

L'audiovisuel dans les accords internationaux favorisant le libre-échange : des problèmes économiques et culturels difficiles à négocier

Anton Carniaux

Volume 26, numéro 3, septembre 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1035887ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1035887ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Carniaux, A. (1995). L'audiovisuel dans les accords internationaux favorisant le libre-échange : des problèmes économiques et culturels difficiles à négocier. *Revue générale de droit*, 26(3), 455–482. <https://doi.org/10.7202/1035887ar>

Résumé de l'article

L'étude suivante aborde le problème du traitement particulier que connaissent, ou devraient connaître, les produits audiovisuels dans les accords internationaux favorisant le libre-échange.

Les enjeux économiques, politiques et culturels liés à ces produits rendent beaucoup plus ardues les négociations gouvernementales entre les tenants d'un libéralisme total et les défenseurs d'une « protection » adaptée à ce secteur.

Ces tensions ont deux traductions juridiques synthétisables à partir des traités analysés (le GATT, l'ALENA et les Traités d'intégration européenne).

En premier lieu, il arrive que des mécanismes juridiques internationaux reflètent clairement des enjeux strictement économiques, défendus par certains pays producteurs audiovisuels, dominés commercialement dans ce secteur. Les justifications économiques avancées reposent sur une analyse particulière du marché audiovisuel où les déséquilibres sont énormes.

En deuxième lieu, on peut distinguer une traduction juridique ambiguë d'enjeux culturels et politiques, beaucoup plus légitimes que l'argument économique, mais dont la préservation nécessite une action protectrice en faveur des produits audiovisuels. Cette action s'oppose bien sûr à la finalité globale des traités en question et, plus fondamentalement, s'intègre mal dans une structure juridique, vouée à l'économie, et manquant d'ouverture intellectuelle. De telle sorte que l'on est porté à douter systématiquement de l'honnêteté des dispositifs de protection culturelle mis en place.

Les conséquences de cette pensée économique réductrice sont aggravées par l'utilisation du pouvoir politique détenu par les États, pour contourner les rares dispositions protégeant les produits audiovisuels menacés.

DROIT COMPARÉ

L'audiovisuel dans les accords internationaux favorisant le libre-échange : des problèmes économiques et culturels difficiles à négocier

ANTON CARNIAUX*

Maître en droit,
Université de Grenoble II, France.

RÉSUMÉ

L'étude suivante aborde le problème du traitement particulier que connaissent, ou devraient connaître, les produits audiovisuels dans les accords internationaux favorisant le libre-échange.

Les enjeux économiques, politiques et culturels liés à ces produits rendent beaucoup plus ardues les négociations gouvernementales entre les tenants d'un libéralisme total et les défenseurs d'une « protection » adaptée à ce secteur.

Ces tensions ont deux traductions juridiques synthétisables à partir des traités analysés (le GATT, l'ALENA et les Traités d'intégration européenne). En premier lieu, il arrive que des mécanismes juridiques internationaux reflètent clairement des enjeux strictement économiques, défendus par certains pays producteurs audiovisuels, dominés commercialement dans ce secteur. Les justifications économiques avancées

ABSTRACT

The following essay analyzes the problem of the particular treatment of audiovisual products in free trade agreements.

The conflicts in governmental negotiations between supporters of free enterprise and those who defend this sector with a certain protectionism are aggravated by specific economic, political and cultural interests.

On the basis of the analyzed treaties (GATT, NAFTA and the European integration Treaties) one can summarize two juridical expressions of these tensions.

First of all, it sometimes occurs that international juridical mechanisms clearly reflect pure economic interests, upheld by certain audiovisual-producing countries which are under commercial domination in this sector. The reasons given by these countries rest on a particular analysis which points to an

* L'auteur tient à remercier vivement madame Debra P. Steger, titulaire à la Chaire Hyman Soloway du droit des affaires et du commerce à l'Université d'Ottawa, pour ses encouragements et ses précieux conseils.

reposent sur une analyse particulière du marché audiovisuel où les déséquilibres sont énormes. En deuxième lieu, on peut distinguer une traduction juridique ambiguë d'enjeux culturels et politiques, beaucoup plus légitimes que l'argument économique, mais dont la préservation nécessite une action protectrice en faveur des produits audiovisuels. Cette action s'oppose bien sûr à la finalité globale des traités en question et, plus fondamentalement, s'intègre mal dans une structure juridique, vouée à l'économique, et manquant d'ouverture intellectuelle. De telle sorte que l'on est porté à douter systématiquement de l'honnêteté des dispositifs de protection culturelle mis en place. Les conséquences de cette pensée économique réductrice sont aggravées par l'utilisation du pouvoir politique détenu par les États, pour contourner les rares dispositions protégeant les produits audiovisuels menacés.

audiovisual market which is very unbalanced. Second of all, one can distinguish an ambiguous juridical expression of cultural and political interests, much more legitimate than the economic reason given, but still opposed to the global commercial aim contained in the treaties. This leads one to systematically doubt the truth of the measures of cultural protection. One must see here a logical result of the real treaty system, exclusively consecrated to economic problematics therefore lacking perspective. The consequences of this reductionist economic school of thought are worsened by the use of political power in order to avoid the rare measures taken to protect the threatened audiovisual products.

SOMMAIRE

Introduction	457
I. La controverse <i>économique</i> entourant l'application des principes du libre-échange au secteur de l'audiovisuel	459
A. L'application récente des principes du libre-échange au secteur audiovisuel	459
1. Les tentatives d' <i>adaptation</i> des accords favorisant le libre-échange aux spécificités économiques du secteur audiovisuel : le GATT et la Communauté européenne	460
2. Les tentatives d' <i>inclusion</i> du secteur audiovisuel dans un accord de libre-échange : l'ALENA	463
B. Des résistances « protectionnistes » à l'application pure et simple de ces principes	465
1. Une situation de concurrence particulièrement déséquilibrée en faveur des États-Unis	465
2. Le résultat juridique, ou l'absence de résultat juridique, de ces résistances dans les différents accords	467
a) L'ALENA	467

b) <i>Le GATT</i>	469
c) <i>À l'intérieur de la Communauté européenne</i>	470
II. La traduction juridique et politique des arguments <i>culturels</i> en faveur d'une protection des produits audiovisuels.....	472
A. Les traités sont difficilement adaptables à ces arguments culturels	472
1. Le cas des accords à vocation <i>exclusivement</i> économique.....	473
a) <i>Le GATT</i>	473
b) <i>L'ALENA</i>	473
2. Le cas des accords à vocation <i>majoritairement</i> économique : les Traités d'intégration européenne.....	474
a) <i>La naissance d'une compétence culturelle pour remplir deux objectifs opposés</i>	475
b) <i>Une compétence culturelle ligotée</i>	477
B. Les États défavorables à un élargissement des traités s'offrent la possibilité d'échapper aux « dispositions culturelles » légales	478
1. Le pouvoir de rétorsion utilisable par les États-Unis dans l'ALENA.....	478
2. La légalité de la Directive « Télévision sans frontières » est remise en cause par certains États	481
Conclusion.....	481

INTRODUCTION

Durant la deuxième moitié de ce siècle le contenu et le nombre des traités favorisant le libre-échange ont grandi dans le monde, et cette tendance s'est accélérée au cours de la dernière décennie. Le raisonnement qui sous-tend ces accords internationaux est le suivant : plus les barrières protectionnistes contre le libre commerce international élevées par les États diminuent, plus une division du travail effective peut s'établir et plus d'importantes économies d'échelles peuvent être réalisées par les entreprises. La finalité déclarée est de servir l'intérêt des consommateurs, qui bénéficient ainsi de l'accroissement de la compétition mondiale par l'augmentation en quantité et en qualité des produits offerts sur le marché mondial, et par l'abaissement des prix pratiqués par les entreprises.

L'accroissement des échanges internationaux et de la compétition mondiale a conduit à ce qui est communément appelé une « globalisation » de l'économie planétaire qui accentue la dépendance des États envers les autres sur le plan économique. Cette globalisation s'étend à des domaines de plus en plus larges de l'économie, notamment les services, et des pans grandissants des législations nationales subissent des transformations importantes, pour faciliter la circulation de l'information, des hommes, etc., et pour attirer les investisseurs. Au cours de la dernière décennie les accords internationaux existants favorisant le libre-échange, ont tenté de se mettre en phase avec les besoins des entreprises, par la négociation de concessions réciproques pour accentuer l'évolution des législations des États. De plus, de nouveaux accords régionaux réunissant des pays proches géographiquement et/ou économiquement, se créent avec ces mêmes objectifs¹.

1. M. HART, *What's next : Canada, the Global Economy and the New Trade Policy*, Ottawa, Centre de droit et de politique commerciale, 1994, pp. 1-6.

Le secteur des produits culturels audiovisuels, qui est une source de profits non négligeables, participe à cette tendance générale à la libéralisation. D'autant plus que des progrès technologiques relativement récents dans ce domaine, ouvrent de nouvelles perspectives d'exploitation commerciale au niveau mondial.

Pourtant les tentatives par certains pays de libéraliser d'une manière définitive le secteur audiovisuel, provoquent des réticences de la part d'une majorité d'États qui créent ces produits, réticences encore plus fortes que dans beaucoup d'autres domaines. On peut bien sûr y déceler les motivations protectionnistes habituelles, mais ce n'est pas tout, et il est peut-être nécessaire de faire une analyse plus approfondie de la situation particulière du marché mondial des produits audiovisuels et surtout de comprendre l'influence de ces produits sur nos sociétés.

En premier lieu, ce marché serait tellement déséquilibré en faveur des États-Unis, qu'une atténuation de l'application des principes du libre-échange serait indispensable d'après les autres pays participant à l'activité de production audiovisuelle. Il reste que cette attitude, même justifiée provisoirement, mérite d'être qualifiée de protectionniste au sens économique du terme (et non au sens péjoratif)².

Un autre argument est développé, en deuxième lieu, par les États défavorisés sur ce marché : le rôle des produits de l'audiovisuel dans la formation des consciences nationales et dans l'éducation des masses est loin d'être minime et les États, déjà fortement secoués par la globalisation constante des aspects économiques, et par ricochet des aspects politiques et sociaux, veulent garder un contrôle important sur ce secteur pour donner encore un sens à leurs frontières nationales de plus en plus poreuses. Dans ce cas on peut parler de tentatives de « protection » de l'identité culturelle³.

Certains analystes, relayés par quelques États, soutiennent au contraire que l'identité d'un pays ne repose pas essentiellement sur la production de symboles culturels nationaux mais plutôt sur chacune des politiques nationales spécifiques, en matière sociale par exemple, ou dans le domaine de la santé, etc. À cela ils ajoutent qu'une entière souveraineté de choix doit être laissée au consommateur, préservée de toute intervention publique⁴.

Notre objet ici est moins de nous étendre sur l'impact à l'égard des sociétés que certains États veulent (avec plus ou moins de bonne foi) prêter aux produits de l'audiovisuel, étude qui est plus l'œuvre de politologues et de sociologues⁵, que de tenter de voir comment les traités internationaux favorisant le libre-échange reflètent ces tiraillements entre des intérêts commerciaux divers et des intérêts politico-culturels particuliers.

Les compromis sont d'autant plus difficiles à insérer dans les traités de cette nature que ceux-ci ont, au départ, une vocation exclusivement, ou majoritairement, économique : il est laborieux d'y faire entrer des préoccupations plus larges.

2. C.N. SMITH, « International Trade in Television Programming and GATT : an Analysis of Why the European Community's Local Program Requirement Violates the General Agreement on Tariffs and Trade », (1993) 10 : 97 *Intl. Tax. & Bus. Law*. 110.

3. *Id.*, p. 111.

4. S.R. KONIGSBERG, « Think Globally, Act Locally : North American Free Trade, Canadian Cultural Industry Exemption, and the Liberalization of the Broadcast Ownership Laws », (1994) 12 *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, pp. 281-284 et 317.

5. Pour une étude exhaustive de cet impact nous renvoyons aux ouvrages suivants : R. COLLINS, *Television : Policy & Culture*, London, Unwin Hyman, 1990; *Id.*, *Culture Communication & National Identity*, Toronto, University of Toronto Press, 1990.

Notre étude se limitera aux accords du GATT (General Agreement on Tariff and Trade), à l'ALENA (Accord de Libre-Échange Nord-Américain) et aux traités d'intégration européenne (actuellement le Traité sur l'Union européenne). Ces espaces de libre-échange offrent des caractéristiques intéressantes pour notre étude.

En premier lieu plusieurs niveaux de globalisation sont ainsi appréhendés : niveau mondial avec le GATT, niveau régional pour les deux autres.

En deuxième lieu plusieurs degrés d'intégration économique recherchés sont étudiés : degré primaire d'intégration économique avec le GATT, degré plus approfondi d'intégration économique avec l'ALENA et degré d'intégration qui déborde l'économique avec les traités européens.

En troisième lieu enfin, les rapports de force entre les partisans de la libéralisation du secteur de l'audiovisuel, dont le plus important est les États-Unis, et les défenseurs d'une solution moins « économiste » (le Canada, l'Union européenne et plus spécialement certains pays au sein de cette Union) sont très variables d'un traité à l'autre.

Il est à espérer que cet éventail sera assez représentatif des tensions et paradoxes que soulèvent les tentatives d'extension du mouvement de libéralisation mondial à ce secteur.

Cette étude se découpe en deux parties, dont la première fera état de la controverse *économique* qui entoure l'application des principes du libre-échange au secteur des produits de l'audiovisuel, et sa traduction dans l'action des États et dans les traités internationaux précités. La deuxième partie s'intéresse de plus près à la traduction juridique et politique dans les traités favorisant le libre-échange, des arguments *politico-culturels* développés par certains acteurs du commerce audiovisuel.

I. LA CONTROVERSE ÉCONOMIQUE ENTOURANT L'APPLICATION DES PRINCIPES DU LIBRE-ÉCHANGE AU SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL

Les tentatives d'application des principes du libre-échange au secteur des produits de l'audiovisuel, dans le cadre des accords qui nous intéressent, sont d'origine récente, étant donné les progrès technologiques et l'accroissement considérable du débit des courants commerciaux dans ce domaine. Mais de fortes résistances ont été opposées par les États, ou les groupes d'États, effrayés par la domination très importante des États-Unis, domination qui peut s'expliquer par des caractéristiques propres au marché des produits audiovisuels. Ces deux idées inspirent les deux sous-parties suivantes.

A. L'APPLICATION RÉCENTE DES PRINCIPES DU LIBRE-ÉCHANGE AU SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL

À une époque peu éloignée une forte présence étatique dans le domaine de la radiodiffusion se justifiait parce qu'un nombre très limité de fréquences hertziennes était disponible⁶. Dans ces conditions, une gestion publique était préférable à la livraison du spectre radiodiffusé étroit à quelques entreprises dont le pouvoir

6. M. MAGGIORE, *La production audiovisuelle dans le Marché Unique*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1991, p. 32.

aurait été ainsi considérablement accru. À ces considérations s'ajoutait la peur des tentatives de main-mise indirecte sur le pays, grâce à la maîtrise de la radiodiffusion, fomentées par des gouvernements étrangers⁷.

Cette argumentation tombe avec les « formidables mutations accomplies au plan technologique »⁸. Ces bouleversements sont la mise en place des satellites et le développement des réseaux cablés qui multiplient les fréquences disponibles. Par conséquent il existe un vaste mouvement de privatisation des monopoles publics dans tous les pays concernés pour laisser jouer l'offre et la demande et permettre le « plein développement du marché publicitaire et des ressources qu'il draine »⁹.

Cette réalité se manifeste autant aux États-Unis, qu'au Canada et en Europe dans la dernière décennie. En Europe par exemple, il résulte de cette déréglementation que depuis la fin des années 1980 le nombre des chaînes privées dépasse celui des chaînes publiques¹⁰, faisant passer les heures de programmes diffusées chaque année, de 250 000 heures en 1987, à 440 000 heures en 1992 (d'après des estimations faites en 1991). Il est prévu que ce nombre d'heures monte jusqu'à 560 000 à la fin des années 1990¹¹.

Cette évolution technologique contribue aussi à faire disparaître les limites géographiques à la diffusion radiophonique, qui dépasse par conséquent beaucoup plus facilement les frontières nationales. Il reste que la déréglementation se confine, à ses débuts en tout cas, au niveau national, et de nombreuses barrières réglementaires à la diffusion transnationale, ainsi qu'à l'acquisition de programmes étrangers susceptibles d'être diffusés, subsistent. La suite désirée par certains États est la déréglementation au niveau régional ou international, toujours dans un esprit de recherche d'une situation de concurrence plus forte et plus saine. Ces considérations ont été reprises dans les différents accords qui font l'objet de notre étude.

Les raisonnements juridiques qui ont permis un début d'application des principes du libre-échange au secteur des produits audiovisuels diffèrent, selon que la structure des accords est relativement âgée, comme le Traité de Rome ou les accords du GATT, ou selon que les conventions sont plus récentes, comme l'ALENA. Dans ces derniers cas l'idée d'inclure ce secteur dans le mouvement de libéralisation est directement négociée *avant* leur rédaction.

1. Les tentatives d'adaptation des accords favorisant le libre-échange aux spécificités économiques du secteur audiovisuel : le GATT et la Communauté européenne

Le GATT est un important et ancien accord qui traite de la diminution des barrières, tarifaires d'abord, pour s'étendre aux barrières non tarifaires ensuite, à la libre circulation internationale des marchandises. Les deux principes essentiels

7. S. R. KONIGSBERG, *loc. cit.*, note 4, p. 315.

8. S. REGOURD, *La télévision des Européens*, Paris, La Documentation Française, 1992, p. 111.

9. *Ibid.*

10. C.A. GIFFARD, « European Regulation of Transborder Television », 27 *Cal. W. L. Rev.* 161.

11. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 101.

qui gouvernent les négociations des accords au sein de ce forum, sont ceux du traitement de la nation la plus favorisée¹² et du traitement national¹³.

Le premier principe signifie que tout avantage en matière d'abaissement tarifaire accordé par un pays à un autre devrait être automatiquement étendu aux autres Parties contractantes; quant au second il réclame des pays signataires qu'ils traitent les produits importés d'une autre Partie de la même manière que ses propres produits nationaux.

Il a semblé aux États-Unis que ces deux principes pouvaient être appliqués aux produits de l'audiovisuel pour favoriser les échanges internationaux.

Le GATT a été élaboré durant les années immédiatement postérieures à la Seconde Guerre mondiale, avant l'invasion de la télévision dans les foyers, par conséquent il ne traite pas directement de ce problème. Mais dès 1961, les États-Unis ont réclamé la formation d'un groupe de travail pour examiner le problème de l'applicabilité des principes du GATT à ce secteur grandissant de l'économie¹⁴. La vision américaine était très simple : « television programming is a "product" within the meaning of GATT, and consequently, internal regulations restricting the use of foreign-produced programs violate Articles III's national treatment obligation »¹⁵.

Pour qualifier le programme télévisé de « produit » les représentants des États-Unis trouvent un support juridique dans l'article IV des accords du GATT qui prévoit une exception au principe de l'article III en faveur des films cinématographiés¹⁶, un produit très semblable au programme télévisé¹⁷. Par analogie, les représentants américains estiment que le GATT devrait couvrir aussi ces produits, mais « [t]he United-States [...] contended that article IV should not simply be extended to television programming, because the language of the article is expressly limited to cinema films, while most television programs are recorded on video tape »¹⁸.

Beaucoup plus tard les États-Unis tenteront aussi de faire appliquer le principe de la nation la plus favorisée à ce secteur de l'économie, lorsque des accords régionaux, excluant les États-Unis, prévoiront un traitement plus favorable à leurs membres dans le domaine des programmes télévisés.

Le problème de l'extension des principes du libre-échange au secteur audiovisuel est très différent dans le cadre du Traité de Rome, réunissant un nombre grandissant de pays du continent européen. Cette extension est facilitée; en premier lieu parce que l'objectif de libéralisation ne se limite pas au domaine des marchandises définies restrictivement, comme c'est le cas pour le GATT, de plus la délégation des pouvoirs effectuée par les États membres aux institutions communautaires est suffisante pour qu'ils puissent se voir imposer « par le haut » des obligations telle que celle d'assurer la libre circulation des produits de l'audiovisuel.

12. GATT, oct. 30, 1947, art. I.

13. *Id.*, art. III.

14. J. FILIPEK, « "Culture Quotas": The Trade Controversy over the European Community's Broadcasting Directive », (1992) 28 *Stanford J. Intl. L.* 340.

15. *Id.*, p. 341.

16. GATT : « art. IV Special Provisions Relating to Cinematograph Films. If any contracting party establishes or maintains quantitative regulations relating to exposed cinematograph films, such regulations shall take the form of screen quotas which shall conform to the following requirements : [...] »

17. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 341.

18. *Ibid.*

Le raisonnement économique soutenu par la Commission dans son Livre Vert publié en 1984 est le même que celui que les États-Unis veulent imposer au niveau international. La « principale faiblesse [de l'industrie audiovisuelle européenne] est la fragmentation du marché »¹⁹. Les différences considérables de réglementations d'un pays membre à un autre, empêchent à l'époque toute circulation des produits originaires d'un autre État. Par ailleurs « le potentiel européen de production et d'investissement est également perdu du fait de l'éparpillement et du morcellement »²⁰. Ces facteurs diminuent considérablement la compétitivité de la Communauté européenne face à des « acteur[s] qui, sur la scène audiovisuelle, applique[nt] une stratégie unique », comme les États-Unis ou le Japon²¹.

Plus spécifiquement, le Livre Vert élabore les fondements légaux d'une intervention communautaire dans le domaine audiovisuel. Ceci est un problème délicat parce que ni le Traité de Rome de 1957, ni l'Acte Unique de 1986 par la suite, « ne consacrent la moindre mention aux questions audiovisuelles »²².

Mais le Livre Vert développe des arguments juridiques²³, inspirés notamment de l'affaire *Sacchi*²⁴, en faveur de l'élaboration d'une réglementation communautaire. Dans cette affaire, la C.J.C.E. définit le message audiovisuel comme un « service »²⁵ dont la libre circulation doit être concrétisée par les institutions communautaires²⁶.

L'Acte Unique est adopté par les Douze en 1986 et entre en vigueur en juillet 1987. Ce traité accroît les compétences communautaires et inscrit dans ses objectifs l'achèvement d'un marché unique européen, où la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux doit être acquise en 1992. En attendant qu'une harmonisation des législations nationales soit obtenue, œuvre de longue haleine et qui n'est pas toujours nécessaire pour faciliter cette circulation, l'Acte Unique pose le principe de « reconnaissance mutuelle des normes » qu'il est plus aisé techniquement et politiquement de faire appliquer par les États membres²⁷.

À la suite du Livre Vert, la Directive « Télévision sans frontières » est adoptée le 3 octobre 1989²⁸ en prenant acte des modifications apportées par l'Acte Unique : « under the terms of the directive [...], states cannot object to programs from other member states being received and retransmitted in their own territory, provided these programs conform to the regulations »²⁹.

19. M. MAGGIORE, *op. cit.*, note 6, p. 12.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. S. REGOUD, *op. cit.*, note 8, p. 179.

23. *Télévision sans frontières : livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble (Communication de la Commission au Conseil)*, COM (84) 300 final, 1984, pp. 105 et ss.

24. C.J.C.E., *Sacchi*, 30.04.1974, aff. 155/73, Recueil 1974, pp. 409, 421 et 425.

25. Pour cela la Cour s'appuie sur l'article 60 du Traité de Rome.

26. Traité de Rome, art. 59.

27. C.A. GIFFARD, *loc. cit.*, note 10, p. 163.

28. *Directive du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (89/552/CEE)*.

29. C.A. GIFFARD, *loc. cit.*, note 10, p. 163; ces dispositions sont contenues dans l'article 2 de la Directive « Télévision sans frontières ».

Il est à noter au passage, qu'une *directive* dans le cadre communautaire n'impose pas aux États une obligation immédiate de respect de ses normes, au contraire du *règlement* communautaire. Les directives fixent un terme à partir duquel le *résultat* doit être atteint, mais les États sont libres « quant à la forme et aux moyens » choisis pour se conformer à ce résultat³⁰. Le terme prévu à partir duquel les législations nationales devaient être conformes aux principes de la directive qui nous intéresse, était deux années après son adoption.

La Commission de la Communauté européenne a fait respecter les termes de la directive à certains pays récalcitrants : à titre d'exemple elle a intenté une action contre l'Allemagne dont la *Loi de soutien à l'industrie du film* effectuait, selon elle, une discrimination contre les ressortissants non allemands de la Communauté européenne³¹.

À l'heure actuelle, la déréglementation est largement acquise dans les pays européens, il reste que les barrières linguistiques et les habitudes de consommation nationale constituent des freins à la circulation de ces services audiovisuels, barrières qu'il est naturellement beaucoup plus difficile de franchir, ce qui remet en cause certains espoirs d'obtenir un marché à la taille des États-Unis. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point au cours de notre étude.

Nous avons constaté que l'interprétation des textes offrait la possibilité théorique, parfois concrétisée, d'étendre les principes favorisant le libre-échange à des produits audiovisuels non prévus littéralement dans les accords. Le cas de l'ALENA est plus « moderne » : l'application de ces principes se négocie directement entre les parties.

2. Les tentatives d'inclusion du secteur audiovisuel dans un accord de libre-échange : l'ALENA

Le contexte de négociation de l'ALENA est très particulier parce qu'il réunit autour d'une même table très peu de parties, à la puissance économique et politique très inégales. Un nombre faible de négociateurs est un avantage parce que les concessions peuvent être plus importantes, mais l'inégalité de puissance peut malheureusement fausser le jeu des concessions réciproques.

Les États-Unis par la taille de leur marché offrent des perspectives de profits importants à leurs deux voisins immédiats, si tant est que les barrières aux échanges disparaissent. C'est essentiellement dans cette perspective que le Canada, déjà signataire en 1988 de l'Accord de libre-échange élaboré avec les États-Unis, et le Mexique participent à cet accord. Les États-Unis y participent également pour élargir leur marché et favoriser la position concurrentielle de l'Amérique du Nord face au Japon et à l'Europe, mais à cela s'ajoute leur intérêt dans la protection internationale de leurs droits de propriété intellectuelle sur le territoire de leurs deux voisins, protection que les États-Unis obtiennent en échange d'une ouverture privilégiée de leur marché.

Le secteur de la télécommunication fait clairement partie des secteurs auxquels on veut appliquer les principes du libre-échange.

30. Traité de Rome, art. 189, al. 3.

31. R. COLLINS, « The Screening of Jacques Tati : Broadcasting and Cultural Identity in the European Community », (1993) 11 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 366.

There are three main NAFTA chapters that affect the telecommunication industry : the service, standards, and telecommunications chapters. The services chapter establishes basic principles that apply to telecommunications, chief among which is non-discrimination. [...] The standards chapter [...] requires the practicable harmonization of standards in various industries, including telecommunications.³²

Le Chapitre 13, qui concerne la télécommunication,

describes three basic policies that governments must seek to implement. The first is the encouragement of the free flow of information. [...] The second basic policy is that of non-discrimination. [...] Article 1302-8 defines the term explicitly as it applies to telecommunications. [...] Finally, articles 1306 and 1304-5 of Chapter 13 require transparency of information relating to the use of and access to the public network.³³

Ces différentes dispositions semblent jeter à première vue les bases d'une libéralisation future des échanges de produits audiovisuels, mais il n'en est rien en ce qui concerne le Canada, parce que l'ALENA, tout comme l'ALE, contient un article qui accorde une exception applicable aux *industries culturelles* de ce pays³⁴, or les entreprises qui produisent ou qui diffusent les produits audiovisuels en font partie.

Nous reviendrons sur les motivations avancées par le Canada; pour l'instant il nous suffit de constater que la libéralisation du secteur des produits de l'audiovisuel est limitée aux échanges entre les États-Unis et le Mexique³⁵, encore que quelques exceptions existent, notamment en faveur de ce qui est appelé « les services de base de la télécommunication », sur lesquelles nous ne nous étendrons pas³⁶.

Cette exemption en faveur des programmes télévisés peut surprendre dans un accord qui prend acte des progrès réalisés dans le domaine technologique, étant donné qu'il est négocié au début des années 1990. Il aurait dû s'étendre plus facilement aux programmes de télévision que dans le cadre du Traité de Rome par exemple, qui date d'une époque où le nombre des réseaux hertziens était très limité.

Les tentatives pour libéraliser le secteur des produits de l'audiovisuel sont encore une fois lancées par le principal producteur et exportateur de ces produits : les États-Unis. En ce qui concerne l'ALENA il semble bien que le succès ne soit pas si total qu'ils l'avaient espéré, le Canada ayant refusé de céder sur le principe d'une « exception culturelle ». Ce résultat est d'autant plus dommageable aux États-Unis, aux dires de certains, qu'ils comptaient sur une réussite totale dans le cadre nord-américain pour exercer une influence encore plus forte sur les modèles

32. A. FIELD, « Current Developments in the FCC : Telecommunications and the NAFTA », (1994) 25 *L. & Policy Intl. Bus.* 1146.

33. *Ibid.*

34. NAFTA, art. 2005 (1); voir *infra* : commentaires contenues dans la deuxième sous-partie.

35. Malgré tout, « Mexico has been allowed to grandfather a provision which guarantees native films 30% of screening time »; dans A. de FAZEKAS, « Free Trade and Culture : An Alternative Approach », (1993) 2 *Dalhousie J. Leg. Studies* 150.

36. A. FIELD, *loc. cit.*, note 32, p. 1148.

de libre-échange, existants ou futurs dans le monde, pour y inclure le domaine de l'audiovisuel où leurs performances commerciales sont éclatantes³⁷.

On retrouve en effet, dans tous les modèles de libre-échange, une résistance particulièrement vigoureuse de la part de nombreux États, ou groupes d'États, à la libéralisation effrénée de ce secteur, notamment au sein des Parties contractantes du GATT. Il nous faut nous questionner maintenant sur les raisons économiques du succès commercial américain pour mieux cerner le raisonnement tenu par les pays réfractaires à l'ouverture totale des frontières.

B. DES RÉSISTANCES « PROTECTIONNISTES » À L'APPLICATION PURE ET SIMPLE DE CES PRINCIPES

Nous exposerons en premier lieu, à grands traits, le raisonnement économique applicable aux produits de l'audiovisuel et repris par les États comparativement désavantagés, pour synthétiser ensuite la traduction juridique, s'il y en a une, des résistances « protectionnistes » de ces États dans les traités favorisant le libre-échange.

1. Une situation de concurrence particulièrement déséquilibrée en faveur des États-Unis

Nous avons vu que la multiplication considérable des fréquences disponibles permet maintenant la multiplication des chaînes privées qui se concurrencent ainsi entre elles pour offrir, en théorie, les meilleurs services, à des prix intéressants pour les auditeurs.

Mais bien souvent les chaînes de télévision, surtout les nouvelles chaînes au capital limité³⁸, ne produisent pas les programmes : la plupart du temps elles les achètent au producteur qui offre le prix le plus intéressant et la qualité que le diffuseur estime la plus attrayante. Il nous faut alors nous pencher sur l'état de la concurrence entre les *producteurs* : ce terme englobe les producteurs de programmes destinés à la télévision, ainsi que les producteurs de films destinés aux cinémas parce que ceux-ci, après une période de temps raisonnable, sont largement rediffusés sur les écrans de télévision.

La concurrence entre les producteurs est très déséquilibrée en faveur de ceux qui travaillent aux États-Unis. En effet ces derniers bénéficient dès le lancement de leurs produits, pour peu qu'ils soient efficaces au niveau national, d'un marché américain extrêmement vaste, où la langue et les goûts culturels sont sensiblement les mêmes. Une fois qu'ils dégagent des bénéfices à l'intérieur de leurs frontières, ils peuvent se tourner vers des marchés extérieurs et vendre leurs produits à des prix défiant toute concurrence.

Quelques éclaircissements sur la spécificité des produits audiovisuels s'avèrent ici nécessaires. Comme l'explique Richard Collins :

Communications poses further problems to neoclassical economic analysis. Information has very low marginal costs of production and is not destroyed in

37. « Canadian Signal Piracy Revisited in Light of United States ratification of the Free Trade Agreement and the Berne Convention : Is This a Blueprint for Global Intellectual Property Protection? », (1989) 16 *Syr. J. Intl. L. Com.* 195.

38. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 103.

consumption. [...] The rapid decline in cost of serving additional consumers that characterizes the print medium is even more marked in broadcasting [...]. Thus, there are considerable barriers to entry to new suppliers once well-established enterprises are in place. New entrants to the market are vulnerable to predatory pricing, the costs of which existing suppliers can spread over a wide consumer base.³⁹

Par conséquent, au niveau international, les produits américains sont très difficilement concurrentiels, même par les producteurs s'adressant à leur propre marché national ou régional. Un exemple frappant est celui de l'Europe où la présence de produits audiovisuels américains s'accroît plus vite que la diffusion des produits européens⁴⁰.

Ce phénomène est accentué par une autre spécificité du secteur des produits audiovisuels. Les diffuseurs se tournent avec d'autant plus de facilité vers les produits américains plus abordables que leurs véritables clients ne sont pas les auditeurs, mais les publicitaires⁴¹. En effet les chaînes privées financent leurs programmes grâce à la vente de temps d'antenne aux organismes de publicité⁴². Les auditeurs ne payant pas, ou à un prix très modique, la réception de ces programmes chez eux, le marché de la radiodiffusion devient imparfait parce qu'il n'existe pas de relation économique directe entre eux et les diffuseurs⁴³.

Cette absence de lien direct laisse supposer que l'offre ne reflète pas exactement la demande de tous les groupes d'auditeurs. D'une part, parce que les auditeurs *acceptent* plus qu'ils ne *choisissent* des émissions presque totalement *gratuites*; et d'autre part, même si l'on admet que leurs goûts sont respectés⁴⁴, étant donné que la publicité doit être vue par un public le plus large possible⁴⁵, des portions de la masse des auditeurs sont lésées, c'est-à-dire celles qui ne s'intéressent pas vraiment aux émissions grand public.

Dans ces conditions, ce qui est essentiel pour les diffuseurs est d'obtenir des programmes à bas prix, *acceptés* par le public le plus large possible : les produits audiovisuels américains remplissent parfaitement ces critères.

Cette situation désavantage grandement les producteurs non américains susceptibles de proposer des programmes qui pourraient intéresser, sinon le public le plus large, du moins un public plus sélectif.

Les États, autres que les États-Unis, susceptibles de faire des gains dans le secteur audiovisuel, ou tout au moins de diminuer leur dépendance à l'égard des produits américains, conscients de ces problèmes, ont ainsi développé (ou conservé) leur arsenal réglementaire pour freiner « l'invasion » des *cheap dramas*. Ce phénomène s'est retrouvé à contre-courant avec la vague de libéralisation dans les échanges internationaux manifestée dans les traités qui nous concernent.

39. R. COLLINS, *Culture Communication...*, note 5, p. 148.

40. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 101.

41. R. COLLINS, *Culture Communication...*, note 5, p. 146.

42. *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1986, p. 38.

43. R. COLLINS, *Culture Communication...*, note 5, p. 145.

44. Ainsi que l'affirme C. N. SMITH : « Viewer taste may also contribute to the increased sales of U.S. television programming to Europe »; dans C. N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 103.

45. La mesure de l'audimat est un facteur décisif dans le choix des programmes télévisés.

2. Le résultat juridique, ou l'absence de résultat juridique, de ces réticences dans les différents accords

a) L'ALENA

Le Canada est un exemple de ces appréhensions par l'importance qualitative et quantitative dans ce pays de la réglementation restreignant l'entrée des produits audiovisuels étrangers, et il faut entendre par « produits étrangers » essentiellement les produits américains qui sont très abondants sur le marché canadien, étant donné la puissance des industries audiovisuelles situées aux États-Unis, voisin immédiat du Canada.

Yvan Bernier parle « [d']outrageuse domination du marché canadien par les industries culturelles américaines »⁴⁶, et à ce propos les chiffres tels qu'exposés dans le journal *The Globe and Mail* en 1987 sont très révélateurs :

Only 3 to 5 per cent of all theatrical screen time in Canada goes to Canadian films; 2 to 4 per cent of video-cassette sales are Canadian titles; 97 per cent of profits from films shown in Canada go out of the country, 95 per cent to the United-States; total prime-time broadcasting in drama and sitcoms is only 2 to 3 per cent Canadian; 95 per cent of English-language TV drama is non-Canadian; [...].⁴⁷

L'auteur admet que la situation au Québec n'est pas aussi extrême, mais elle « n'apparaît guère plus reluisante dans l'ensemble »⁴⁸.

La conclusion qu'en tirent certains est la suivante : les industries culturelles canadiennes en général, et les industries de l'audiovisuel en particulier, « need protectionism not only to grow : they need *growing* protectionism to grow faster and with increased vitality »⁴⁹. Deux considérations économiques sont avancées pour justifier de telles mesures : d'une part on serait en face d'une situation de *competitive imbalance* pour les raisons que nous avons développées plus haut, « ou si l'on veut, de position dominante, sans que l'on puisse nécessairement parler d'abus de position dominante [...] au sens des articles 51 et 52 de la Loi sur la concurrence du Canada »⁵⁰. D'autre part la situation serait aggravée « pour les producteurs canadiens lorsque dans un secteur comme celui du film, les producteurs contrôlent dans une large mesure les réseaux de distribution et de présentation en salle »⁵¹.

Par conséquent, lorsque l'intention du gouvernement canadien de négocier un accord de libre-échange avec les États-Unis fut connue des « diverses personnes et groupes identifiés d'une façon ou d'une autre aux industries culturelles canadiennes », ceux-ci,

ont eu tôt fait de s'organiser pour faire valoir l'impérative nécessité d'exclure les industries en question d'un tel accord, reprenant ainsi à leur compte une des recom-

46. Y. 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 », (1987) *Can. Y. B. Intl. L.* 245.

47. R. SALUTIN, « Our cultural air is being altered », *The Globe and Mail*, 5 novembre 1987, A-7; cité par Y. BERNIER, *ibid.*

48. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 245.

49. M. BERGMAN, « The Impact of Free Trade on Canadian Cultural Industries », [1985] *Cinema Canada* 9.

50. *Loi sur la Concurrence*, S.R.C. 1970, c. C-23, tel qu'amendé, art. 50 et 51; cité par Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 245.

51. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 246.

mandations du Rapport récemment paru de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada.⁵²

C'est ainsi qu'une exemption en faveur des industries culturelles fut incluse dans l'Accord de libre-échange signé par le Canada et les États-Unis en 1988. En voici le texte :

article 2005(1) : Cultural industries are exempt from the provisions of this Agreement, except as specifically provided in Article 401 [Tariff Elimination], paragraph 4 of Article 1607 [Divestiture of an Indirect Acquisition] and Article 2006 [Retransmission Rights] and 2007 [Print-In-Canada Requirement] of this Chapter.

En ce qui concerne l'article 401, l'accord du Canada sur le principe de l'élimination à terme des droits de douane ne constitue pas une très grande concession de sa part puisque ceux-ci ne constituent plus, dès 1986, un instrument significatif de protection contre l'entrée des produits audiovisuels américains⁵³. Plus précisément « Northcote points out that these tariff eliminations will only have a significant impact on the limited sectors of record pressing plants, and film and video duplication activities »⁵⁴.

L'article 2006, qui vise « à assurer la protection des droits d'auteur sur les programmes transmis au moyen de signaux à distance dans un pays, puis captés gratuitement et retransmis par des câblo-distributeurs dans l'autre pays »⁵⁵ ne semble pas devoir poser un problème particulier aux industries audiovisuelles du Canada puisque cette disposition permet aux vendeurs de programmes télévisés américains d'être rémunérés, ce qui devrait entraîner une hausse de leur prix, favorisant ainsi un peu plus les programmes canadiens »⁵⁶.

En revanche l'article accorde une exemption générale à des aspects significatifs de la législation canadienne protégeant les industries de l'audiovisuel, notamment les mesures de soutien à celles-ci⁵⁷. Ainsi, « The governments of Canada and the Provinces may continue to apply, modify, or create new programs to regulate, subsidize or encourage the development of distinctive Canadian cultural products and services and to restrict entry or investment by U.S. entertainment enterprises »⁵⁸. Un exemple de législation qui agace particulièrement les diffuseurs américains est le Projet de loi C-58 qui a été adopté en 1970. Il contient une disposition :

which disallowed the cost of advertising on American stations [which broadcast across the common border between Canada and U.S.] as a business expense for income tax purposes. Bill C-58 thus had the effect that commercial deletion was intended to have : it dramatically reduced Canadian advertising on American stations [which represents a big amount of money for them].⁵⁹

52. *Id.*, p. 244.

53. *Id.*, p. 250.

54. A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35, p. 144; citant W. L. NORTHCOTE, « The Treatment of Culture and Cultural Industries Under the Canada-U.S. Free Trade Agreement and in the European Community », (1991) 2 *M.C.L.R.* 34.

55. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 257.

56. *Ibid.*

57. *Id.*, p. 250.

58. D.P. STEGER, *A Concise Guide to the Canada-United States Free Trade Agreement*, Toronto, Carswell, 1988, p. 51.

59. T. GOULET, « The Canada-U.S. Free Trade Agreement and the Retransmission of American Broadcasts in Canada », (1988-89) 24 *Gonzaga L. Rev.* 357.

D'ailleurs, les États-Unis ont menacé d'utiliser leur article 301, bien connu de leurs partenaires commerciaux, contre cette législation qu'ils estiment contraire à leurs intérêts. Mais

[t]he section 301 committee determined that the Canadian Bill was neither discriminatory, nor unjustifiable. The Committee, however, found Bill C-58 unreasonable [...]. To counter Bill C-58, the United States enacted mirror legislation in 1984 [...]. The United States retaliatory action under 301, however, failed to cause to repeal of the Canadian legislation.⁶⁰

Le maintien encore à l'heure actuelle de cette législation par le Canada, malgré la finalité globale de libéralisation des échanges contenue dans l'ALÉNA qu'ils ont signé récemment et dans lequel l'exemption a été conservée, semble montrer la taille des enjeux économiques que ce pays prête à ses industries de l'audiovisuel. Mais le Canada n'est pas le seul pays à désirer protéger son secteur de l'audiovisuel contre l'entrée massive des produits américains.

b) Le GATT

Le surplus commercial que les États-Unis dégagent de l'exportation des produits audiovisuels dans les pays d'Europe est beaucoup plus important que celui qui résulte de ses ventes au Canada, or les mêmes tendances protectionnistes se retrouvent dans ces pays qui sont membres des accords du GATT. Les mesures de protection des industries de l'audiovisuel sont même organisées par la législation communautaire.

La Directive « Télévision sans frontières » dont nous avons déjà parlé, contient une disposition, réclamée avec beaucoup de vigueur par la France notamment⁶¹, qui tente d'enrayer la progression constante des importations dans ce domaine. En voici le texte :

article 4 : 1. Member States shall ensure where practicable and by appropriate means, that broadcasters reserve for European works, within the meaning of article 6, a *majority proportion* of their transmission time, excluding the time appointed to news, sports events, games, advertising and teletext services. This proportion, having regard to the broadcaster's informational, educational, cultural and entertainment responsibilities to its viewing public, should be achieved progressively, on the basis of suitable criteria.

Nous avons exposé plus haut les motivations économiques européennes pour construire un marché unique en matière audiovisuelle. Mais en attendant d'obtenir ce grand marché de l'audiovisuel et faire face à la concurrence américaine, la Communauté européenne a estimé qu'une protection efficace au moyen de quotas était nécessaire compte tenu de la situation particulière du marché telle que décrite précédemment⁶².

60. T.M. LUPINACCI, « The Pursuit of Television Broadcasting Activities in the European Community : Cultural Preservation or Economic Protectionism? », (1991) 24 *Vanderbilt J. Transnatl. L.* 150.

61. « [...] encouraged by the French television and film production industry »; dans C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 105.

62. Il nous faut signaler que le Livre Vert de 1984 n'a pas prévu la mise en place d'un quota européen.

Les tentatives faites, sans succès, par les États-Unis dans les années 1960 pour faire appliquer les principes du GATT aux produits audiovisuels et réduire les barrières nationales à leur entrée, sont alors relancées par les États-Unis contre le principe contenu dans l'article 4 de la Directive « Télévision sans frontières ».

À cet effet, très peu de temps après l'adoption de la Directive, les États-Unis déposèrent une plainte sous l'article XXII des accords du GATT qui prévoit des consultations bilatérales⁶³. Les arguments opposés à l'attaque américaine par la Communauté européenne reposent notamment sur une interprétation différente de celle des États-Unis de la nature des « produits de l'audiovisuel ». Conformément à ce qu'elle a toujours prétendu et à la jurisprudence *Sacchi* dont nous avons fait mention, la Communauté estime que les programmes de télévision sont des « services », or les services ne font pas, à ce moment là, partie du panier des concessions dans le cadre du GATT et par conséquent les États-Unis ne sont pas fondés à attaquer les mesures communautaires touchant ce secteur⁶⁴.

Au delà des arguments d'espèce opposés par les deux Parties contractantes, il semble que le malentendu concerne la vision même qu'elles ont du rôle et de la fonction du GATT.

The United States perceives the GATT in legalistic terms as a set of normative rules and a « court » designed to enforce those rules, [as] a system for resolving disputes and punishing the guilty [...]

By contrast, the Community views the GATT as « a negotiating forum in which the normative rules give some guidelines as to the contours of the negotiations ». The United States seeks to impose procedures within the GATT framework to resolve trade disputes with certainty and speed. The Community, on the other hand, sees the dispute resolution procedures of the GATT only as a tool of persuasion during negotiations.⁶⁵

La perception européenne l'a emporté lors de la conclusion de l'Uruguay Round puisque le GATS (*General Agreement on Tariffs and Services*) ne permet pas un accès au marché, non plus qu'un traitement national, automatiques. Cet accord est composé de listes de services susceptibles de se voir appliquer des principes favorisant le libre-échange, — listes qui sont négociées essentiellement d'une manière bilatérale⁶⁶. La Communauté européenne, ainsi que le Canada, n'ont pris aucun engagement en matière audiovisuelle⁶⁷.

c) À l'intérieur de la Communauté européenne

Les mêmes préoccupations se retrouvent au sein des petits pays de la Communauté européenne qui voient d'un mauvais œil l'établissement du futur marché unique en matière d'audiovisuel auquel ils sont très mal préparés. « Within the Community there are genuine concerns that larger Member States will domi-

63. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 345.

64. *Id.*, p. 350. Pour un examen détaillé de la notion de service appliquée à ce problème nous renvoyons à T.M. LUPINACCI, *loc. cit.*, note 60, p. 135.

65. T.M. LUPINACCI, *id.*, p. 136.

66. *Extrait Gazette du Canada, Partie I, Accord de Libre-Échange Nord-américain*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1994, p. 4924.

67. *Id.*, p. 4933.

nate smaller ones. These feelings are strongest in Member States where Danish, Dutch, and Portuguese are spoken because there exist "almost no economies of scale when it comes to making programs" »⁶⁸.

D'ailleurs les États-Unis s'appuient sur ces constatations pour dénoncer une directive dont l'aspect économique (obtention d'un marché unique) serait secondaire par rapport à l'aspect protectionniste (tentative de mise en place d'un quota commun). Ce jugement serait d'après eux d'autant plus lucide que les habitudes nationales de consommation de programmes télévisés et de films cinématographiques rendent peu probable la perspective d'un marché unifié⁶⁹.

Il est clair que les propos tenus, les textes publiés par les organismes officiels, ainsi que la lecture attentive de la réglementation en matière audiovisuelle, aussi bien du côté de la Communauté européenne, que du côté du Canada, dévoilent des motivations protectionnistes bien souvent⁷⁰.

Il est difficile de dire, si l'on reste sur un plan strictement économique, si ce protectionnisme est justifié ou non pour des raisons tenant à la structure bien particulière du marché audiovisuel. En d'autres mots, il est malaisé d'extrapoler sur le résultat de l'ouverture totale des barrières à l'entrée de ces produits : même si l'on admet que leur prix baisseront dans ce cas, leur qualité s'en trouvera-t-elle améliorée pour autant ?

Cette problématique nous amène à réfléchir sur la notion de « qualité » qui est recherchée dans un produit audiovisuel. Un produit audiovisuel « de qualité » est-il un produit qui *divertit* simplement, ou qui *éduque* tout en divertissant ?

Si l'on adopte une vision exclusivement commerciale, le choix du critère de la qualité doit être laissé entièrement au consommateur, en l'occurrence l'auditeur.

Mais cette vision exclut deux problèmes dans le contexte du marché audiovisuel : nous en avons abordé un lorsque nous avons mentionné le manque de relation économique directe entre l'auditeur et le diffuseur étant donné l'intervention des publicitaires, partenaires financiers indispensables au diffuseur ; la demande s'en trouve faussée, et même la mesure de l'audimat ne peut pas être un bon révélateur de la demande.

Le deuxième problème propre à ce marché est celui de la tendance naturelle chez la majorité du peuple à chercher à se divertir, plutôt qu'à s'éduquer. Ceci peut porter gravement à conséquence : la télévision devient très rapidement le principal « médium » de la communication dans les sociétés économiquement développées, et elle aura tôt fait de remplacer la plupart des autres « médiums »⁷¹. Par conséquent il est sans doute souhaitable que la maîtrise de l'éducation du peuple reste entre les mains des pouvoirs publics, et ne soit pas laissée aux entreprises privées, motivées, soyons réalistes, par rien d'autre que l'appât du gain.

Par ailleurs le produit culturel ne peut rester éducatif que si une certaine *diversité dans l'offre culturelle* est assurée. En effet, c'est de la confrontation des connaissances, et partant, des modèles culturels, que l'éducation, c'est-à-dire l'esprit critique qui contribue à l'inventivité, s'acquiert et s'accroît. La préservation de cette diversité est inconcevable si on laisse les forces du marché international

68. T.M. LUPINACCI, *loc. cit.*, note 60, p. 127.

69. *Ibid.*

70. Les États-Unis eux-mêmes possèdent des mesures protectionnistes en matière d'accès au marché de l'audiovisuel : voir T.M. LUPINACCI, *loc. cit.*, note 60, p. 124.

71. S. REGOUD, *op. cit.*, note 8, p. 7.

fonctionner librement. Cette « liberté » économique aboutirait, à long terme, à une homogénéisation des produits audiovisuels : pour survivre économiquement, les entreprises offrant des produits culturels auront tendance progressivement à conformer leur offre à celle proposée par le pays où existe la conjonction d'une puissance économique considérable et d'un modèle culturel à peu près uniforme. Le seul pays qui offre ces caractéristiques est les États-Unis.

On constate que, s'agissant des produits du secteur audiovisuel, et plus largement des produits culturels, on sort rapidement du plan économique pour toucher des problèmes fondamentaux d'éducation des masses et de préservation de la diversité culturelle mondiale et régionale.

Les États, individuellement ou organisés en groupe, comme au sein de l'Union européenne, susceptibles de perdre la bataille économique dans le domaine de l'audiovisuel si on laissait le marché fonctionner librement, ont repris très largement ces arguments, et ce, avec plus ou moins de bonne foi.

Leur grande préoccupation est de garder la maîtrise de l'outil audiovisuel pour pouvoir pétrir la conscience nationale⁷², assise indispensable à leur souveraineté⁷³; surtout dans un monde où l'autorité des États est de plus en plus remise en question par le phénomène de globalisation, non seulement économique, mais aussi, de plus en plus, sociale, politique, etc.⁷⁴

Pour les responsables américains ces justifications sont dénuées de tout fondement : à leurs yeux les Canadiens et les Européens confondent commerce et culture...⁷⁵

II. LA TRADUCTION JURIDIQUE ET POLITIQUE DES ARGUMENTS CULTURELS EN FAVEUR D'UNE PROTECTION DES PRODUITS AUDIOVISUELS

La prise en considération de ces arguments est loin d'être aisée. Elle est confrontée à deux difficultés majeures : en premier lieu les traités étudiés sont des accords à visée économique et leurs fondements, ainsi que leur structure, ne prévoient pas explicitement l'extension de son objet à des considérations non économiques; en deuxième lieu, le consensus sur ces arguments culturels n'est pas acquis, comme nous l'avons vu, et la loi du plus fort, ou de la majorité des États, a tendance à s'imposer : ceci se manifeste autant au plan juridique qu'au plan politique.

A. LES TRAITÉS SONT DIFFICILEMENT ADAPTABLES À CES ARGUMENTS CULTURELS

Les tentatives effectuées en ce sens se retrouvent dans les différents traités étudiés, mais les résultats sont inégaux selon l'élasticité des textes manipulés.

72. *Rapport du Groupe de travail...*, *op. cit.*, note 42, p. 38.

73. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 247; voir généralement R. COLLINS, *Television...*, et *id.*, *Culture...*, *op. cit.*, note 5.

74. M. HART, *op. cit.*, note 1, pp. 5-6 et 31.

75. T.M. LUPINACCI, *loc. cit.*, note 60, p. 130.

1. Le cas des accords à vocation *exclusivement* économique

a) *Le GATT*

Il existe deux articles dans le texte du GATT susceptibles d'être interprétés en faveur d'un traitement particulier à l'égard des produits de l'audiovisuel.

Le premier est l'article IV, dont nous avons déjà donné l'interprétation faite par les États-Unis. À l'occasion de la formation du groupe de travail réclamée par les États-Unis en 1961, certains arguments aboutissant à l'effet exactement contraire de celui recherché par les États-Unis furent avancés par un groupe d'États non identifiés⁷⁶. « Pointing to the obvious analogy between television and cinema films, this group recommended a resolution stating that article IV should be applied *mutatis mutandis* to trade in television programming »⁷⁷. La raison invoquée est la même que celle qui a été avancée au moment de la formulation de l'article IV : « its regulation was more related to domestic cultural policies than to economics and trade »⁷⁸.

Le second article est beaucoup moins spécifique, et si l'élargissement de son interprétation était accepté, cela pourrait aboutir à l'application d'une exception en faveur de l'ensemble des produits culturels, les produits de l'audiovisuel inclus. Il s'agit de l'article XX « [which] allow[s] legislative or regulatory measures, if such measures are of a "non-economic nature" »⁷⁹. Dans son principe, la protection de l'identité culturelle d'un pays pourrait être considérée comme un objectif légitime pour échapper aux règles du GATT, mais la liste des domaines d'exception est limitative et ne contient rien qui puisse englober cet objectif national⁸⁰. Même l'alinéa f), de l'article XX qui établit une exception pour la protection « of national treasures of artistic or archeological value » ne semble pas devoir être utilisable ici du fait de sa précision littérale.

Ces analyses ne sont pour l'instant que des spéculations, sachant que pour des accords de cette importance, où les intérêts en jeu sont énormes, l'interprétation restrictive des textes prévaut bien souvent.

b) *L'ALENA*

Les négociations qui ont précédé autant l'ALE que l'ALENA sont un exemple où des motivations non économiques ont été défendues par le Canada⁸¹, mais ces motivations ne sont pas vraiment reflétées dans les termes et la structure de l'accord finalement conclu.

En premier lieu ce sont des « industries culturelles » que l'article 2005(1) exempte des principes du traité : l'utilisation de ces termes peut

76. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 342.

77. *Ibid.*

78. J.H. JACKSON, *World Trade and the Law of Gatt*, Charlottesville, Michie Company, 1969, p. 293.

79. A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35, p. 149.

80. *Id.*, p. 150.

81. Parmi les nombreux documents officiels canadiens qui ont abordé cette question, nous citons le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, op. cit.*, note 42.

surprendre lorsqu'on prend connaissance des motivations culturelles avancées par le Canada.

Si l'objectif qui est défendu est de préserver l'identité culturelle du Canada, il n'est pas approprié de confiner la protection organisée par l'article 2005(1) à des « industries culturelles ». Il faudrait bien plutôt définir ce qui caractérise la culture canadienne pour en protéger l'essence et non des « industries ». Les termes « industrie culturelle » sont en même temps trop étroits, en ce sens que d'autres aspects de la culture peuvent être menacés dont les industries culturelles ne sont pas en charge⁸², et en même temps trop larges, puisque certaines industries culturelles peuvent voir leur efficacité augmenter si leur secteur d'activité était livré aux forces d'un marché à la taille de l'Amérique du Nord⁸³. Il semble que la culture ait été définie selon une perspective américaine⁸⁴: « the prevalent American view regards culture as entertainment, the product to which an economic quantum can be attached »⁸⁵.

Ces termes, par ailleurs, traduisent plutôt des intentions protectionnistes en faveur de ces industries et voilent les considérations identitaires avancées par le Canada. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait remarquer, la pression exercée par les *lobbies* de l'industrie culturelle n'est pas étrangère à l'adoption de ces mots dans le texte de l'article 2005(1).

Fazekas tente de donner un critère à la fois plus large et plus souple pour déterminer avec plus de précision quelles mesures pourraient bénéficier d'une telle exemption⁸⁶. Mais en attendant que l'ALENA soit élargi, hypothétiquement, à des considérations non économiques, la réalité est tout autre.

La structure du traité elle-même est révélatrice de la difficulté, ou du refus, de considérer autre chose que l'économique : cette exemption en faveur des industries culturelles ressemble fort à une aberration au milieu d'une floraison de dispositions qui tendent toutes à éliminer le plus rapidement possible les barrières aux échanges à l'intérieur de l'Amérique du Nord.

Les caractéristiques propres aux Traités d'intégration européenne permettent plus facilement, mais pas d'une manière suffisante d'après certains, d'élargir l'action de la Communauté européenne à des domaines culturels.

2. Le cas des accords à vocation *majoritairement* économique : les traités d'intégration européenne

On assiste ici à la naissance d'une compétence culturelle, mais qui est aussitôt ligotée par les limites institutionnelles et juridiques.

82. « L'article 2107 définit l'expression « industrie culturelle » comme englobant les particuliers et les entreprises qui se livrent à des activités telles que la publication, les films, les enregistrements sonores, la publication musicale et la radiodiffusion »; tiré de : *Extrait Gazette du Canada, Partie I, ALENA, op. cit.*, note 66, p. 218.

83. A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35, p. 154.

84. *Id.*, p. 147.

85. *Ibid.*

86. Pour des détails voir A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35.

a) *La naissance d'une compétence culturelle pour remplir deux objectifs opposés*

Le premier objectif recherché est celui « d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens » ainsi que la « promo[tion] [de] relations plus étroites entre les États qu'elle réunit »⁸⁷. Ainsi, le Livre Vert auquel nous avons déjà fait référence, ne se contente pas de justifier l'intervention de la Communauté européenne sur la base d'un raisonnement économique. Il fait aussi remarquer que la compétence communautaire en matière audiovisuelle s'explique parce que :

[l]a télévision contribuera à faire prendre conscience aux Européens de leur culture et de leur histoire commune, qui allient la richesse à la diversité. L'information internationale peut jouer un rôle essentiel en amenant les peuples européens à comprendre qu'ils ont une communauté de destin dans de nombreux domaines.⁸⁸

Ces considérations non économiques conduisent à un gonflement des compétences des institutions communautaires, gonflement inhabituel dans les traités classiques favorisant le libre-échange. On retrouve cette base juridique dans le premier considérant de la Directive « Télévision sans frontières », mais la lecture de la totalité de la Directive nous apprend très vite que la principale base juridique reste les textes qui traitent de la libre circulation des services et dont nous avons déjà parlé⁸⁹.

D'ailleurs cette interprétation de la fonction d'unification accordée aux institutions européennes n'a plus beaucoup été invoquée par la suite : les milieux dirigeants des États ont manifesté des réticences très sérieuses face aux conséquences du marché unique de l'audiovisuel. Nous avons déjà abordé leurs motifs économiques (peur des conséquences du marché unique sur leurs industries culturelles), nous nous intéressons ici à leurs motifs culturels : la peur de voir la diversité culturelle de l'Europe s'effacer⁹⁰.

À ces appréhensions internes s'ajoute bien sûr une appréhension née de l'invasion des produits américains. « [O]nly the film and television industries of the United States, and perhaps Japan, were organized on a sufficiently large scale to benefit from the single market »⁹¹.

Par conséquent, non seulement la mise en place de quotas en faveur des « travaux européens » est nécessaire, mais de plus, une intervention très concrète à l'échelle de l'Europe s'avère indispensable pour aider à développer le secteur de la production audiovisuelle, principal point faible de la Communauté. Ceci, autant

87. Traité de Rome, art. 2.

88. *Télévision sans frontières*:..., *op. cit.*, note 23, p. 28.

89. Notamment les articles 59 et 60 du Traité de Rome.

90. C'est une appréhension qui est surtout le fait des langues minoritaires en Europe, c'est-à-dire essentiellement les langues autres que l'anglais, et peut être l'espagnol (mais dans une moindre mesure), ces deux langues bénéficiant d'un marché plus large. La France est la plus inquiète des conséquences du marché unique de l'audiovisuel. Voir à ce propos R. COLLINS, *loc. cit.*, note 31, p. 364 et 380-384; ainsi que « Commerce Versus Culture : The Battle Between the United States and the European Union Over Audiovisual Trade Policies », (1994) 19 *N. C. J. Intl. L. & Com. Reg.* 553-568.

91. R. COLLINS, *loc. cit.*, note 31, p. 381.

pour conserver une hypothétique identité européenne⁹², que pour préserver les identités culturelles respectives des États membres.

D'où une nouvelle hypertrophie des compétences des institutions européennes, mais cette fois-ci pour remplir l'objectif opposé (complémentaire diraient certains) : c'est-à-dire la préservation de la diversité culturelle au moyen d'interventions communautaires qui compenseraient les effets du marché unique instauré par la Directive.

Cet interventionnisme culturel ne peut reposer que sur une interprétation très large des textes à notre disposition. L'article 2, qui reste très vague et tourné vers l'objectif d'unification, ne suffit plus, et il faut se tourner vers l'article 235 du Traité de Rome (sorte de roue de secours classique de la Commission) pour obtenir une assise juridique à une telle compétence.

Cet article dispose :

[s]i une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, *sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action à cet effet*, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

La précision « [...], dans le fonctionnement du *marché* commun, [...] » semble limiter à première vue l'utilisation de cet article à des actions communautaires économiques, mais une interprétation plus souple semble possible puisque le texte étend à tous les « objets de la Communauté » le domaine de l'article 235, et pas seulement aux objets « économiques ».

L'élaboration de cette fiction juridique n'est pas totalement gratuite puisque la Commission a aussi envisagé d'utiliser cette base de droit, mais ce n'est pas sur ce fondement que les programmes d'aide aux producteurs européens ont été élaborés par la Commission⁹³. L'exemple le plus intéressant, jusqu'à présent, est le programme MEDIA 92. « The MEDIA program supports the audiovisual sector in peripheral Community states and productions in minority languages. It also fosters co-productions involving several Community Member States »⁹⁴. Or ce programme a été établi en 1988 « through use of [Commission's] own discretionary expenditure funds »⁹⁵.

Si l'article 235 avait été utilisé, les sommes allouées à un tel objectif auraient sans doute été plus importantes, mais pour ce faire il aurait fallu obtenir l'unanimité au sein du Conseil : chose virtuellement impossible étant donné les points de vue contradictoires des États membres au sujet du secteur audiovisuel.

À cette limite institutionnelle de taille s'ajoutent des limites juridiques à l'extension de la compétence communautaire en matière culturelle.

92. « A British commentator described the Directive as "a victory for commercial forces and those who favored anti-protectionist policies. It could also emerge as a clear victory for U.S. interests[...]" »; dans R. COLLINS, *id.*, p. 377.

93. *Id.*, p. 382.

94. *Id.*, p. 373.

95. *Id.*, p. 382.

b) Une compétence culturelle ligotée

Cette compétence est ligotée par deux phénomènes résultant de considérations juridiques.

En premier lieu, les programmes d'intervention sont très limités jusqu'à présent, autant en nombre que financièrement, parce que l'objectif principal des traités reste une intégration économique, et l'action autonome de la Commission reflète bien cette priorité. Ainsi que l'affirme Collins « [t]hus far, pro-active measures such as the MEDIA program have been less important than those designed to establish a single television market »⁹⁶.

En deuxième lieu, les quotas mis en place par l'article 4 de la Directive sont d'une « efficacité culturelle » limitée vue la définition donnée par l'article 6 aux « travaux européens », susceptibles de bénéficier de ces quotas.

[A] « European work » is a program « originating from » an EC Member State, a European State that is a party to the Television Convention, or a European State with which the EC has concluded a special agreement. In order for the work to « originate from » one of these states, it must be « mainly made with authors and workers » *residing* in one or more of these states, and production must be controlled by producers *established* in one or more of these states.⁹⁷

D'une part,

the definition of a « European work » in the Directive, based on the [residence of the author] and the geographic location of the production and producers, will not guarantee that European programs will reflect the aspects of European culture that the European Community and Member State governments consider valuable. Eurocop, a police show filmed in Spain with Spanish actors (virtually indistinguishable from similar American-produced programs), may not promote European culture any more than an American documentary on Vincent Van Gogh.⁹⁸

D'autre part, l'objectif de ralentissement de la présence en Europe de produits audiovisuels d'inspiration américaine, semble également compromis par le fait que :

l'origine européenne des œuvres est décelée à partir du « concours d'auteurs et de réalisateurs *résidents* » [et pas nécessairement ressortissants] des États concernés et d'une réalisation « par un ou des producteurs *établis* dans un ou plusieurs de ces États » [ce qui n'implique pas d'avantage la qualité de ressortissant]. Il suffit par ailleurs que leur contribution soit « majoritaire dans le coût total de la coproduction ». On aperçoit aussitôt les possibilités et les opportunités de coproductions ainsi offertes aux filiales européennes des compagnies américaines.⁹⁹

Le paradoxe qui résulte de ces deux constatations est le suivant : des œuvres produites par des producteurs installés aux États-Unis, mettant en valeur certains aspects de la culture européenne, pourraient se voir refuser l'accès aux chaînes européennes, tandis que des œuvres, de producteurs américains (ou de producteurs européens, cela va de soi), installés sur le sol européen, qui véhiculent des valeurs américaines pourraient être diffusées sur ces mêmes chaînes.

96. *Id.*, p. 384.

97. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 333.

98. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 134.

99. S. REGOURD, *op. cit.*, note 8, p. 182.

Ceci pose la question de l'honnêteté du dispositif des quotas mis en place : après cette lecture attentive de la Directive, il est possible de conclure que le résultat ainsi recherché par la Communauté est le transfert sur le continent européen de portions de l'industrie de production audiovisuelle américaine, seul moyen offert à cette industrie pour échapper à la loi des quotas¹⁰⁰.

Comme dans le cas de l'ALENA, le poids des notions économiques et les caractéristiques de la structure des traités européens, essentiellement voués au libre-échange, conduisent à qualifier très rapidement de protectionnisme, avec raison parfois, toutes les tentatives pour accorder un traitement différent aux produits de l'audiovisuel.

Mais nous allons voir que les inquiétudes des États-Unis sur le sort de leurs produits audiovisuels sont largement superflues. Cette affirmation naît de la constatation suivante : en plus des limites institutionnelles et/ou juridiques à l'émergence d'une compétence européenne en matière culturelle, ou à la reconnaissance des intérêts identitaires du Canada dans le cadre de l'ALENA, les pays moins intéressés (certains pays européens comme le Royaume-Unis ou l'Allemagne), ou carrément opposés (les États-Unis), à ce que l'aspect culturel l'emporte sur les objectifs de libéralisation, ont la possibilité d'utiliser des « failles » dans les textes, failles qui permettent d'« évacuer » des traités les rares dispositions en matière culturelle. De cette façon, ils soumettent la protection des produits de l'audiovisuel aux contingences d'un règlement politique entre les parties en présence.

B. LES ÉTATS DÉFAVORABLES À UN ÉLARGISSEMENT DES TRAITÉS S'OFFRENT LA POSSIBILITÉ D'ÉCHAPPER AUX « DISPOSITIONS CULTURELLES » LÉGALES

1. Le pouvoir de rétorsion utilisable par les États-Unis dans l'ALENA

Nous avons vu que les industries culturelles, telles que définies dans l'article 2107, sont soustraites à la plupart des obligations prévues par l'ALENA.

Toutefois, il est prévu par le deuxième paragraphe de ce même article que :

[...]

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

Ce texte est essentiellement le résultat du travail effectué par les représentants des États-Unis, au moment des négociations de l'ALE, pour obtenir une compensation à l'exemption obtenue par le Canada. Les surplus importants des États-Unis dans le commerce des produits culturels avec le Canada y sont pour quelque chose, ainsi que le *lobbying* exercé par les entreprises américaines de divertissement¹⁰¹.

« The little information available suggests that the clause will be problematic »¹⁰². Cette remarque faite en 1993 est toujours d'actualité : autant le

100. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 358.

101. A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35, p. 145.

102. *Ibid.*

vocabulaire du texte que les multiples dénouements possibles, au cas où les États-Unis utilisaient ce pouvoir de représailles, sont d'importants facteurs d'incertitude qu'un traité de libre-échange devrait chercher à éviter.

Essentiellement, cet article signifie que lorsque le Canada ou les États-Unis estiment qu'ils ont été traités d'une manière discriminatoire, contrairement au principe de la nation la plus favorisée et au principe du traitement national dans le domaine couvert par le Traité, la partie lésée peut invoquer le paragraphe¹⁰³. Étant donné la position de dominé en matière d'échanges audiovisuels que le Canada a dans ses relations avec les États-Unis, nous nous intéressons actuellement aux « mesures discriminatoires » que le Canada serait tenté de conserver, ou de mettre en place, pour freiner « l'invasion » de programmes ou films américains.

La présence de cette clause est une véritable « faille » dans le traité parce qu'en premier lieu, elle enlève toute « prévisibilité » à l'avenir des échanges dans le domaine des produits audiovisuels, et en deuxième lieu, parce qu'un conflit potentiel entre le Canada et les États-Unis ne pourrait se régler dans le cadre des dispositions du Traité, laissant ainsi le jeu des rapports de force fonctionner beaucoup plus facilement en faveur des États-Unis.

Le paragraphe ne prévoit aucune consultation avant d'user de moyens de rétorsion. Ceci contraste étonnamment avec l'article 23 du GATT par exemple, « qui traite de la protection des concessions et des avantages, [et qui stipule que] les parties contractantes ne peuvent user de rétorsions sans être passées au préalable par des procédures de consultation, puis d'enquête, et enfin d'avoir été autorisées à utiliser semblables mesures »¹⁰⁴. Cette solution, classique dans les traités favorisant le libre-échange, se justifie pour des raisons de sécurité dans les échanges commerciaux, sécurité qui est indispensable à la bonne marche des affaires.

Par ailleurs, « aux termes de l'article 2011, paragraphe 2, la possibilité est écartée qu'une action engagée en vertu de cette disposition soit elle-même contestée¹⁰⁵ ». En revanche il semble envisageable de soumettre au mécanisme de règlement des conflits la question de savoir si la mesure prise par la partie ayant subi une discrimination, est d'un « effet commercial équivalent »; mais à cet égard les points de vue divergent¹⁰⁶.

La possibilité de répondre à la moindre discrimination par un « effet commercial équivalent » est un autre problème de taille qui augmente encore plus les incertitudes. En effet, le domaine de rétorsion n'est pas limité à la catégorie des produits subissant une discrimination; aussi, ces mesures pourraient viser, par exemple, des secteurs tout à fait stratégiques de l'économie canadienne, si tant est que ces secteurs sont couverts par le traité. « The effect of such a turn of events would be to pit Canadian industries against each other, forcing a decision between cultural and economic interests in some cases »¹⁰⁷.

De plus, quelles « interventions » du gouvernement canadien en faveur des industries audiovisuelles seraient susceptibles d'être caractérisées comme discriminatoires? Se limitent-elles aux mesures existantes ou aux mesures à venir?

103. *Ibid.*

104. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 257.

105. *Ibid.*

106. A. de FAZEKAS, *loc. cit.*, note 35, p. 146.

107. *Ibid.*

Fazekas se range à l'avis suivant : cela concernerait seulement les mesures à venir, puisque dans les autres articles de l'accord, chaque fois que la disposition vise aussi les mesures actuelles, le terme « existantes » y est accolé, tandis que ce qualificatif est absent du texte de l'article 2107¹⁰⁸. Bernier, lui, estime qu'il faut aller voir la nature des engagements pris par le Canada dans chacun des secteurs couverts par l'accord¹⁰⁹.

Il donne un exemple dans le cadre de l'ALE : nous le reprenons, mais dans le cadre de l'ALENA. En vertu de l'exemption accordée aux industries culturelles par l'article 2106 de l'ALENA, les industries culturelles canadiennes, et en particulier les industries de l'audiovisuel, échappent aux obligations du chapitre 11 concernant les investissements. Pour que les États-Unis puissent prendre des mesures commerciales d'effet équivalent, il faut savoir quelles discriminations à l'égard des États-Unis sont interdites, et à partir de quand elles le sont, d'après le chapitre 11¹¹⁰. Or l'article 1108 de l'ALENA rend le chapitre 11 applicable uniquement *pour l'avenir*. « Ceci veut dire en pratique qu'Investissement Canada demeure autorisé à enquêter, *jusqu'à changement de la loi du même nom*, sur tout investissement étranger ou acquisition dans le domaine culturel, sans que les États-Unis ne puissent user des mesures d'effet commercial équivalent [...] »¹¹¹. Aussitôt que cette loi est changée, les États-Unis, d'après cette lecture du paragraphe 2 de l'article 2106, pourraient user de représailles commerciales dans l'un des domaines couverts par l'accord.

Cette interprétation nous semble plus correcte que celle de Fazekas, mais les divergences montrent bien que le Canada s'engage sur un terrain inconnu, ou plutôt connu des États-Unis seuls.

Fondamentalement, toute la logique propre aux accords de libre-échange est faussée. Nous sommes en présence d'une clause qui tolère « increased "equivalent commercial" protectionist-style retaliation »¹¹². Il n'existe aucun système dans l'accord qui force les négociations entre les parties pour permettre le dénouement d'un conflit potentiel¹¹³. Et même si des négociations sont entreprises à l'initiative des signataires, l'absence de cadre juridique est de mauvais augure pour le Canada. En effet les négociations porteraient sur un problème étroit et spécifique, ce qui avantage grandement le pays fort économiquement, ici les États-Unis : lorsque des arrangements entre pays touchent un plateau large de concessions réciproques, le pays plus faible économiquement, ici le Canada, subit moins de « pression », puisque les intérêts des États-Unis liés à l'amélioration des rapports économiques dans tous ces domaines sont tout aussi considérables.

Le cadre juridique, laborieusement tracé autour des relations économiques entre le Canada et les États-Unis, s'efface ainsi brusquement, fragilisant la protection des produits audiovisuels canadiens.

Il en va de même avec le léger cadre juridique élaboré par les institutions communautaires pour reconnaître la spécificité propre des produits de l'audiovisuel.

108. *Ibid.*

109. Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 46, p. 257.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.* ; Investissement Canada, S. C. 1985, c. 20, art. 20.

112. R. COLLINS, *loc. cit.*, note 31, p. 310.

113. *Ibid.*

2. La légalité de la Directive « Télévision sans frontières » est remise en cause par certains États

Après de nombreuses formulations différentes, le compromis entre les représentants des États siégeant au Conseil de la Communauté, a abouti à imposer aux membres le respect d'un quota « majoritaire », « *chaque fois que cela est réalisable* ». « Cette formulation est dépourvue de toute portée juridique contraignante »¹¹⁴. « Further, the Directive contains no enforcement provision, and the Community has no plans to treat the Directive as legally enforceable »¹¹⁵.

Cette interprétation est confirmée par une jurisprudence bien établie de la Cour de justice des Communautés européennes, qui pose « that a directive is binding to the extent it requires a complete and precise legal obligation »¹¹⁶.

Par ailleurs un protocole interprétatif signé par quelques pays, dont les plus importants sont l'Allemagne et la Grande-Bretagne, vient préciser que ces pays considèrent l'article 4 de la Directive comme un « engagement politique », rien de plus.

La Commission, de son côté, estime bien sûr que la souplesse de la formulation ne doit pas remettre en cause le caractère obligatoire de la totalité de la Directive¹¹⁷, mais il faut observer que certains États sont loin d'avoir conformé leur législation avec l'article 4 de la Directive et jusqu'à présent aucune action n'a été entreprise par la Commission pour leur en faire respecter les termes. « The Netherlands currently grants broad freedom to stations in determining the origin and content of programs. Germany's broadcasting law does not limit the broadcast of foreign programs »¹¹⁸.

Par conséquent, la variété des enjeux, autant commerciaux que culturels, au sein des membres de la Communauté européenne, ainsi que la peur chez certains d'une guerre commerciale coûteuse avec les États-Unis, conduisent à limiter grandement l'impact de la législation communautaire balbutiante, mise en place pour protéger les produits de l'audiovisuel, non pas en tant qu'objet ou service marchand, mais en tant que catalyseur d'aspects culturels fondamentaux.

CONCLUSION

Autant les termes et la structure de l'ALENA, que les moyens d'actions utilisés par l'Union européenne, révèlent une déficience des traités à vocation économique à s'étendre à des intérêts non économiques sans que ces tentatives soient aussitôt accusées d'être protectionnistes.

Il est nécessaire que ces traités élargissent leur champ d'application pour augmenter la relation de proximité entre les mesures culturelles et le résultat culturel¹¹⁹, et permettre ainsi de diminuer l'ambiguïté protectionniste dans ces mesures. Par ailleurs ces clarifications contribueraient à une observation plus sérieuse de ces normes juridiques, évitant ainsi un règlement politique des

114. S. REGOUD, *op. cit.*, note 8, p. 180.

115. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 123.

116. *Id.*, p. 122.

117. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 14, p. 360.

118. C.N. SMITH, *loc. cit.*, note 2, p. 108.

119. *Id.*, p. 134.

problèmes, ce qui est toujours plus nuisible aux intérêts des pays moins forts économiquement, ou moins nombreux, dans le cas de l'Union européenne.

Dans le cadre européen, la prise en compte des aspects culturels par le Traité de Maastricht¹²⁰ est un début de clarification dans les compétences attribuées par un traité d'intégration aux institutions communautaires, et partant, une reconnaissance que le marché audiovisuel ne se limite pas à des aspects commerciaux. Mais le processus décisionnel est tel (le Conseil dans tous les cas de figure doit statuer à l'unanimité) que l'avenir des produits audiovisuels dépendra de la volonté politique des protagonistes, notamment des États qui ne considèrent pas leur langue comme minoritaire et qui n'estiment pas que leur culture est en danger.

Monsieur Anton Carniaux

178, Cours Berriat

38000 Grenoble

France

Tél. : (33-1) 76-96-12-75

Télec. : (33-1) 76-62-73-46

120. Article 128 du Traité de Maastricht :

1. 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.

[...]