COMITÉ DE RÉDACTION

Louise G. Bernier, Ph. D.*
BioChem Pharma
Laval (Québec)

Vivianne de Kinder, avocate
Montréal (Québec)

J. Nelson Landry, avocat
Ogilvy Renault
Montréal (Québec)

L'honorable juge
Denis Lévesque*,
Cour supérieure du Québec
Montréal (Québec)

Hélène Messier, avocate
Société Radio Canada
Montréal (Québec)

Michel Racicot, avocat
McCarthy Tétreault
Montréal (Québec)

Claude Brunet, avocat
Martineau Walker
Montréal (Québec)

Mistrale Goudreau, professeur
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario)

Jacques A. Léger, avocat
Léger Robic Richard
Montréal (Québec)

Ejan Mackaay, professeur
Université de Montréal
Montréal (Québec)

Victor Nabhan, professeur
Université Laval
Sainte-Foy (Québec)

Ghislain Roussel, avocat
Gouvernement du Québec
Québec (Québec)

LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.
Johanne Forget, avocate*

Les cahiers de propriété intellectuelle Inc. désirent remercier le ministre de la Justice du Canada pour sa contribution financière à la revue *Les Cahiers de propriété intellectuelle.*

* Membres du comité de rédaction qui ne siègent pas au conseil d'administration des Cahiers de propriété intellectuelle inc.

Vol. 6, n° 2

Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle

Ivan Bernier*
Anne Malépart**

Dans une analyse récente du contenu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) publiée aux États-Unis, on trouve cette remarque, plutôt inquiétante, à propos du chapitre 17 de l'ALENA, qui traite de la propriété intellectuelle:

> Perhaps the greatest failing of the NAFTA intellectual property provisions is the preservation of Canada's so-called «cultural exemption», which originated in Section 2005 of the Canada-U.S. FTA. [...] The United States recording industry has vehemently objected to the perpetuation of this exemption, raising the specter of possible quotas and the exclusion of U.S. recordings. As a result of Canada's unyielding negotiating posture on this politically sensitive topic, the text of the NAFTA proposed by the three governments retains this exemption – even though

(c) Ivan Bernier et Anne Malépart, 1994.

* Ivan Bernier est professeur en droit international économique à la Faculté de droit de l'Université Laval; il est le coauteur de *L'Accord de libre-échange annoté* et du *Bulletin de libre-échange* édités par Les Éditions Yvon Blais Inc. L'auteur désire vivement remercier son collègue, le professeur Victor Nabhan, pour ses commentaires utiles sur le fond de cet article.

** Anne Malépart est étudiante à la maîtrise en relations internationales à la Faculté de droit de l'Université Laval.

> it is diametrically at odds with the fundamental premise of non-discriminatory treatment of intellectual property rights under NAFTA.[1]

Même s'il est permis d'entretenir des réserves à l'égard de ces commentaires qui expriment manifestement un point de vue américain, force est de reconnaître qu'ils soulèvent des questions suffisamment sérieuses pour justifier qu'on s'y arrête.

En affirmant, en effet, que les interventions du Canada dans le domaine des industries culturelles sont exemptées des dispositions de l'ALENA relatives à la propriété intellectuelle, alors que plusieurs critiques font valoir que les industries culturelles canadiennes ne sont protégées qu'en apparence[2], ils invitent tout d'abord à examiner de plus près la portée réelle de l'article 2005 de l'ALE (Accord de libre-échange Canada-États-Unis de 1988), auquel renvoient l'article 2106 et l'annexe 2106 de l'ALENA. Est-il exact que le Canada puisse ainsi agir à sa guise ? En second lieu, en laissant entendre que le Canada pourrait profiter de cette situation pour imposer des restrictions à l'encontre de l'industrie américaine du disque, ils invitent à s'interroger également sur l'intérêt que pourrait avoir le Canada à soustraire les industries culturelles de la portée du chapitre 17 de l'ALENA. À en juger par la réaction de plusieurs comités consultatifs aux États-Unis, dont en particulier celui sur le commerce et les droits de propriété intellectuelle, on serait porté à croire que cette clause annule pratiquement tous les bénéfices attendus par les États-Unis du chapitre en question[3]. Pourtant, le Canada a pris la peine d'introduire, dans sa législation de mise en oeuvre de l'ALENA, tout un train de mesures destinées justement à donner suite aux exigences du chapitre 17 en matière de droits d'auteur, qui sont ceux les plus susceptibles d'être affectés par un recours à l'annexe 2106[4].

Pour clarifier la situation, on se penchera donc dans un premier temps sur la question de la portée de la clause d'exemption culturelle de l'ALENA. Après un bref rappel des débats intenses qui ont entouré au Canada l'adoption de l'article 2005 de l'ALE et un examen détaillé de la portée de celui-ci, on verra comment l'article en question a été

1. PAUL, HASTINGS, JANOFSKY et WALKER, *North American Free Trade Agreement, Summary and Analysis*, New York, Mathew Bender, 1993, p. 98-99.
2. Voir par exemple Graham CARR, «Culture», dans *Canada Under Free Trade*, Duncan CAMERON et Mel WATKINS, éd., Toronto, Lorimer, 1993, p. 203 à 204.
3. Voir «La propriété intellectuelle canadienne dérange aux États-Unis», *Le Devoir*, 13 octobre 1992, p. A-2.
4. *Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, *Lois du Canada*, 1993, ch. 44, art. 54-82.

importé dans l'ALENA et avec quelles conséquences. Dans un deuxième temps, après avoir décrit sommairement le champ d'application du chapitre 17, on cherchera à déterminer quel intérêt le Canada pourrait avoir à soustraire les industries culturelles des dispositions du chapitre 17 en s'arrêtant plus particulièrement à deux secteurs où l'annexe 2106 risque effectivement d'être invoquée par le Canada.

1. La clause d'exemption culturelle dans l'ALE et dans l'ALENA

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

1.1 L'article 2005 de l'ALE

Afin de mieux comprendre la portée de l'article 2005, intitulé simplement «Industries culturelles», il est nécessaire de s'arrêter brièvement à l'histoire de cette disposition, qui est certainement l'une de celles qui a fait couler le plus d'encre lors des débats qui ont entouré l'adoption de l'ALE.

Dès l'annonce par le gouvernement canadien, en septembre 1985, de son intention de négocier un accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, diverses personnes et groupes identifiés d'une manière ou d'une autre aux industries culturelles canadiennes ont eu tôt fait de s'organiser pour faire valoir l'impérieuse nécessité d'exclure les industries en question d'un tel accord, reprenant ainsi à leur compte une des recommandations du rapport récemment paru de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. C'est ainsi qu'au cours de l'automne 1985 était mis sur pied un «Comité de stratégie des industries de communications et de culture» dans le but explicite de voir à ce que les intérêts des industries canadiennes soient protégés dans toute négociation sur les échanges canado-américains, sans pour autant faire obstacle au libre-échange pour ce qui est des autres industries au Canada[5]. Cette prise de position ferme de la part des milieux

5. «L'opposition au libre-échange s'organise», *Le Devoir*, 15 février 1986, p. 2. Sur le débat qui a précédé la conclusion de l'accord, voir I. BERNIER, «La dimension

culturels, qui devait trouver un écho très large tant auprès des différentes formations politiques que des médias[6], prenait appui sur une argumentation simple et efficace axée sur l'outrageuse domination du marché canadien par les industries culturelles américaines.

Sensibles à ces préoccupations, le gouvernement canadien très tôt s'empressa d'affirmer que l'identité et la souveraineté culturelles du pays n'étaient pas et ne pouvaient en aucune façon constituer un objet de négociation. Dès le 26 septembre 1985, le premier ministre du Canada, dans une déclaration à la Chambre des communes, se prononçait en ce sens; et par la suite, d'autres ministres, ceux des Affaires extérieures et des Communications, entre autres, firent de même à l'occasion de discours publics[7]. Mais fallait-il comprendre que les industries culturelles seraient exclues de la négociation ? À la fin de novembre 1985, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures du Canada, tout en réitérant que l'identité culturelle canadienne ne saurait être objet de négociation, refusait d'exclure les industries culturelles des pourparlers[8]. En juin 1986, le ministre des Communications, monsieur Marcel Masse, qui s'était montré favorable quelques mois plus tôt à l'exclusion des industries culturelles, reconnaissait que le Canada pourrait être amené à discuter des dossiers culturels[9]. L'ambiguïté en fait devait être maintenue jusqu'à la conclusion de l'accord, alors qu'il devint clair que les industries culturelles avaient fait l'objet de négociations.

Dans le cas des États-Unis, la position adoptée sur la question des industries culturelles fut à la fois claire et ferme. Avant même que ne débutent les négociations proprement dites, un nombre surprenant de hauts fonctionnaires américains, allant du Secrétaire

culturelle dans le commerce international: quelques réflexions en marge de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis du 2 janvier 1988», (1987) 25 *Annuaire canadien de droit international* 244 à 252.

6. Voir par exemple P. JUNEAU, «La souveraineté culturelle face au libre-échange», *Le Devoir*, 29 avril 1986, p. 7; S. GODFREY, «Writers talk tough on free trade», *The Globe and Mail*, 2 juin 1986, p. A-10; M. BERGMAN, «The impact of free trade on Canadian cultural industries», *Cinéma Canada*, novembre 1985, p. 8-9.
7. Voir Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires extérieures, *Négociations commerciales canadiennes - Introduction, documents de base, bibliographie*, 15 décembre 1985; voir aussi Ministère des Communications, Notes pour la déclaration d'ouverture par l'honorable Benoit Bouchard à la Conférence sur la radiodiffusion de la Conférence canadienne des arts, *Communications*, 15 octobre 1985, p. 7.
8. «Libre-échange: Mulroney et Reagan amorcent le processus en vue des prochaines négociations», *Le Devoir*, 27 septembre 1985.
9. «Masse reconnait que le Canada pourrait être amené à discuter le dossier culturel», Le Devoir, 29 juin 1986, p. A-2.

d'État Schultz à l'ambassadeur des États-Unis au Canada, monsieur Thomas Niles, en passant par le négociateur en chef américain, M. Peter Murphy, firent clairement comprendre qu'il ne pouvait être question d'exclure les industries culturelles des négociations sur le libre-échange[10]. Si tel devait être le cas, ajoutait même Peter Murphy, alors les négociations sur le libre-échange présenteraient moins d'intérêt pour les États-Unis[11]. Tout en admettant ne pas très bien comprendre ce que les Canadiens désignaient par souveraineté culturelle, il était porté à voir dans l'insistance du Canada à protéger celle-ci «une espèce de déguisement pour le protectionnisme»[12]. En février 1987, le représentant américain au commerce, monsieur Clayton Yeutter, déclarait à nouveau qu'il n'était pas question d'exclure les industries culturelles des négociations et ajoutait sous forme de boutade: «I am prepared to have America's culture on the table and take the risk of having it damaged by Canadian influence after a free trade arrangement»[13]. Cette boutade ayant été plutôt mal reçue au Canada, les deux parties s'entendirent par la suite pour ne plus faire de déclarations publiques sur la culture jusqu'à la conclusion des négociations.

Tout au long des négociations, donc, une étrange tension s'installa entre le Canada et les États-Unis sur la question des industries culturelles. D'une part, en effet, on vit le Canada affirmant de façon catégorique que la préservation de l'identité et de la souveraineté culturelles du Canada constitue une question non négociable, mais sans exiger pour autant que les industries culturelles en tant que telles soient exclues de la table des négociations, de peur apparemment de compromettre le succès de ces mêmes négociations; et on vit, d'autre part, les États-Unis déclarant de façon tout aussi catégorique que les industries culturelles ne peuvent être exclues de la table des négociations, de crainte, semble-t-il, que le Canada n'utilise la préservation de son identité et de sa souveraineté culturelles comme un argument commode pour justifier des pratiques protectionnistes susceptibles ensuite d'être copiées par d'autres pays. En d'autres mots, là où les Canadiens discutaient de commerce en termes d'impact culturel, les Américains discutaient de culture en termes de

10. Pour la déclaration du Secrétaire d'État Schultz, originalement parue dans *The New York Times*, 12 février 1986, voir «Clark redit le refus de négocier les industries culturelles», 13 février 1986, p. 2; pour la déclaration de l'ambassadeur Niles, voir *Le Devoir*, 13 novembre 1985, p. 1; pour la déclaration du négociateur américain, voir *The Globe and Mail*, 18 février 1986, p. B-11.
11. *Supra*, note 8.
12. «L'insistance du Canada à vouloir protéger sa souveraineté culturelle inquiète les Américains», *Le Devoir*, 7 mai 1986, p. 2.
13. «Fighting words on trade», *Macleans*, 16 février 1987, p. 16.

produits de divertissement, c'est-à-dire en termes commerciaux. Reste à voir maintenant le compromis réalisé dans l'Accord proprement dit.

1.1.1 L'article 2005 (1) de l'ALE: l'exemption des produits culturels

L'article 2005, à son paragraphe 1, établit que «les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse à l'article 401 (Élimination des droits de douane), au paragraphe 4 de l'article 1607 (cession forcée d'une acquisition indirecte) et aux articles 2006, 2007 et du présent chapitre». Afin de préciser la portée exacte de cette exemption, il est donc nécessaire de s'interroger dans un premier temps sur la portée des exceptions en ayant plus particulièrement à l'esprit leur impact potentiel dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Trois des quatre exceptions mentionnées, de ce point de vue, apparaissent dépourvues de toute implication pour le domaine de la propriété intellectuelle. Il en est manifestement ainsi, par exemple, de l'exception visant l'abolition des droits de douane. Conformément au principe énoncé à l'article 401 et aux dispositions spécifiques de l'annexe 401.2, les droits qui demeurent sur les disques et les cassettes pré-enregistrées, de 13,7% et 11,3% respectivement, seront totalement éliminés au 1er janvier 1998. Quant au droit spécifique de 0,295 $ par mètre linéaire sur les films, un dernier abaissement annuel de 20% les faisait totalement disparaître le 1er janvier 1993[14]. La seconde exception, qui a trait à l'exigence du paragraphe 4 de l'article 1607, prescrit simplement que si le Canada exige la cession forcée d'une entreprise commerciale du secteur culturel située au Canada, à la suite de son examen de l'acquisition indirecte d'une telle entreprise par un investisseur des États-Unis selon les dispositions de la *Loi sur Investissement Canada*[15], il devra offrir à cet investisseur d'acheter son entreprise à sa juste valeur marchande sur le marché libre, telle que déterminée par une évaluation impartiale. Le maintien de cette exigence, dans un contexte qui en est pratiquement un d'expropriation de la propriété étrangère, ne fait que refléter l'exigence de base du droit coutumier international concernant l'offre d'une compensation juste et équitable dans le cas d'expropriation de la propriété étrangère[16]. La troisième exception relative à l'article

14. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Annexe 401.2, Liste tarifaire du Canada, nº 37.06 et 85.24.
15. *Loi sur Investissement Canada*, chap. I-21.8, art. 15 a).
16. Voir à ce sujet G.W. SCOTT, «Canadian Cultural Issues», dans *The United States/Canada Free Trade Agreement: The Economic and Legal Implications*, Chicago, American Bar Association, 1988, p. 181 à 194-195, cité dans W.L. NORTHCOTE, «The Treatment of Culture and Cultural Industries Under the Canada-U.S. Free Trade Agreement and in the European Community», (1991) 2 *Media and Communications Law Review*, p. 35.

2007 prescrit que, dorénavant, pour bénéficier de la déduction fiscale offerte à ceux qui placent de la publicité dans un journal ou un périodique canadien, il ne sera plus nécessaire que celui-ci soit composé et imprimé au Canada; il suffira qu'il soit édité et publié ici. Cette dernière définition est conforme à celle de l'expression «industries culturelles» que l'on retrouve à l'article 2012, laquelle exclut la composition et l'impression des livres, revues, etc.

La quatrième et dernière exception mentionnée à l'article 2006 présente davantage d'intérêt, dans la mesure où elle a pour objet essentiel d'assurer la protection des droits d'auteur sur les programmes retransmis au moyen de signaux à distance dans un pays, puis captés et retransmis par des câblodistributeurs dans l'autre pays. Le Canada était particulièrement visé par cette disposition[17], ses diffuseurs n'hésitant pas à retransmettre les émissions américaines captées au Canada sans autorisation et sans rémunération aux titulaires des droits d'auteur. Il faut préciser qu'aucune disposition législative canadienne ne les obligeait à tenir compte de tels droits, même si un rapport d'un sous-comité du Comité permanent de la Chambre des Communes sur les communications et la culture suggérait déjà, en 1985, que la *Loi sur le droit d'auteur* soit modifiée pour prévoir le paiement des droits en question. Depuis 1990, toutefois, des dispositions législatives et réglementaires conformes aux exigences de l'article 2006 ont été adoptées et une procédure a été mise en place en vue de déterminer les droits payables aux détenteurs, ceux-ci s'élevant, pour les années 1990 et 1991, à quelque 50 millions de dollars canadiens[18].

Il apparaît approprié de s'arrêter quelques instants sur le contenu de l'article 2006, dans la mesure où ce dernier introduit dans l'ALE[19] des engagements qui ne sont pas repris tels quels dans

17. C'est à la demande pressante de la Motion Picture Association of America et de son président, Jack Valenti, que sera intégrée très tôt dans l'ordre du jour des négociations sur l'ALE la question de la câblodistribution. Voir: C. Brunet, «Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission», (1988-1989) 1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 241.
18. Voir *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, *Lois du Canada*, 1988, c. 65, art. 50-51, 61-65 et 149; *Règlement sur les critères applicables aux droits à payer pour la retransmission*, DORS/91-690, (1991) 125 *Gazette du Canada*, Partie II, 4647, 28 novembre 1991.
19. Voir entre autres à ce sujet: Y. GENDREAU, «A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last», (1989) 4 *Intellectual Property Journal* 397-417; N. R. WEISBERG, «Canadian Signal Piracy Revisited in Light of the United States Ratification of the Free Trade Agreement and the Berne Convention: Is This a blueprint for Global Intellectual Property protection?», (1989-1990) 16 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 169-205.

l'ALENA; celui-ci, en effet, traite bien de la protection des auteurs lorsque leurs oeuvres sont retransmises par les câblodistributeurs, mais de façon indirecte et différente, par le biais de l'obligation faite à chaque partie, à l'article 1701, de donner effet aux dispositions de la Convention de Berne de 1971. L'article en question établit d'abord à ses paragraphes 1 et 2 ce que devra comporter la législation sur le droit d'auteur de chaque partie en ce qui touche les droits de retransmission. Cette législation devra en premier lieu prévoir «une rémunération juste et non discriminatoire pour toute retransmission au public d'un programme du titulaire lorsque la transmission originale du programme, faite au moyen de signaux éloignés, peut être captée directement et gratuitement par le grand public»[20]. Il est précisé que le Canada devra avoir «mis en place un système de rémunération, et commencera à calculer les rémunérations à verser, douze mois après que la *Loi sur le droit d'auteur* aura été modifiée de manière à fixer les obligations du Canada découlant du présent paragraphe, et quoi qu'il en soit au plus tard le 1er janvier 1990». La législation de chaque partie devra en outre édicter que la retransmission d'un programme qui, à l'origine, n'est pas destiné à être capté directement et gratuitement par le grand public, ou la retransmission sous une forme modifiée ou non simultanée d'un programme destiné à être capté directement et gratuitement par le grand public, ne pourra se faire qu'avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur[21].

Nonobstant ce qui précède, chaque partie conserve cependant, aux termes de l'article 2006(3), le droit de maintenir les mesures en vigueur le 4 octobre 1987 qui obligent, entres autres, les câblodistributeurs à substituer un signal non éloigné ou de priorité plus élevé à un signal simultané de priorité moins élevée ou éloigné lorsque ce dernier est porteur d'une programmation essentiellement semblable au premier, ou encore qui obligent un câblodistributeur, titulaire le 4 octobre 1987 d'une licence renfermant une condition qui oblige le câblodistributeur à supprimer du matériel publicitaire et à le remplacer par du matériel non publicitaire, à exécuter cette condition[22]. Le maintien de ces mesures, autorisé spécifiquement par l'ALE, ne pourrait donc en aucun cas donner lieu à des mesures compensatoires au sens de l'article 2005 (2), comme nous le verrons plus loin.

20. Art. 2006 (1).
21. Art. 2006 (2).
22. Le paragraphe 3 de l'article 2006 autorise également diverses autres mesures qui interdisent la retransmission de certains contenus de programmation, interdisent la retransmission de certaines émissions, messages publicitaires ou annonces pendant une campagne électorale ou référendaire, autorisent l'interruption d'émissions à la demande d'une partie pour diffuser des messages urgents, etc.

Si on laisse de côté ces exceptions, dont une seule en fait intéresse le domaine général de la propriété intellectuelle, il appert que les parties, aux termes de l'article 2005(1), conservent toute latitude pour intervenir en faveur de leurs industries culturelles. Toutefois, cette exemption de caractère général doit être interprétée à la lumière de la définition que l'article 2012 donne de l'expression «industrie culturelle»; celle-ci se lit de la façon suivante:

> industrie culturelle désigne une entreprise qui se livre 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 la forme imprimée ou assimilable par une machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou publication 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 assimilable, ou
>
> e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services de programmation et de diffusion par satellite.

Comme cette définition ne fait aucune référence à certaines activités relevant des arts de la scène (théâtre, opéra, danse, etc.) ou encore des arts plastiques (peinture, gravure, sculpture, etc.), il faut obligatoirement conclure que les biens ou services qui se rattachent à ces formes d'expression artistique ne sont pas visés par l'article 2005, paragraphe 1[23]. De même, il y a lieu de croire que l'exception que l'on retrouve à l'alinéa a) sur la composition et l'impression des livres, revues, etc. ne touche que cette seule catégorie de produits et non ceux mentionnés aux autres alinéas, tels que les disques, ou encore les compositions musicales sous forme imprimée ou assimilable par une machine.

23. Aucune expression dans la définition, telles que «entre autres» ou «en particulier», ne donne à croire que l'on se trouve en présence d'une liste purement illustrative.

Malgré la simplicité et la clarté de cette définition de l'expression «industrie culturelle», il n'est pas impossible que des problèmes d'interprétation se soulèvent lorsque viendra le temps de recourir à l'exception de l'article 2005. D'ores et déjà, l'évolution rapide de la technologie dans des domaines comme celui de l'audiovisuel, alliée à une libéralisation de plus en plus poussée dans le domaine des télécommunications, pourrait entraîner des problèmes d'interprétation fort complexes comme celui de déterminer si une réglementation est relative aux industries culturelles ou aux télécommunications. Lorsqu'on observe les grandes manoeuvres qui ont cours présentement aux États-Unis avec la fusion de Tele-Communications Inc. (TCI) avec Bell Atlantic, on a le sentiment que la portée de l'article 2005 pourrait très bien, dans un avenir relativement rapproché, apparaître moins évidente qu'on le croyait.

1.1.2 L'article 2005(2): les mesures compensatoires

Si le paragraphe 1 de l'article 2005 établit très clairement que les industries culturelles, telles que définies à l'article 2012, sont exemptées des dispositions de l'ALE, le paragraphe 2 du même article apporte un sérieux tempérament à cette exemption. Ce dernier se lit ainsi:

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

D'une certaine façon, cette disposition contredit l'affirmation du paragraphe 1, car elle sanctionne le non-respect d'obligations dont les parties se trouvent en principe exemptées. Pour savoir si des mesures d'effet commercial équivalent peuvent être prises, en effet, il faut d'abord procéder comme si les industries culturelles décrites à l'article 2012 étaient visées par l'accord et se demander si des mesures qui leur sont applicables vont d'une façon ou d'une autre à l'encontre de l'ALE. Or, ceci soulève immédiatement un problème dont la solution n'est pas toujours évidente.

S'il est possible, en effet, de considérer les livres, les revues, les périodiques, les journaux et les compositions musicales sous forme imprimée comme des biens normalement soumis aux exigences de la partie II de l'ALE relative au commerce des produits, cela est moins apparent dans le cas des disques, des films et des enregistrements vidéo, fréquemment considérés comme des services, et définitivement hors de question pour les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution, manifestement non assimilables à des produits. Or, si l'on examine la liste des services visés par le chapitre 14 de l'ALE, force est de reconnaître qu'à l'exception du commerce en gros des volumes, périodiques et journaux, aucune des activités décrites à l'article 2012 ne se retrouve dans cette liste. S'agissant donc des produits de l'audiovisuel, et peut-être même des films, enregistrements vidéo et disques, il ne pourrait y avoir de violation des exigences de l'ALE s'ils ne sont pas visés par celui-ci; et, par voie de conséquence, il ne pourrait y avoir de mesures d'effet équivalent prises par l'un ou l'autre des États à l'encontre de mesures relatives à ces produits.

Si une partie adopte ou maintient une mesure portant sur une industrie culturelle couverte par l'article 2012, qui serait incompatible avec les exigences de l'ALE, si ce n'était de l'exemption de l'article 2005(1), alors il devient loisible à la discrétion de la partie plaignante, et sans autre forme d'enquête, de recourir à des mesures commerciales compensatoires. Et ce qui est plus grave encore, la possibilité qu'une action engagée en vertu de l'article 2005(2) soit contestée apparaît assez douteuse lorsqu'on considère la rédaction de l'article 2011(2), qui soustrait les mesures prises sous l'article 2005 des dispositions du chapitre 18 en matière de règlement des différends[24]. La portée exacte de l'article 2011(2), toutefois, n'est pas entièrement claire. Faut-il comprendre que l'absence de recours au mécanisme de règlement des différends du chapitre 18 ne vaut que si les parties agissent à l'intérieur des limites de l'article 2005, ce qui suppose nécessairement la possibilité d'un recours à ce même mécanisme dans l'hypothèse où ce dernier point est contesté? Ou faut-il comprendre au contraire que, dès lors qu'une partie prétend agir sous l'article 2005, elle est à l'abri de tout recours au mécanisme de règlement des différends de la part de l'autre partie? La première hypothèse, nous semble-t-il, doit l'emporter, car autrement il y aurait possibilité que l'article 2011(2) soit appliqué à des faits non couverts par l'article 2005(2).

La dernière question qui se pose à propos de l'article 2005(2) a trait au champ d'application des mesures compensatoires. Celles-ci doivent-elles avoir pour objet le secteur culturel directement concerné par la mesure adoptée sous l'empire de l'article 2005(1), le secteur de la culture en général, ou tout autre secteur d'échange? La majorité des commentateurs considèrent que rien dans l'article

24. Telle est également la position de J. R. JOHNSON et J. S. SCHACHTER, *The Free Trade Agreement – A comprehensive Guide*, Aurora, Ont., Canada Law Book, 1988, p. 145.

2005(2) n'oblige une partie à restreindre ses mesures compensatoires au seul secteur de la culture, encore moins au secteur précis visé par la mesure en cause[25]. Le seul critère fourni par l'article 2005(2) est que les mesures en question doivent avoir «un effet commercial équivalent», ce qui donne effectivement à croire que n'importe quel secteur peut être touché, pourvu qu'il permette une comparaison valable au plan des effets sur les échanges.

1.2 L'article 2106 de l'ALENA

Le 1er janvier 1994, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* aura cédé la place à l'*Accord de libre-échange nord-américain*, sauf dispositions contraires de ce dernier prévoyant le maintien en vigueur entre le Canada et les États-Unis de mesures particulières de l'ALE. Compte tenu de cette prépondérance de principe accordée à l'ALENA, il est important de voir quel sort est réservé aux industries culturelles dans ce dernier.

Dès le début des négociations qui devaient conduire à la signature du nouvel accord, le Canada affirma catégoriquement que celui-ci devait comprendre une clause reprenant intégralement le contenu de l'article 2005 de l'ALE. Les représentants des industries culturelles américaines, quant à eux, firent tout aussi clairement comprendre qu'ils ne souhaitaient pas que cette disposition soit reprise dans l'ALENA. En août 1992, l'International Intellectual Property Alliance avertissait que ses membres, parmi lesquels on retrouvait des entreprises de cinéma, des producteurs de disques, des éditeurs, s'étaient fortement opposés à la clause d'exemption culturelle de l'ALE et qu'ils voudraient examiner de près les conséquences d'une telle clause dans l'ALENA[26]. Un des opposants les plus déterminés à cette clause, le président de l'Association de l'industrie américaine de l'enregistrement, Jason Berman, déclarait à la même époque que, même si le Canada n'avait jamais eu recours à l'article 2005(1) depuis l'entrée en vigueur de l'ALE, la possibilité de restrictions sur les importations d'enregistrements sonores américains demeurait très réelle[27]. Finalement, le Canada obtint gain de cause: les industries culturelles canadiennes furent protégées dans l'ALENA, exactement comme elles l'étaient dans l'ALE. Quant au Mexique, il devait vite se

25. Voir entre autres A. W. JOHNSON, «Free Trade and Cultural Industries», dans M. GOLD et D. LEYTON-BROWN, *Trade-Offs on Free Trade – The Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1988, p. 357, note 5; J. R. JOHNSON et J. S. SCHACHTER, *supra*, note 24, p. 146.
26. The Bureau of National Affairs, Inc., *International Trade Reporter*, 19 août 1992, vol. 9, n° 34, p. 1433.
27. *Ibid.*

rendre à l'évidence que les États-Unis n'étaient pas prêts à élargir à d'autres pays la concession faite au Canada: il obtint néanmoins un certain nombre d'exemptions spécifiques concernant diverses mesures, exemptions reproduites à l'annexe I de l'accord[28].

Le texte final de l'Accord de libre-échange nord-américain comporte donc une disposition, l'article 2106, qui renvoie à l'annexe 2106, laquelle se lit ainsi:

> Nonobstant toute autre disposition du présent accord, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, toute mesure adoptée ou maintenue en ce qui a trait aux industries culturelles, sauf disposition expresse de l'article 302 (Accès aux marchés – Élimination des tarifs douaniers), et toute mesure d'effet équivalent adoptée en réaction, seront régies en vertu 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 de telles mesures seront identiques aux droits et obligations s'appliquant entre le Canada et les États-Unis d'Amérique.

Cette disposition non seulement maintient en vigueur entre le Canada et les États-Unis l'exemption culturelle de l'ALE, mais elle en élargit même la portée, dans la mesure où l'article 2107 définit les «industries culturelles» comme désignant à la fois les personnes morales et les personnes physiques qui se livrent à l'une ou l'autre des activités couvertes, contrairement à l'ALE, qui ne couvrait que les personnes morales[29]. Elle est également applicable dans les relations entre le Canada et le Mexique, ainsi que dans les relations entre le Canada et tout autre État qui viendrait à accéder à l'accord, mais non dans les relations entre les États-Unis et ces mêmes États.

Il est intéressant de souligner qu'à la différence de l'article 2005(1)de l'ALE, qui affirme exempter les industries culturelles des dispositions de l'ALE, l'annexe 2106 de l'ALENA s'attache plutôt aux

28. Ces exemptions portent entre autres sur l'utilisation obligatoire de l'espagnol à la radio et à la télévision, l'interdiction faite aux investisseurs canadiens ou américains de détenir plus de 49% d'une entreprise mexicaine de câblodistribution, l'obligation de réserver au moins 30% du temps annuel de chaque cinéma aux films produits par des Mexicains.
29. La définition de l'article 2107 doit être liée à celle de l'article 201 qui elle définit l'expression «personne d'une partie» comme s'entendant d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une partie.

mesures[30] ayant trait à ces industries, ainsi qu'aux mesures d'effet équivalent adoptées en réaction, en déclarant tout simplement qu'elles seront régies exclusivement par les dispositions de l'ALE. Cette façon de procéder n'est pas entièrement dépourvue d'ambiguïté. Interprétée littéralement, elle signifie que les mesures en question ne sont régies que par les dispositions de l'ALE, ce qui revient à dire (1) qu'elles sont exemptées des dispositions de l'ALENA, ainsi que de celles de l'ALE, sauf pour ce qui est des exceptions prévues à l'article 2005, et (2) qu'elles ne peuvent donner lieu à des mesures d'effet équivalent que si elles vont à l'encontre d'un engagement prévu à l'ALE. Interprétée plus largement, suivant un raisonnement par analogie, elle suggère plutôt que les mesures relatives aux industries culturelles sont exemptées des dispositions de l'ALENA, comme c'est le cas dans l'ALE, et qu'elles peuvent, le cas échéant, faire l'objet de mesures d'effet commercial équivalent, comme c'est le cas encore une fois dans l'ALE.

Quelle que soit l'interprétation adoptée, cependant, il ne fait de doute pour personne que l'annexe 2106 permet de soustraire les mesures concernant les industries culturelles aux exigences du chapitre 17 de l'ALENA. Le gouvernement américain lui-même reconnaît la chose. C'est ainsi que, dans un récent rapport au Congrès préparé par le United States General Accounting Office, dans lequel les points essentiels de l'accord sont mis en évidence, il est admis, concernant la portée de l'annexe 2106, que:

> ...NAFTA permits the parties to exempt themselves from the agreements' obligations (such as national treatment), including those in the services, investment and intellectual property chapters, affecting cultural industries.[31]

De même, le *Statement of Administrative Action*, qui accompagne le projet de loi de mise en oeuvre de l'ALENA présenté au Congrès pour adoption en novembre 1993, déclare:

> Under Article 2106 of the NAFTA, Canada and the United States retain vis-à-vis each other the same rights to take actions with respect to those industries and the same right to respond to harm caused thereby.[32]

30. L'expression «mesure» telle que définie à l'article 201 de l'ALENA reprend à toute fin pratique la définition de l'article 201 de l'ALE; elle «s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique».
31. United States General Accounting Office, *North American Free Trade Agreement – Assessment of Major Issues*, septembre 1993, vol. 2, p. 100 (GAO/GGD-93-137).
32. United States, *Statement of Administrative Action*, p. 221.

Mais s'il est généralement admis que l'annexe 2106 autorise une partie à maintenir des mesures relatives aux industries culturelles non conformes aux exigences du chapitre 17 de l'ALENA, force est d'admettre en revanche que le recours à des mesures d'effet équivalent, dans ce dernier cas, est loin d'être aussi évident. C'est là en particulier que la différence d'interprétation de l'annexe 2106 soulignée plus haut prend toute son importance.

Une interprétation littérale de l'annexe 2106, on l'a vu, conduit nécessairement à la conclusion que le recours à des mesures d'effet commercial équivalent, qui encore une fois est régi *exclusivement* par l'article 2005(2) de l'ALE, se trouve implicitement exclu ici du fait que, dans l'article en question, ce recours est lié à des interventions qui seraient incompatibles avec l'ALE, si ce n'était de l'exemption de l'article 2005(1); or, la propriété intellectuelle ne faisant pas partie de l'ALE, il ne peut y avoir de violation de l'ALE. Mais telle n'est pas, apparemment, l'interprétation que donnent de l'annexe 2106 les quelques auteurs américains qui se sont penchés sur la question.

Ces derniers, en effet, optent, sans véritablement s'en expliquer, en faveur d'une interprétation de l'annexe 2106 qui laisse subsister le recours à des mesures d'effet commercial équivalent dans le cas de violations d'engagements qui ne se retrouvent tout simplement pas dans l'ALE, comme c'est le cas pour le chapitre 17 de l'ALENA[33]. Or, il est loin d'être évident que ce serait là l'interprétation que retiendrait un groupe spécial arbitral saisi de la question en vertu du chapitre 20 de l'ALENA. En effet, si les parties avaient voulu que les mesures d'effet commercial équivalent soient autorisées dans ce dernier cas, elles auraient facilement pu le dire de façon claire; et elles n'auraient surtout pas affirmé que de telles mesures seraient régies exclusivement par les règles de l'ALE. Si elles ne l'ont pas fait, on doit donc présumer que c'est parce qu'elle ne l'ont pas voulu.

Le gouvernement des États-Unis semble également considérer que tout recours à la clause d'exemption culturelle ouvre automatiquement la porte à des mesures d'effet commercial équivalent. Dans le rapport au Congrès du United States General Accounting Office, cité précédemment, il est affirmé, par exemple, que «the agreement's automatic retaliation provision should serve effectively to deter the Canadians from implementing any adverse measures affecting the intellectual property rights of the U.S. movie, recording and/or pub-

33. Voir entre autres C. S. LEVY et S. M. WEISER, «The NAFTA: A Watershed for Protection of Intellectual Property», (1993) 27 *The International Lawyer*, p. 671 à 688.

lishing industries»[34]. Le *Statement of Administrative Action* déclare plus généralement à cet égard:

> The administration will consult with the Canadian Government regarding any proposed Canadian measures or policies that might lead to the exercise of, or reliance on, the «cultural industries» exemption. Should Canada choose to institute such measures, the Administration, in consultation with the relevant industries, is prepared to exercise fully the right to respond granted in this Agreement.[35]

Dans sa loi de mise en oeuvre de l'ALENA, par ailleurs, le gouvernement américain a introduit une disposition, l'article 513, qui amende l'article 182 du *Trade Act of 1974* en y ajoutant une disposition qui se lit en partie comme suit:

> *(f) SPECIAL RULES FOR ACTIONS AFFECTING UNITED STATES CULTURAL INDUSTRIES*
>
> (1) *IN GENERAL* – By no later than the date that is 30 days after the date on which the annual report is submitted to Congressional committees under section 181(b), the Trade Representative shall identify any act, policy, or practice of Canada which –
>
> (A) affects cultural industries
>
> (B) is adopted or expanded after December 17, 1992, and
>
> (C) is actionable under article 2106 of the North American Free Trade Agreement.
>
> (2) *SPECIAL RULES FOR IDENTIFICATION*
>
> For purposes of section 302(b)(2)(A), an act, policy or practice identified under this subsection shall be treated as an act, policy or practice that is the basis for identification of a country under subsection(a)(2), unless the United States has already taken action pursuant to article 2106 of the North American Free Trade Agreement in response to such act, policy or practice.[36]

34. Voir *supra*, note 31, p. 100.
35. *Statement of Administrative Action*, *supra*, note 32, p. 222.
36. *North American Free Trade Implementation Act*, (HR 3450, S 1627), art. 513.

Bien que cette disposition n'interdise pas une interprétation qui ferait référence à une action prise en réponse à une mesure canadienne incompatible avec l'ALE seulement, il ne fait guère de doute que, dans l'esprit du gouvernement américain, elle fait aussi référence à toute action prise en réponse à une mesure canadienne incompatible avec l'ALENA. En d'autres termes, on interprète l'annexe 2106 comme transposant, dans le contexte de l'ALENA, l'exemption prévue à l'article 2005 de l'ALE. Si cette dernière interprétation devait l'emporter, le recours à des mesures d'effet commercial équivalent serait effectivement possible pour contrer des interventions canadiennes relatives aux industries culturelles qui seraient non conformes aux exigences du chapitre 17.

Toutefois, il resterait encore à déterminer ce qu'il advient des obligations qui existaient dans l'ALE mais qui n'apparaissent plus dans l'ALENA. Dans le cas des droits de retransmission énoncés à l'article 2006 de l'ALE[37], par exemple, le recours à des mesures d'effet commercial équivalent serait-il possible, étant donné que ceux-ci ne sont pas repris tels quels dans le texte de l'ALENA[38]? Et à supposer qu'un désaccord se fasse jour quant au droit d'une partie de recourir à des mesures d'effet commercial équivalent, serait-il encore interdit de recourir au mécanisme de règlement des différends, comme cela était prévu à l'article 2011 de l'ALE, étant donné qu'on ne trouve plus trace de cette interdiction à l'article 2004 de l'ALENA?

Il n'est guère surprenant, considérant la portée ambiguë de l'annexe 2106, que plusieurs comités consultatifs américains impliqués dans les négociations, dont celui sur le commerce et les droits de propriété intellectuelle, aient réagi très négativement à la nouvelle que l'ALENA maintenait, entre le Canada et les États-Unis, l'exemption prévue à l'article 2005 de l'ALE[39]. Reste à voir maintenant dans quelle proportion leurs inquiétudes sont justifiées en ce qui porte plus spécifiquement sur le champ de la propriété intellectuelle.

2. L'impact de la clause d'exemption culturelle dans le domaine de la propriété intellectuelle

Afin de se faire une idée juste de l'impact de la clause d'exemption culturelle de l'ALENA dans le domaine de la propriété intellec-

37. Voir précédemment la section 1.1.1 de notre texte.
38. Sauf, de façon plus générale, par renvoi à la Convention de Berne de 1971, article 11 *bis* (1).
39. «La propriété intellectuelle dérange aux États-Unis», *Le Devoir*, 13 octobre 1992, p. A-2.

tuelle, il est nécessaire, dans un premier temps, de brosser un tableau sommaire des principales dispositions du chapitre 17 qui traitent nommément de la propriété intellectuelle; on verra alors qu'il n'y en a que quelques-unes qui sont véritablement susceptibles d'être touchées par l'exemption en question. Comme c'est à la demande insistante du Canada que celle-ci a été incluse dans l'ALENA, on cherchera ensuite à déterminer comment le gouvernement canadien envisage la mise en oeuvre du chapitre 17, et quel type de réserves il entretient politiquement parlant à l'égard de ce chapitre. L'analyse se terminera par deux études de cas relevant des domaines de l'audiovisuel et de l'enregistrement sonore, domaines où effectivement le Canada pourrait décider de recourir à la clause d'exemption culturelle pour empêcher l'application de certaines dispositions du chapitre 17.

2.1 La portée du chapitre 17 de l'ALENA

Le chapitre 17 de l'ALENA circonscrit de façon précise la portée des droits et obligations que les parties ont accepté d'assumer en matière de propriété intellectuelle. L'ALENA représente en fait le premier exemple d'un accord commercial d'envergure qui intègre systématiquement dans son champ d'application les droits de propriété intellectuelle[40]. Ces dispositions ne sont pas cependant entièrement nouvelles, car elles s'inspirent largement de principes élaborés dans le cadre de divers traités internationaux sur la propriété intellectuelle, ainsi que dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round sur la propriété intellectuelle[41]. D'ores et déjà, certains parlent des dispositions de l'ALENA sur le sujet comme d'un modèle sur lequel pourraient se baser d'éventuels accords commer-

40. Roy DAVIDSON, «Intellectual Property», dans *Canada Under Free Trade* (Duncan CAMERON et Mel WATKINS éd.) Toronto, Lorimer, 1993, p. 214.
41. Parmi les principales conventions internationales concernant la propriété intellectuelle, citons la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, la Convention de Genève (protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes), la Convention de Rome (protection des droits voisins), la Convention universelle sur le droit d'auteur et la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (connue aussi sous l'acronyme UPOV). Parallèlement à ces conventions internationales, le GATT a également élaboré des lignes directrices en matière de propriété intellectuelle avec son code sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (APIC). Non seulement ce code traite des divers aspects de la propriété intellectuelle directement liés au commerce, mais il prône le règlement des différends émergeant en raison de la diversité des régimes nationaux sur la base de la consultation et la négociation: Voir Gouvernement du Canada, Affaires extérieures et Commerce extérieur Canada, *ALENA, Qu'en est-il au juste?*, 1993, p. 89.

ciaux de même nature que l'ALENA[42]. D'autres, plus critiques, qualifient le chapitre sur la propriété intellectuelle de «*patchwork quilt of compromises*», parce que plusieurs lacunes demeurent dans la couverture des droits relatifs à la propriété intellectuelle, lacunes directement liées aux préoccupations individuelles des parties[43].

Le chapitre 17 adopte au départ une définition exhaustive des droits de propriété intellectuelle (article 1721). C'est ainsi que l'ALENA établit l'engagement des parties en ce qui a trait:

- aux droits d'auteur, y compris les droits connexes,
- aux marques de fabrique et de commerce (article 1708),
- aux brevets (article 1709),
- aux diverses obligations concernant les circuits intégrés et les semi-conducteurs (article 1710),
- aux secrets commerciaux (article 1711),
- aux indications géographiques (article 1712),
- aux dessins et modèles industriels (1713) et, enfin,
- à la protection des obtentions végétales.

Dans le but d'assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle dans ces différents secteurs, ainsi que le respect de ces droits, les parties s'engagent à assurer un niveau de protection minimal des droits de propriété intellectuelle (article 1701) sur la base du traitement national (article 1703) et à mettre en vigueur des mesures qui permettront d'agir contre toute atteinte à cette catégorie de droits (articles 1714 à 1718), sans que cela ne cause d'entraves inutiles au commerce (article 1704). Ceci n'empêche pas les pays signataires de mettre en oeuvre, s'ils le souhaitent, une législation nationale offrant une protection plus large des droits de propriété intellectuelle (article 1702). En somme, on reconnaît l'importance d'établir un cadre juridique pour les droits de propriété intellectuelle afin de favoriser l'innovation tant au niveau des technologies de pointe qu'au niveau des oeuvres artistiques.

Ceci dit, il faut immédiatement souligner que les dispositions du chapitre 17 applicables au domaine des industries culturelles sont

42. Bureau of National Affairs Inc., *International Trade Reporter*, vol. 8, n° 20, mai 1991, p. 740.
43. PAUL, HASTINGS, JANOFSKY et WALKER, *supra*, note 1, p. 83.

assez peu nombreuses, se limitant pour l'essentiel aux articles 1701, 1703, 1705 et 1706. L'article 1701 énonce d'abord l'engagement minimal des parties, qui est de respecter les dispositions de fond de quatre grandes conventions internationales, dont celles de Berne et de Genève[44], les seules pertinentes en ce qui concerne les industries culturelles. Même s'il n'a pas encore signé la Convention de Berne de 1971 pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, le Canada devra donc appliquer cette dernière dans ses relations avec les États-Unis et le Mexique, comme s'il en était membre.

Quant au traitement national, l'ALENA va plus loin que l'accord sur les *Aspects des droits de propriété intellectuelle se rapportant au commerce* de l'Uruguay Round, du fait qu'il porte sur «tous les droits de propriété intellectuelle», ce qui englobe le droit d'auteur, de même que les droits voisins[45]. Par ailleurs, l'article 1703 contient un énoncé du principe de traitement national qui est très clair à cet égard:

> 1. Chacune des Parties accordera aux ressortissants d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection et le respect de tous les droits de propriété intellectuelle.

44. Spécifiquement, cet article se lit comme suit:
«1. Chacune des Parties offrira sur son territoire, aux ressortissants d'une autre Partie une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle ainsi que les moyens de faire respecter ces droits, et fera en sorte que les mesures adoptées à cette fin ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime.
2. Pour assurer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle ainsi que le respect de ces droits, chacune des Parties devra, à tout le moins, donner effet au présent chapitre et aux dispositions de fond des instruments suivants:
a) *la Convention de Genève de 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs programmes* (Convention de Genève);
b) *la Convention de Berne de 1971 pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques* (Convention de Berne);
c) *la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle* (Convention de Paris); et
d) *la Convention internationale de 1978 pour la protection des obtentions végétales (Convention UPOV) ou la Convention internationale de 1991 pour la protection des obtentions végétales* (Convention UPOV).
Toute Partie qui n'aura pas adhéré à l'une ou l'autre de ces conventions, à la date d'entrée en vigueur du présent accord, fera tout en son pouvoir pour remédier à cette situation.»

45. Voir Levy & Weiser, *supra* note 33, p. 676.

La seule exception explicitement reconnue à ce principe du traitement national touche les droits des artistes interprètes et exécutants quant aux utilisations secondaires (c'est-à-dire par radiodiffusion ou communication au public) des enregistrements sonores[46]. Dans ce cas, l'ALENA prône la réciprocité entre les parties[47]. En dehors de cette exception, la seule autre possibilité de faire échec au traitement national réside dans le recours à la clause d'exemption culturelle, laquelle est perçue comme «une soupape de sûreté qui octroie au gouvernement canadien une marge de manoeuvre et une souplesse assez importante dans l'interprétation et l'application de l'accord»[48].

L'article 1705 traite plus spécialement du droit d'auteur. Il établit, à son paragraphe 1, ce principe de base:

> 1. Chacune des Parties protégera les oeuvres visées par l'article 2 de la Convention de Berne, ainsi que toutes autres oeuvres d'expression originale au sens de ladite convention.

Le même paragraphe indique par la suite que les programmes d'ordinateur seront considérés comme des oeuvres littéraires au sens de la Convention de Berne, de même que les compilations de données ou d'autres éléments, quel que soit par ailleurs leur support.

Afin de bénéficier pleinement de leur statut, les titulaires de droits d'auteur doivent jouir de droits exclusifs sur l'usage de leurs oeuvres[49]. C'est ce qu'énonce expressément l'article 1705 (2):

> 2. Chacune des Parties accordera aux auteurs et à leurs ayants droit, en ce qui concerne les oeuvres protégées conformément au paragraphe 1, les droits énumérés dans la Convention de Berne, y compris le droit d'autoriser ou d'interdire
>
> a) l'importation sur le territoire de la Partie d'exemplaires de l'oeuvre faits sans l'autorisation du détenteur du droit,

46. Pour certains auteurs américains, l'exception en question constitue une autre faiblesse de l'ALENA. Faiblesse dans la mesure où, en l'absence de lois sur les droits des artistes et interprètes, ceux-ci ne bénéficieront pas de prestations provenant du Canada ou du Mexique. Voir LEVY et WEINER, *id.*, p. 677.
47. L'article 1703 décrète à cet égard qu'une partie «pourra limiter les droits des artistes interprètes et exécutants d'une autre partie, en ce qui concerne les utilisations secondaires des enregistrements sonores, aux droits qui sont accordés à ces ressortissants sur le territoire de cette autre Partie».
48. Victor NABHAN, «L'Accord de libre-échange nord-américain et sa mise en oeuvre en matière de droit d'auteur» dans *Les cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 6, n° 1, octobre 1993, p. 18.
49. Voir LEVY et WEINER, *supra*, note 33, p. 674.

b) la première distribution au public de l'original et de chaque exemplaire d'une oeuvre, par vente, location ou autrement,

c) la communication d'une oeuvre au public, et

d) la location commerciale de l'original ou d'exemplaires d'un programme d'ordinateur.

Le paragraphe 3 de l'article 1705 aborde une autre question importante, qui est celle des droits contractuels des titulaires de droits d'auteur. Ce type de droits relève plus particulièrement de l'un des deux attributs du droit d'auteur, à savoir l'attribut patrimonial ou pécuniaire[50]. L'objectif poursuivi est de protéger le titulaire du droit d'auteur au stade de l'exploitation commerciale d'une oeuvre, lorsqu'il cherche à rentabiliser l'investissement relatif à cette création[51]. Pour qu'un titulaire du droit d'auteur puisse bénéficier pleinement de celui-ci, il doit pouvoir le transférer librement. C'est ce que stipule l'article 1705 (3):

> 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 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'oeuvres et d'enregistrements sonores, soit en mesure d'exercer ces droits de son propre chef et de bénéficier pleinement des avantages qui en découlent.

Enfin, l'article 1706 investit les producteurs d'enregistrements sonores de droits analogues à ceux d'un ayant droit, notamment de celui de limiter la reproduction, la distribution ou l'importation de

50. L'autre étant d'ordre intellectuel ou moral. «[C]ette protection s'attache à la personne de l'auteur [plutôt qu'à celle du titulaire du droit d'auteur] dont l'oeuvre est, philosophiquement, considérée comme une expression de sa personnalité, sinon même une extension de sa personne». Voir Laurent CARRIÈRE, «Droit d'auteur et droit moral: quelques réflexions préliminaires», dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville (PQ), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 243. Il est à noter que l'ALENA exclut la protection des droits moraux des obligations des parties. Voir LEVY et WEINER, *supra*, note 33, p. 675.

51. Voir Laurent CARRIÈRE, *supra*, note 50, p. 243.

contrefaçons, mais non du droit d'autoriser ou d'interdire la communication d'une oeuvre au public. Ces droits comprennent celui de location commerciale pendant cinquante ans à partir de l'enregistrement de l'exécution. Le paragraphe 1 de cet article est très explicite à cet égard:

> 1. Chacune des Parties accordera au producteur d'un enregistrement sonore le droit d'autoriser ou d'interdire
>
> a) la reproduction directe ou indirecte de son enregistrement;
>
> b) l'importation, sur le territoire de la Partie concernée, d'exemplaires de l'enregistrement faits sans l'autorisation du producteur;
>
> c) la première distribution au public de l'original et de chacun des exemplaires d'un enregistrement, par vente, location ou autrement; et
>
> d) la location commerciale de l'original ou d'exemplaires de l'enregistrement, sauf stipulation contraire au contrat conclu entre le producteur de l'enregistrement et les auteurs des oeuvres qui y sont fixées.
>
> Chacune des Parties fera en sorte que la mise sur le marché de l'original ou d'exemplaires d'un enregistrement avec le consentement du détenteur du droit n'épuise pas le droit de location.

Il est à noter que le droit de location des enregistrements sonores constitue une nouveauté au Canada[52]. Le Canada était effectivement le seul des trois pays signataires à l'accord qui n'offrait pas de droit de location aux titulaires de droits en matière d'enregistrements sonores. L'introduction de ce droit dans la *Loi sur le droit d'auteur* a comme objectif premier de mettre fin, ou du moins de contrôler, certaines activités illégales, telles que l'enregistrement privé d'une oeuvre.

Voilà, dans leurs grandes lignes, les principaux droits prévus au chapitre 17 de l'ALENA qui pourraient être mis en échec, à supposer que le Canada décide de recourir à la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106. Reste maintenant à déterminer dans quelle mesure le Canada est susceptible de recourir à cette clause d'exemption culturelle pour mettre en échec les droits en question.

52. Voir Victor NABHAN, *supra*, note 48, p. 26.

2.2 La mise en oeuvre du chapitre 17 de l'ALENA

À première vue, rien dans le comportement actuel du Canada ne donne à croire qu'il aurait l'intention, dans un avenir rapproché, de recourir à l'annexe 2106 pour se soustraire à des engagements prévus au chapitre 17. Il suffit d'observer de quelle façon il a entrepris, dans sa *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*[53], de donner suite à l'ensemble des dispositions du chapitre 17 pour se convaincre, au contraire, de son intention de respecter scrupuleusement celui-ci. Cette loi, en effet, amène des modifications importantes à plusieurs lois déjà en vigueur au Canada, telles la *Loi sur les dessins industriels*, la *Loi sur les brevets*, la *Loi sur les marques de commerce* et, bien évidemment, la *Loi sur le droit d'auteur*. Pas moins d'une soixantaine de ses articles introduisent ainsi des changements dans la législation canadienne dans le but de permettre au Canada de se conformer aux règles de l'ALENA. En ce qui concerne plus spécialement la *Loi sur le droit d'auteur*, qui intéresse davantage les industries culturelles, le Canada a pris toutes les mesures nécessaires afin de donner effet aux dispositions de fond des conventions de Berne (dans sa version de 1971) et de Genève[54]. Il a également procédé à une modernisation de certaines définitions. Enfin, comme on l'a mentionné précédemment, il a introduit un droit de location, droit qui était inexistant auparavant.

Ce faisant, le Canada s'est par contre attiré des critiques sévères de la part de plusieurs commentateurs issus en particulier des milieux nationalistes canadiens. On considère de façon générale que le droit d'auteur au Canada est de plus en plus soumis aux exigences du commerce international, ce qui revient à dire, en fait, soumis aux exigences des États-Unis[55]. On s'inquiète plus généralement parce que les Canadiens ignoreraient les multiples dimensions de la pensée américaine en matière de libre-échange et de culture, qu'ils ne réaliseraient pas toutes les implications de l'Accord et qu'ils ne seraient relativement pas préparés aux formes d'initiatives culturelles américaines[56]. On souligne encore que, dans la politique commerciale américaine, on associe de plus en plus la culture aux notions d'information, de propriété privée ou de service: il devient dès lors plus facile de parler de libéralisation du commerce des produits culturels[57].

53. Voir *supra*, note 18.
54. Précisons que le Canada était signataire de la Convention de Berne dans sa version de 1928. Ce qui permet à certains auteurs de se demander si ces efforts n'iront pas, dans un proche avenir, à l'encontre des intentions du Canada d'éviter toute sortie de fonds. Voir A. KEYES, «What is Canada's International Copyright Policy?», dans (1992-1993) 7 *Intellectual Property Journal* 318.
55. A. KEYES, *supra*, note 54, p. 319.
56. G. CARR, *supra*, note 2, p. 205.

Le Canada répond à ces critiques en faisant valoir que la clause d'exemption culturelle de l'ALE, maintenue dans l'ALENA, offre une soupape de sûreté suffisante au cas où il voudrait intervenir en faveur de ses industries culturelles[58]. Mais voudra-t-il justement recourir à celle-ci, s'il doit en payer le prix comme le gouvernement américain le laisse entendre publiquement? La question pourrait être soulevée plus rapidement qu'on ne le croit. Il y a quelques années, un projet de loi du gouvernement canadien en faveur de son industrie cinématographique était abandonné parce que son adoption, au moment où le Canada était en pleine négociation de l'ALE, aurait pu affecter le cours des négociations[59]. Or, si le Canada devait à nouveau introduire un projet de loi de cette nature, il y a de bonnes raisons de croire qu'il entrerait alors en contradiction avec les exigences du chapitre 17, plus particulièrement celles de l'article 1705 relatives à l'exploitation commerciale du droit d'auteur. Que ferait-il alors, cela reste à voir. Et la question pourrait se répéter également si le gouvernement canadien devait décider de reconnaître les droits voisins en matière d'enregistrements sonores, comme il en est question depuis un certain temps déjà[60].

2.3 L'exemption culturelle appliquée au chapitre 17 de l'ALENA: deux études de cas

Le Canada, il importe de le préciser, ne maintient pas à l'heure actuelle de mesures relatives aux industries culturelles dont la validité, eu égard aux exigences du chapitre 17 de l'ALENA, pourrait être contestée. Mais cela ne signifie pas pour autant que tout recours à la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106 doive être exclu

57. *Id.*, p. 208.
58. Dans un document qui décrit le contenu essentiel de l'Accord de libre-échange nord-américain, le gouvernement du Canada écrit, par exemple: «...l'ALENA préserve la souplesse nécessaire pour lui permettre de *tenir compte des points sensibles comme les industries culturelles, la sécurité nationale et les exemptions constitutionnelles*». Cette façon de comparer les préoccupations canadiennes en matière d'industries culturelles à celles des États-Unis en matière de sécurité nationale et à celles du Mexique en matière constitutionnelle n'est pas sans intérêt. Voir Gouvernement du Canada, *L'Accord de libre-échange nord-américain: Vue d'ensemble et description*, Ottawa, août 1992, p. v.
59. «To Have its Own Culture, Canada Must Tend its Garden», *The Globe and Mail*, 28 mars 1992, p. A-1. Il s'agit du projet de loi C-134 déposé en première lecture le 8 juin 1988.
60. Gouvernement du Canada, ministère des Communications, *Nos industries culturelles - Des liens essentiels*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 55.

pour l'avenir. Comme on vient de le mentionner, en effet, il y a au moins deux secteurs où un tel développement pourrait se produire dans un avenir relativement rapproché, soit celui de l'audiovisuel et celui de l'enregistrement sonore.

2.3.1 Le secteur de l'audiovisuel

Si l'analyse de la proposition législative du gouvernement fédéral portant sur l'importation au Canada des vidéogrammes, qui remonte à 1987, ainsi que celle du projet de loi déposé en première lecture en 1988, sont particulièrement intéressantes à cet égard, il est difficile d'en traiter sans aborder par la même occasion le cas de la *Loi sur le cinéma* du Québec, déjà en vigueur depuis plusieurs années, qui est en partie à l'origine de l'intervention fédérale.

a) La proposition législative fédérale de 1987 concernant l'importation au Canada des vidéogrammes et le projet de loi de 1988

L'objectif premier de la proposition législative de 1987 était de favoriser la création au Canada d'un marché national distinct pour la distribution de vidéogrammes et de promouvoir la distribution par des Canadiens de vidéogrammes au Canada et la production, la distribution et la présentation de vidéogrammes canadiens. Son élaboration faisait suite aux conclusions plutôt alarmantes du rapport du Groupe de travail sur l'industrie cinématographique, rendu public en 1985, et du rapport gouvernemental intitulé *Nos industries culturelles: Des liens essentiels*, rendu public en 1987[61]. Au sujet de la distribution des films au Canada, ce dernier soulignait en particulier ce qui suit:

> Depuis le début des années 20, le Canada est considéré comme une partie intégrante du marché cinématographique américain, au grand détriment des distributeurs canadiens qui seraient pourtant disposés à acheter des droits canadiens distincts pour les films populaires d'outre-mer et des États-Unis. Il s'agit là d'une entrave importante à l'essor et au financement d'une industrie cinématographique canadienne[62].

Afin de remédier à cette situation pour le moins inquiétante, la proposition législative suggérait la mise en place d'un régime de licences d'importation dont les conditions d'obtention étaient très strictes. Pour ce qui est de la licence générale, qui autorisait le

61. *Supra*, note 60.
62. *Supra*, note 60, p. 45.

détenteur à distribuer, ou reproduire et distribuer, n'importe quel film, le demandeur devait non seulement être canadien mais devait également avoir un bureau au Canada, ne pas avoir contrevenu à une disposition de la loi dans les deux années précédentes et, enfin, il devait investir dans la production cinématographique canadienne[63]. Quant à la licence particulière, elle autorisait le détenteur à importer uniquement les oeuvres cinématographiques spécifiées dans la licence. Les exigences pour obtenir cette dernière reprenaient seulement deux des quatre exigences pour une licence générale, soit avoir un bureau au Canada et ne pas avoir contrevenu à la loi dans les deux années précédentes; s'y rajoutaient en revanche deux autres conditions relatives aux intérêts du demandeur dans le film sujet à licence.

La proposition législative de 1987 visait des personnes physiques ou morales réalisant des activités qui seraient couvertes de nos jours par la définition d'«industries culturelles» que l'on retrouve à l'article 2107 de l'ALENA. Si la proposition en question était maintenant adoptée telle quelle, elle serait vraisemblablement perçue, en raison des restrictions qu'elle apporte à la distribution des produits cinématographiques importés, comme remettant en cause le droit conféré par l'article 1705(3) de «*transférer librement et séparément, au moyen de contrats*» les droits patrimoniaux. On peut facilement imaginer que les *majors* américains impliqués dans le réseau de distribution au Canada n'hésiteraient pas alors à exiger du gouvernement américain l'imposition de mesures d'effet commercial équivalent.

L'article 1705 (3) n'est pas la seule disposition qui pourrait poser problème. La proposition législative de 1987[64] pourrait aussi être perçue comme allant à l'encontre de l'obligation des parties, énoncée à l'article 1703.1, d'accorder un traitement non moins favorable que celui qu'elle «accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection et le respect de tous les droits de propriété intellectuelle». C'est l'aspect discriminatoire du régime de licence qui retient plus particulièrement l'attention ici. En effet, si la proposition législative de 1987 visait spécialement les entreprises étrangères en leur imposant, par exemple, comme condition d'exploitation de leur droit d'auteur d'investir dans la production cinématographique ca-

63. Bien que la proposition législative en question n'ait jamais été déposée en Chambre, et, par conséquent, n'ait jamais été officiellement rendue publique, la revue *Cinéma Canada* en publiait, en décembre 1987, de larges extraits et elle a par la suite été fréquemment commentée. Voir par exemple J. JOHNSON et J. SCHACHTER, *supra*, note 24, p. 148-149.
64. Voir *supra*, note 59.

nadienne, une violation de l'article 1703(1) pourrait probablement être alléguée[65].

Le projet de loi finalement déposé en première lecture en 1988 était d'une portée beaucoup plus restreinte que la proposition législative de 1987[66]. Son but essentiel était de faire en sorte que les droits de distribution au Canada soient acquis en vertu d'un contrat distinct. Il n'interdisait pas aux entreprises étrangères d'importer et de distribuer au Canada des produits cinématographiques et il n'imposait pas de restrictions réglementaires à leurs activités. Toute personne désirant importer un film devait toutefois signer un affidavit à l'effet que les droits de distribution du film en question au Canada avaient été acquis en vertu d'un contrat distinct ou comme partie d'un arrangement concernant les droits patrimoniaux qui prévoyait le maintien de droits mondiaux, ou encore d'un intérêt d'au moins 50%, par l'importateur ou son affilié. Même si le projet de loi en question était nettement moins restrictif, il n'est pas toutefois interdit de croire que, dans son traitement des droits patrimoniaux, il serait malgré tout considéré de nos jours comme incompatible avec les exigences de l'article 1705(3) de l'ALENA.

Comme on l'a vu précédemment, si le Canada devait revenir à la charge avec un nouveau projet sur l'importation des produits cinématographiques affectant d'une quelconque façon les droits des États-Unis au titre du chapitre 17 de l'ALENA[67], il pourrait toujours

65. Dans une analyse de la proposition législative de 1987, réalisée en 1988 avant qu'un projet de loi modifiant substantiellement celle-ci ne soit déposé en première lecture, Jon JOHNSON et Joel S. SCHACHTER cherchaient pareillement à déterminer si le texte en question contrevenait aux obligations du Canada dans l'ALE en ce qui regarde le traitement national. La réponse à cette question, à leurs yeux, variait selon que l'on se trouvait en présence de biens ou de services. Elle était négative s'il s'agissait de services, car les services culturels n'étaient pas visés par l'ALE. Si l'on se trouvait au contraire en présence de biens, une différence de traitement entre produits canadiens et produits étrangers en ce qui concerne les exigences de distribution pouvait effectivement conduire à la conclusion que la règle du traitement national était violée. La réponse à la question ne pourrait être exactement la même si elle était soulevée dans le contexte de l'ALENA, mais il serait encore possible d'alléguer une différence de traitement dans les exigences relatives à la distribution des produits cinématographiques et, ce qui concerne davantage notre propos ici, une différence de traitement en ce qui concerne la protection et le respect de tous les droits de propriété intellectuelle. Voir *supra*, note 24, p. 147-149.
66. Voir *supra*, note 59.
67. Une analyse américaine des promesses électorales du Parti libéral du Canada effectuée au lendemain de la victoire de ce parti, le 25 octobre 1993, mettait en relief la possibilité «de nouvelles politiques et réglementations en ce qui concerne la commercialisation, la distribution et l'exposition des produits culturels afin d'aider les livres, films et enregistrements sonores canadiens à récupérer une part du marché domestique»: Bureau of National Affairs, Inc., *International Trade Reporter*, 1993, vol. 10, nº 42, p. 1792).

faire valoir que la clause d'exemption culturelle lui permet d'agir en ce sens. Il pourrait aussi faire valoir, suivant une interprétation littérale de l'annexe 2106, que des mesures d'effet commercial équivalent ne sont pas ici permises, car les droits de propriété intellectuelle ne sont pas protégés par l'ALE[68]. Mais, à en juger par l'attitude actuelle du gouvernement américain sur ce dernier point, le Canada serait probablement contraint de demander la constitution d'un groupe spécial en vue de faire clarifier son droit à cet égard.

b) La Loi sur le cinéma du Québec

Les particularités linguistiques, géographiques et culturelles du Québec, combinées au déclin de l'industrie québécoise du cinéma au début des années 80, expliquent pourquoi le Québec est allé de l'avant en 1983 avec la *Loi sur le cinéma*, qui instaurait un système de permis et de règlements visant les distributeurs de films et de vidéocassettes[69].

La législation vise de façon générale à implanter et développer «l'infrastructure artistique industrielle et commerciale du cinéma» et des «...entreprises québécoises» (article 4). L'article 79 exige de toute personne désireuse d'obtenir un visa de déposer un contrat de distribution ou tout document attestant qu'elle détient des droits de distribution. Or, le permis de distributeur comporte des exigences strictes. Tout comme dans la proposition législative fédérale ci-haut mentionnée, qui s'est d'ailleurs inspirée de la loi québécoise, deux catégories de permis sont identifiées, à savoir le permis général et le permis spécial. Le premier «autorise le titulaire à vendre, à louer, à prêter ou à échanger des copies de films sur une base commerciale», alors que le second précise que cette autorisation s'applique uniquement au film identifié dans le permis (article 103). On retrouve également des exigences liées aux deux types de permis. Pour le permis général, on exige du détenteur qu'il possède «...une entreprise dont le principal établissement est situé au Québec» (article 104). Autrement dit, le centre de décision de l'entreprise doit se situer au Québec. Le permis spécial de distributeur, lui, peut uniquement être délivré au producteur du film ou au détenteur des droits mondiaux sur le film (article 105).

68. Voir précédemment la section 1.2 de notre texte.
69. Ministère des Communications, *supra*, note 60, p. 46. Pour le texte de loi, voir L.R.Q., c. C-18.1.

L'analyse de la conformité de la *Loi sur le cinéma* du Québec aux exigences du chapitre 17 de l'ALENA conduit sensiblement aux mêmes conclusions que l'analyse de la proposition législative fédérale de 1987 sur l'importation de produits cinématographiques. La loi québécoise porte d'abord sur la distribution des films et vidéos, ce qui entre clairement dans la définition d'«industries culturelles» de l'article 2107 de l'ALENA; elle ne respecte cependant pas, dans les restrictions qu'elle introduit au droit de distribution, l'article 1705 (3) de l'accord et, en ciblant spécifiquement les détenteurs étrangers de tels droits, elle va à l'encontre du principe du traitement national de l'article 1703(1). Lorsque l'ALENA entrera en vigueur, les États-Unis pourraient donc faire valoir que cette loi est incompatible avec les exigences du chapitre 17.

Le Québec aurait toujours le loisir, dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord, de faire inscrire la *Loi sur le cinéma* dans sa liste de réserves de l'annexe I de l'ALENA (mesures existantes contrevenant à la règle du traitement national). Ces réserves ne pourraient cependant couvrir les cas d'incompatibilité avec la règle du traitement national du chapitre 17. Pourrait-il faire valoir que les *majors* américains, après une période initiale d'opposition, en sont finalement venus à une entente avec le Québec sur les droits de distribution, entente en vertu de laquelle les distributeurs québécois deviennent à toutes fins utiles les distributeurs exclusifs au Québec des films en langue autre que l'anglais, tandis que les *majors* y distribuent essentiellement les mêmes films (en anglais) qu'ils distribuent sur le marché américain? Cette entente ne saurait manifestement pas constituer une garantie pour l'avenir et, de toute façon, elle n'engage pas le gouvernement américain. Resterait alors, comme seule solution, le recours à la clause d'exemption de l'annexe 2106.

2.3.2 Le secteur de l'enregistrement sonore

La possibilité que le Canada adopte des mesures protectionnistes dans le domaine de l'enregistrement sonore inquiète énormément les Américains. Le président du *Recording Industry Association of America*, Jason Berman, estime à cet égard que la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106, demandée avec tant d'insistance par le Canada, cache en réalité un véritable intérêt commercial[70]. Plus particulièrement, au chapitre de la propriété intellectuelle, il craint que ce genre de clause ne défavorise les titulaires de droits d'auteur américains[71]. Malheureusement, il

70. *Financial Post*, 18 septembre 1992, p. 9.
71. *Ibid.*

n'identifie pas clairement la nature de la menace que pose la clause d'exemption culturelle pour l'industrie américaine de l'enregistrement sonore. Dans certaines de ses déclarations, il va même jusqu'à faire référence aux quotas qu'impose le Canada dans ce domaine, ce qui n'a manifestement rien à voir avec les droits de propriété intellectuelle[72]. Néanmoins, force est d'admettre qu'il est au moins un secteur où il pourrait avoir raison de s'inquiéter. Ce secteur, c'est celui des droits voisins.

Les États-Unis, jusqu'à maintenant, ont toujours refusé de reconnaître la plénitude des droits voisins sur leur territoire, se limitant à ne les admettre que pour les seuls producteurs et, uniquement, pour la reproduction. Toutefois, ils ne sont pas prêts à admettre que des pays qui attribuent pleinement ces droits sur leur propre territoire en refusent le bénéfice à leurs producteurs, artistes interprètes et exécutants. Quant au Canada, qui fait face depuis un certain temps déjà à des demandes de reconnaissance de tels droits, et qui pourrait donc vouloir agir en ce sens dans un avenir rapproché, il n'a guère d'intérêt à appliquer le principe de traitement national dans le cadre d'un régime de rémunération des producteurs, artistes interprètes et exécutants, puisqu'il est un importateur net de produits culturels, surtout américains. Or, la position de l'ALENA sur le sujet reflète bien cette différence d'intérêts. L'ALENA, en effet, établit à son article 1703(1) que:

> En ce qui concerne les enregistrements sonores, chacune des Parties accordera ce traitement [national] aux producteurs ainsi qu'aux artistes interprètes et exécutants d'une autre Partie. Cependant, une Partie pourra limiter les droits des artistes interprètes et exécutants d'une autre Partie en ce qui concerne les utilisations secondaires des enregistrements sonores aux droits qui sont accordés à ces ressortissants sur le territoire de cet autre Partie.

Telle qu'elle est rédigée, cette disposition permet au Canada, quant aux utilisations secondaires des enregistrements sonores, de limiter les droits des artistes interprètes et exécutants américains aux droits qui leur sont conférés sur le territoire américain. Si le Canada devait adopter une loi reconnaissant l'intégralité des droits voisins, il n'aurait donc pas dans ce cas à en faire bénéficier les artistes interprètes et exécutants américains, du moins tant et aussi longtemps que les États-Unis n'auraient pas attribué les mêmes droits. Eu égard aux producteurs américains, en revanche, le Canada

72. Voir *supra*, note 1.

se devrait de leur accorder le même traitement qu'il accorde aux producteurs canadiens, car l'article 1703(1) de l'ALENA ne fait pas d'exception à la règle du traitement national.

S'il veut donc reconnaître l'intégralité des droits voisins sur son territoire et, en même temps, ne pas avoir à rembourser aux producteurs américains des droits qui ne leur sont même pas reconnus aux États-Unis, le Canada n'aurait guère d'autre choix que de recourir à la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106. Mais, encore une fois, il lui faudrait s'attendre à une vive réaction de la part des États-Unis.

Conclusion

D'un point de vue juridique, il ne fait pas de doute que la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106 de l'ALENA a une portée très large et qu'elle pourrait facilement permettre au Canada de faire obstacle à la mise en oeuvre des exigences du chapitre 17, s'il jugeait nécessaire de le faire pour assurer le développement de ses industries culturelles. Il est vrai aussi que le recours à cette disposition pourrait donner lieu, en principe, à la mise en place de mesures d'effet commercial équivalent de la part d'une partie affectée, ce qui, manifestement, n'est pas de nature à en favoriser l'utilisation. Pour ne laisser aucun doute dans l'esprit des Canadiens quant à sa détermination de contrer toute utilisation de cette clause, le gouvernement des États-Unis a d'ailleurs pris soin, dans sa loi de mise en oeuvre, de faire explicitement référence aux actions à prendre en cas d'utilisation de celle-ci, utilisation qui porterait atteinte aux droits des États-Unis. Toutefois, une lecture attentive de l'annexe 2106 donne à croire que le droit à des mesures d'effet commercial équivalent, aux termes de cette clause, serait plus restreint que ne l'affirment les États-Unis. De telles mesures étant régies exclusivement par les règles de l'ALE, selon l'annexe 2106, elles ne pourraient en particulier être utilisées pour contrer des atteintes au chapitre 17, car la propriété intellectuelle ne fait pas partie des engagements de l'ALE. Or, en l'absence de violation d'un engagement préalable, il ne saurait être question de recours à des mesures d'effet équivalent. Mais, ce point de vue sera certainement rejeté par les États-Unis et le Canada aura d'abord à le défendre devant un groupe spécial, s'il veut le faire prévaloir.

En pratique, toutefois, l'ampleur de la menace identifiée par certains représentants des industries culturelles américaines apparaît nettement exagérée. En premier lieu, à peine quatre des

vingt-et-un articles du chapitre 17 sur la propriété intellectuelle ont une chance quelconque d'être affectés, directement ou indirectement, par un recours à la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106. En second lieu, dans sa loi de mise en oeuvre, le Canada a démontré très clairement qu'il entendait donner suite à l'ensemble des engagements pris aux termes du chapitre 17. La reconnaissance du droit de location et, surtout, l'adoption des amendements requis pour rendre sa *Loi sur le droit d'auteur* conforme aux exigences de la Convention de Berne de 1971, constituent des gestes qui ne laissent aucun doute à cet égard.

Mais ceci ne veut pas dire pour autant que le Canada n'aura pas besoin, dans l'avenir, de recourir à la clause d'exemption culturelle. Il pourrait avoir à le faire, en particulier, dans le domaine du cinéma, davantage pour préserver une production minimale viable que pour porter atteinte aux intérêts des États-Unis. Il pourrait aussi avoir à le faire dans le domaine de l'enregistrement sonore, s'il décidait de reconnaître l'intégralité des droits voisins, tant et aussi longtemps que les États-Unis ne confèrent pas des droits aux producteurs d'enregistrements sonores quant aux utilisations secondaires de leurs produits. Quoi qu'il en soit, ces développements hypothétiques semblent difficilement de nature à justifier les déclarations alarmistes des représentants des industries culturelles américaines. L'impression qui se dégage, en définitive, est que la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106 a été présentée comme une atteinte majeure aux droits de propriété intellectuelle des États-Unis, en vertu de l'ALENA, simplement dans le but de décourager toute forme de limitation des échanges en matière culturelle.