351-379.
- ALVAREZ, José E., « The WTO as Linkage Machine », in *American Journal of International Law, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 146-158.
- AMBROSI, Alain, « La question de la diversité culturelle au Sommet mondial sur la société de l'information : un état des lieux des acteurs et des enjeux », in GAGNÉ, Gilbert, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, pp. 137-153.
- ANDERSEN, Brigitte, KOZUL-WRIGHT, Zeljka et KOZUL-WRIGHT, Richard, « Copyright, Competition and Development: the Case of the Music Industry », UNCTAD/OSG/DP/145, January 2000, 31 p., < http://www.unctad.org/en/docs/dp_145.en.pdf >.
- APPLETON, Arthur E., « GATT Article XX's Chapeau: A Disguised 'Necessary' Test?: The WTO Appellate Body's Ruling in United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline », in *Review of European Community and International Environmental Law*, 1997, pp. 131-138.
- ATKINSON, Dave, « De 'l'exception culturelle' à la 'diversité culturelle' : les relations internationales au coeur d'une bataille planétaire », in « Médias et société internationale » (ch. 7), in *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. II, 2001, pp. 663-675, < <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001190.pdf> >.
- ATKINSON, Dave, « De 'l'exception culturelle' à la 'diversité culturelle' – un enjeu au coeur d'une bataille planétaire », in *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. I, 2000, pp. 938-941, < <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/atkinson2001.pdf> >.
- ATKINSON, Dave, « Le droit des États et des gouvernements de soutenir la culture à la lumière de l'évolution du cadre normatif du commerce international : vers un instrument international? », Mai 2001, 30 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/docatkin.pdf> >.
- AZZARIA, Georges, « Culture et commerce : la rhétorique de l'équilibre », in GAGNÉ, Gilbert, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, pp. 63-79.
- AZZI, Stephen, « Magazines and the Canadian dream: the struggle to protect Canadian periodicals, 1955-1965 », in *International Journal*, vol. 54, n° 3 (Summer 1999), pp. 502-524.
- BACCHUS, James, « A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy, and the WTO », in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 429-435.

- BAER, Jean-Michel, « L'exception culturelle – Une règle en quête de contenus », in *En Temps Réel*, Cahier 11, Octobre 2003, 32 p., < <http://en.temps.reel.free.fr/activites.htm> >.
- BAGWELL, Kyle, MAVROIDIS, Petros C. et STAIGER, Robert W., « It's a Question of Market Access », in *American Journal of International Law, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 56-76.
- BARLET, Olivier, « Les tendances du marché audiovisuel : perspectives africaines – Burkina Faso, Nigeria et Sénégal », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 247-320, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- BEAT GRABER, Christoph, « Audio-visual policy: the stumbling block of trade liberalisation », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 165-214.
- BEAT GRABER, Christoph, « Audiovisual media and the law of the WTO », in BEAT GRABER, Christoph, GIRSBERGER, Michael et NENOVA, Mira, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, pp. 15-64.
- BEAT GRABER, Christoph, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO ? », in *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 3, September 2006, pp. 553-574.
- BEAT GRABER, Christoph et TEUBNER, Gunther, « Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere? », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 1, 1998, pp. 61-73.
- BELLIS, Jean-François, « Lack of clear regulatory framework on safeguards, government procurement and subsidies », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 275-307.
- BERNARD, François de, « Pour une refondation du concept de diversité culturelle », in GAGNÉ, Gilbert, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, pp. 21-33.
- BERNIER, Ivan, « Analyse comparative des Accords de libre-échange Chili - E.U. et Singapour - E.U. en ce qui a trait plus particulièrement à leur incidence sur le secteur culturel », Avril 2003, 17 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-04.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Analyse et commentaire critique du document n° 32C/52 de l'UNESCO 'Opportunité de l'élaboration d'un instrument normatif international concernant la diversité culturelle' », étude réalisée à la demande de la Francophonie, Août 2003, 13 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_bernier_unesco.pdf >.
- BERNIER, Ivan, « A UNESCO International Convention on Cultural Diversity », in BEAT GRABER, Christoph, GIRSBERGER, Michael et NENOVA, Mira, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, pp. 65-76.

- BERNIER, Ivan, « Avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques – Analyse et commentaire », commandé par l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Octobre 2004, 18 p., < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_bernier_aout2004.pdf >.
- BERNIER, Ivan, « Content regulation in the audio-visual sector and the WTO », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 215- 242.
- BERNIER, Ivan, « L'utilisation des données statistiques dans les négociations sur un nouvel accord international sur la diversité culturelle à l'UNESCO », Septembre-Octobre 2003, 18 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-09-10.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « La bataille de la diversité culturelle », *Les Tirés-à-part de la Société Suisse des Auteurs*, n° 3, Été 2004, 6 p.
- BERNIER, Ivan, « La dimension culturelle dans le commerce international : quelques réflexions en marge de l'accord de libre-échange Canada/États-Unis du 2 janvier 1988 », in *Canadian Yearbook of international law*, vol. 25, 1988, pp. 249-262.
- BERNIER, Ivan, « La mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », Novembre 2005, 11 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique-05-11.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « La première réunion d'experts gouvernementaux sur l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques de l'UNESCO : Les implications pour la suite de la négociation », Novembre-Décembre 2004, 19 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique04-12.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « La seconde session de la réunion des experts gouvernementaux sur l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques de l'UNESCO », Mai 2005, 36 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique05-05.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « La troisième session de la réunion intergouvernementale d'experts sur l'Avant-projet de Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et l'examen du Projet de Convention par la Conférence générale de l'UNESCO », Janvier 2006, 11 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique06-01.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Le lien entre une future convention internationale sur la diversité culturelle et les autres accords internationaux », Mai 2003, 9 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-05.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Les accords de libre-échange conclus récemment par les États-Unis en tant qu'exemple de leur nouvelle stratégie relativement au secteur audiovisuel », Avril-Juin 2004, 16 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/conf_seo_ul_fra_2004.pdf >.
- BERNIER, Ivan, « Les exigences de contenu local au cinéma, à la radio et à la télévision en tant que moyen de défense de la diversité culturelle : théorie et réalité », Partie I, Novembre-Décembre 2003, 13 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-11-12.pdf> >.

- BERNIER, Ivan, « Les exigences de contenu local au cinéma, à la radio et à la télévision en tant que moyen de défense de la diversité culturelle : théorie et réalité », Partie II, Janvier-Mars 2004, 20 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique_04-01-04.pdf >.
- BERNIER, Ivan, « Les pays en développement et le projet de convention internationale sur la diversité culturelle », Juin 2003, 12 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-06.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Les subventions aux services audiovisuels dans le cadre du GATS : situation actuelle et impact des négociations », Août 2003, 11 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-08.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Pour un meilleur accès à la diversité de l'offre cinématographique étrangère », Juillet 2003, 10 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique_03-07.pdf >.
- BERNIER, Ivan, « Trade and Culture », in MACRORY, Patrick F.J., APPLETON, Arthur E. et PLUMMER, Michael G. (ed.), *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, vol. 2, Springer, New York, 2005, pp. 747-793.
- BERNIER, Ivan, « Un aspect important de la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : le Fonds international pour la diversité culturelle », 16 avril 2007, 20 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/fonds-diversite-culturelle.pdf> >.
- BERNIER, Ivan, « Un nouvel instrument international sur la diversité culturelle – Questions et réponses », 2001, < <http://www.incd.net/html/francais/conf/bemier.html> >.
- BERNIER, Ivan, « Une convention internationale sur la diversité culturelle à l'UNESCO », Mars 2003, 10 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/chronique03-03.pdf> >.
- BERNIER, Ivan et ATKINSON, Dave, « Document de réflexion – Mondialisation de l'économie et diversité culturelle : 'Les arguments en faveur de la préservation de la diversité culturelle' », 2^e Concertation intergouvernementale, Paris, 12 décembre 2000, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Octobre 2000, 34 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_mondialisation_eco.pdf >.
- BERNIER, Ivan et LATULIPPE, Nathalie, « La Convention internationale sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles – La conciliation comme mode de règlement des différends dans le domaine culturel », Mars 2007, 17 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/document_reflexion.pdf >.
- BERNIER, Ivan et PAAPE, Stephan, « Liste des instruments internationaux qui font référence à la culture », Juin 2000, 22 p., < http://www.incp-ripc.org/w-group/wg-cdg/list_f.pdf >.
- BERNIER, Ivan et RUIZ FABRI, Hélène, « Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle », Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Bibliothèque Nationale du Québec, 2^e trimestre 2002, 50 p., < http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/106145_faisabilite.pdf >.
- BERNIER, Ivan et RUIZ FABRI, Hélène, « La mise en œuvre et le suivi de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles – Perspectives d'action », Janvier 2006, 31 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/UNESCO-francais.pdf> >.

- BHAGWATI, Jagdish, « Afterword: The Question of Linkage », in *American Journal of International Law*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, pp. 126-134.
- BOURCIER, Danièle *et al.*, « La création comme bien commun universel – Réflexions sur un modèle émergent », in BOURCIER, Danièle et DULONG DE ROSNAY, Mélanie, *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Droit et Technologies, Éd. Romillat, 2005, pp. 85-94, < <http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf> >.
- BRAUN, Michael et PARKER, Leigh, « Trade in culture: consumable product or cherished articulation of a nation's soul? », in *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 22, n° 1, 1993-1994, pp. 155-191.
- BROWN, Les, « Signification et portée de l'entertainment », in Dave ATKINSON, Ivan BERNIER et Florian SAUVAGEAU, *Souveraineté et protectionnisme en matière culturelle. La circulation internationale des émissions de télévision à la lumière de l'expérience canado-américaine*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 1991, pp. 45-74.
- BROWNE, Dennis, « Canada's cultural trade quandary: how do we resolve the impasse? », in *International Journal*, vol. 54, n° 3, Summer 1999, pp. 363-374.
- CABLE, Vincent, « The new trade agenda: universal rules amid cultural diversity », in *International Affairs*, vol. 72-2, April 1996, pp. 227-246.
- CAMERON, James et CAMPBELL, Karen, « Challenging the Boundaries of the DSU Through Trade and Environment Disputes », in CAMERON, James et CAMPBELL, Karen (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May, London, 1998, pp. 204-231.
- CAMERON, Kelly, « Telecommunications and audio-visual services in the context of the WTO: today and tomorrow », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-visual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 21-33.
- CANET, Raphaël et GAGNE, Gilbert, Bulletin mensuel d'information sur les accords bilatéraux et la diversité culturelle, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM) pour l'Organisation internationale de la Francophonie, Août 2006 à Décembre 2008, < <http://www.ceim.uqam.ca> >.
- CANET, Raphaël, « De la diversité culturelle dans la société de l'information : opportunité ou diversion ? », in GAGNÉ, Gilbert, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, pp. 116-135.
- CARLSON, Andrew M., « The Country Music Television Dispute: An Illustration of the Tensions Between Canadian Cultural Protectionism and American Entertainment Exports », in *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 6-2, 1997, pp. 585-623.
- CARMODY, Chi, « When 'Cultural Identity was not an issue': thinking about Canada - certain measures concerning periodicals », in *Law and policy in international business*, vol. 30, n° 2, 1999, pp. 231-320.
- CHAO, Tina W., « GATT's Cultural Exemption of Audiovisual Trade: The United States May Have Lost the Battle But Not the War », in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 4, 1996, pp. 1127-1154.

- CHARNOVITZ, Steve, « An Analysis of Pascal Lamy's Proposal on Collective Preferences », in *Journal of International Economic Law*, vol. 8-2, 2005, pp. 449-472.
- CHARNOVITZ, Steve, Comment on HOWSE, Robert et NICOLAÏDIS, Kalypso, « Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalising the WTO is a Step Too Far », in PORTER, Roger B. et SAUVE, Pierre, SUBRAMANIAN, Arvind et ZAMPETTI, Americo Beviglia, *Efficiency, Equity, Legitimacy The Multilateral Trading System at the Millenium*, Cambridge, Center for business and government, Brookings Institution Press, Harvard University / Washington, 2001, pp. 253-258.
- CHARNOVITZ, Steve, « Triangulating the World Trade Organization », in *American Journal of International Law*, « Symposium: The Boundaries of the WTO », vol. 96, n° 1, 2002, pp. 28-55.
- CHAYES, Abram et HANDLER Antonia, « On Compliance », in MARTIN, Lisa et SIMMONS, Beth A. (eds.), *International Institutions: an International Organization Reader*, MIT Press, Cambridge, Mass., 2001, pp. 247-277.
- CHOI, Inbom et SCHOTT, Jeffrey J., « Korea-US Free Trade Revisited », in SCHOTT, Jeffrey J., *Free Trade Agreements – US Strategies and Priorities*, Institute for International Economics, 2004, pp. 173-196.
- CNUCED, *Creative industries and Development*, TD(XI)/BP/13, UNCTAD, 4 juin 2004, 14 p.
- CNUCED (Note du Secrétariat), *Audiovisual services: improving participation of developing countries*, Réunion d'experts sur les services audiovisuels: améliorer la participation des pays en développement, Genève, 13-15 novembre 2002, UNCTAD, Genève, TD/B/COM.1/EM.20/2, 30 septembre 2002, 22 p.
- COCQ, Emmanuel et LÉVY, Florence, « Les Marchés Audiovisuels dans les pays en développement. Bilan statistique centré sur 11 pays – Chine, Corée du Sud, Inde, Philippines, Thaïlande, Costa Rica, Mexique, Salvador, Burkina Faso, Sénégal, Nigeria », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 23-93, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- CONE, Sydney M., « The Appellate Body and Harrowsmith Country Life », in *Journal of World Trade*, vol. 32, n° 2, 1998, pp. 103-117.
- CORNU, Marie, « L'émergence du principe de diversité culturelle », in LABOUZ, Marie-Françoise et WISE, Mark (dir.), *La diversité culturelle en question(s) - Cultural diversity in question(s)*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 251-259.
- CORNU, Marie et LAMBERTERIE, Isabelle de, « Les politiques culturelles dans l'Europe communautaire : l'évolution du cadre juridique », in *Études internationales*, vol. XXVII, n° 4, Décembre 1996, pp. 743-768.
- DAGNAUD, Monique, « L'exception culturelle profite-t-elle vraiment à la création ? », in *En Temps Réel*, Cahier 17, Octobre 2004, 38 p., < <http://en.temps.reel.free.fr/cahiers/cahier16.pdf> >.

- D'ALMEIDA, Francisco et ALLEMAN, Marie Lise, « Les industries culturelles des pays du sud – enjeux du projet de convention internationale sur la diversité culturelle », Rapport d'étude établi pour le compte de l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie et du Haut Conseil de la Francophonie, Août 2004, 88 p., < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_etude_almeida_alleman_2004.pdf >.
- DE BOER, Stephen, « Trading Culture: The Canada-US Magazine Dispute », in CAMERON, James et CAMPBELL, Karen (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May, London, 1998, pp. 232-249.
- DEHOUSSE, Franklin et HAVELANGE, Françoise, « Aspects audiovisuels des accords du GATT – exception ou spécificité culturelle ? », in DOUTRELEPONT, Carine (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 99-129.
- DESELAERS, Wolfgang et KÖNIG, Michael, « The WTO Millenium Round and the Audiovisual Sector », in *International Trade Law and Regulation*, vol. 5, Issue 6, December 1999, pp. 147-156.
- DI MAURO, Luca, « Defining the Retail Markets for Audiovisual Products », in *European competition law review*, vol. 24-8, 2003, pp. 384-393.
- DONALDSON, John David, « Television Without Frontiers: The Continuous Tension Between Liberal Free Trade and European Cultural Integrity », in *Fordham International Law Journal*, vol. 20, 1996, pp. 90-180.
- DRAHOS, Peter, « Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting », Study Paper n° 8, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, 52 p., < http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp8_drahos_study.pdf >.
- DUJAT, Émilie, « La Libéralisation des services audiovisuels », Intellex, 2000, 21 p., auparavant disponible sur < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca> >.
- EIJK, Nico Van, « New European Rules for the Communications Sector », in European Audiovisual Observatory, *Going horizontal, IRISplus*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, pp. 6-11.
- ENRICH, Enric, « Legal Aspects of International Film Co-production », European Audiovisual Observatory, 2005, < http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/coproduccion_aspectos-juridicos.pdf.en >.
- EZETAH, Chinedu R., « Canadian Periodicals: Canada – Certain Measures Concerning Periodicals », in *European Journal of International Law*, vol. 9, n° 1, 23 p., < <http://207.57.19.226/journal/Vol9/No1/sr1d.html> >.
- FARCHY, Joëlle, « Exception, diversité, pluralisme : quelle politique culturelle pour l'Europe de demain ? », in MEZGHANI, Nébila et CORNU, Marie (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation – Les aspects internationaux*, Tome II, Coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, L'Harmattan, Paris, 2004, pp. 271-293.
- FOOTER, Mary E. et GRABER, Christoph Beat, « Trade liberalization and cultural policy », in *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n° 1, March 2000, pp. 115-144.
- FORERO PINEDA, Clemente, « Public goods and the public domain: the access to knowledge in developing countries, and innovation in health, education and science », ICTSD et UNCTAD, 2004, 8 p., < http://ictsd.net/downloads/2008/08/forero_bellagio4.pdf >.

- FOX, Eleanor M., « Competition Law: linking the world », in BERMANN, George A., HERDEGEN, Matthias et LINDSETH, Peter L. (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation – Legal Problems and Political Prospects*, Oxford University Press, Oxford / New York, 2000, pp. 243-252.
- FRANCIONI, Francesco, « Beyond State Sovereignty: the Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity », in *Michigan Journal of International Law – Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, pp. 293-308.
- FRIEDEN, Rob, « Les obligations de distribution (*must-carry*) en modes analogique et numérique des opérateurs de télévision par câble et par satellite aux États-Unis », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 23-31.
- GAGNÉ, Gilbert, « Libéralisation et exception culturelle – le différend canado-américain sur les périodiques », in *Études internationales*, vol. XXX, n° 3, Septembre 1999, pp. 571-588.
- GAGNÉ, Gilbert, « Une Convention internationale sur la diversité culturelle et le dilemme culture-commerce », in GAGNÉ, Gilbert, *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective ?*, Collection Points Chauds, Fides, Québec, 2005, pp. 38-62.
- GERMANN, Christophe, « Diversité culturelle à l’OMC et l’UNESCO à l’exemple du cinéma », in *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. 18, 2004, pp. 325-354.
- GERMANN, Christophe, « Diversité culturelle et cinéma : une vision pour un pays en voie de développement », in BEAT GRABER, Christoph, GIRSBERGER, Michael et NENOVA, Mira, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, pp. 77-108.
- GERMANN, Christophe, « Towards a *Global Cultural Contract* to counter trade related cultural discrimination », in OBULJEN, Nina et SMIERS, Joost (ed.), *The UNESCO Convention on the promotion and protection of the diversity of cultural expressions – Making it work*, Culturelink Joint Publications Series n° 9, Institute for International Relations, Zagreb, 2006, pp. 279-335.
- GORINI, Sabina et VAN EIJK, Nico, « Atelier sur les obligations de distribution (*must-carry*) », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 1-5.
- GRANT, Jonas M., « ‘Jurassic’ Trade Dispute: The Exclusion of the Audiovisual Sector from the GATT », in *Indiana Law Journal*, vol. 70-4, 1995, pp. 1333-1365.
- GUEVREMONT, Véronique, « La mise en œuvre et le suivi de la Convention sur la diversité des expressions culturelles : le défi d’une action concertée de la société civile », 22 p., < <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/societe-civile.pdf> >.
- GYÖRY, Michel, « Production et distribution de films en Europe. La question de la nationalité », Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2000, < http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/natfilm.html.fr >.
- HAHN, Michel J., « A Clash of Cultures ? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 9, September 2006, pp. 515-552.

- HARTMANN, Björn, « Netlabels and the Adoption of Creative Commons Licensing in the Online Electronic Music Community », in BOURCIER, Danièle et DULONG DE ROSNAY, Mélanie, *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Droit et Technologies, Éd. Romillat, 2005, pp. 143-153, < <http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf> >.
- HEDLEY, Hale E., « Canadian cultural policy and the NAFTA: problems facing the US copyright industries », in *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 28-3, 1994-1995, pp. 655-690.
- HEINEMANN, Andreas, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », in *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 3, 2004, pp. 293-324.
- HELBERGER, Natali, « La gestion des droits numériques du point de vue du consommateur », in *IRISplus Observations juridiques*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2005, 8 p., < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2005.pdf.fr >.
- HELBERGER, Natali, CABRERA BLÁZQUEZ, Francisco Javier et NIKOLTCHEV Susanne, « Protection du droit d'auteur et des droits voisins dans le secteur audiovisuel », *IRIS*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2000-2, pp. 15-20, < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/focus2_2000.pdf.fr >.
- HINDLEY, Brian, « What subjects are suitable for WTO agreement? », in KENNEDY, Daniel L. et SOUTHWICK, James D., *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 157-170.
- HOEKMAN, Bernard, « Operationalizing the Concept of Policy Space in the WTO: Beyond Special and Differential Treatment », in *Journal of International Economic Law*, vol. 8-2, 2005, pp. 405-424 et in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 223-244.
- HOSKINS, Colin, FINN, Adam et McFADYEN, Stuart, « Television and film in a free international trade environment: US dominance and Canadian responses », in Mc ANANY, Emile G. et WILKINSON, Kenton T. (eds.), *Mass Media and Free Trade: NAFTA and the Cultural Industries*, University of Texas Press, Austin, 1997, pp. 63-91.
- HOWSE, Robert, « From Politics to Technocracy – and Back Again: the Fate of the Multilateral Trading Regime », in *American Journal of International Law, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 94-117.
- HOWSE, Robert et NICOLAÏDIS, Kalypso, « Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalising the WTO is a Step Too Far », in PORTER, Roger B. et SAUVE, Pierre, SUBRAMANIAN, Arvind et ZAMPETTI, Americo Beviglia, *Efficiency, Equity, Legitimacy The Multilateral Trading System at the Millenium*, Center for business and government, Brookings Institution Press, Harvard University Cambridge / Washington, 2001, pp. 227-252.
- HUBIN, Cécile, « La Culture dans l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI) : avancée en terrain miné », in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 1998, pp. 955-959.
- JACKSON, John H., « Afterword: The Linkage Problem – Comments on Five Texts », in *American Journal of International Law, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 118-125.

- JACKSON, John H., « The Varied Policies of International Juridical Bodies – Reflections on Theory and Practice », in *Michigan Journal of International Law – Diversity or Cacophony? New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, pp. 21-27.
- KATZ, Elihu et LIEBES, Tamar, « Moyens de défense et vulnérabilités : typologie de la réaction des téléspectateurs face aux émissions de télévision importés », in Dave ATKINSON, Ivan BERNIER et Florian SAUVAGEAU, *Souveraineté et protectionnisme en matière culturelle. La circulation internationale des émissions de télévision à la lumière de l'expérience canado-américaine*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 1991, pp. 147-169.
- KISH, Karsie A., « Protectionism to Promote Culture: South Korea and Japan, A Case Study », in *University of Pennsylvania Journal of international economic law*, vol. 22, n° 1 (Spring 2001), pp. 153-184.
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Fate of Public International Law : Between Technique and Politics », in *The Modern Law Review*, vol. 70, n° 1, January 2007, pp. 1-30.
- LAMY, Pascal, « Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – Ten Years Later », in *Journal of World Trade*, vol. 38, n° 6, 2004, pp. 923-934.
- LANCELOT, Alain, « Les problèmes de concentration dans le domaine des médias », Rapport au Premier Ministre, Commission instituée par le décret n° 2005-217 du 8 mars 2005, Décembre 2005, 115 p., <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000035/0000.pdf>>.
- LANFRANCHI, Marie-Pierre, « Canada – Certaines mesures concernant les périodiques », in STERN, Brigitte et RUIZ FABRI, Hélène, *La jurisprudence de l'OMC – 1996-1997*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 125-148.
- LEEBRON, David W., « Linkages », in *American Journal of International Law, Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 5-27.
- LUFF, David, « International regulation of audio-visual services: networks, allocation of scarce resources and terminal equipment », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 243-274.
- LUFF, David, « Telecommunications and Audio-visual Services: Considerations for a Convergence Policy at the World Trade Organization Level », in *Journal of World Trade*, vol. 38(6), 2004, pp. 1059-1086.
- MADDEN, Mary, « Artists, Musicians and the Internet », Pew Internet and American Life Project, Décembre 2004, 51 p., <http://www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2004/PIP_Artists.Musicians_Report.pdf.pdf>.
- MAKKI, Fadi et MORRISON, Peter, « Canada – Certain Measures Concerning Periodicals », in CAMERON, James et CAMPBELL, Karen (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May, London, 1998, pp. 408-415.
- MATTOO, Aaditya et SAUVE, Pierre, « Domestic Regulation and trade in services: key issues », in MATTOO, Aaditya et SAUVE, Pierre, *Domestic regulation and services trade liberalization*, The World Bank, Washington, 2003, pp. 1-6.

- MATTOO, Aaditya et SAUVE, Pierre, « Domestic Regulation and Trade in Services: Looking Ahead », in MATTOO, Aaditya et SAUVE, Pierre, *Domestic regulation and services trade liberalization*, The World Bank, Washington, 2003, pp. 221-230.
- MAULE, Christopher J., « Trade and culture in Canada », in *Journal of World Trade Law*, vol. 20, n° 6, November-December 1986, pp. 615-623.
- MAVROIDIS, Petros C., « Come Together? Producer Welfare, Consumer Welfare, and WTO Rules », in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 277-289.
- MAVROIDIS, Petros C., « Transatlantic regulatory cooperation: exclusive club or 'open regionalism' ? », in BERMANN, George A., HERDEGEN, Matthias et LINDSETH, Peter L. (ed.), *Transatlantic Regulatory Cooperation – Legal Problems and Political Prospects*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2000, pp. 263-270.
- MAYER-ROBITAILLE, Laurence, « L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel », in *IRISplus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 2-8.
- McMILLAN, John, « A Game-Theoretic View of International Trade Negotiations: Implications for the Developing Countries », in ANDERSON, Kym et HOEKMAN, Bernard, *The Global Trading System*, vol. 2, Tauris, London, 2002, pp. 184-197.
- MESSERLIN, Patrick, « France and Trade Policy: is the 'French Exception' passée? », in *International Affairs*, vol. 72-2, Cambridge University Press, April 1996, pp. 293-309.
- MESSERLIN, Patrick, « Three Variations on 'The Future of the WTO' », in *Journal of International Economic Law*, vol. 8-2, 2005, pp. 299-309.
- MIDDLETON, Joe, « The Effectiveness of Audiovisual Regulation Inside the European Union: The Television Without Frontiers Directive and Cultural Protectionism », in *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 31-4, Fall 2003, pp. 607-627.
- MUELLER, Milton, « Convergence: a reality check », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 311-322.
- MURRAY, Thomas, « The U.S.-French Dispute over GATT Treatment of Audiovisual Products and the Limits of Public Choice Theory: How an Efficient Market Solution was 'Rent-seeking' », in *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 21-2, 1997, pp. 203-224.
- MÜßIG, Jan Peter et SCHEUER, Alexander, « Le droit d'auteur européen et l'audiovisuel : une évolution vers plus d'horizontalité ? », in *IRISplus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2003-4, 8 p., < http://www.obs.coe.int/oea_public/iris/iris_plus/iplus4_2003.pdf.fr >.
- NEUWIRTH, Rostam J., « Culture and Trade: an European Way "towards an International Instrument on Cultural Diversity" », in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 97-129.

- NEUWIRTH, Rostam J., « The Cultural Industries and the Role of Article IV GATT: Reflections on Policy Options for Canada and the EU in the new WTO Round », 2002, 23 p., < <http://www.carleton.ca/ces/events/novemberconference2002/Neuwirth.pdf> >.
- NEUWIRTH, Rostam J., « “United in Divergency”: A Commentary on the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66, 2006, pp. 819-862, < http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_4_a_819_862.pdf >.
- NIHOUL, Paul L.G., « Audio-visual and telecommunications services: a review of definitions under WTO law », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 357-389.
- NIKOLTSCHEV, Susanne et CABRERA BLÁZQUEZ, Francisco Javier, « Aides nationales à la production cinématographique : caractéristiques et tendances juridiques », in *IRISplus*, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2001-4, 8 p., < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2001.pdf.fr >.
- NIKOLTSCHEV, Susanne et CABRERA BLÁZQUEZ, Francisco Javier, « Films en ligne : équilibre entre droits d’auteurs et usage loyal », in *IRISplus*, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2002-4, 8 p., < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2002.pdf.fr >.
- NOAM, Eli, « Overcoming the three digital divides », in GERADIN, Damien et LUFF, David, *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audiovisual Services*, Cambridge University Press, 2004, pp. 423-434.
- OHLHOFF, Stephan et SCHLOEMANN, Hannes L., « Rational Allocation of Disputes and ‘Constitutionalisation’: Forum Choice as an Issue of Competence », in CAMERON, James et CAMPBELL, Karen (eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May, London, 1998, pp. 302-329.
- OMC (Note du Président du Groupe des télécommunications de base), « Limitations concernant l’accès aux marchés qui ont trait à la disponibilité du spectre », OMC, S/GBT/W/3, 3 février 1997, < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), « Article VI:4 de l’AGCS : disciplines concernant la réglementation intérieure applicables à tous les services », OMC, S/C/W/96, 1^{er} mars 1999, < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), « Les ‘critères de nécessité’ à l’OMC », OMC, S/WPDR/W/27, 2 décembre 2003, < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), « Initiatives réglementaires internationales dans le secteur des services », OMC, S/C/W/97, 1^{er} mars 1999, < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), Note d’information à la demande du Conseil du commerce des services de l’OMC, relative aux services audiovisuels, OMC, S/C/W/40, 15 juin 1998, < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), Note d’information « Effets économiques de la libéralisation du secteur des services », OMC, S/C/W/26 (7 octobre) et S/C/W/26/Add.1 (29 mai), < <http://www.wto.org> >.
- OMC (Note du Secrétariat), « Questions relatives au commerce des services audiovisuels », OMC, MTN.GNS/AUD/W/1, 4 octobre 1990, < <http://www.wto.org> >.

- PALZER, Carmen et HILGER, Caroline, « La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle – organisation et compétences des autorités de surveillance sous le signe de la convergence », in *IRISplus*, Institut du droit européen des médias, Strasbourg, 2001-8, 12 p., < http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2001.pdf.fr >.
- Parlement européen, *Document de travail sur la sauvegarde (et la promotion) de la diversité culturelle*, Commission de la culture, de la jeunesse, de l'éducation, des médias et des sports, Union Européenne, doc. DT\490273FR, 16 juillet 2003, 6 p.
- PAUWELYN, Joost, « Rien ne va plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS », Final Draft, 16 avril 2005, 40 p., < http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/sym_april05_e/pauwelyn_e.pdf >.
- PAZ, Juan Gomés Taberero, « Le traitement des œuvres d'art dans le cadre de l'OMC », in *Revue du droit de l'Union européenne - Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2000, pp. 855-885.
- PENARD, Thierry, « Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet ? », in *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. 1, 2006, pp. 55-86.
- PELTIER, Stéphanie, « L'économie de la culture. Les industries culturelles : une exception économique? », in *Culture, État et marché*, Cahiers français, n° 312, La Documentation française, Janvier – Février 2003, pp. 31-36.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Constitutionalism and WTO law: From a State-centered approach towards human rights approach in international economic law », in KENNEDY, Daniel L. et SOUTHWICK, James D., *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 32-67.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Dispute Settlement in International Economic Law – Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas », in *Journal of International Economic Law, Special Issue: Dispute Settlement Procedures of International Organizations at Geneva*, vol. 2, n° 2, 1999, pp. 189-248.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « The 'Human Rights Approach' Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization: Is It Relevant for WTO Law and Policy? », in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 357-380.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Trade Policy as a Constitutional Problem. On the 'Domestic Policy Functions' of International Trade Rules », in *Aussenwirtschaft*, September 1986, pp. 405-439.
- PINGEL-LENUZZA, Isabelle, « Droit Économique Européen de la Communication », in *JurisClasseur Communication*, Fascicule 7200, 2002.
- PROWDA, Judith Beth, « US Dominance in the 'Marketplace of Culture' and the French 'Cultural Exception' », in *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 29, n° 1-2, 1996-1997, pp. 193-210.
- RAGOSTA, John A., « The Cultural Industries exemption from NAFTA – its parameters », in *Canada-United States Law Journal*, vol. 23, 1997, 9 p., auparavant disponible sur < <http://www.dbtrade.com/publications/nafta.htm> >.

- RAO, Madanmohan (coord.), « Les tendances du marché audiovisuel : perspectives asiatiques – Inde, Philippines, Thaïlande », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 321-396, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- REGOURD, Serge, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle : Vers une victoire à la Pyrrhus... », Chroniques et Opinions, *Légipresse*, n° 226, Novembre 2005, pp. 115-120.
- REY, Germán, « Les tendances et perspectives du marché audiovisuel en Colombie, au Pérou et au Venezuela », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 169-246, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- RICHARDSON, Bonnie J.K., « Hollywood's Vision of a Clear, Predictable Trade Framework Consistent with Cultural Diversity », in BEAT GRABER, Christoph, GIRSBERGER, Michael et NENOVA, Mira, *Free trade versus cultural diversity*, Schulthess, Zürich, 2004, pp. 111-126.
- RICHIERI HANANIA, Lilian, « La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *Annuaire du Québec 2007*, Fides, Québec, 2007, pp. 396-403.
- RICHIERI HANANIA, Lilian, « Intellectual property and cultural expressions in a digital environment », *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 4, n° 1/2, 2010, pp. 96-113.
- RICHIERI HANANIA, Lilian et RUIZ FABRI, Hélène, « Commentary on article 8 », in S. von SCHORLEMER, *Commentary on the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, à paraître en 2010.
- RICHIERI HANANIA, Lilian et RUIZ FABRI, Hélène, « Commentary on article 17 », in S. von SCHORLEMER, *Commentary on the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, à paraître en 2010.
- RICHIERI HANANIA, Lilian et RUIZ FABRI, Hélène, « The 2005 UNESCO Convention and International Cooperation on Development », in KONO, Toshiyuki, WOUTERS, Jan et VAN UYTSEL, Steven (org.), Intersentia, Helsinki, à paraître en 2009.
- ROUKENS, Thomas, « Que distribue-t-on aujourd'hui à travers l'UE ? Observations sur l'interprétation et la mise en œuvre pratique de l'article 31 de la Directive « service universel », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 7-21.
- RUIZ FABRI, Hélène, « Analyse du texte consolidé d'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles établi par le Président de la Réunion intergouvernementale », Note pour l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Mai 2005, 14 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_note_ruiz_fabri_mai2005.pdf >.
- RUIZ FABRI, Hélène, « Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques dans la version soumise pour commentaires et observations aux gouvernements des États membres de l'UNESCO », Étude

réalisée à la demande de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Août 2004, 36 p., < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_etude_ruiz_fabri_aout2004.pdf >.

RUIZ FABRI, Hélène, « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ? », in BOURRINET, Jacques et MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (dir.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, coll. Monde européen et international, Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires – Université d'Aix-Marseille III, La documentation française, 2002, pp. 149-176.

RUIZ FABRI, Hélène, « Contre-argumentaire sur les critiques adressées au projet de convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », Octobre 2005, 2 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_note_ruiz_fabri_oct2005.pdf >.

RUIZ FABRI, Hélène, « Culture seized by globalization: can international law be of any help? Reflections on possible future legal implications of the UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions », in *Liber Amicorum Neuhold*, Eleven international publishing, 2007, pp. 281-299.

RUIZ FABRI, Hélène, « État des négociations de la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles et perspectives pour la troisième session d'experts intergouvernementaux », Note pour l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Mars 2005, 7 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_note_ruiz_fabri_mars2005.pdf >.

RUIZ FABRI, Hélène, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », in *Revue Générale de Droit International Public*, n° 1, 2007, pp. 43-88.

RUIZ FABRI, Hélène, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *Le droit international et la nécessité*, SFDI, Pedone, 2007, pp. 189-221.

RUIZ FABRI, Hélène, « Le Rapport du PNUD sur la liberté culturelle : les mots et les conceptions », Note établie pour le compte de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie, Septembre 2004, 3 p., < http://agence.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_note_ruiz_fabri_septembre2004.pdf >.

RUIZ FABRI, Hélène, « Le règlement des différends au sein de l'OMC: naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle - À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en faveur de Philippe Kahn, Litec, Paris, 2000, pp. 303-334.

RUIZ FABRI, Hélène, « L'OMC, une organisation en crise ? », in « Gouvernance Globale » (ch. 12), in *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. II, 2001, pp. 943-951.

RUIZ FABRI, Hélène, « Naissance d'une convention », in *Mélanges en l'honneur de Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 547-575.

RUIZ FABRI, Hélène, « OMC - Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *Journal du droit international*, n° 2, 1999, pp. 453-506.

RUIZ FABRI, Hélène, « OMC - Chronique du règlement des différends (1999) », in *Journal du droit international*, n° 2, 2000, pp. 385-434.

- RUIZ FABRI, Hélène, « OMC - Chronique du règlement des différends (2000) », in *Journal du droit international*, n° 3, 2001, pp. 901-953.
- RUIZ FABRI, Hélène, « OMC - Chronique du règlement des différends (2001) », in *Journal du droit international*, n° 3, 2002, pp. 869-922.
- RUIZ FABRI, Hélène, « Reflections on possible future legal implications of the Convention », in OBULJEN, Nina et SMIERS, Joost (ed.), *The UNESCO Convention on the promotion and protection of the diversity of cultural expressions – Making it work*, Culturelink Joint Publications Series n° 9, Institute for International Relations, Zagreb, 2006, pp. 73-87.
- RUIZ FABRI, Hélène et MONNIER, Pierre, « OMC - Chronique du règlement des différends (2002) », in *Journal du Droit International*, n° 3, 2003, pp. 895-960.
- RUIZ FABRI, Hélène et MONNIER, Pierre, « OMC - Chronique du règlement des différends (2003) », in *Journal du Droit International*, n° 3, 2004, pp. 997-1047.
- SALAS, Mauricio et JACKSON, John H., « Procedural Overview of the WTO EC – Banana Dispute », in *Journal of International Economic Law*, vol. 3-1, 2000, pp. 145-166.
- SAMUELS, Edward, « The public domain in copyright law », in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 41, 1993, < <http://www.edwardsamuels.com/copyright/beyond/articles/public.html> >.
- SAROOSHI, Dan, « The WTO Telefonos de Mexico, S.A. de C.V. (Telmex) Case: Outcome and Implications », in *Trade Hot Topics Commonwealth*, Issue n° 36, Commonwealth Secretariat, London, 8 p., < http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7B2A597F03-2B8D-4B28-BCC6-4ADA357D1E17%7D_trade%20hot%20topics%2036.pdf >.
- SAUVE, Pierre, « Document de réflexion sur le traitement des produits et services culturels dans les accords commerciaux », 2^e Concertation Intergouvernementale, Paris, 12 décembre 2000, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Octobre 2000, 42 p., < http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_trait_products.pdf >.
- SAUVE, Pierre, « Introduction », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud - Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 7-21, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- SAUVE, Pierre et MATTOO, Aaditya, « Domestic Regulation and the GATS: Untangling the Issues », in SAUVE, Pierre, *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, Cameron May, London, 2003, pp. 113-130.
- SAUVE, Pierre et STEINFATT, Karsten, « Towards Multilateral Rules on Trade and Culture: Protective Regulation or Efficient Protection? », in SAUVE, Pierre, *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, Cameron May, London, 2003, pp. 193-219.
- SAUVE, Pierre et ZAMPETTI, Americo Beviglia, « Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda », in *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n° 1, March 2000, pp. 83-114.

- SCHEUER, Alexander et STROTHMANN, Peter, « La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle : Quelles doivent être les obligations d'une régulation en matière de radiodiffusion, de télécommunications et de concentrations ? », in *IRISplus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2002, 8 p.
- SCOW, Aaron, « The Sports Illustrated Canada Controversy: Canada 'Strikes Out' in Its Bid to Protect Its Periodical Industry from U.S. Split-Run Periodicals », in *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 7, Issue 1, 1998, pp. 245-285.
- SHAO, W. Ming, « Is there no business like show business? Free trade and cultural protectionism », in *Yale Journal of International Law*, vol. 20, n° 1, 1995, pp.105-150.
- SIMMA, Bruno, « Fragmentation in a Positive Light », in *Michigan Journal of International Law – Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law Symposium*, Summer 2004, pp. 2-4.
- SINCLAIR, John, « Culture and Trade: Some Theoretical and Practical Considerations », in Mc ANANY, Emile G. et WILKINSON, Kenton T (eds), *Mass Media and Free Trade: NAFTA and the Cultural Industries*, University of Texas Press, Austin, 1997, pp. 30-60.
- SINCLAIR, Scott, « GATS: How the WTO's New 'Services' Negotiations Threaten Democracy », Summary, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2002, 11 p., < http://www.policyalternatives.ca/documents/National_Office_Pubs/gats.pdf >.
- SMIERS, Joost, « L'évaporation des droits d'auteur en faveur des artistes », in CARLUT, Christiane *et al.*, *Copyright/Copywrong*, Actes du colloque de février 2000, Memo, Le Mans – Nantes – Saint Nazaire, 2003, pp. 185-190.
- STEGER, Debra P., « Afterword: The 'Trade and...' Conundrum – A Commentary », in *American Journal of International Law*, « *Symposium: The Boundaries of the WTO* », vol. 96, n° 1, 2002, pp. 135-145.
- STENOUE, Katerina et KEITNER, Chimène, « L'UNESCO et la question de la diversité culturelle – Bilan et stratégies 1946-2000 », UNESCO, 2000, < http://www.inst.at/kulturen/unesco/strategy_francais.html >.
- SUTHERLAND, Peter *et al.*, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, OMC, Genève, 2004, 102 p., < http://www.wto.org/french/thewto/fl10anniv_f/future_wto_f.pdf >.
- SUTHERSANEN, Uma, « Towards an International Public Interest Rule? Human Rights and International Copyright Law », in GRIFFITHS, Jonathan et SUTHERSANEN, Uma (ed.), *Copyright and free speech: comparative and international analyses*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 97-124.
- TARULLO, Daniel K., « The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements », in BRONCKERS, Marco et QUICK, Reinhard, *New Directions in international economic law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 155-173.
- TRACHTMAN, Joel P., « Institutional Linkage: Transcending 'Trade and...' », in *American Journal of International Law*, *Symposium: The Boundaries of the WTO*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 77-93.

- TRACHTMAN, Joel P., « Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation », in MATTOO, Aaditya et SAUVE, Pierre, *Domestic regulation and services trade liberalization*, The World Bank, Washington, 2003, pp. 57-81.
- TRACHTMAN, Joel P., « Negotiations on Domestic Regulation and Trade in Services (GATS Article VI): A Legal Analysis of Selected Current Issues », in PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.), *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 205-219.
- TRACHTMAN, Joel P., « Regulatory competition and regulatory jurisdiction », in *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 331-348.
- TRACHTMAN, Joel P., « The Domain of WTO Dispute Resolution », in *Harvard International Law Journal*, vol. 40, n° 2, 1999, pp. 333-377.
- TRACHTMAN, Joel P., « United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services », Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization, in *European Journal of International Law*, 8 p., < <http://www.ejil.org> >.
- TRACHTMAN, Joel P., « We have met the enemy and he is us », Comment on « What subjects are suitable for WTO agreement? » by HINDLEY, Brian, in KENNEDY, Daniel L. et SOUTHWICK, James D., *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 171-176.
- VALCKE, Peggy, « L’avenir de la notion d’obligation de distribution – De l’obligation de distribution à la notion de service universel dans le secteur des ‘infocommunications’ », in *Avoir ou ne pas avoir – Les règles du must-carry*, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2005, pp. 33-42.
- VAN GRASSTEK, Craig, « Le traitement des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux », in UNESCO, *Tendances des marchés audiovisuels – Perspectives régionales – vues du Sud – Télévision, cinéma, radio, musique*, UNESCO, Paris, 2006, pp. 95-167, < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192f.pdf> >.
- VAN HARPEN Robin L., « Mamas, Don’t Let Your Babies Grow Up to Be Cowboys: Reconciling Trade and Cultural Independence », in *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 4, 1995, pp. 165-194.
- VLASSIS, Antonios et GAGNÉ, Gilbert, Bulletin mensuel d’information sur les accords bilatéraux et la diversité culturelle, Centre d’études sur l’intégration et la mondialisation (CEIM) pour l’Organisation internationale de la Francophonie, depuis Février 2009, < <http://www.ceim.uqam.ca> >.
- VOON, Tania, « A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS », in *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 14:1, 2007, 32 p., < <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonav.pdf> >.
- VOON, Tania, « UNESCO and the WTO: a Clash of Cultures ? », in *International and Comparative Law Quarterly*, 55 (3), July 2006, pp. 635-651, ou 17 p., < <http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf> >.
- WEBER, Olaf, « From Regional to Global Freedom of Trade in Audio-visual Goods and Services ? A Comparison of the Impact on the Audio-visual Sector of the Preferential Trade Zones Established by the European Communities and the World Trade Organization », in SMITH, Rachael Craufurd, *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 353-382.

- WEBER, Rolf H., « From 'Many Voices One World' to 'Information Society' – Experiences with and lessons from the MacBride-Report for the future of the WSIS-Principles », in *Computer Law Review International*, vol. 4, 2004, pp. 97-104.
- World Trade Law Net, Appellate Body Report, « European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas » (WT/DS27/AB/R), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 23 p.
- World Trade Law Net, Appellate Body Report, « Canada - Certain Measures Concerning Periodicals » (WT/DS31/AB/R), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 8 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « Canada - Certain Measures Concerning Periodicals » (WT/DS31/R), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 8 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas » (WT/DS27/R/ECU), (WT/DS27/R/GTM,HND), (WT/DS27/R/MEX), (WT/DS27/R/USA), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 34 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas », Recourse by Ecuador to Article 21.5 of the DSU (WT/DS27/RW/ECU), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 13 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas », Recourse by European Communities to Article 21.5 of the DSU (WT/DS27/RW/EEC), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 5 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper » (WT/DS44/R), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2001, 19 p.
- World Trade Law Net, Panel Report, « Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services » (WT/DS204/R), in *WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary* (DSC), 2004, 25 p.
- WOUTERS, Jan et DE MEESTER, Bart, « UNESCO's Convention on Cultural Diversity and WTO Law: Complementary or Contradictory ? », Working Paper N° 73, Institute for International Law, K.U. Leuven, April 2005, 34 p., auparavant disponible sur < <http://www.law.kuleuven.be> >.
- YOO, Euisun, « How can fair use doctrine be applied for the appropriate level of copyright protection in the global marketplace? », 12 p., < http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper_yoo.rtf >.
- ZDOUC, Werner, « WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS », in *Journal of International Economic Law, Special Issue: Dispute Settlement Procedures of International Organizations at Geneva*, vol. 2, n° 2, 1999, pp. 295-346.
- ZEDALIS, Rex J., « The Theory of the GATT 'Like Product' Common Language Cases », in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27-1, 1994, pp. 33-134.

3) COLLOQUES ET CONFÉRENCES

- BENHAMOU, Françoise, « Les fondements économiques du droit d'auteur à l'épreuve de la mondialisation », in VIVANT, Michel (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 55-68.
- CORNU, Marie, « Le droit de la culture dans les turbulences du marché mondial », in VIVANT, Michel (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 69-79.
- DELRAHIM, Makan, « Antitrust Enforcement in the Entertainment and Media Industries », présentée à la Recording Artists' Coalition, Los Angeles, California, 18 décembre 2003, 22 p., < <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/204474.pdf> >.
- DUPUY, Pierre-Marie, Rapport « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in GHERARI, Habib et SZUREK, Sandra, *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, organisé sous les auspices de M. Hubert VEDRINE, Ministre des Affaires Étrangères, Cahiers internationaux, n° 18, CEDIN Paris X, Pedone, Paris, pp. 5-18.
- EIDE, Kjell, « Les relations entre économie et culture », in Quatrième Conférence Internationale sur l'Économie de la Culture (Avignon, 12-14 mai 1986), *Économie et Culture – Culture en devenir et volonté publique*, vol. 2, La Documentation française, Paris, 1989, pp. 281-287.
- LAMY, Pascal, « Promouvoir les préférences collectives à l'OMC et au-delà de l'OMC : coexistence entre politiques publiques et libre-commerce : y a-t-il du bon protectionnisme ? », Conférence des Greens/European Free Alliance au Parlement européen, Bruxelles, 5 mars 2004.
- LANGÉ, André, « The Impact of Piracy on the Audiovisual Industry – Sources of economic and statistical information on physical piracy and file-sharing », Working document for the conference « New technologies and piracy: a challenge to the audiovisual industries », Observatoire européen de l'audiovisuel, Paris, 18 juin 2004, 16 p., < http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/impact_piratage.pdf.en >.
- MALLET-POUJOL, Nathalie, « Marchandisation et audiovisuel », in VIVANT, Michel (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Thèmes et commentaires, Actes du colloque « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise? », tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de droit de Montpellier, Dalloz, Paris, 2004, pp. 85-101.
- MOREAU, Antoine, « Du logiciel libre à l'art libre », in CARLUT, Christiane et al., *Copyright\Copywrong*, Actes du colloque de février 2000, Memo, Le Mans – Nantes – Saint Nazaire, 2003, pp. 130-132.

SMIERS, Joost, « Regulating the cultural market in favour of cultural diversity, at the same time cherishing the freedom of communication », Seminar on Cultural Diversity and Cultural Exchange, Hanoi, Vietnam, 17-19 septembre 2004.

WALLIS, Roger, « Trade and Cultural Diversity. Technological opportunities, legal regimes, threats from collective dominance », Seminar on Cultural Diversity and Cultural Exchange, Hanoi, Vietnam, 17-19 septembre 2004.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	5
Liste des abréviations, sigles et acronymes	10
INTRODUCTION	15

PREMIÈRE PARTIE

L'ENCHEVÊTREMENT DES NORMES APPLICABLES AUX PRODUITS ET SERVICES CULTURELS

CHAPITRE 1 – LA NÉCESSITÉ DE RÈGLES NATIONALES	29
Section 1 – Les dysfonctionnements du marché culturel	29
§ 1 - Les difficultés résultant de la spécificité du marché.....	29
A - Les particularités liées à la nature des produits et services culturels.....	29
1 - <i>La composante culturelle</i>	30
2 - <i>Les caractéristiques économiques</i>	32
B - Les particularités liées à l'organisation du marché.....	37
1 - <i>Le déséquilibre des échanges culturels</i>	37
a) Le manque de diversité dans les pays du Nord.....	38
b) La faiblesse des industries du Sud	41
2 - <i>La concentration du marché</i>	46
§ 2 - Les difficultés résultant de la diversité d'intérêts sur le marché.....	50
A - La divergence d'intérêts	51
B - La recherche d'un équilibre.....	55
1 - <i>La contribution des organisations intergouvernementales</i>	55
2 - <i>La mise en balance par l'État</i>	57
Section 2 – Les corrections apportées par l'État	61
§ 1 - La définition du « contenu national »	63
§ 2 - Les mesures restrictives des échanges	67
A - Les exigences de contenu national.....	67
1 - <i>Les quotas à l'écran</i>	71
2 - <i>Les quotas radiophoniques</i>	72
3 - <i>Les quotas télévisuels</i>	72
B - Les licences pour l'exercice de l'activité	74
C - Les limites à la propriété étrangère.....	75
§ 3 - Les mesures de financement.....	77

CHAPITRE 2 – LA MULTIPLICITÉ DE RÈGLES	
INTERNATIONALES	83
Section 1 – La réglementation à vocation universelle	83
§ 1 - La libéralisation du secteur culturel dans les accords multilatéraux.....	84
A - La libéralisation du commerce des produits culturels	84
1 - <i>La libéralisation selon les règles de l'OMC</i>	85
a) Les dispositions générales	85
i) Les engagements d'ouverture des marchés.....	86
ii) Les obstacles résiduels à la libéralisation	90
b) La spécificité du secteur culturel	93
2 - <i>La libéralisation selon l'Accord de Florence de l'UNESCO</i>	98
B - L'extension de la libéralisation au commerce des services .	104
1 - <i>L'échec des tentatives de blocage</i>	104
a) Les modèles fondamentaux	104
i) L'exception culturelle	104
ii) L'exemption culturelle	108
b) La tentative de transposition lors du Cycle d'Uruguay	108
2 - <i>La libéralisation des services culturels</i>	110
a) La réduction de la marge de manœuvre des Membres dans les secteurs culturels	112
i) La réduction découlant des principes d'application générale ...	112
ii) La réduction résultant des engagements spécifiques.....	118
b) Les risques indirects pour les secteurs culturels	126
i) L'évolution des thèmes transversaux.....	126
ii) La délimitation vis-à-vis des services de télécommunications ..	134
c) Les limites du postulat de flexibilité de l'AGCS	136
C - La généralisation de la protection de la propriété intellectuelle	143
1 - <i>L'accentuation de la protection des droits d'auteur</i>	144
2 - <i>L'insuffisance des exceptions en faveur du public</i>	149
§ 2 - Le renforcement de la libéralisation par la jurisprudence de l'OMC.....	153
A - La primauté des intérêts économiques	155
1 - <i>La primauté lors des consultations</i>	155
2 - <i>La primauté confirmée par le juge de l'OMC</i>	157
a) L'application rigoureuse des accords de commerce	160
b) Les conséquences	165
B - L'extension des obligations de libéralisation.....	171
1 - <i>L'application restrictive des exceptions générales du GATT</i> ..	171
a) L'existence de critères précis d'application	171
b) La difficulté de garantie des valeurs non commerciales.....	173

2 - <i>L'élargissement des engagements adoptés dans l'AGCS</i>	175
a) L'extension du champ d'application de l'Accord	175
b) L'extension de la portée des engagements	177
c) L'interprétation stricte des exceptions générales	181
3 - <i>Le contrôle renforcé de la protection de la propriété intellectuelle</i>	183
Section 2 – Les réglementations bilatérale et régionale	185
§ 1 - Les raisons du recours aux voies bilatérale et régionale.....	186
A - Les obstacles dans l'OMC.....	186
1 - <i>Les difficultés de modification normative</i>	188
a) La modification des Accords de l'OMC.....	189
b) La modification des engagements contractés.....	191
2 - <i>L'impasse dans les négociations sur les services audiovisuels</i> . ..	193
a) Les positions divergentes des Membres de l'OMC.....	193
i) La pression vers la libéralisation.....	194
ii) Le refus de libéraliser	199
b) Les difficultés d'une solution à l'OMC	200
B - L'effet de la politique extérieure des États-Unis	203
1 - <i>L'application du Trade Act</i>	203
2 - <i>L'impulsion vers la libéralisation progressive</i>	206
§ 2 - Les effets des accords bilatéraux et régionaux sur le commerce des produits et services culturels.....	209
A - La limitation de la marge de manœuvre des États	210
1 - <i>Le modèle d'accord de libéralisation des États-Unis</i>	210
a) Le recours initial à des listes positives d'engagements	211
b) Le passage aux listes négatives d'engagements	213
i) Les engagements relatifs au commerce des services.....	213
ii) Les engagements relatifs aux investissements	217
iii) Les engagements relatifs au commerce électronique	218
iv) Les engagements relatifs à la propriété intellectuelle	219
2 - <i>La multiplication des accords de commerce par d'autres États</i>	220
B - La garantie de la marge de manœuvre des États	227
1 - <i>Le recours à la technique de l'exception culturelle</i>	227
a) L'exception générale relative aux industries culturelles.....	227
b) L'exception spécifique aux industries audiovisuelles	232
2 - <i>L'obligation de protection de la culture : l'exemple de la réglementation européenne</i>	233
a) La culture dans les actions communautaires.....	233
b) La culture dans la réglementation sur les services	236
C - Le maintien de la marge de manœuvre définie par les Accords de l'OMC.....	237
1 - <i>L'imprécision de certains accords bilatéraux et régionaux</i> ...	237
2 - <i>Le renvoi explicite de certains traités aux accords de l'OMC</i> ..	242

SECONDE PARTIE

LA STRUCTURATION FONDÉE SUR LA NOTION DE « DIVERSITÉ CULTURELLE »

CHAPITRE 1 – LE DROIT AUX POLITIQUES CULTURELLES	251
Section 1 – La consécration par l’UNESCO :	
la Convention de 2005	252
§ 1 - Les précédents : la fondation du concept de « diversité culturelle »	252
A - La recherche d’un consensus	252
B - L’affirmation dans l’ordre international.....	255
1 - <i>L’importance des politiques culturelles</i>	257
2 - <i>Le statut de patrimoine de l’humanité</i>	262
§ 2 - La Convention de l’UNESCO	266
A - L’objet de la Convention.....	269
1 - <i>Les objectifs</i>	269
2 - <i>L’intitulé</i>	272
a) Les « expressions culturelles »	272
b) La protection de la diversité	274
3 - <i>Le champ d’application</i>	276
B - La méthode de la Convention	279
1 - <i>L’action sur le plan interne</i>	281
a) La flexibilité quant au choix des mesures	281
b) L’extension des domaines d’action.....	286
2 - <i>L’action sur le plan international</i>	288
a) La coopération internationale applicable à toutes les Parties	289
b) La coopération en faveur du développement.....	291
Section 2 – La mise en œuvre de la Convention	296
§ 1 - Le contrôle des dispositions de la Convention.....	296
A - Le règlement des différends.....	296
B - L’administration de la Convention	299
§ 2 - L’articulation avec d’autres accords	302
A - La reconnaissance d’un lien	302
1 - <i>L’établissement d’un lien avec le commerce</i>	304
a) Les justifications.....	306
i) Les liens substantiels.....	306
ii) Les liens stratégiques	308
b) La structure	309
2 - <i>Les réponses à l’établissement d’un lien</i>	314

B - L'inclusion d'une clause explicite d'articulation.....	319
1 - <i>Les formules soumises à négociation</i>	319
2 - <i>L'option adoptée</i>	323
a) Le rapport d'égalité entre la Convention et les autres traités	323
b) Les effets de la Convention	325
i) L'impact sur le règlement des différends.....	326
ii) L'impact sur les négociations.....	330
CHAPITRE 2 – LA GARANTIE DE L'ACCÈS À UNE OFFRE CULTURELLE DIVERSIFIÉE	333
Section 1 –La diversité de l'offre par le contrôle de la concurrence.....	334
§ 1 - Le contrôle général actuel.....	336
A - L'inadéquation structurelle	337
1 - <i>Le contrôle au niveau national</i>	337
2 - <i>Le contrôle au niveau international</i>	340
a) Les dispositions diffuses sur le plan multilatéral	340
b) Le traitement par le droit communautaire européen.....	342
i) Les défis de la convergence des médias	342
ii) Les difficultés en matière de compétence	345
B - L'inadéquation du fondement	347
1 - <i>La prédominance d'éléments économiques</i>	347
a) Le choix du marché de référence	348
i) La délimitation géographique.....	348
ii) La différenciation des produits et services	351
b) La recherche de l'efficacité économique.....	356
i) La pratique américaine	357
ii) La pratique européenne.....	361
iii) La pratique brésilienne.....	368
2 - <i>Le recours insuffisant à des critères culturels</i>	370
a) Les éléments culturels de certains contrôles nationaux	370
b) Les éléments culturels du contrôle communautaire	372
§ 2 - Les corrections envisageables	374
A - La surveillance par l'État et ses agences de régulation	375
1 - <i>Les mesures de régulation</i>	375
a) L'intervention dans le secteur de la radiodiffusion	376
b) L'intervention dans le secteur des films cinématographiques	379
2 - <i>Les mesures de contrôle de la concurrence</i>	380
B - La responsabilisation des entreprises.....	383

Section 2 – L'accès à la culture par le système de la propriété intellectuelle.....	386
§ 1 - La remise en question du système à l'ère du numérique.....	390
A - L'accentuation de la protection des droits	391
1 - <i>Le renforcement des droits d'auteur</i>	392
a) L'extension de la durée de protection	392
b) L'extension de fond de la protection.....	393
2 - <i>La réduction relative des limites et exceptions</i>	398
a) La généralisation du test de trois étapes.....	398
b) Les nouveaux usages numériques.....	402
B - L'illégitimité de la protection	405
1 - <i>La promotion de la culture par le numérique et le partage ...</i>	405
2 - <i>Le pouvoir démesuré des entreprises culturelles</i>	410
§ 2 - La correction de la rigidité du système.....	413
A - La flexibilisation du système	413
1 - <i>Le recours à des concepts juridiques extérieurs</i>	413
a) La reconnaissance de l'abus de droit	414
b) La mise en balance avec les intérêts du public	415
2 - <i>La modification du régime juridique applicable</i>	416
a) La modification par les négociations interétatiques.....	417
b) La modification par les particuliers	420
i) Les licences <i>Creative commons</i>	421
ii) La « Licence Art Libre ».....	425
iii) Les « <i>knowledge conservancies</i> »	427
B - La fondation d'un nouveau système.....	428
 CONCLUSION	 433
 INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES	 439
TABLE DES MATIÈRES	465

OUVRAGES PUBLIÉS
PAR LE CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES
INTERNATIONALES ET COMMUNAUTAIRES
D'AIX-MARSEILLE (CERIC - CNRS UMR 6201)

I - Collection « Coopération et développement », dirigée par le Professeur Jacques BOURRINET, Éditions Economica, Paris, de 1979 à 1998

1. J. BOURRINET ed., *Le dialogue euro-arabe*, 1^{ère} éd. 1979 - 2^{ème} éd. 1981
2. R.F. BIZEC, Y. DAUDET eds., *Un code de conduite pour le transfert de technologie*, 1980
3. A. LANGLOIS, *Les Nations Unies et le transfert de technologie*, 1980
4. C. JOLY, *Bibliographie sur le transfert de technologie*, 1^{ère} éd. 1980 ; 2^{ème} éd. 1981
5. J. BOURRINET, M. FLORY eds., *L'ordre alimentaire mondial*, 1982
6. C. RUCZ, *Le Conseil économique et social de l'ONU et la coopération pour le développement*, 1983
7. C. PIVOT, *Le blé français face à l'environnement international*, 1983
8. G. ORSONI, *La Cour des Comptes des Communautés européennes*, 1983
9. J.P. CENTI, *Intégration européenne et concurrence des monnaies*, 1984
10. J. BOURRINET ed., *Les investissements français dans le Tiers monde*, 1984
11. C. JOLY, *Organisations non gouvernementales françaises et développement*, 1985
12. J.L. MUCCHIELLI, *Les firmes multinationales : mutations et nouvelles perspectives*, 1^{ère} éd. 1985, 2^{ème} éd. 1988
13. P. DJONDANG, *Importation de capitaux et croissance économique*, 1985
14. M. SICART BOZEC, *Les juges du Tiers monde à la Cour Internationale de Justice*, 1986
15. F. SNYDER, *Droit de la politique agricole commune*, 1987
16. M. DEJEANT-PONS, *Protection et développement du bassin méditerranéen - Textes et documents internationaux*, 1987
17. J.Y. CHEROT, A. ROUX eds., *Droit méditerranéen de l'environnement*, 1988
18. R. HIGGINS, M. FLORY eds., *Liberté de circulation des personnes en droit international*, 1988
19. M. CASSAN, *L'Europe communautaire de la santé*, 1989
20. M. DEJEANT-PONS, *La Méditerranée en droit international de l'environnement*, 1990
21. C. JOLY, *Coopération au développement - Le Royaume-Uni et la politique communautaire*, 1991
22. W. GRAF VITZTHUM, C. IMPERIALI eds., *La protection régionale de l'environnement marin, approche européenne*, 1992
23. EN L'HONNEUR DE M. FLORY, *La Méditerranée, espace de coopération ?*, 1994

24. M.P. LANFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers, Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, 1994
25. L. DUBOUIS ed., *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, 1995
26. L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, 1996
27. M.J. DOMESTICI-MET ed., *Aide humanitaire internationale : un consensus conflictuel ?*, 1996
28. A. MEYER-HEINE, *Le droit européen des émissions de télévision*, 1996
29. J. BOURRINET ed., *Le Comité des régions de l'Union européenne*, 1997
30. G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, 1997
31. M.P. LANFRANCHI, T. CHRISTAKIS, *La licéité de l'emploi des armes nucléaires devant la CIJ*, 1997
32. A. MAKAROUNI, *L'hôpital public français et le droit communautaire*, 1997
33. J. VERGÈS ed., *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, 1997
34. P. MARCHETTI, *La production d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne*, 1997
35. C. IMPERIALI ed., *L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, 1998

II - Collection « Monde européen et international », dirigée par le Professeur Jacques BOURRINET, La Documentation française, Paris

1. B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, 1999
2. R. MEHDI ed., *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, 1999
3. L. DUBOUIS ed., *Progrès médical et droit européen*, 1999
4. T. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, 1999
5. N. RUBIO, *L'avenir des départements antillais*, 2000
6. EN HOMMAGE À L. DUBOUIS, *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, 2000
7. S. MALJEAN-DUBOIS ed., *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, 2000
8. C. PICHERAL, *L'ordre public européen - Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, 2001
9. R.M. LOZANO, *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, 2001
10. S. MALJEAN-DUBOIS ed., *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, 2002
11. J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE eds., *Union européenne et protection sociale*, 2002

12. J. SOHNLE, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, 2002
13. J. BOURRINET, S. MALJEAN-DUBOIS eds, *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, 2002
14. J.F. MARCHI, *Accord de l'État et droit des Nations Unies - Étude du système juridique d'une organisation internationale*, 2003
15. B. TEISSONNIER-MUCCHIELLI, *L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France*, 2003
16. D. GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, 2004
17. EN L'HONNEUR DE J. BOURRINET, *L'intégration européenne au XXI^{ème} siècle*, 2004
18. J. DUBOIS, S. MALJEAN-DUBOIS dir., *Natura 2000, de l'injonction européenne aux négociations locales*, 2005
19. V. RICHARD, *La coopération sur la gestion des cours d'eau internationaux en Asie*, 2006
20. E. BROSSET, E. TRUILHÉ-MARENGO dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale - Entre environnement, santé et commerce international*, 2006
21. J.Y. FABERON dir., *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, 2006
22. I. DOUSSAN, J. DUBOIS dir., *Conservation de la biodiversité et politique agricole commune de l'Union européenne*, 2007
23. S. MALJEAN-DUBOIS dir., *Changements climatiques - Les enjeux du contrôle international*, 2007
24. G. BOUTHERIN, *La lutte contre la prolifération des armes de destruction massive*, 2007
25. L. HENRY, *Mutations territoriales en Asie centrale et orientale*, 2008
26. N. BERNAZ, *Le droit international et la peine de mort*, 2008
27. E. BROSSET dir., *Le droit international et européen du vivant - Quel rôle pour les acteurs privés ?*, 2009
28. L. RICHIERI HANANIA, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, 2009

III - Collection « Travaux du CERIC », dirigée par le Professeur Jacques BOURRINET, Éditions Bruylant, Bruxelles

1. J. BOURRINET, F. SNYDER dir., *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne*, 2003
2. S. MALJEAN-DUBOIS dir., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, 2003
3. F. SNYDER dir., *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ? / Protecting the Interests of the Citizen in Today's European Union*, 2003
4. F. SNYDER dir., *L'Union européenne et la gouvernance / The European Union and Governance*, 2003

5. F. SNYDER dir., *International Food Security and Global Legal Pluralism / Sécurité alimentaire internationale et pluralisme juridique mondial*, 2004
6. J. OLIVIER, *L'Union Mondiale pour la Nature (UICN) - Une organisation internationale singulière au service du développement du droit de l'environnement*, 2005
7. L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI dir., *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, 2005
9. F. SNYDER dir., *Enlargement and the New Europe after 2004 / L'élargissement et la nouvelle Europe après 2004*, 2005
10. S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, 2006
11. J.C. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, 2006
12. F. SNYDER dir., *Designing the European Union / L'Union européenne : projets de société en devenir*, 2007
13. E. MAZUYER, *L'harmonisation sociale européenne - Processus et modèle*, 2007
14. S. DE LA ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, 2007
15. A. CAMMILLERI-SUBRENAT, C. LEVALLOIS-BARTH, *Sensitive data protection in the European Union*, 2007
16. F. SNYDER dir., *Europe, India and China: Strategic Partners in a Changing World / L'Europe, l'Inde et la Chine : Partenaires stratégiques dans un monde en mutation*, 2007
17. G. BOUTHERIN ed., *Europe Facing Nuclear Weapons Challenges*, 2008
18. F. SNYDER, I. MAHER dir., *The Evolution of the European Courts: Institutional Change and Continuity / L'évolution des juridictions européennes : Changements et continuité*, 2009
19. G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, 2009

IV - Collection « Rencontres internationales d'Aix-en-Provence » (en collaboration avec l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence), Éditions A. Pedone, Paris, de 1999 à 2007

- S. MALJEAN-DUBOIS, R. MEHDI eds, *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable*, 1999
- R. MEHDI ed, *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?*, 2000
- R. MEHDI ed, *La démocratisation du système des Nations Unies*, 2001
- R. MEHDI ed, *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État*, 2002
- EN L'HONNEUR d'Ahmed MAHIOU, *Les Nations Unies et l'Afghanistan*, 2003
- R. MEHDI ed., *Les Nations Unies face aux armes de destruction massive*, 2004
- S. MALJEAN-DUBOIS ed., *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, 2005
- R. MEHDI, S. MALJEAN-DUBOIS eds, *La société internationale et les grandes pandémies*, 2007

V - Le CERIC apporte des concours scientifiques et techniques

- Pour la publication de la collection « *À la croisée des droits* », droit comparé - droit international et droit européen, Travaux de l'Unité Mixte de Recherche CNRS 6201, Éditions Bruylant, Bruxelles :
 - Volume 1 : L. GAY, E. MAZUYER, D. NAZET-ALLOUCHE dir., *Les droits sociaux fondamentaux – Entre droits nationaux et droit européen*, 2006
 - Volume 2 : O. LECUQ, S. MALJEAN-DUBOIS dir., *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, 2008
 - Volume 3 : Th. DI MANNO, M.P. ÉLIE dir., *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, 2008
- Pour la publication de deux revues :
 - *European Law Journal* - Review of European Law in Context - Founding Editor : Francis SNYDER, Blackwell publishers
 - *L'Observateur des Nations Unies*, Revue de l'Association française pour les Nations Unies, Section Aix-en-Provence, revue bi-annuelle, diffusion : CERIC et Institut d'Études politiques d'Aix-en-Provence

Ouvrage composé par le CERIC

CERIC - CNRS UMR 6201
38, avenue de l'Europe - 13090 Aix-en-Provence
Tél. 04.42.52.72.50 - Fax 04.42.52.72.60
e.mail : secretariat.ceric@wanadoo.fr

Les produits et services culturels présentent des caractéristiques particulières, relevant de leur double nature à la fois culturelle et économique. Ces particularités conduisent souvent à une structure de marché spécifique, où un nombre réduit d'entreprises détient un maximum de droits de propriété intellectuelle et ne promeut qu'un minimum d'œuvres à succès. L'avènement des nouvelles technologies ne remédie que de façon limitée à cette situation. Ainsi, la majorité des œuvres culturelles n'atteint pas les marchés ou du moins pas d'autres marchés que celui d'origine.

Une offre culturelle peu diversifiée signifie, d'une part, qu'une grande partie des groupes sociaux n'a pas accès aux œuvres reflétant leurs identités et, d'autre part, que ces groupes ne peuvent connaître, et donc comprendre, les valeurs culturelles d'autres groupes. L'apport fondamental de la culture pour la cohésion de sociétés de plus en plus multiculturelles rend indispensable le soutien étatique aux œuvres culturelles. Cet ouvrage constate que les mesures de soutien à la culture peuvent être incompatibles avec un grand nombre de traités internationaux de commerce, qu'ils soient multilatéraux (OMC), régionaux ou bilatéraux.

L'émergence du concept de diversité culturelle appliqué au commerce des produits et services culturels peut y apporter un contrepois, en confortant l'action étatique et internationale en faveur d'une offre culturelle diversifiée. Des solutions fondées sur ce concept et reflétant le besoin d'un traitement juridique spécifique pour ces produits et services sont ainsi proposées selon trois axes d'action interdépendants. Tout d'abord, des mesures de politique culturelle adaptées aux particularités de chaque marché doivent être adoptées et mises en œuvre. Elles ont été légitimées par la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005. Ensuite, les marchés des produits et services culturels doivent être restructurés. Une meilleure application du droit de la concurrence peut y contribuer. Enfin, le pouvoir des grands conglomérats culturels doit être également réduit quant à leurs droits de propriété intellectuelle, ce qui implique que le système actuel des droits d'auteur soit assoupli.

Lilian RICHIERI HANANIA est docteur en droit de l'Université de Paris I – Panthéon – Sorbonne. Avocate admise aux barreaux de São Paulo et de Paris, elle a enseigné le droit international public à l'Université de Paris I et travaille actuellement au ministère des Affaires étrangères et européennes (MAEE).

Le Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires (Faculté de droit et de science politique de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III) est une équipe de recherche pluridisciplinaire réunissant internationalistes, juristes et économistes. Cette formation est associée au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS UMR 6201).

Prix : 38 €

Imprimé en France

ISBN : 978-2-11-007972-5

DF : 5ME19930

La Documentation française

29-31, quai Voltaire

75344 Paris cedex 07

Tél : 01 40 15 70 00

Télécopie : 01 40 15 72 30

www.ladocumentationfrancaise.fr

