

Résumé de la thèse de doctorat

Diversité culturelle et libre-échange à la lumière du cinéma

CHRISTOPHE GERMANN

**Réflexions critiques sur le droit naissant de la diversité culturelle
sous les angles du droit international de l'UNESCO, de l'OMC, de
la concurrence et de la propriété intellectuelle**

La thèse de doctorat « Diversité culturelle et libre-échange à la lumière du cinéma » de Christophe Germann, qui a été évaluée par les professeurs Thomas Cottier (Université de Berne, Suisse) et Ivan Bernier (Université de Laval, Canada), est résumée dans les pages qui suivent. Ce travail sera publié en août 2007 par Helbing & Lichtenhahn, Bâle.

Aperçu

Avant-propos et remerciements	14
Liste des abréviations	15
Références	17
INTRODUCTION	40
I Vue d'ensemble	40
A. Culture et industrie.....	40
B. Démarche analytique.....	41
C. Structure de la recherche.....	42
D. Spécificité culturelle et droit du libre-échange.....	43
II Nouveaux instruments pour réaliser la diversité culturelle	44
A. Remise en question des moyens d'intervention classiques.....	44
B. Promouvoir la diversité culturelle par l'interdiction de discriminer culturellement.....	46
C. Concentrations, positions dominantes et déséquilibres.....	48
D. Déséquilibre en terme d'échanges de biens et services culturels.....	49
III Spécificités culturelle et économique de l'industrie cinématographique	49
A. La gestion du risque économique liée aux biens et services culturels.....	49
B. La pratique comptable du financement transversal.....	50
C. Déconcentration et décentralisation.....	52
IV Un libre-échange équilibré au service de la diversité culturelle	53
PREMIERE PARTIE : LA SPECIFICITE ECONOMIQUE DE L'INDUSTRIE CINEMATOGRAPHIQUE	54
I L'industrie cinématographique sous l'angle économique	54
A. Introduction.....	54
B. Définitions.....	54
C. L'industrie du cinéma en chiffres.....	74
D. Développements possibles du secteur audiovisuel.....	102
II. Aspects de droit de la concurrence	107
A. Introduction.....	107
B. Les films à succès sous l'angle du droit de la concurrence.....	108
C. Les ententes, acquisitions et fusions au sein des industries culturelles.....	132
D. Les régimes de fixation du prix des publications.....	157
E. Les aides publiques sous l'angle du droit de la concurrence.....	181
E. Droit « anti-dumping »	206
1. Pratiques de dumping dans le secteur audiovisuel.....	206
F. Le rôle du droit de la propriété intellectuelle	219
G. Conclusions sur la spécificité économique de l'industrie cinématographique	239
DEUXIEME PARTIE : SPECIFICITE CULTURELLE DE L'INDUSTRIE CINEMATOGRAPHIQUE ET LIBRE-ECHANGE	244
I. Introduction	244
II. Les concepts de « spécificité culturelle » et de « libre-échange »	245
A. La « spécificité culturelle » de l'industrie cinématographique.....	245
B. Déséquilibre.....	256
C. L'intervention étatique et la « mondialisation normative ».....	263
D. Origine culturelle et nationalité.....	272
III. Aspects de droits suisse et communautaire de la culture	283
A. Le choix des exemples.....	283
B. Promotion de la diversité culturelle en droit suisse.....	285
C. Promotion de la diversité culturelle dans l'Union européenne.....	307
IV. Aspects de droit international de la culture et du commerce	332
A. Aperçu.....	332
B. Les industries culturelles à l'OMC.....	334
C. Les initiatives de l'UNESCO, du Conseil de l'Europe et du RIPC.....	399
TROISIEME PARTIE : NOUVELLES APPROCHES EN QUETE DE COHERENCE	438
I. Changement de paradigme	438
A. Appréciation critique et recommandations.....	438
B. Cas d'application: Les périodiques du Canada.....	494
II. Conclusions finales	500
TABLE DES ANNEXES	507

« Le cinéma n'est pas fatalement voué à son usage dominant.

(...)

Il se peut que, parmi les films les plus dignes du cinéma, les plus fragiles et les plus importants, ceux qu'on oublie toujours, hormis quelques historiens, sont des films qui se délestent de toute métaphore de la mise en scène et foncent dans le réel.

Et foncer dans le réel, ça veut dire quoi?

Ca veut dire extraire directement les films des choses. Bien entendu, matériellement, se passer de production, échapper aux circuits de la censure, aux institutions, à l'industrie, à l'ordre social établi. Certains savent plier le monde économique à leur désir (Godard), d'autres savent surmonter le système de contrôle social (Fassbinder est sublime pour ça) et d'autres le bafouent, comme René Vautier. »¹

¹ Rencontre avec Nicole Brenez, Le cinéma expérimental - Le cinéma n'est pas fatalement voué à son usage dominant, propos recueillis par Stéphane Bouquet le 24 mars 2000, dans: Cahiers du Cinéma, numéro hors série « Aux frontières du cinéma ».

Résumé de la thèse de doctorat

« Diversité culturelle et libre-échange à la lumière du cinéma »

I Vue d'ensemble

A. Culture et industrie

« *Et foncer dans le réel, ça veut dire quoi ?* »² – Depuis maintenant plus de cent ans, le cinéma est une histoire d'ombres et de lumières, donc par essence *irréel* ou *immatériel*. En même temps, le cinéma est une histoire de contributions humaines, technologiques et pécuniaires considérables, donc également un phénomène *réel* ou *matériel*. Le cinéma est ainsi une histoire de symbioses et de tensions entre œuvres de l'esprit et l'argent - la culture et l'industrie - qui, par nature, ne se laisse pas confiner au sein de frontières nationales. Au contraire, le cinéma est par essence international de par ses formes et contenus ainsi que par ses moyens de dissémination. Traduit en termes juridiques, le cinéma fait appel en premier lieu aux règles du droit de la propriété intellectuelle et, plus généralement, du droit du commerce, cela dans le respect des droits fondamentaux, principalement la liberté d'opinion et d'expression.

Cette dualité particulière au cinéma, à savoir sa signification culturelle d'une part et économique d'autre part, est au cœur de ce travail, qui explorera ce sujet sous l'angle juridique à l'échelle nationales, régionale et internationale, soit à la lumière du droit suisse, de l'Union Européenne, de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et de l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture (UNESCO).

Indéniablement, la culture est un vaste domaine. Nous voulons limiter l'exploration du postulat de la diversité culturelle à la lumière de l'industrie cinématographique. Toutefois, nous estimons qu'une partie considérable des réflexions exprimées ici peut également s'appliquer *mutatis mutandis* aux autres domaines des industries dites « culturelles », en premier lieu le livre et la musique, soit la culture « liée au commerce » (« trade related culture »).

B. Démarche analytique

Dans la première partie de ce travail, nous explorerons la spécificité économique des industries culturelles. Il s'agit là d'un thème négligé par la majorité de la doctrine juridique récente qui préfère se concentrer sur la « spécificité culturelle » de ces industries. Nous aborderons cette spécificité culturelle dans la deuxième partie de cet ouvrage, cela dans l'intention de mieux la cerner grâce à nos constatations portant sur la spécificité économique des industries culturelles. Sur la base des connaissances ainsi acquises, nous émettrons dans la troisième partie de ce livre des propositions susceptibles de composer un droit nouveau désirable en la matière.

Sur la base d'un inventaire de la situation actuelle, qui ne saurait être exhaustif, et d'une analyse axée sur les thèses centrales de ce travail, les enjeux en cause sur le plan normatif seront mis en relief, à savoir les postulats en partie antinomiques et en partie complémentaires

² Voir citation complète supra à la base de la note 1.

du libre échange et de la diversité culturelle. Ces enjeux seront censés stimuler une réflexion critique sur les politiques culturelles, industrielles et commerciales concernant la branche cinématographique sous l'angle des règles de droit régissant le commerce et la culture, la concurrence et la propriété intellectuelle. Dans ce contexte, une attention particulière sera portée aux droits suisse et communautaire sur les ententes et les concentrations, qui serviront de base pour approfondir la question de la spécificité économique de l'industrie cinématographique.

Finalement, nous tenterons d'établir des repères censés contribuer à la composition d'un cadre juridique désirable au niveau du droit du commerce international et d'un droit de la diversité culturelle actuellement en cours d'élaboration au niveau international, en premier lieu à l'UNESCO. Ces repères seront susceptibles d'orienter la réflexion sur la meilleure manière de réaliser le postulat de la diversité culturelle dans le contexte de la mondialisation normative, qui est actuellement induite en premier lieu par les règles multilatérales de l'OMC et par les accords bilatéraux de libre-échange.

C. Structure de la recherche

Dans la première partie de ce livre, nous tenterons de cerner la spécificité économique des industries culturelles à la lumière d'une décision emblématique de la Commission suisse de la concurrence de l'an 2000 concernant le marché des films à succès (« blockbusters ») et des décisions de la Commission européenne concernant des ententes et concentrations récentes dans le domaine des industries culturelles. Cette analyse de pratiques administratives sera mise en relief par une discussion sur la jurisprudence suisse et communautaire portant sur la fixation du prix du livre. Cette partie mettra ainsi en exergue les grands défis auxquels l'intervention étatique est confrontée dans le domaine des industries culturelles qui, dans une économie de marché, présentent des risques entrepreneuriaux considérables. L'analyse du droit de la concurrence applicable aux aides publiques servira de pont entre la première et la deuxième partie de cet ouvrage, qui est vouée à la spécificité culturelle de l'industrie cinématographique.

Dans la deuxième partie de cet ouvrage, nous aborderons les règles portant sur la promotion de la diversité de l'offre cinématographique contenues dans la nouvelle Loi fédérale sur le cinéma (« Lcin ») et nous fournirons un aperçu sur l'intervention étatique en la matière au niveau communautaire. Dans ce contexte, nous analyserons notamment la problématique de l'octroi efficace et efficient des subventions.

Finalement, dans la troisième partie de cet ouvrage dédiée aux solutions nouvelles que nous préconisons pour réaliser la diversité culturelle, nous traiterons du cas des revues périodiques qui a opposé le Canada aux Etats-Unis et a fait l'objet d'un rapport du Groupe spécial et de l'Organe d'appel de l'OMC. Cette affaire met en exergue les résultats insatisfaisants sur le plan culturel d'une approche purement commerciale des règles de l'OMC lorsque celles-ci sont appliquées en l'absence de toute considération pour des politiques culturelles légitimes. Nous testerons à l'exemple de cette jurisprudence nos propositions, qui reposent sur des considérations de droit de la concurrence (doctrine des « essential facilities » ou « installations essentielles ») et du droit de la propriété intellectuelle à adapter pour mettre en œuvre le postulat de la diversité culturelle ainsi que sur les principes de la « culture la plus favorisée » et le « traitement culturel » que nous proposons d'introduire dans le débat.

Ainsi, nous aborderons les règles de droit du commerce international, de la concurrence et de la propriété intellectuelle, qui nous semblent pertinentes au regard du droit de la diversité culturelle à la lumière du cinéma et utiles pour élaborer un cadre juridique nouveau. Nous étayerons notre analyse par une étude portant sur une sélection de jurisprudences et de pratiques administratives suisses, communautaires et de l'OMC pour illustrer le fonctionnement des industries culturelles sous l'angle juridique et tester le bien fondé de nos thèses. Finalement, à la lumière de nos conclusions, nous émettrons des critiques sur l'avant-projet de convention internationale sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques de juillet 2004, qui a été élaboré par un groupe d'experts en la matière mandatés par l'UNESCO.³

D. Spécificité culturelle et droit du libre-échange

La mondialisation induite par les règles multilatérales et bilatérales de droit du commerce international sert de catalyseur pour remettre en question le rôle de l'Etat par rapport aux politiques culturelles. Les industries culturelles sont en premier lieu concernées par ce développement qui constitue un phénomène complexe notamment au niveau politique, juridique et économique. L'appréciation juridique de ce phénomène se réfère principalement à la dynamique engendrée par les règles de l'OMC issues des négociations du cycle d'Uruguay qui ont abouti en 1994 aux Accords de Marrakesh. Par rapport au régime de l'ancien GATT, les règles de l'OMC présentent un champ d'application beaucoup plus large, ne couvrant plus seulement les marchandises (GATT), mais également les services (GATS) et la propriété intellectuelle (TRIPS). Ces règles sont sensiblement plus contraignantes du fait du nouveau système de règlement des différends, qui soumet le rejet des rapports du Groupe spécial (« Panel ») ou de l'Organe d'appel (« Appellate Body ») à l'unanimité des Membres, ce qui revient, en pratique, à une adoption quasi automatique de ces rapports.⁴

Selon les défenseurs de l'« exception culturelle » et de la diversité culturelle, les biens et services culturels ne sont pas des biens et services ordinaires. Ils possèdent une spécificité liée à leur nature et fonction culturelles, qui exige un traitement particulier par rapport au droit du commerce international. Dans la deuxième partie de ce livre dédiée à la spécificité culturelle dans le cadre du droit du libre-échange, nous traiterons des interactions entre le postulat de la diversité culturelle et les règles régissant le commerce international de biens et services culturels. La doctrine majoritaire met ici l'accent sur les effets négatifs du libre-échange sur la protection et la promotion de l'identité et de la diversité culturelle. Cette doctrine critique généralement la perte de souveraineté des Etats portant sur les affaires culturelles, soit les politiques industrielles et commerciales concernant les industries culturelles. Nous dresserons

³ Notre recherche tient compte des développements juridiques jusqu'au 1^{er} juin 2005. Nous analyserons ultérieurement à la publication de cet ouvrage la convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle qui sera, le cas échéant, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO en automne 2005 ou, à défaut d'adoption, l'Avant-projet de convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 2 juin 2005 (annexe 5) et nous mettrons cette analyse complémentaire à la disposition des lecteurs sur les sites www.wti.org et www.germann-avocats.com

⁴ Voir notamment Thomas Cottier / Matthias Oesch, *International Trade Regulation, Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Cases, Materials and Comments*, Berne / Londres 2005, p. 143 et suiv., Thomas Cottier, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, dans: *Common Market Law Review* 35, 1998, pp. 325 et suiv. ; John H. Jackson, *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge/Londres 1997, et Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement*, Londres 1997. Lire également David Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Analyse critique*, Bruxelles 2004, pp. 771 et suiv.

dans ce contexte un inventaire des principales règles de droit du libre-échange pertinentes en la matière afin d'évaluer la marge de manœuvre des Etats au niveau des politiques culturelles.

L'originalité de notre recherche portera sur les instruments complémentaires, voir alternatifs aux subventions et aux quotas censés réaliser la diversité culturelle. Ces nouvelles approches seront discutées dans la troisième partie de cet ouvrage. Selon notre appréciation de la situation actuelle, les aides publiques sous formes financières et de restrictions quantitatives ou d'effets équivalents en faveur de la culture sont économiquement et politiquement hors de portée pour la majorité des pays, cela indépendamment des contraintes du droit du libre-échange.

II Nouveaux instruments pour réaliser la diversité culturelle

A. Remise en question des moyens d'intervention classiques

L'intervention étatique classique en faveur de l'industrie du cinéma en particulier et de l'audiovisuel (télévision et « nouveau médias ») en général se base sur l'octroi de subventions et la protection par des quotas.

Dans l'environnement numérique, l'instrument des quotas, qui se trouve déjà considérablement remis en question et affaibli par le droit du commerce international, est en train de perdre son efficacité pratique. En effet, à cause des nouvelles possibilités offertes par Internet et les autres « nouveaux médias », il s'avère aujourd'hui dans de nombreuses circonstances impossible de mettre en œuvre des obstacles non-tarifaires à la circulation de biens et services culturels sous forme de quotas ou par d'autres mesures d'effet équivalent de manière à atteindre les buts de politiques culturelles visés. Par ailleurs, les quotas sont généralement perçus comme réduisant la liberté de choix des consommateurs.

Les subventions atteignant une masse critique, qui permettraient de concurrencer les industries culturelles dominant le marché de manière durable afin d'accroître la diversité de l'offre de biens et services culturels, sont économiquement et politiquement hors de portée pour la grande majorité des pays, qui sont économiquement défavorisés. En outre, la culture n'est généralement pas en tête des priorités de l'intervention étatique, surtout si d'autres politiques publiques - par exemple la santé ou l'environnement - présentent une plus grande urgence.

La plupart des Etats nantis interviennent aujourd'hui principalement par des aides à la production et, dans une moindre mesure, à la distribution d'œuvres audiovisuelles, par exemple la Suisse et l'Union Européenne de concert avec ses Etats Membres. Une partie substantielle des fonds publics destinés aux industries cinématographiques est dédiée aux facteurs de création et de production (créateurs et producteurs) tandis que le reste se répartit entre les facteurs de commercialisation (distributeurs) et de consommation (spectateurs).

Cependant, on peut douter de l'efficacité et de l'efficacité des aides à la production lorsque l'intervention des Etats en la matière ne fournit pas aux œuvres financées publiquement une position concurrentielle à l'étape de commercialisation. En effet, sans commercialisation concurrentielle, les biens et services culturels n'atteignent pas les spectateurs et s'avèrent ainsi

d'une portée limitée à réaliser l'objectif de la diversité culturelle. Cette insuffisance est répandue dans la pratique des Etats : Les politiques culturelles ayant une emprise réelle sur les facteurs de commercialisation sont très rares.

En outre, il sied de remettre en cause la légitimité des subventions lorsqu'elles font assumer au secteur public les dommages causés à la diversité culturelle par des abus de positions dominantes d'entreprises privées : A notre avis, il ne saurait incomber aux Etats de prendre en charge le coût des dommages résultant de pratiques nuisant à des politiques culturelles légitimes qui résulteraient du fait d'entreprises privées imposant sur le marché une uniformisation des contenus et des formes des biens et services culturels en pratiquant de la discrimination culturelle.

B. Promouvoir la diversité culturelle par l'interdiction de discriminer culturellement

Selon notre thèse, c'est une intervention étatique inverse qui serait nécessaire pour agir de manière appropriée par rapport aux spécificités économiques des industries culturelles : Les Etats devraient, en premier lieu, garantir aux facteurs de création de toutes les origines culturelles confondues un accès culturellement non-discriminatoire aux facteurs de consommation, cela en intervenant sur les facteurs de commercialisation. Juridiquement, cette approche se traduirait par une interdiction de discriminer sur la base de l'origine culturelle des biens et services en question qui serait imposée aux facteurs de commercialisation. Cette prohibition aurait pour but de garantir à tous les biens et services culturels un environnement concurrentiel qui ne soit pas faussé sur la base de l'origine culturelle des créateurs et de leurs œuvres (« level playing field »). Selon cette conception, il appartiendrait au public et non aux distributeurs de plébisciter ou d'ignorer les biens et services culturels fournis par les créateurs et producteurs.

Par conséquent, nous préconisons que l'intervention étatique dans le domaine des industries culturelles ne repose pas essentiellement sur des subventions et des quotas, mais sur un cadre juridique basé sur le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle en combinaison avec un droit de la diversité culturelle à élaborer.⁵ Dans ce sens, nous envisageons que ce cadre juridique opposerait aux principes de base du droit du libre-échange interdisant la discrimination économique du fait de la nationalité (clauses de la « nation la plus favorisée » et du « traitement national ») des principes interdisant de discriminer sur la base de l'origine culturelle (clause de la « culture la plus favorisée » et du « traitement culturel »). Ce système normatif serait spécifiquement adapté à la cause de la diversité culturelle et interdirait aux facteurs de commercialisation de discriminer culturellement les facteurs de création afin de garantir le libre choix des facteurs de consommation. Dans la meilleure des hypothèses, ces nouvelles « méta-règles » interdisant la discrimination culturelle dans le commerce international permettraient de donner une viabilité économique aux facteurs de création de toutes les origines culturelles confondues, sans pour autant causer un nivellement de la qualité des biens et services culturels vers le bas. Concrètement, le changement de paradigme proposé imposerait aux facteurs de commercialisation (distributeurs et diffuseurs) dominant le marché de ne pas refuser aux facteurs de création (créateurs et producteurs), à cause de leurs origines culturelles, un accès aux facteurs de consommation (spectateurs, auditeurs et lecteurs). Corrélativement, cette démarche serait susceptible de fournir aux facteurs de consommation une plus grande diversité dans l'offre de

⁵ Cf. au sujet de l'introduction de règles de droit de la concurrence au niveau du commerce international, Andreas Heinemann, La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, dans : *Revue Internationale de Droit Economique*, 2004/3 pp. 293 et suiv.

biens et services culturels et donc un éventail de choix plus large pour se déterminer librement.

Cette approche aspire à contribuer à réaliser la diversité culturelle et le bien-être qui en résulte pour la société dans le but de renforcer la liberté d'expression des facteurs de création et la liberté d'opinion des facteurs de consommation, cela sans mettre en péril l'existence économique des facteurs de commercialisation. Par ailleurs, cette approche réduirait la dépendance des politiques culturelles par rapport au financement public, qui représente l'apanage des pays nantis lorsque ce financement est censé prendre une dimension conséquente.

Le cadre juridique à élaborer en vue de réaliser ce projet devrait en principe pouvoir s'appliquer non seulement au secteur audiovisuel, mais également aux autres biens et services culturels tels la musique, le livre et, plus largement, toutes les informations destinées à un public de masse. Ce cadre visera la promotion de la diversité de la culture de masse liée au commerce international (« trade related mass culture ») ou « marchandisée » (« commodified mass culture »), à savoir les contenus générés et véhiculés par les industries culturelles, sans pour autant nuire à la diversité de la culture « non-marchandisée ». Par ailleurs, nous estimons que si la diversité culturelle du cinéma, du livre et de la musique devenait une réalité par un changement de paradigme tel que nous l'envisageons, les expressions culturelles « non-commerciales » pourraient, dans le meilleur des scénarios normatifs, en bénéficier également par un effet de « débordement » (« spill over ») positif.

C. Concentrations, fragmentations et déséquilibres

L'industrie cinématographique est structurée en deux blocs, l'un fortement concentré et l'autre profondément fragmenté. D'une part, l'oligopole des grands studios américains, les majors,⁶ dominant le marché des Etats-Unis ainsi que la grande majorité des marchés étrangers, les exceptions notables étant l'Inde et la Corée du Sud ; d'autre part, une multitude de petites et moyennes entreprises cinématographiques locales se partagent les parts de marchés résiduelles au niveau national et, dans certains cas, régional.

L'oligopole des majors opère dans une large mesure sans intervention directe de l'Etat tandis que les entreprises de production et de distribution locales sont majoritairement tributaires d'aides publiques. Les œuvres produites par ces entreprises s'exportent en règle générale sensiblement moins bien que les films distribués par les majors hors des Etats-Unis. Cette constatation, qui sera étayée par des statistiques plus détaillées dans la première partie de cet ouvrage, nous amène à nous concentrer dans ce travail sur la relation entre les majors et les opérateurs locaux, en premier lieu européens. En effet, les aspects liés au commerce international de biens et services culturels sont largement conditionnés par le rôle des majors comme opérateurs dominant le marché cinématographique à l'échelle planétaire, bien que, dans certains cas, des opérateurs régionaux disposent de parts de marché significatifs au

⁶ Il s'agit des studios de production et de distribution hollywoodiens comprenant actuellement Walt Disney Company, Sony Pictures Entertainment, Inc., Metro-Goldwyn-Mayer Inc., Paramount Pictures Corporation, Twentieth Century Fox Film Corp., Universal Studios, Inc. et Warner Bros. Certaines de ces entreprises font partie de groupes de sociétés multinationales tels que Time Warner/AOL. Ces majors sont représentées par leur groupe de pression (« lobby »), la Motion Picture Association of America (MPAA) au niveau domestique et par la Motion Picture Association (MPA) au niveau international, cf. www.mpa.org

niveau régional, par exemple les industries cinématographiques de l'Inde ou de la Corée du Sud.

L'influence prédominante des majors ne se manifeste pas seulement en terme de parts de marché, mais également en terme d'investissements effectués dans la production et la commercialisation de films et autres biens et services culturels, qui dépassent largement les moyens à disposition des producteurs et distributeurs d'oeuvres d'origines culturelles tierces. En fait, ces investissements considérables dans le marketing (vedettes, copies et publicité) induisent dans une large mesure les parts de marché. Les majors sont en mesure d'attirer ces investissements essentiellement grâce à leur position dominante et à leurs catalogues de films dont les titres de propriété intellectuelle servent communément de garantie. Ces moyens financiers permettent aux majors d'évincer leurs concurrents des marchés locaux lorsqu'une aide de l'Etat sous forme de subventions ou de quotas fait défaut.

La comparaison entre les parts de marché dans les pays mettant en oeuvre des politiques culturelles conséquentes et les pays s'abstenant d'intervenir démontre l'effet prédateur de la position dominante des majors. Cet effet explique le profond déséquilibre dans les échanges de biens et services culturels entre les pays développés et les pays économiquement défavorisés : L'influence culturelle est unilatérale et seuls les pays du Nord dotés de ressources publiques suffisantes sont à même d'offrir des films d'origine culturelle locale ou, dans une moindre mesure, d'origine culturelle tierce au public comme complément ou alternative à l'offre des majors.⁷

Etablir un équilibre dans les échanges internationaux de biens et services culturels de masse constitue, à notre avis, l'enjeu principal du postulat de la diversité culturelle. Nous défendons la thèse selon laquelle le déséquilibre actuel ne repose pas sur la qualité des oeuvres ou de leur potentiel à attirer le public, mais sur un contrôle exercé par des entreprises dominant le marché qui imposent au public certains contenus et certaines formes culturels en discriminant les contenus d'autres origines culturelles, en particulier des régions économiquement défavorisés.

III Spécificités culturelle et économique de l'industrie cinématographique

A. La gestion du risque économique liée aux biens et services culturels

La principale caractéristique commune aux industries culturelles réside dans les risques économiques considérables liés à la création, la production et la commercialisation de biens et services culturels.⁸ Du point de vue entrepreneurial, le cinéma, le livre et la musique sont assimilables à un jeu de hasard, car chaque oeuvre présente un caractère de prototype dès lors qu'elle est originale et unique, cela pour le moins avant d'être reproduite et disséminée pour les besoins de l'exploitation commerciale.

⁷ Ce déséquilibre se reflète dans les parts de marché, cf. les données statistiques de l'Observatoire Européen de l'Audiovisuel, Focus 2003 (sur : www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2003.pdf.en) dont un extrait se trouve à l'annexe 2.

⁸ Lire Harold L. Vogel, *Entertainment Industry Economics, A Guide for Financial Analysis*, Cambridge 2004, p. 41 ss.

Il existe diverses pratiques pour atténuer les risques économiques qui sont spécifiques aux industries culturelles, en premier lieu le recours à l'uniformisation des contenus et des formes afin de « fidéliser » le public, à un marketing agressif et à la pratique comptable du « calcul mixte » (« Mischrechnung »), du « subventionnement croisé » ou du « subventionnement transversal » (« Quersubventionierung »), soit

- l'homogénéisation des contenus et des formes afin de réduire le caractère de prototype des biens et services culturels en amont et de « fidéliser » le public en aval ;
- l'utilisation de moyens massifs de commercialisation (marketing et distribution) afin de créer une visibilité et une demande pour les biens et services culturels qui mise sur une dynamique de masse (stratégie des « blockbusters », « bestsellers » et « hits ») ;
- des pratiques contractuelles et comptables permettant de compenser les nombreuses pertes par les rares profits substantiels au moyen d'un financement « transversal » ou « croisé » en amont.

Il sied de relever que les effets de ces trois pratiques peuvent être renforcés au moyen d'ententes et de concentrations d'entreprises.

B. La pratique du financement « transversal » ou « croisé »

La pratique comptable du « calcul mixte » nous paraît être particulièrement intéressante du point de vue structurel pour assurer une viabilité économique durable dans la mise en oeuvre de la diversité culturelle. En effet, elle permet d'atténuer, voir d'éviter le recours à l'uniformisation des biens et services culturels, cela au moyen du financement transversal ou croisé d'oeuvres artistiquement plus ambitieuses (« films difficiles ») par le succès commercial d'oeuvres qui touchent le goût du jour (« films à grand public »).

Cette pratique est au centre de la jurisprudence européenne et suisse de droit de la concurrence portant sur la fixation du prix de publications telles que les livres et les notes de musique. Dans le domaine du livre, elle se manifeste par des systèmes de fixation des prix qui reposent sur une tradition centenaire, par exemple le « Sammelrevers » dans les territoires germanophones.

Plus il y a de diversité dans l'offre de biens et de services culturels, plus les choix des facteurs de consommation sont aléatoires et imprévisibles. Cette diversité rend les investissements dans la création de biens et services culturels d'autant plus risqués sous l'angle économique. Les facteurs de commercialisation peuvent jouer un rôle primordial pour atténuer ces risques en servant de tampon entre l'offre et la demande. Dans ce sens, le calcul mixte sert à compenser les pertes nombreuses avec les gains rares, mais importants, et à assurer ainsi une répartition des risques, sans devoir recourir à la pratique de l'uniformisation des biens et services culturels. Dans l'idéal, cette façon d'atténuer le risque d'entreprise permet à la liberté d'expression des facteurs de création et à la liberté d'opinion des facteurs de consommation de s'épanouir de manière durable. Ainsi, cette gestion du risque économique inhérent aux biens et services culturels permet d'assurer une viabilité économique aux facteurs de création dans l'intérêt des facteurs de consommation.

Au niveau local, cette fonction est assumée en premier lieu par les radiodiffuseurs, soit les chaînes de télévision pour le secteur audiovisuel, notamment dans le cadre de la fourniture d'un service public qui peut englober l'obligation légale imposée à ces entreprises de coproduire et de diffuser des films locaux, ce qui coûte en règle générale sensiblement plus cher que l'achat d'oeuvres déjà rentabilisées sur les marchés étrangers. Ces dépenses plus élevées sont généralement atténuées en partie par des subventions et en partie par un calcul mixte permettant un financement croisé en faveur de la production d'oeuvres locales.

Au niveau du marché mondial, les majors pratiquent une gestion du risque économique similaire. La dynamique de concurrence interne propre à cet oligopole suscite toutefois une inflation des coûts de commercialisation (distribution et marketing) tendant à échapper au contrôle des membres de cet oligopole. Ce développement nuit gravement à la diversité culturelle, car, en l'état actuel de la situation, seuls des films d'une origine culturelle largement homogène profitent du financement croisé pratiqué par les majors. En fin de compte, cette situation conditionne de plus en plus le public à la consommation de biens et services culturellement uniformes.

C. Déconcentration et décentralisation

La doctrine dominante affirme un lien de causalité entre le degré de concentration des industries culturelles et l'uniformisation des formes et contenus des biens et services culturels produits et distribués par ces industries. Selon notre thèse, par contre, la concentration permet de procéder à une gestion du risque entrepreneurial en compensant les nombreux films à pertes (« flops ») par les rares films à grand succès (« blockbusters ») au moyen d'un financement croisé. Les majors pratiquent celui-ci de manière systématique. Dans cette optique, ce n'est pas la « déconcentration », mais une « décentralisation » des majors qui serait susceptible d'accroître la diversité culturelle dans le domaine cinématographique : Réduire la concentration risque de réduire les possibilités de gérer le risque de jeu de hasard inhérent aux industries culturelles par le subventionnement transversal ; par contre, décentraliser la prise des décisions qui déterminent les contenus et les formes cinématographiques, soit le « contrôle créatif », des maisons-mère vers les filiales locales des majors, peut contribuer à assurer une plus grande diversité culturelle des films sans mettre en péril la viabilité économique des entreprises concernées, voir à assurer une meilleure rentabilité des investissements. Selon cette dernière approche, qui est inspirée par le principe de subsidiarité qui régit notamment les compétences des instances étatiques en droit communautaire, il reviendrait aux entités locales d'une multinationale de déterminer les contenus et les formes cinématographiques à produire tandis que la maison-mère procéderait à la gestion du risque entrepreneurial de manière centralisée, notamment en assumant une commercialisation coordonnée des films.

De lege lata, le contrôle des concentrations et la déconcentration en cas d'abus de position dominante forment la panoplie du droit de la concurrence de nombreux pays. Afin de contribuer à la réalisation du postulat de la diversité culturelle, les législateurs nationaux pourraient imposer la décentralisation lorsque la déconcentration va à l'encontre de la spécificité économique des industries culturelles.

Dans le contexte du contrôle des fusions et acquisitions et des procédures portant sur des abus de position dominantes dans le domaine des industries culturelles, nous préconiserons d'établir un « bilan culturel » des transactions et autres comportements en question. Dans ce but et afin d'assurer une plus grande sécurité et prévisibilité des règles de droit de la

concurrence, nous recommanderons de définir le marché des produits et services pour les besoins du droit de la concurrence dans le domaine des industries culturelles en fonction des facteurs de commercialisation (distribution et marketing). En outre, nous proposerons la même démarche pour définir les biens et services « similaires » (« like products and services ») pour les besoins du droit du commerce international. Dans ce sens et vu la rigidité des prix (billet de cinéma), ce sont en premier lieu les investissements en copies et publicité qui déterminent si un film est substituable à un autre et donc en relation de concurrence ou non de la perspective des exploitants de salles de cinéma (marché initial 2) et, par-là, des spectateurs (marché initial 3). Cela signifierait concrètement, par exemple, que le film « Spider-Man » de Sam Raimi⁹ serait substituable à tous les films, qui ont été produits et distribués simultanément par les majors ou des tiers, sur la base d'investissements en copies et publicité équivalents sur un marché géographique donné. *A contrario*, cela implique que tous les films n'ayant pas joui d'investissements comparables pour leur commercialisation ne sont pas, *a priori*, substituables à « Spider-Man ».

Ainsi, à la lumière des dispositions du nouveau règlement CE sur les concentrations portant sur les oligopoles, nous préconisons de prendre les facteurs de commercialisation et, en particulier, les investissements en marketing (vedettes et publicité) comme point de départ de l'analyse de la situation des marchés de l'industrie culturelle (cinéma, livre et musique) sous l'angle du droit de la concurrence. Dans cet ordre d'idées, il s'agirait de définir le marché des produits et services en cause en relation avec le marché géographique en fonction des investissements en copies et publicité et en combinaison avec l'origine culturelle des biens et services en question.¹⁰ Dans le domaine cinématographique, l'oligopole des majors est en mesure de conditionner sensiblement le comportement des fournisseurs (créateurs et producteurs de films indépendants) et celui des consommateurs intermédiaires (exploitants de salles de cinéma, opérateurs de télévision et d'entreprises de location et de ventes de vidéo) et finaux (spectateurs dans l'ensemble de la cascade d'exploitation) au moyen des investissements en marketing liés aux oeuvres que cet oligopole distribue sur le marché. En d'autres termes, au lieu d'utiliser un critère censé cerner le caractère substituable des biens et services sur la base des critères classiques, à savoir la caractéristique des produits, le prix et l'usage envisagé, nous préconiserons de définir cette substituabilité – de manière plus objective et prévisible – par rapport à la publicité investie par les facteurs de commercialisation pour déterminer le choix des facteurs de consommation sur le marché. Ce changement de paradigme serait susceptible d'être mis en oeuvre également dans les autres domaines des industries culturelles, en premier lieu le livre et la musique.

IV Un libre-échange équilibré au service de la diversité culturelle

La diversité culturelle est tributaire du commerce international de biens et services culturels. En effet, sans libre circulation de biens et services culturels, le public n'aurait pas la possibilité d'accéder à des films, livres et musiques d'origines culturelles variées.

Le libre échange ne doit pas induire le retrait de l'Etat lorsque la concurrence entre les opérateurs privés est biaisée par des abus de position dominante et des concentrations nuisibles à la diversité culturelle. Dans ce sens, nous estimons que la protection de la propriété intellectuelle par l'Etat exigerait de la part des industries culturelles, qui sont tributaires de cette protection, de contribuer à la réalisation des politiques publiques visant à protéger et à

⁹ Cf. Internet Movie Database : <http://www.imdb.com/title/tt0145487/>

¹⁰ Pour une liste d'autres facteurs influençant les positions concurrentielles des opérateurs dans le domaine des médias, cf. John Temple Lang, *Media, Multimedia and European Community Antitrust Law*, 1997, p. 27.

promouvoir la diversité culturelle. Ainsi, dans cet ouvrage, nous ne nous bornerons pas à analyser les règles du commerce international, qui sont pertinentes pour évaluer la flexibilité laissée aux Etats afin réaliser leurs politiques culturelles au moyen de subvention et de quotas, soit en premier lieu une analyse sous l'angle du GATT et du GATS. Nous mettrons également l'accent sur le rôle de la propriété intellectuelle, soit sur l'accord TRIPS, et sur les opportunités offertes par le droit de la concurrence à l'échelle nationale et internationale.

Nous estimons que ces approches innovantes peuvent contribuer à résoudre de manière constructive l'antinomie communément admise entre diversité culturelle et libre-échange. C'est dans cet esprit que nous chercherons dans cet ouvrage à explorer des voies juridiques susceptibles de mettre le libre-échange au service de la diversité culturelle.