

B. LOI SUR LES GRANDES SURFACES

1. INTRODUCTION

5.219 Les Etats-Unis affirment que le deuxième élément des contre-mesures du gouvernement japonais en matière de libéralisation a été constitué par la promulgation, l'introduction et l'application de mesures limitant l'entrée et l'activité des grandes surfaces de vente au détail. Ces restrictions de la présence et des activités des grandes surfaces de vente au détail étaient nécessaires pour appuyer la politique de systématisation du Japon, limiter l'accès des produits importés au marché et restreindre la concurrence dans le secteur de la distribution. Cette politique a été résolument appuyée par les fabricants, les distributeurs et les détaillants de pellicules et papiers photographiques, essentiellement parce qu'ils reconnaissaient que les grandes surfaces ont davantage tendance que les petits magasins à vendre des produits d'importation, à pratiquer des prix plus compétitifs et à acheter directement aux fabricants, avec lesquels ils avaient un pouvoir de négociation plus grand.

5.220 Pour les Etats-Unis, la principale mesure utilisée par le gouvernement japonais pour restreindre les grandes surfaces est la Loi concernant l'ajustement des activités de commerce de détail par les grandes surfaces de vente au détail (Loi sur les grandes surfaces), qui est entrée en vigueur le 1er mars 1974.²⁴¹ La loi régit l'ouverture ou l'agrandissement des magasins de détail avec une superficie totale consacrée à la vente au détail supérieure à 500 mètres carrés. Selon les Etats-Unis, la loi prévoit un processus compliqué de notification et d'explication aux termes duquel les constructeurs et les exploitants des grandes surfaces de vente au détail projetées doivent notifier au gouvernement leurs projets de construction ou d'agrandissement concernant des grandes surfaces de vente au détail et expliquer ces projets aux détaillants locaux dans le voisinage du nouveau magasin, en vue d'obtenir leur accord. Si le gouvernement détermine que le magasin projeté risque de porter préjudice aux petits et moyens détaillants du voisinage, il peut exiger que la superficie du magasin projeté soit réduite, que le moment de son ouverture soit retardé ou que ses jours et ses heures d'ouverture soient restreints.

5.221 Les Etats-Unis estiment que les procédures formelles établies par la Loi sur les grandes surfaces et la mise en oeuvre de la loi par le gouvernement ont conduit à un processus informel aux termes duquel les grandes surfaces sont souvent forcées de négocier des ajustements informels avec les petits et moyens détaillants locaux, afin d'éviter que ceux-ci fassent opposition au projet de magasin dans le cadre de la procédure formelle. En outre, plusieurs administrations locales ont appliqué des mesures restreignant l'entrée des grandes surfaces de vente au détail dans leur district.

5.222 Ensemble, les ajustements résultant de ces mesures restreignent les recettes des exploitants des magasins où ils obtiendront leur retour sur investissement et peuvent même décourager ou bloquer tout simplement l'ouverture ou l'agrandissement de magasins de vente au détail. Le développement au Japon des grandes surfaces, c'est-à-dire du seul autre circuit de distribution viable pour les pellicules et papiers d'importation, est limité de ce fait.

5.223 Pour les Etats-Unis, les révisions apportées à la loi entre 1973 et 1990 ont servi dans la plupart des cas à renforcer la réglementation par la loi des grandes surfaces. Même si depuis 1990 le Japon a modifié certaines des prescriptions de la loi sous la pression des gouvernements étrangers, la

²⁴¹Large Stores Law, Law No. 109 of 1973, pièce n° 74-4 des Etats-Unis et n° C-1 du Japon.

loi continue à limiter efficacement les grandes surfaces de vente au détail. Sous les aspects les plus importants la loi aujourd'hui reste plus restrictive que lorsqu'elle a été initialement adoptée.²⁴²

5.224 Selon le Japon, l'allégation des Etats-Unis est fondée sur une théorie qui voudrait que les pellicules et papiers importés soient privés de l'accès aux grossistes primaires et, pour finir, aux petits détaillants; que les grandes surfaces de vente au détail rendent les ventes directement au détail efficaces; et que de par leur linéaire plus important les grandes surfaces aient davantage tendance à présenter des produits importés.

5.225 Pour le Japon, avant de considérer les allégations factuelles des Etats-Unis il convient de prendre note de deux points fondamentaux en relation avec la pertinence des allégations en question au regard de la législation. D'abord, les dispositions de la Loi sur les grandes surfaces n'ont absolument rien à voir avec des produits spécifiques; elles établissent plutôt un processus d'ajustement en rapport avec l'ouverture et l'agrandissement des grandes surfaces de vente au détail. La loi n'arrête pas les produits que les gros détaillants peuvent vendre, de même qu'elle ne prend pas en considération - à une exception près, d'ailleurs favorable aux produits d'importation - les produits qu'un détaillant vend, et encore moins l'origine des produits, pour déterminer s'il est nécessaire de faire des ajustements et lesquels. Il n'y a absolument aucune relation entre les dispositions de la loi et les décisions des détaillants, qu'il s'agisse de grandes surfaces ou de petits et moyens magasins de voisinage, de vendre des produits d'importation. En conséquence, la Loi sur les grandes surfaces est incapable d'établir des conditions concurrentielles défavorables pour les produits importés. Ensuite, la Loi sur les grandes surfaces a de fait été libéralisée notablement ces dernières années. Par conséquent, et même si la libéralisation de la loi a sans doute été favorable aux produits d'importation, les conditions concurrentielles dans le cadre de la loi sont plus favorables maintenant qu'au moment où des concessions tarifaires concernant les pellicules photographiques ont été faites. Il est donc impossible de conclure que la loi aujourd'hui bouleverse les conditions de la concurrence par rapport à celles qui existaient au moment des concessions tarifaires en question.

5.226 Le Japon estime qu'au-delà de ces questions préliminaires de pertinence, la théorie des Etats-Unis soulève deux obstacles factuels. Premièrement, les Etats-Unis doivent prouver que le fonctionnement actuel de la Loi sur les grandes surfaces restreint de fait gravement le développement des grandes surfaces. Les Etats-Unis n'apportent pas cette preuve. Le Groupe spécial devrait examiner les mesures en vigueur au Japon à la lumière des dispositions pertinentes du GATT, c'est-à-dire examiner seulement la nature et le fonctionnement actuels de la loi par rapport au passé. Pour le Japon, il est tout à fait clairement démontré qu'il n'y a actuellement aucune limitation significative du développement des grandes surfaces.

5.227 Deuxièmement, le Japon fait observer que les Etats-Unis doivent prouver à la fois conceptuellement et empiriquement que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des marques de pellicules étrangères que les petits et moyens magasins. Selon le Japon, les Etats-Unis n'apportent pas non plus cette preuve. Les détaillants, grands ou petits, choisissent les marques qu'ils vendent de manière à maximiser leur profit. Pour le Japon, il n'y a pas de raison de croire que la taille des magasins modifie en quoi que ce soit la rentabilité d'un produit donné. En conséquence, les Etats-Unis n'apportent pas la preuve que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des marques de pellicules étrangères que les petits et moyens magasins. Les données empiriques confirment aussi qu'il n'y a en réalité aucune corrélation entre la taille d'un magasin et sa propension à vendre des marques de pellicules étrangères.

²⁴²Les Etats-Unis soutiennent que lorsque la Loi sur les grandes surfaces a été promulguée à l'origine, elle ne visait que les magasins d'une superficie de plus de 1 500 mètres carrés. Aujourd'hui, toutefois, cette loi vise tous les magasins de vente au détail d'une superficie de plus de 500 mètres carrés.

5.228 Le Japon note que les Etats-Unis soutiennent encore que la Loi sur les grandes surfaces est utilisée pour protéger de la concurrence des grandes surfaces de vente au détail les petits détaillants affiliés aux prétendus réseaux de distribution exclusive des fabricants nationaux. La loi ne prend aucunement en compte les prétendus réseaux de distribution exclusive, les marques vendues par les petits détaillants ou les relations commerciales entre les détaillants et un fabricant. Si la Loi sur les grandes surfaces avait été adoptée pour protéger l'affiliation entre les petits détaillants et les fabricants, elle aurait été conçue de manière à contrer les chaînes de magasins de proximité, qui ne font pas partie du prétendu réseau de distribution exclusive des fabricants nationaux et qui font concurrence aux petits détaillants qui peuvent avoir une affiliation particulière avec les fabricants nationaux.

5.229 Enfin, le Japon observe qu'il est à noter d'emblée que les allégations des Etats-Unis concernant la Loi sur les grandes surfaces ne s'appliquent qu'aux pellicules. Les papiers photographiques ne sont pas des produits destinés aux consommateurs et ne sont pas vendus au détail, que ce soit dans des grandes surfaces ou dans des petits magasins. En conséquence, le Groupe spécial doit examiner cette loi exclusivement du point de vue de son prétendu effet sur les importations de pellicules.

5.230 Les Etats-Unis répondent que la limitation de la présence et de l'activité des grandes surfaces de vente au détail a été un objectif important de la politique générale du Japon pour maintenir une structure de distribution exclusive fondée sur le contrôle des grossistes primaires par les fabricants nationaux de pellicules et restreindre un autre circuit important pour les produits. En réponse à l'affirmation du Japon selon laquelle il n'y a pas de lien entre la Loi sur les grandes surfaces et la décision des détaillants de vendre des produits importés, les Etats-Unis font valoir qu'il ressort de nombreuses études du gouvernement japonais que les grandes surfaces ont davantage tendance que les petits magasins à vendre des produits d'importation. Une analyse de l'enquête effectuée sur le sujet au Japon a d'ailleurs montré que les grandes surfaces avaient davantage tendance à vendre des pellicules importées que les petits magasins. Les Etats-Unis font valoir encore qu'en dépit des modifications récentes de la loi, les études faites pour le gouvernement japonais par la JFTC et l'Agence de coordination de la gestion démontrent que le fonctionnement actuel de la Loi sur les grandes surfaces continue à restreindre gravement le développement des grandes surfaces.

5.231 En ce qui concerne l'application de la Loi sur les grandes surfaces aux papiers photographiques, les Etats-Unis font référence aux marchés négociés entre des grands magasins de matériel photo et des détaillants locaux conformément à la Loi sur les grandes surfaces, où figurent des engagements disposant, entre autres, ceci: "nous n'installerons pas de machines de minilaboratoires" et "dans un esprit de coexistence et de prospérité commune avec les magasins locaux, nous alignerons nos prix pour le développement, le tirage couleur, etc. sur les prix locaux".²⁴³ La limitation de la concurrence en matière de prix pour le développement et le tirage couleur et l'utilisation de minilaboratoires dans les points de vente au détail affecte directement les ventes de papiers et de produits chimiques photographiques.

2. GRANDES SURFACES ET IMPORTATIONS

a) Attitude favorable des grandes surfaces à l'égard des importations

²⁴³ Agreement and Memorandum between Tokyo Zenren, Branch Office No. 9 and Yodobashi Camera K.K., 31 janvier 1990, pièce n° 90-3 des Etats-Unis.

5.232 Les Etats-Unis font référence aux rapports du gouvernement japonais qui reconnaissaient que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des produits d'importation que les petits magasins. Dans une étude de 1989, l'Agence de la planification économique constatait que "ce sont les grandes surfaces de vente au détail qui vendent des produits d'importation dans une proportion importante"²⁴⁴ et pour promouvoir la concurrence à l'importation elle préconisait l'assouplissement des réglementations affectant les grandes surfaces.²⁴⁵ L'Agence des petites et moyennes entreprises du MITI a également établi qu'il y avait une corrélation claire entre la taille des magasins et les produits d'importation dans une enquête qu'elle a effectuée en décembre 1995 sur 4 600 magasins: "Examinée en fonction des ventes annuelles, la proportion des magasins "vendant [des produits importés]" croît au fur et à mesure que les ventes augmentent".²⁴⁶ En outre, les Etats-Unis font référence à une enquête démontrant que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des pellicules étrangères. Selon cette enquête, des pellicules étrangères sont disponibles dans 40 pour cent des magasins de moins de 500 mètres carrés, dans 49 pour cent des magasins de 500 à 2 999 mètres carrés et dans 63 pour cent des magasins de 3 000 mètres carrés et plus.

5.233 Selon les Etats-Unis, l'une des raisons pour lesquelles les grandes surfaces vendent davantage de produits d'importation est que leur linéaire plus important leur permet de vendre des marques plus diverses et que cette diversité de produits accroît les opportunités pour les importations. L'étude de l'Agence de la planification économique concluait que l'augmentation du linéaire impliquait des opportunités accrues pour les importations.²⁴⁷ De même, dans une étude de juin 1995 le Conseil de la recherche sur la réglementation gouvernementale et la politique de la concurrence de la JFTC notait que les restrictions visant les grandes surfaces limitaient la diversité des produits.²⁴⁸

5.234 Le Japon répond toutefois que les détaillants, grands ou petits, choisissent les marques qu'ils vendent pour maximiser leur profit; il n'y a pas de raison de croire que la taille des magasins modifie en quoi que ce soit la rentabilité d'un produit donné. Les Etats-Unis n'apportent pas, en conséquence, la preuve que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des marques de pellicules étrangères que les petits et moyens magasins.

5.235 Selon le Japon, les autres assertions générales selon lesquelles "les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des produits d'importation" ne sont pas particulièrement pertinentes en l'espèce, puisque le Groupe spécial n'examine pas la Loi sur les grandes surfaces en général. La seule

²⁴⁴ Research Related to Imports and Prices, Economic Planning Agency, 1989, page 5, pièce n° 89-1 des Etats-Unis.

²⁴⁵ Ibid., page 10.

²⁴⁶ Small and Medium-Sized Retailer Data Book, Small and Medium Enterprise Agency, Ministry of International Trade and Industry, 1er décembre 1995, page 9, pièce n° 95-19 des Etats-Unis. Les Etats-Unis se réfèrent aussi à une étude effectuée à la demande de l'Agence de la planification économique en 1994, Present Condition and Clarification of Price Destruction, Price Destruction Problem Research Council, août 1994, page 7, pièce n° 94-12 des Etats-Unis. Voir aussi: Economic Planning Agency, Planning Bureau, Research Related to Imports and Prices, 1989, pièce n° 89-1 des Etats-Unis; JFTC Government Regulation and Competition Policy Research Council, Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, juin 1995, pièce n° 95-11 des Etats-Unis; JFTC, Research on Domestic and Import Products Sold at Low Price, juin 1995, pages 29-30, pièce n° 95-10 des Etats-Unis.

²⁴⁷ Research Related to Imports and Prices, Economic Planning Agency, 1989, page 11, pièce n° 89-1 des Etats-Unis.

²⁴⁸ Voir Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, page 7, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.

question pertinente du point de vue du Groupe spécial est l'effet qu'a la loi sur un produit spécifique: les pellicules photographiques destinées aux consommateurs.

5.236 Le Japon soutient aussi que si l'on considère les incitations offertes aux détaillants individuels, il devient clair que l'espace global consacré à la vente au détail n'a pas d'effet sur la décision de vendre de multiples marques de pellicules. Le Japon souligne que les pellicules sont un produit tout simplement trop petit pour que l'espace soit une considération importante dans la décision du détaillant.

5.237 Même dans les magasins qui vendent des volumes importants de pellicules, l'espace utilisé pour la vente des pellicules est relativement limité: souvent un mètre carré seulement, rarement plus de trois mètres carrés. Avec un espace consacré à la vente au détail réservé aux pellicules variant de 0,04 à 9,92 mètres carrés et représentant 1,44 mètre carré seulement en moyenne, selon une enquête²⁴⁹, la fourchette de variation possible est beaucoup trop restreinte pour que la superficie totale du magasin soit une contrainte significative influant les décisions d'achat.

5.238 Le Japon soutient donc que les différentes études citées par les Etats-Unis soulignant l'"attitude favorable à l'égard des importations" des grandes surfaces en général, qui étaient toutes des études macro-économiques des tendances des importations pour différents segments du commerce de détail, ne prennent pas en compte les réalités économiques propres aux pellicules. De plus, aucune de ces études ne tente en quoi que ce soit de fournir des données statistiques pour appuyer la thèse selon laquelle les grandes surfaces ont en général davantage tendance à vendre des produits d'importation que les petits magasins. Pour le Japon, le Groupe spécial se doit de concentrer son attention sur les produits spécifiques visés dans la procédure et il n'a pas besoin de régler ou même de traiter la question macro-économique qui consiste à savoir si les grandes surfaces achètent davantage de produits d'importation en général.

5.239 Les Etats-Unis répondent que le Japon ne réfute pas, car il en est incapable, les éléments de nombreux rapports du gouvernement japonais qui prouvent que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des produits d'importation. Selon eux, à la place, le Japon tente de faire valoir que les pellicules sont différentes en quelque sorte de tous les nombreux produits pris en compte dans ses enquêtes passées qui établissaient cette corrélation entre la taille du magasin et les importations.

²⁴⁹Le MITI a enquêté sur les dix grands magasins et les dix magasins à succursales représentant le plus gros volume de vente au Japon. Cette enquête indique que même les grandes surfaces consacrent généralement aux pellicules une superficie pour la vente au détail identique à celle des petits magasins (pièce n° C-19 du Japon). Une autre enquête par téléphone effectuée par le MITI, qui couvrait 60 grandes surfaces, a montré qu'en moyenne 1,44 mètre carré seulement de superficie pour la vente au détail était consacré aux pellicules (pièce n° C-20 du Japon).

5.240 Les Etats-Unis soutiennent aussi que le fait que les pellicules soient un petit produit est sans influence sur la corrélation entre la taille du magasin et les importations. Les magasins de vente au détail sont remplis de nombreux types différents de petits produits et si un seul rouleau de pellicules n'occupe sans doute pas beaucoup de place, pour vendre des pellicules de différents types et sensibilités provenant de plusieurs fabricants, il faut un espace consacré à la vente au détail considérable.²⁵⁰ Ce n'est pas la taille du produit qui importe, mais c'est l'importance de l'espace requis pour présenter le produit sous toutes ses formes et sous des marques concurrentes qui est en cause. Les Etats-Unis se réfèrent, à titre d'exemple, au principal détaillant japonais en matériel photo pour montrer que la révision à la baisse de la superficie prévue pour un nouveau magasin a affecté la capacité du détaillant de commercialiser des pellicules étrangères comme il l'avait projeté.²⁵¹

5.241 Le Japon répond que les détaillants ne présentent pas nécessairement la gamme complète d'une marque. Ils peuvent vendre une partie de la gamme de plusieurs marques différentes en fonction de leurs propres décisions commerciales concernant les produits et les marques qui leur assurent un profit maximum. Il se peut ainsi que même des petits magasins de proximité vendent des marques multiples, tandis que les grandes surfaces ne disposent pas forcément d'un espace important réservé aux pellicules.

5.242 Le Japon fait valoir également que même si les Etats-Unis présentent une lettre du Président de Yodobashi Camera pour étayer leur allégation, dans cette lettre le Président note que la réduction du linéaire pour les pellicules importées est justifiée en fait par les ventes médiocres de ces pellicules et non par leur origine étrangère; de plus, à l'heure actuelle Yodobashi Camera vend de fait des pellicules importées.

²⁵⁰Les Etats-Unis soutiennent qu'un assortiment complet de pellicules Kodak comprendrait au minimum des pellicules couleur 100, 200, 400 et 1 000 ASA, en rouleaux de 12, 24 et 36 vues, pour diapositives et pour tirages papier, ainsi que des pellicules noir et blanc et des "multipacks" contenant des rouleaux de différentes sensibilités, et des appareils photo jetables. Pour les films couleur seulement, Kodak propose les produits suivants: Super Gold en 100, 200, 400 et 1 600 - en rouleaux uniques (12, 24, 35 et 36 vues) et en emballages de 2, 3 ou 5 rouleaux; Royal Gold en 25, 100 et 400 - en rouleaux uniques (24 et 36 vues) et en emballages de 2, 3 ou 5 rouleaux; Ectochrome Dyna en 50, 100, 200 et 400 - en rouleaux uniques (24 et 36 vues) et en emballages de 5 et 20 rouleaux; Chrome en 25, 64 et 200 - en rouleaux uniques (24 et 36 vues) et en emballages de 3 et 10 rouleaux; appareils photo jetables en 5 modèles différents y compris une nouvelle version pour la photographie aérienne et l'observation.

²⁵¹Letter from Akikazu Fujizawa, President, Yodobashi Camera K.K. to Director General Tohoku Region Trade and Industry Bureau, MITI, Members of the Tohoku Committee and Large Retail Store Deliberation Council, Report from Yodobashi Camera to MITI concerning the opening of their new Retail Store in Sendai, 6 décembre 1996, pièce n° 102 des Etats-Unis.

5.243 Les Etats-Unis font valoir encore que les propres données du Japon confirment l'idée d'une relation entre la taille du magasin et sa propension à vendre des produits d'importation. En réponse à une question des Etats-Unis à la première réunion du Groupe spécial, le Japon a fourni aux Etats-Unis et au Groupe spécial des données brutes provenant de son enquête qui, selon les assertions du Japon, font ressortir une corrélation entre le volume des ventes et la disponibilité des produits importés. Chacun des magasins pris en compte dans l'enquête japonaise était classé, selon la Loi sur les grandes surfaces, dans la catégorie I ou la catégorie II ou dans la catégorie des magasins d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés. Les Etats-Unis ont procédé, sur la base des données de l'enquête, à deux analyses que le Japon n'a pas faites. La première analyse portait sur la relation entre la taille du magasin et la disponibilité des pellicules étrangères²⁵²; la seconde portait sur la relation entre la taille du magasin et le volume des ventes de pellicules.²⁵³ Les résultats de la première analyse confirmaient l'assertion des Etats-Unis selon laquelle les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des pellicules étrangères que les petits magasins.²⁵⁴ S'agissant de la seconde analyse, les données montraient une corrélation entre la taille du magasin et le volume des ventes de pellicules. L'argument du Japon selon lequel les magasins ayant un volume plus important ont davantage tendance à vendre des produits d'importation étaye donc l'argument des Etats-Unis selon lequel les magasins de taille plus importante ont davantage tendance à vendre des produits d'importation.

b) Grandes surfaces et ventes directes par les fabricants

5.244 Les Etats-Unis soutiennent que le gouvernement japonais a également établi que les grandes surfaces de vente au détail ont davantage tendance que les petits magasins à traiter directement avec les fabricants et que l'élimination du grossiste abaisse les prix pour les consommateurs. Les Etats-Unis se réfèrent à une étude d'avril 1995 de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, qui notait cette plus grande propension des magasins de chaîne et des discounteurs à traiter directement avec les fabricants pour les transactions portant sur des volumes importants.²⁵⁵ Les Etats-Unis citent aussi le rapport de 1989 de l'Agence de la planification économique, qui concluait que le circuit traditionnel du grossiste au petit détaillant restreignait les importations et maintenait les prix à un niveau élevé.²⁵⁶ En outre, il ressortait d'un rapport de décembre 1995 de l'Agence des petites et moyennes entreprises que plus la surface était grande, plus elle avait tendance à se procurer ses produits d'importation directement auprès des fournisseurs à l'étranger, plutôt que de passer par les circuits de commerce de gros ordinaires.²⁵⁷

²⁵²Second Panel Meeting, US Opening Statement, pièce n° 8.

²⁵³Second Panel Meeting, US Opening Statement, pièce n° 9.

²⁵⁴Selon les Etats-Unis, les résultats de l'enquête présentée par les Etats-Unis et ceux de l'enquête du Japon sont presque identiques (US First US Submission, Figure 12, and Second Panel Meeting, US Opening Statement, pièce n° 8).

²⁵⁵Research on Domestic and Import Products Sold at Low Prices, JFTC, juin 1995, page 1, pièce n° 95-10 des Etats-Unis.

²⁵⁶Research Related to Imports and Prices, Economic Planning Agency, 1989, pièce n° 89-1 des Etats-Unis.

²⁵⁷Small & Medium-Sized Retailer Data Book, Small and Medium Enterprise Agency, Ministry of International Trade and Industry, 1er décembre 1995, page 10, pièce n° 95-19 des Etats-Unis.

5.245 Les Etats-Unis notent encore que la restriction de la présence et de l'activité des grandes surfaces de vente au détail a été un objectif important de la politique générale du Japon visant à maintenir une structure de distribution exclusive fondée sur le contrôle des grossistes primaires par les fabricants de pellicules nationaux et à limiter un autre circuit important pour les produits d'importation. Les Etats-Unis rappellent que dans l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente effectuée à la demande du MITI, il est noté que le secteur des pellicules "a établi un système de distribution dirigé par des fabricants oligopolistiques", et deux menaces pour ce système sont mentionnées: "En ce qui concerne les problèmes futurs, nous pouvons mentionner premièrement le développement de circuits de détail (en particulier chaînes ordinaires et supermarchés) autres que le circuit de détail pour le matériel photo et les modifications des conditions générales de vente dues à ce leadership et deuxièmement les effets de la pleine participation entière d'Eastman Kodak ... Si cette part [la part des ventes de pellicules par les supermarchés] augmente, l'influence sur les fabricants croîtra et le système de marché contrôlé par les fabricants sera ébranlé. Cela doit être surveillé attentivement et le secteur lui-même doit développer des activités concurrentielles."²⁵⁸ Les Etats-Unis notent en outre que selon l'enquête de 1969, même si la "Fédération japonaise des négociants de matériel photo, dite Zenren", association professionnelle rassemblant essentiellement des petits détaillants en matériel photo, "a fait pression sur les autres pour maintenir sa position", la croissance de "magasins de marchandises diverses - par exemple un supermarché de chaîne ordinaire" peut poser un problème sérieux "en tant que circuit de distribution nouveau".²⁵⁹

5.246 Pour le Japon, l'argument des Etats-Unis présuppose que la relation entre les détaillants et leurs fournisseurs (grossistes ou fabricants) diffère en fonction de l'espace consacré à la vente au détail du détaillant. Cette supposition ne reflète pas, toutefois, la réalité du marché au Japon. Pour maximiser les profits, tous les détaillants, grands ou petits, se procurent les produits qu'ils choisissent de vendre soit directement auprès des fabricants soit par l'intermédiaire de grossistes. En ce sens, il n'est pas plus difficile de vendre des pellicules d'importation à des petits et moyens détaillants qu'à des grandes surfaces de vente au détail. D'abord, les petits magasins de vente au détail ne se procurent pas nécessairement les produits par l'intermédiaire de grossistes. Les magasins de proximité, par exemple, se sont beaucoup développés.²⁶⁰ Pour toutes ces chaînes de magasins de proximité, qui ne sont pas couvertes par la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail, les fabricants peuvent traiter directement avec un décideur et atteindre immédiatement des milliers de points de vente. En outre, les pellicules étrangères peuvent facilement trouver sur le marché japonais des grossistes pour atteindre les petits et moyens détaillants. Enfin, rien n'interdit à de nouveaux grossistes de vendre des pellicules d'importation.

c) Grandes surfaces et pellicules d'importation

5.247 Les Etats-Unis affirment que d'après l'expérience des fournisseurs étrangers sur le marché japonais des papiers et pellicules, les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des produits d'importation et à les proposer à un prix plus compétitif que les petits magasins. Une enquête

²⁵⁸Institute of Distribution Research, Fact-Finding Survey Report Pertaining to Transaction Terms: Actual Conditions of Transaction Practices in the Wholesale Industry, mars 1969, pages 62-63, pièce n° 15 des Etats-Unis.

²⁵⁹Ibid.

²⁶⁰Le Japon explique qu'il a plus de 48 400 magasins de proximité et plus de 80 chaînes de magasins de proximité en franchise (Census of Commerce, Store Type: Retailers, 1994, page 8). La principale chaîne de magasins de proximité représente plus de 6 300 points de vente et un chiffre d'affaires annuel de près de 1 500 milliards de yen, soit presque l'équivalent de celui du deuxième magasin de marchandises diverses (Nikkei Ryutsu Shimbun, 16 septembre 1996, page 1, pièce n° C-21 du Japon).

effectuée en 1995 à la demande de Kodak, qui portait sur plus de 2 000 points de vente de pellicules dans 144 villes, a révélé que des pellicules étrangères (Kodak, Agfa et autres) étaient disponibles dans 40 pour cent des petits magasins (d'une superficie de moins de 500 mètres carrés) contre 63 pour cent des grandes surfaces (d'une superficie de plus de 3 000 mètres carrés). Cette relation entre la plus grande disponibilité des produits d'importation et la taille du magasin a été constante dans le temps. Selon les chiffres compilés par une revue du secteur qui fait autorité pour chacune des années où ont été publiés des chiffres (1979, 1980, 1982, 1983 et 1984), c'est dans les grandes surfaces que la part de marché de Kodak en fonction de la taille des magasins a été la plus importante.²⁶¹

5.248 Les Etats-Unis font valoir encore qu'il ressortait de l'enquête de Kodak que les prix des pellicules, tant étrangères que nationales, étaient inférieurs dans les grandes surfaces. Dans les magasins d'une superficie de plus de 500 mètres carrés, le prix des pellicules Kodak était inférieur pour les trois catégories de pellicules considérées dans l'enquête: ASA 100, ASA 400 et multipacks ASA 100. Cette situation caractérisée par des prix inférieurs pour les pellicules d'importation était aussi observée pour les pellicules nationales. Les prix moyens dans les grandes surfaces du rouleau unique Fuji 100 ASA, du rouleau unique Fuji 400 ASA et du multipack Fuji 100 ASA étaient inférieurs aux prix des produits comparables dans les magasins non visés par les mesures en question. L'expérience d'Agfa laisse aussi penser que les grandes surfaces offrent aux produits étrangers un plus large accès au marché. Agfa vend près de la moitié de ses pellicules au Japon à un seul client, Daiei, la plus importante chaîne japonaise de supermarchés.

5.249 Selon le Japon, une enquête de marché fait apparaître non pas le rapport compétitif entre les produits, mais les résultats de la concurrence sur le marché, soit l'effet de l'interaction complexe de différents facteurs où le rapport compétitif n'est qu'un facteur parmi d'autres. Le rapport compétitif ne peut donc pas être déduit des résultats d'une enquête de marché. De plus, le prétendu succès d'Agfa avec Daiei auquel se réfèrent les Etats-Unis tient peut-être à la concentration par Agfa de son effort commercial sur Daiei, sans qu'il y ait de lien logique avec l'espace consacré à la vente au détail important de certains magasins de Daiei. Outre des grandes surfaces, Daiei contrôle également un certain nombre de magasins de taille petite et moyenne.

5.250 Le Japon rétorque de plus qu'il est difficile de savoir exactement comment les résultats montrant une corrélation positive entre la taille du magasin et la tendance à vendre des pellicules étrangères ont été obtenus, car les Etats-Unis n'expliquent jamais comment l'enquête a segmenté les magasins ayant un espace consacré à la vente au détail différent.²⁶² Il apparaît aussi que l'enquête de Kodak n'a contrôlé en aucune manière le volume de pellicules vendu par les points de vente spécifiques pris en compte dans l'enquête ou le type de point de vente. En d'autres termes, la catégorie "de moins de 500 mètres carrés" semble avoir été largement constituée par des kiosques à très petit volume et par d'autres points de vente à faible volume, qui pourraient avoir peu d'intérêt à vendre autre chose qu'une seule marque de pellicules pour maximiser leur profit. Les catégories "de 500 à 3 000 mètres carrés" et "de plus de 3 000 mètres carrés" correspondent à des types très différents de points de vente au détail.²⁶³

²⁶¹Camera Times, 15 mai 1979, page 49, pièce n° 79-5 des Etats-Unis; *ibid.*, 29 avril 1980, page 50; 27 avril 1982, page 61, pièce n° 82-4 des Etats-Unis; 3 mai 1983, page 45, et 1er mai 1984, page 45, pièce n° 84-2 des Etats-Unis. Cette série ne semble pas s'être maintenue au-delà de 1984.

²⁶²Pour le Japon, il n'y a rien dans la déclaration de Susan Hester, pièce n° 97-9 des Etats-Unis, qui explique comment les Etats-Unis ont désagrégé les données en fonction de la taille des magasins. En particulier, la déclaration Hester expose seulement comment Kodak a organisé son enquête sur la disponibilité des produits à l'origine. Elle ne fournit aucune explication sur les modalités de désagrégation des données en fonction des types de magasins. Comme le questionnaire présenté dans la déclaration ne prévoit la communication d'aucun renseignement sur la taille des magasins, il se peut que Kodak ait simplement utilisé une hypothèse non spécifiée

5.251 Les Etats-Unis expliquent qu'ils ont classé les magasins par taille après comparaison avec les classifications des magasins de la catégorie I et de la catégorie II conformément à la Loi sur les grandes surfaces publiées dans les deux principaux répertoires.²⁶⁴ Sur la base de ces répertoires, chaque magasin a été classé dans la catégorie I, dans la catégorie II ou dans ni l'une ni l'autre catégorie (moins de 500 mètres carrés). L'enquête a donc porté sur les pellicules disponibles dans les magasins de chacune de ces trois catégories de taille. Les résultats font apparaître une corrélation manifeste entre la taille du magasin et la disponibilité des pellicules étrangères.

5.252 En réponse à l'assertion du gouvernement japonais selon laquelle l'enquête de Kodak ne prenait en compte ni le volume de pellicules vendu par l'intermédiaire de points de vente spécifiques ni le type de point de vente considérés dans l'enquête, les Etats-Unis ont exploité une autre fois les données en question en utilisant le type de magasin comme approximation du volume des ventes. Spécifiquement, les Etats-Unis ont trié les données en supposant: 1) que les kiosques, les petits magasins de proximité, les pharmacies-drogueries et les teintureries avaient tendance à traiter des volumes de pellicules faibles; 2) que les grands magasins de proximité, les magasins de proximité dans les centres touristiques et les épicerie avaient tendance à traiter des volumes de pellicules moyens; et 3) que les magasins de matériel photo, les supermarchés et les discounteurs avaient tendance à traiter les volumes de pellicules les plus importants. Ces données montrent que la corrélation entre la taille du magasin et les importations est valable même en tenant compte du volume des ventes (c'est-à-dire des types de magasins).

5.253 Selon le Japon, ces omissions des Etats-Unis ne sont pas mineures; elles remettent fondamentalement en cause la fiabilité de l'analyse des Etats-Unis. Le volume de pellicules vendu par le point de vente dépend du fait que ce dernier commercialise effectivement des pellicules ou propose des pellicules à la vente simplement à titre de commodité. Plus le point de vente commercialise des pellicules en tant que gamme de produits spécifique, plus le point de vente qui cherche à maximiser son profit pourrait être incité à offrir aux consommateurs le choix maximum et, par conséquent, à vendre des marques multiples. Sur les marchés du monde entier, quand le point de vente au détail propose des pellicules à la vente simplement à titre de commodité, il est peu probable qu'il vende d'autres marques de pellicules que la marque principale. Actuellement aux Etats-Unis cette marque principale est Kodak; au Japon, cette marque principale est Fujifilm.

5.254 Le Japon déclare que le MITI a procédé à sa propre analyse et établi ce qui suit:

Pourcentage de magasins vendant des marques étrangères,
selon la taille du magasin

pour classer les magasins, au lieu d'enquêter effectivement sur les points de vente au détail sur la base de l'espace consacré à la vente au détail.

²⁶³Le Japon note aussi que vu leur ancienneté, certaines données que les Etats-Unis admettent avoir tirées d'articles de presse sont inutiles pour évaluer le fonctionnement actuel de la Loi sur les grandes surfaces. De plus et selon les auteurs de ces articles eux-mêmes, "il est à noter que cette enquête par questionnaire pourrait ne pas refléter les chiffres objectifs globaux en raison du volume des stocks et du nombre d'échantillons au moment de l'enquête" (Camera Times, 3 mai 1983, page 45, pièce n° 83-10 des Etats-Unis).

²⁶⁴Toyo Keizai's 1996 Comprehensive List for the National Large Scale Retail Stores (Zenkoku Ogata Kouriten Soran 1996) et Sangyo Times Comprehensive List of Large Scale Store Plans (Ogaten Keikaku Soran 1996).

<u>Volume des ventes</u>	<u>Moins de 500 m²</u>	<u>Plus de 500 m²</u>
Moins de 300 rouleaux	16,3%	26,1%
De 301 à 1 400 rouleaux	35,0%	29,8%
Plus de 1 400 rouleaux	71,8%	72,6%

5.255 Selon le Japon, ces résultats n'étaient nullement la théorie des Etats-Unis, mais confirment bien ce que dictait le bon sens. Plus le magasin vend de pellicules, plus il a tendance à vendre des marques étrangères. Les magasins avec un volume important, qu'ils relèvent ou non de la Loi sur les grandes surfaces, pourraient avoir une forte tendance à vendre des marques étrangères.²⁶⁵ A l'inverse, les magasins avec un faible volume, qu'ils relèvent ou non de la Loi sur les grandes surfaces, pourraient avoir beaucoup moins tendance à vendre des marques étrangères.

5.256 Le Japon fait valoir également qu'un examen plus attentif du sous-ensemble statistique que représentent les grandes surfaces uniquement - 164 magasins sur l'univers de 1 966 - révèle d'autres aspects intéressants. Logiquement, l'argument des Etats-Unis selon lequel plus un magasin a un espace consacré à la vente au détail important, plus il aura tendance à vendre des marques étrangères n'est pas plausible. La décision d'un magasin de détenir ou non en stock des pellicules d'importation est fondée sur le fait que tel ou tel produit se vendra, et sera profitable pour le magasin ou non, et elle n'a rien à voir avec la Loi sur les grandes surfaces. Il n'est pas crédible de soutenir que dans un petit magasin un détaillant ne pourrait pas trouver quelques mètres carrés (ou moins) de linéaire pour présenter des pellicules d'importation s'il estimait qu'il en allait de son intérêt commercial.

5.257 Le Japon présente une figure mettant en relation l'espace consacré à la vente au détail dans les grandes surfaces considérées dans l'enquête Nippon Research Survey et le volume total des ventes de pellicules. Il apparaît qu'il n'y a aucune corrélation entre le volume total des ventes de pellicules et la superficie. Les grandes surfaces ne vendent pas nécessairement plus de pellicules. La figure met ensuite en relation le pourcentage de marques étrangères disponibles dans chaque grande surface. Là encore, aucun schéma particulier ne peut être discerné tant pour la tendance à vendre des marques étrangères (soit un point de données supérieur à zéro) que pour le succès des marques étrangères (soit une part plus importante des ventes de pellicules au point de vente).

5.258 Au vu de ces faits, il est clair pour le Japon que la Loi sur les grandes surfaces ne désavantage en rien les pellicules photographiques d'importation destinées aux consommateurs.

5.259 Les Etats-Unis rétorquent que la corrélation entre le volume des ventes de pellicules d'un magasin et sa tendance à vendre des pellicules étrangères et la corrélation entre la taille d'un magasin et sa tendance à vendre des pellicules étrangères ne s'excluent pas mutuellement si le volume des ventes d'un magasin est en corrélation avec sa taille. Un magasin de taille importante a aussi davantage tendance à avoir un volume de ventes de pellicules plus élevé et à vendre des pellicules étrangères. Les Etats-Unis soutiennent que l'allégation du Japon selon laquelle son étude débouche sur des résultats différents de ceux de l'étude des Etats-Unis est fallacieuse. Le Japon n'a jamais analysé ses données en établissant une corrélation entre la taille du magasin et la disponibilité des produits d'importation. Quand les Etats-Unis analysent ainsi les données japonaises, il apparaît que

²⁶⁵Dans cet échantillon, les magasins avec un volume de ventes important représentaient 92,8 pour cent du volume total des ventes de pellicules. L'offre de pellicules importées est donc supérieure là où cela compte le plus.

les magasins assujettis à la Loi sur les grandes surfaces ont notablement davantage tendance à vendre des pellicules étrangères que les petits magasins et que les magasins assujettis à la Loi sur les grandes surfaces vendent des volumes de pellicules notablement supérieurs à ceux des magasins non assujettis à la loi. Les Etats-Unis soutiennent donc que les données du Japon faisant apparaître une corrélation entre la disponibilité des produits d'importation et le volume total des ventes étayent aussi directement l'idée d'une corrélation entre la disponibilité des produits d'importation et la taille du magasin.²⁶⁶

5.260 Les Etats-Unis font valoir encore qu'en général les grandes surfaces vendent des volumes plus importants et que le Japon n'a pas présenté de données crédibles démontrant que cette corrélation logique ne s'applique pas dans le cas des pellicules photographiques. Selon eux, le Japon présente à la place, dans la figure mentionnée plus haut, un diagramme inutilisable, avec une échelle inutilisable, fondé sur une méthodologie indéfendable et dont aucune conclusion ne peut être tirée.²⁶⁷

5.261 Les Etats-Unis concluent que le Japon n'a réfuté ni les études générales ni l'étude spécifique sur les pellicules montrant une corrélation manifeste entre la taille du magasin et la tendance à vendre des produits importés.

5.262 Le Japon répond que les deux enquêtes elles-mêmes ne font pas apparaître de différence significative concernant la disponibilité des pellicules importées dans les magasins de matériel photo, les supermarchés et les discounteurs - magasins qui vendent un volume important de pellicules - indépendamment du fait que la superficie du magasin soit supérieure ou inférieure à 500 mètres carrés. Les autres magasins - qui ne sont pas des circuits de distribution importants pour les pellicules - sont pour la plupart des magasins de commodité et des kiosques et la disponibilité des pellicules importées y est moindre. L'assertion des Etats-Unis est donc éloignée de la réalité du marché. Les magasins qui vendent un volume de pellicules important, comme les magasins de matériel photo et les supermarchés, ont tendance à vendre des marques multiples pour satisfaire la demande de leur clientèle, tandis que les autres magasins, comme les kiosques, ont tendance à ne pas procéder ainsi.

3. CONTEXTE ET OBJECTIF DE LA LOI SUR LES GRANDES SURFACES

5.263 Les Etats-Unis font valoir que les grandes surfaces étaient un défi pour la politique du gouvernement japonais consistant à systématiser la distribution selon des circuits exclusifs alignés de façon verticale et dominés par les fabricants japonais. Le pouvoir d'achat des grandes surfaces leur permettrait de traiter avec les grossistes ou d'obtenir directement des fabricants les meilleures conditions de vente et d'opérer hors d'une structure à intégration verticale dominée par les fabricants et il introduirait sur le marché une plus grande concurrence au niveau des prix, contrairement à l'objectif du gouvernement japonais qui consistait à maintenir des prix stables pour maximiser les profits des fabricants nationaux. De plus, la limitation de la concurrence au niveau des prix permettait aux petits détaillants inefficaces, qui étaient les plus faciles à "systématiser" sous le contrôle des

²⁶⁶Second Panel Meeting, US Closing Statement, 3 juin 1997, pièces n° 8 et 9 des Etats-Unis.

²⁶⁷Les Etats-Unis soutiennent que pour établir ce diagramme, le Japon a écarté 1 802 de ses 1 966 réponses et qu'il s'est fondé seulement sur 164 cas représentant les magasins de l'échantillon d'une superficie dépassant 500 mètres carrés. Le Japon ne fait donc aucun effort, selon les Etats-Unis, pour mettre en corrélation le volume des ventes et la taille du magasin pour la grande majorité des magasins considérés dans l'étude dont la superficie est inférieure à 500 mètres carrés. Pour les Etats-Unis, il n'est pas possible d'effectuer une étude valable de la taille des magasins et du volume des ventes en excluant catégoriquement les petits magasins. En outre, pour les 164 magasins pris en compte dans le diagramme, le Japon utilise une échelle tellement grande pour l'axe horizontal que la plupart des points de données se présentent sous la forme d'une tâche noire dans l'angle inférieur gauche du diagramme. Selon les Etats-Unis, aucune conclusion significative ne peut en être tirée.

fabricants nationaux, de survivre. Enfin, le fait que les grandes surfaces pouvaient davantage vendre des produits étrangers et contourner le système de distribution contrôlé par les fabricants nationaux en traitant directement avec les fabricants étrangers allait à l'encontre de l'objectif intrinsèque fondamental de la systématisation de la distribution: soutenir les fabricants japonais. Le Japon cherchait donc à limiter la prolifération des grandes surfaces afin d'aider les fabricants à dominer et contrôler la distribution et aussi de protéger les petits détaillants.

5.264 Le Japon note, toutefois, que la Loi sur les grandes surfaces ne réglemente pas les détaillants en fonction de leur relation avec les fabricants. Si l'objectif de la loi était de restreindre les détaillants disposant d'un pouvoir d'achat suffisant pour traiter directement avec les fabricants, comme l'affirment les Etats-Unis, la loi imposerait des restrictions aux détaillants en fonction du prix total des transactions avec les fabricants ou une autre mesure à cet effet. La loi n'impose pas de telles restrictions puisqu'elle est indifférente aux relations entre les détaillants et les fabricants.

5.265 Les Etats-Unis rétorquent que la crainte de voir les grandes surfaces compromettre le système de distribution dominé par les fabricants ressort clairement d'une enquête de 1969 sur les conditions générales de vente dans le secteur photographique. Selon les Etats-Unis, l'enquête montre que le secteur japonais des pellicules est un oligopole stable composé de deux fabricants nationaux et que le secteur des pellicules photographiques a "établi un système de distribution dirigé par des fabricants oligopolistiques". L'enquête fait référence aussi au "développement de circuits de détail (en particulier chaînes ordinaires et supermarchés) autres que le circuit de détail pour le matériel photo" et aux "effets de la pleine participation d'Eastman Kodak" comme à des problèmes futurs.²⁶⁸ Les Etats-Unis font valoir également que dans plusieurs autres enquêtes, le gouvernement japonais a établi un lien entre le développement des grandes surfaces et la remise en cause du système de distribution à intégration verticale.²⁶⁹

5.266 Le Japon conteste la présentation que font les Etats-Unis du rapport de 1969 en expliquant que le rapport prend simplement note de la nécessité pour les magasins existants de rationaliser les pratiques commerciales afin d'améliorer leur efficacité, même en omettant la question de savoir si le rapport a été légitimé par le gouvernement japonais.

5.267 Les Etats-Unis répondent, par ailleurs, que le Japon omet de mentionner que les magasins de proximité d'une superficie de moins de 500 mètres carrés font souvent l'objet d'un examen et d'un ajustement conformément aux mesures appliquées par les administrations locales. Selon les Etats-Unis, des études du gouvernement japonais ont établi que ces réglementations locales restent courantes et qu'elles restreignent notablement l'ouverture des magasins de moins de 500 mètres carrés. Tout comme la Loi sur les grandes surfaces, les mesures au niveau local obligent fréquemment un constructeur ou un détaillant à notifier au préalable ses projets de construction de nouveau magasin ou d'agrandissement de magasin et à apporter des ajustements avec les concurrents locaux. Les

²⁶⁸Les Etats-Unis indiquent que le Japon a communiqué une version de l'enquête éditée et réimprimée par le MITI en 1971 qui diverge sur plusieurs points importants de l'original. Les citations des Etats-Unis sont tirées de l'original (pièce n° 15 des Etats-Unis). Voir pièce n° B-1 du Japon, page 309.

²⁶⁹Les Etats-Unis font référence aux documents Economic Planning Agency, Economic Theory of Deregulation, 10 juin 1989, pièce n° 64 des Etats-Unis, et Distribution and Business Practices of Imports, Edited by the Price Policy Department, Price Bureau, Economic Planning Agency, 28 mars 1986, pièce n° 54 des Etats-Unis.

Etats-Unis citent l'exemple d'un détaillant qui s'est senti tenu de passer un accord avec l'association de commerçants d'un centre commercial local.²⁷⁰

5.268 Le Japon répond que le MITI a fait des efforts notables ces dernières années pour veiller à ce que les réglementations locales additionnelles ne soient ni excessives ni incompatibles avec la Loi sur les grandes surfaces. A cet égard, l'accord mentionné par les Etats-Unis est une initiative purement privée et il ne reflète pas l'intention du gouvernement; il n'existe pas de prescription gouvernementale obligeant ceux qui ouvrent des magasins - grandes surfaces ou magasins de petite ou moyenne taille - à négocier avec les détaillants locaux, puisque le Japon a fait un effort durable pour déceler et corriger les réglementations locales en question.

5.269 Les Etats-Unis font valoir encore que le gouvernement japonais craignait particulièrement une multiplication notable des effets susmentionnés si des détaillants étrangers importants étaient autorisés à entrer sur le marché japonais. Les détaillants étrangers importants avaient la puissance financière requise pour établir rapidement une présence forte sur le marché japonais dès que le Japon lèverait les restrictions visant l'investissement dans le secteur de la distribution. Vu leur taille importante, ils pourraient traiter avec les fabricants japonais directement et aux conditions les plus compétitives. En outre, leurs relations établies avec les fabricants étrangers leur permettraient d'introduire davantage de produits étrangers sur le marché japonais et d'utiliser cet accès aux produits étrangers comme une marge de manoeuvre importante vis-à-vis des fabricants nationaux.

5.270 Le Japon répond, cependant, que premièrement il n'y a pas de raison de considérer que les magasins de détail à capitaux étrangers ont davantage tendance à vendre des marques importées. Deuxièmement, la Loi sur les grandes surfaces n'est pas discriminatoire pour les détaillants étrangers par rapport aux détaillants nationaux. De fait, de nombreux détaillants étrangers se sont récemment établis au Japon.

5.271 Les Etats-Unis citent deux éminents spécialistes japonais des questions antitrust, un ancien responsable et un responsable en exercice de la JFTC, qui ont noté que la concurrence relativement réduite dans la distribution a empêché la concurrence au niveau des prix entre les fabricants japonais sur le marché national, ce qui a stabilisé les prix.²⁷¹ Ces spécialistes notaient aussi l'effet de protection d'un système de distribution à intégration verticale:

"Les keiretsu de distribution ... peuvent interdire l'accès des produits étrangers au marché japonais. La position dominante d'un fabricant peut dissuader les distributeurs d'abaisser leurs prix. La dépendance d'un distributeur vis-à-vis d'un fabricant donné rendrait les circuits de distribution exclusifs et élèverait de façon significative les obstacles à l'entrée."²⁷²

5.272 Selon les Etats-Unis, le Conseil des structures industrielles du MITI a compris que les grandes surfaces pourraient remettre en cause la structure de distribution à interprétation verticale qui devait être mise en place conformément à ses rapports de politique générale. Dans ses Neuvième et

²⁷⁰Entre autres choses, l'accord limitait la superficie du détaillant, prévoyait certains jours et certaines heures de fermeture, restreignait la possibilité pour le détaillant de "vendre des produits concurrentiels avec un escompte de prix notable et obligeait le détaillant à faire de la publicité pour le compte de ses concurrents". Arrangement between A New Retail Store and the Local Shopping Centre Association, 1996, pièce n° 93 des Etats-Unis.

²⁷¹Voir The Antimonopoly Laws and Policies of Japan, H. Iyori and A. Uesugi, Federal Legal Publications, Inc., 1994, page 293, pièce n° 94-1 des Etats-Unis.

²⁷²Ibid., page 107.

Dixième Rapports intérimaires (1971 et 1972), le Conseil a reconnu que les grandes surfaces pouvaient améliorer l'efficacité de la distribution au Japon, mais il a préféré opter pour une politique de restriction des grandes surfaces et de soutien aux petits et moyens détaillants. Bien que les préoccupations du Conseil se soient étendues à tous les types de grandes surfaces de vente au détail, elles tenaient surtout aux effets défavorables que les grandes surfaces de vente au détail étrangères pourraient avoir directement sur les petits et moyens détaillants et indirectement sur la politique de systématisation du gouvernement. Spécifiquement, dans le neuvième rapport intérimaire²⁷³ le Conseil a recommandé une libéralisation seulement limitée dans le secteur du commerce de détail et l'adoption de mesures pour protéger les petits et moyens détaillants des gros détaillants ou des chaînes de distribution face à la libéralisation des mouvements de capitaux étrangers.²⁷⁴ Dans le dixième rapport intérimaire, le Conseil a développé cette politique, soulignant encore la nécessité de protéger les petits et moyens détaillants face à la libéralisation des mouvements de capitaux étrangers.²⁷⁵

5.273 Pour le Japon, toutefois, les Etats-Unis ne présentent pas le moindre élément de preuve qui étaye leur allégation selon laquelle la Loi sur les grandes surfaces a été adoptée comme "contre-mesure en matière de libéralisation" visant à faire obstacle aux produits importés - en particulier les pellicules photographiques. Selon le Japon, un examen attentif des déclarations citées par les Etats-Unis qui démontrent prétendument l'objectif protectionniste de la Loi sur les grandes surfaces révèle qu'aucune d'entre elles ne se réfère en quoi que ce soit à l'effet attendu de la loi sur les produits et encore moins sur les pellicules photographiques destinées aux consommateurs. Pour le Japon, les neuvième et dixième rapports intérimaires du Comité de la distribution traitent de la concurrence entre les grands et les petits détaillants et précisent des moyens de promouvoir la compétitivité des petits détaillants. Il n'y a rien qui suggère une préoccupation en relation avec la concurrence entre les produits nationaux et les produits étrangers.

5.274 Le Japon fait valoir que les Etats-Unis tentent de créer l'impression que la Loi sur les grandes surfaces "représente un plan systématique et élaboré en vue d'empêcher l'accès [des partenaires commerciaux du Japon] au marché" à travers "un autre circuit de distribution potentiellement important" pour les pellicules photographiques d'importation destinées aux consommateurs. Cet argument ignore le fonctionnement réel de la loi et implique une focalisation sur les produits qui n'existe tout simplement pas. La Loi sur les grandes surfaces ne régleme pas des produits

²⁷³Distribution for the 1970s, Ninth Interim Report, Industrial Structure Council Distribution Committee, juillet 1971, page 64, pièce n° 71-9 des Etats-Unis.

²⁷⁴Ibid., page 68.

²⁷⁵Les Etats-Unis citent l'extrait suivant du document Retail Business Under Distribution Reforms: The Direction of Revising the Department Stores Law, Tenth Interim Report, Distribution Committee of the Industrial Structure Council, pièce n° 72-3 des Etats-Unis: "Vu la conjoncture internationale résultant des crises monétaires et compte tenu des demandes économiques en faveur de la modernisation du système de distribution, il est nécessaire de procéder à la libéralisation par étapes en fonction des progrès réalisés en ce qui concerne les contre-mesures pour les petits et moyens détaillants" (page 82).

"Des efforts devraient être faits pour renforcer et élargir les politiques en faveur des petits et moyens détaillants. Par exemple, il faudrait examiner les mesures législatives propres à promouvoir les petits et moyens détaillants. Des aides actives devraient être consenties aux petits et moyens détaillants pour diverses initiatives de modernisation coopérative et indépendante en vue du renforcement de la gestion. Ces efforts ont pour objet de contrer la progression anticipée des entreprises étrangères géantes dans le secteur de la distribution suite à la libéralisation complète des mouvements de capitaux ainsi que [de contrer] le développement des activités vigoureuses à l'échelle nationale des grands détaillants, y compris les grands magasins et les hypermarchés à succursales" (page 88 - non souligné dans l'original).

particuliers. L'objectif de la Loi sur les grandes surfaces, tel qu'il est clairement énoncé à l'article premier, est

"de favoriser le développement sain de l'économie nationale. Pour parvenir à cet objectif et compte dûment tenu de la protection des intérêts des consommateurs, la loi autorise l'ajustement des opérations de commerce de détail dans les grandes surfaces de vente au détail afin que les petits et moyens détaillants opérant dans leur voisinage aient des opportunités commerciales raisonnables et que le secteur du commerce de détail dans son ensemble se développe sainement".²⁷⁶

La Loi sur les grandes surfaces ne prend donc pas en considération la question de la vente des pellicules photographiques destinées aux consommateurs sur le marché japonais.

5.275 Le Japon soutient que comme beaucoup de pays de par le monde (tel le Royaume-Uni)²⁷⁷, le Japon souhaiterait qu'il y ait sur son marché intérieur une variété de détaillants à petite, moyenne et grande échelle afin d'offrir aux consommateurs un choix maximum. De plus, au Japon, les communautés se préoccupent de la structure des différentes activités commerciales dans leurs quartiers.

5.276 Le Japon explique que si beaucoup d'autres pays utilisent un système d'autorisation, la fonction de la loi au Japon est de prévoir des ajustements, si nécessaire, pour veiller à ce que les ouvertures de nouvelles grandes surfaces soient compatibles avec le maintien de la diversité du commerce de détail. La Loi sur les grandes surfaces réalise son objectif à travers un système de notification et de coordination pour les détaillants à grande échelle. Les grands détaillants sont tenus de communiquer une notification de leurs projets; ensuite ils peuvent poursuivre les projets en question sauf s'il est décidé qu'un certain ajustement est nécessaire. Dans le cadre du processus d'ajustement, la Loi sur les grandes surfaces autorise le gouvernement à recommander, à l'occasion, des modifications de certaines caractéristiques opérationnelles lors de l'ouverture ou de l'agrandissement de la grande surface. Les textes législatifs et réglementaires n'admettent que quatre critères d'ajustement: 1) espace consacré à la vente au détail, 2) date de l'ouverture, 3) heures de fermeture et 4) jours de fermeture. La Loi sur les grandes surfaces ne réglemente pas les produits qu'une grande surface décide de vendre.

5.277 Selon le Japon, les déterminations prévues dans la loi ne sont nullement fondées sur les produits ou l'origine des produits qu'une grande surface donnée décide de vendre. Il n'y a pas non plus de raison de penser que les décisions d'un détaillant donné en matière d'achat de produits seraient en quoi que ce soit influencées par tel ou tel ajustement possible en vertu de la loi. En somme, la Loi sur les grandes surfaces est incapable d'établir des conditions de concurrence défavorables pour les produits importés. Dans le seul cas où l'origine des produits est en quoi que ce soit prise en compte dans le processus, les produits étrangers sont de fait traités plus favorablement que les produits nationaux.²⁷⁸

²⁷⁶Large Stores Law, article premier, pièce n° C-1 du Japon.

²⁷⁷Voir Planning Policy Guidance: Town Centres and Retail Developments, Department of the Environment, United Kingdom, revised PPG6, juin 1996, article 1.1, pièce n° C-2 du Japon.

²⁷⁸Pour calculer l'espace consacré à la vente du détaillant afin de déterminer s'il relève du processus de coordination prévu dans la Loi sur les grandes surfaces, 1 000 mètres carrés au plus d'espace consacré à la vente au détail de produits importés sont omis du calcul.

5.278 Les Etats-Unis répondent à l'allégation du Japon selon laquelle la Loi sur les grandes surfaces n'influence pas les produits que vendent les grands détaillants en présentant des éléments qui démontrent que les grands détaillants prospectifs passent avec les commerçants locaux existants des accords qui limitent les types de produits que le détaillant prospectif peut vendre.²⁷⁹

5.279 Le Japon soutient encore que les décisions au titre de la loi sont prises en tenant compte de certains facteurs qualitatifs et quantitatifs, dont aucun n'a trait à la question de savoir si la grande surface en cause ou les petits magasins dans le voisinage vendent des produits donnés, et encore moins à l'origine des produits qu'ils vendent.²⁸⁰ De même, les quatre critères d'ajustement prévus dans la loi - espace consacré à la vente au détail, date de l'ouverture, heures de fermeture et jours de fermeture - sont sans relation avec les décisions du détaillant concernant les produits à vendre ou la détention en stock de marques nationales ou importées. De ce fait, aucun des quatre facteurs d'ajustement n'altère le rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux.

5.280 Le Japon soutient aussi qu'il y a longtemps qu'il réglemente les grandes surfaces pour préserver la diversité du commerce de détail. Cette préoccupation de politique est générale et très antérieure à la libéralisation des mouvements de capitaux des années 60 et 70. L'historique de l'origine et de la modification de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail montre clairement que la loi concerne les services de commerce de détail et ne prend pas en considération des produits particuliers.

4. PROCEDURES AU TITRE DE LA LOI SUR LES GRANDES SURFACES

5.281 La Loi sur les grandes surfaces réglemente l'ouverture et l'agrandissement des grandes surfaces de vente au détail d'une superficie de plus de 500 mètres carrés. Les magasins d'une superficie supérieure à ce seuil sont répartis en deux catégories: magasins de la catégorie I d'une superficie de plus de 3 000 mètres carrés, réglementés par le MITI; et magasins de la catégorie II d'une superficie de plus de 500 mètres carrés et de moins de 3 000 mètres carrés, placés sous le contrôle du préfet.

5.282 Les Etats-Unis expliquent que les procédures fondamentales prévues par la loi comprennent actuellement les dispositions suivantes.

5.283 Notification au titre de l'article 3 - Les parties projetant de construire ou d'ouvrir une grande surface de vente au détail doivent présenter une notification incluant la superficie proposée du magasin, la date prévue de son ouverture et la superficie de terrain entourant le bâtiment 12 mois au

²⁷⁹Voir paragraphe 5.243.

²⁸⁰Les facteurs considérés sont les suivants:

- i) facteurs qualitatifs:
 - a) protection des intérêts des consommateurs;
 - b) effets sur les petits et moyens détaillants et intégrations commerciales dans le voisinage; et
 - c) "développement communautaire" local; et
- ii) facteurs quantitatifs:
 - a) parts des grandes surfaces de vente au détail dans la municipalité concernée;
 - b) espace consacré à la vente au détail par habitant;
 - c) tendances démographiques locales; et
 - d) afflux et exode de clients.

Voir Deliberation Procedures, section I, pièce n° C-4 du Japon.

moins avant l'achèvement et l'ouverture envisagés du nouveau magasin ou du magasin de vente au détail agrandi au MITI ou au préfet (selon l'autorité appropriée).

5.284 Explications au niveau local - Dans les quatre mois suivant la présentation de la notification, le constructeur ou le détaillant doit préciser les projets concernant l'ouverture du magasin, c'est-à-dire, nom du magasin, superficie, date de son ouverture et heures et jours de fermeture, d'abord au MITI, au préfet, aux fonctionnaires de l'administration locale de la ville ou de l'agglomération où le magasin sera situé, à la Chambre de commerce et aux associations de commerçants locaux (collectivement "Chambre de commerce"), puis aux petits et moyens détaillants, aux associations de détaillants et aux consommateurs locaux.²⁸¹ Après les explications au niveau local, l'autorité appropriée publie un avis indiquant si le magasin fera l'objet d'un "ajustement".²⁸² Le détaillant ne peut démarrer son activité commerciale que sept mois après la date de publication de cet avis.²⁸³

5.285 Le Japon explique, toutefois, qu'une réunion publique d'information doit être organisée avec la Chambre de commerce et d'industrie (ou, le cas échéant, avec l'Association de commerce et d'industrie), les consommateurs ou les unions de consommateurs et les détaillants locaux ou leurs associations. L'objectif est d'aider le Conseil des grandes surfaces à se forger une opinion à partir d'avis éclairés. En outre, l'autorité appropriée doit publier un avis après la présentation de la notification au titre de l'article 3 et non après la conclusion de la réunion publique d'information.

5.286 Notification au titre de l'article 5 - Les Etats-Unis notent que cinq mois au moins avant l'ouverture d'une nouvelle grande surface ou l'agrandissement d'une grande surface, le détaillant doit présenter une notification au titre de l'article 5 à l'autorité appropriée.²⁸⁴ L'autorité détermine alors si le magasin proposé risque d'avoir un effet notable sur les activités commerciales des petits et moyens détaillants à proximité et elle peut recommander que la superficie du magasin soit réduite et/ou que la date de son ouverture soit retardée.²⁸⁵

5.287 Recommandation du Conseil des grandes surfaces - Si l'autorité appropriée détermine que des éléments du projet présenté risquent d'avoir un effet notable, elle renvoie la question au Conseil des grandes surfaces national (dans le cas des magasins de la catégorie I) ou préfectoral (dans le cas des magasins de la catégorie II), qui est l'organe consultatif officiel du MITI et des préfets,

²⁸¹Pour les magasins de la catégorie I, le MITI détermine la zone où l'explication au niveau local doit être présentée ainsi que les groupes auxquels l'explication doit être adressée. Le préfet arrête les procédures pour les magasins de la catégorie II (Guidance for Local Explanation for Class I Stores that have Submitted a Notification for a New Building, Directive n° 93, 1er avril 1994, pièce n° 94-7 des Etats-Unis).

²⁸²Large Stores Law, article 3 2), pièce n° 74-4 des Etats-Unis.

²⁸³Large Stores Law, article 4.

²⁸⁴Large Stores Law, article 5.

²⁸⁵Large Stores Law, article 7 1).

respectivement.²⁸⁶ Le Conseil doit communiquer les résultats de ses délibérations à l'autorité appropriée.²⁸⁷

5.288 Le Japon fait observer que conformément à l'article 7.2 de la Loi sur les grandes surfaces, pour conduire ses délibérations le Conseil doit entendre les vues de la Chambre de commerce et d'industrie (ou le cas échéant de l'Association de commerce et d'industrie), des consommateurs ou des unions de consommateurs et des détaillants locaux ou de leurs associations.

5.289 Recommandations et injonctions - Les Etats-Unis font valoir qu'après avoir pris connaissance des vues du Conseil des grandes surfaces, l'autorité appropriée peut adresser des recommandations aux responsables du projet de grande surface en vue, entre autres, de retarder l'ouverture du magasin ou de réduire sa superficie.²⁸⁸ Si le magasin ne suit pas la recommandation, le MITI peut l'y enjoindre.²⁸⁹

5.290 Selon les Etats-Unis, tout le processus qui va de la notification au titre de l'article 3 jusqu'à la conclusion du processus d'examen et d'"ajustement" est supposé ne prendre que douze mois.²⁹⁰ Outre les "ajustements" qui peuvent être appliqués aux grandes surfaces dans chaque cas d'espèce, la Loi sur les grandes surfaces oblige toutes les grandes surfaces à fermer 24 jours par an au minimum et à 20 heures au plus tard chaque jour ouvrable (mais les magasins peuvent demander à rester ouverts jusqu'à 21 heures pendant 60 jours par an au maximum).²⁹¹

5.291 Le Japon observe, toutefois, que cette assertion est incorrecte du point de vue factuel. Il objecte que la Loi sur les grandes surfaces n'oblige pas les grandes surfaces à fermer 24 jours par an au moins, ou à 20 heures au plus tard. La loi n'assujettit les grandes surfaces aux procédures de notification et d'ajustements que si elles outrepassent ces limites. De plus, dans la pratique 12 pour

²⁸⁶Large Stores Law, article 7 1). Les Conseils comprennent généralement des experts et des représentants de l'industrie, des médias et des consommateurs, et les détaillants locaux y sont généralement les plus influents. Le Conseil doit solliciter l'opinion de la Chambre de commerce ou d'autres organisations professionnelles, des organisations de commerce de détail, des détaillants et des consommateurs. (Large Stores Law, article 7 2), pièce n° 74-4 des Etats-Unis, JFTC Council Report, pages 16-17).

²⁸⁷Large Stores Law, article 7 1), pièce n° 74-4 des Etats-Unis. Selon les Etats-Unis, l'examen d'un nouveau magasin par le Conseil des grandes surfaces est fondé sur des formules mathématiques comparant la population commerciale et le taux d'occupation des grandes surfaces de vente au détail d'une ville avec des villes similaires. Voir Large Store Council Decision, Investigatory Procedures for the Adjustment of the Business Activity of Large Scale Retail Stores, 14 novembre 1991, pièce n° 91-4 des Etats-Unis. Les Etats-Unis soulignent que l'approche quantitative permet au Conseil des grandes surfaces de rationner l'espace consacré à la vente au détail. Le Japon conteste ce point de vue car selon lui les facteurs quantitatifs ne sont jamais déterminants. Voir problème de traduction n° 11.

²⁸⁸Large Stores Law, article 7 1).

²⁸⁹Large Stores Law, article 8 1).

²⁹⁰The Application of the Law Regarding the Adjustment of Business Activities of Large Scale Retail Stores, Directive n° 90, 1er avril 1994, pièce n° 94-8 des Etats-Unis.

²⁹¹Enforcement Regulations for the Law Regarding the Adjustment of Business Activities of Large Scale Retail Stores, MITI Ministerial Order No. 17, 27 février 1974, pièce n° 74-2 des Etats-Unis, article 10 2), tel que révisé par l'Arrêté ministériel n° 33, 1er avril 1994, et article 3 de la Supplementary Provision for MITI Ministerial Order No. 33, 1er avril 1994, pièce n° 94-6 des Etats-Unis.

cent des magasins ayant fait l'objet d'une notification ferment après 22 heures²⁹² et 89 pour cent des magasins ayant fait l'objet d'une notification ferment moins de 20 jours par an; 22 pour cent des magasins ayant fait l'objet d'une notification ferment moins de 10 jours par an.²⁹³

5. EVOLUTION DE LA REGLEMENTATION DES GRANDES SURFACES

5.292 Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais a imposé des restrictions visant les grandes surfaces et les a progressivement renforcées et sous les aspects les plus importants, la loi aujourd'hui reste plus restrictive que lorsqu'elle a été initialement adoptée. Les Etats-Unis soutiennent que les efforts du gouvernement japonais pour restreindre les grandes surfaces afin de contrer les effets de la libéralisation du commerce et de l'investissement se sont déroulés en plusieurs phases. Après la conclusion du Kennedy Round, le MITI a promulgué trois directives pour renforcer la Loi sur les grands magasins, qui existait depuis 1956. Quand les directives se sont révélées inefficaces pour pallier les lacunes qui permettaient aux grandes surfaces de se développer, la Loi sur les grandes surfaces, qui étendait et remplaçait la Loi sur les grands magasins, a été recommandée par le MITI en 1972 et adoptée par la Diète l'année suivante. La Loi sur les grands surfaces a été révisée plusieurs fois.

5.293 Le Japon répond qu'indépendamment des restrictions imposées aux grandes surfaces par la Loi sur les grandes surfaces²⁹⁴ et indépendamment de la pertinence des restrictions en question au regard de la législation²⁹⁵, le fait reste que la loi a été notablement libéralisée ces dernières années et qu'elle est plus libérale aujourd'hui qu'à tout autre moment dans un passé entrant en ligne de compte. En conséquence, la loi aujourd'hui ne peut pas bouleverser les conditions de la concurrence en ce qui concerne les pellicules importées.

5.294 Les Etats-Unis rétorquent, toutefois, que la loi n'a pas été notablement libéralisée ces dernières années. Selon eux, la loi aujourd'hui restreint effectivement les grandes surfaces actuelles, comme il est dit plus loin (voir section VII), et il est à noter aussi que le Japon a imposé avec détermination des restrictions visant les grandes surfaces dans le passé. Sans ces mesures énergiques contre les grandes surfaces, il est tout à fait plausible que celles-ci auraient apporté dans le système de distribution japonais une concurrence et un pouvoir de négociation suffisants pour affaiblir le contrôle vertical exclusif des fabricants japonais sur la distribution.

a) Loi sur les grands magasins

5.295 La Diète japonaise a adopté la Loi sur les grands magasins en 1956²⁹⁶ pour, entre autres, "assurer des opportunités commerciales aux petits et moyens commerçants en ajustant les activités

²⁹²Voir article 9-1 de la Large Stores Law, Executive Regulations Regarding the Law Concerning the Adjustment of Retail Business Operations at Large Scale Retail Stores, 27 février 1994, article 10.2, pièce n° C-10 du Japon.

²⁹³Voir article 9-2 de la Large Stores Law, LSRSL Executive Regulations, article 10.4, pièce n° C-10 du Japon.

²⁹⁴Comme il est dit plus bas, la Loi sur les grandes surfaces telle qu'actuellement administrée ne restreint pas l'ouverture de grandes surfaces. Voir section VII.B.4.

²⁹⁵Comme il a été dit plus haut, la Loi sur les grandes surfaces ne vise pas des produits particuliers. Par conséquent indépendamment du caractère restrictif ou libéral qu'avait et qu'a la Loi sur les grandes surfaces, celle-ci est incapable d'établir des conditions de concurrence défavorables pour les produits importés.

²⁹⁶Department Stores Law, Loi n° 116, 23 mai 1956, pièces n° 56-2 des Etats-Unis et n° C-3 du Japon.

commerciales des grands magasins".²⁹⁷ La loi interdisait l'ouverture d'un "grand magasin" d'une superficie, de plus de 1 500 mètres carrés sauf si le détaillant obtenait du MITI une autorisation²⁹⁸, autorisation qui pouvait lui être refusée si le magasin "affectait les activités commerciales des petits et moyens commerçants et faisait peser un risque notable qu'il soit porté préjudice à leurs intérêts".²⁹⁹

5.296 Les Etats-Unis font valoir qu'à la fin des années 60, la Loi sur les grands magasins n'accordait plus une protection adéquate aux petits détaillants car les grandes surfaces se dérobaient à son application en créant ce qu'il était convenu d'appeler des "pseudo-grands magasins".³⁰⁰ Le MITI a pallié cette lacune le 7 juin 1968 en promulguant une directive prescrivant que ces entités devaient obtenir l'autorisation prévue pour les grands magasins.³⁰¹ Comme les petits détaillants continuaient à se plaindre, le MITI a promulgué en septembre 1970 une deuxième directive qui limitait encore l'entrée et les activités commerciales des grandes surfaces, entre autres en leur prescrivant de "procéder aux ajustements appropriés avec les détaillants locaux en ce qui concerne les agrandissements des magasins, la publicité, les ventes-réclame, le nombre de jours de fermeture et les heures d'ouverture".³⁰² Le MITI a promulgué en octobre 1972 une troisième directive³⁰³ qui donnait pour instruction aux grandes surfaces de respecter les "usages" commerciaux locaux et de ne pas "perturber l'ordre [du marché] du commerce de détail" en ayant recours à une promotion des ventes agressive.³⁰⁴

5.297 Les Etats-Unis expliquent qu'en fin de compte, cependant, le MITI a reconnu que la promulgation de directives pour compléter la Loi sur les grands magasins ne suffisait pas. C'est pourquoi dans son dixième rapport intérimaire le Conseil des structures industrielles du MITI a proposé de remplacer la Loi sur les grands magasins par une nouvelle loi qui s'appliquerait à tous les types de grandes surfaces de vente au détail et pas seulement aux grands magasins.³⁰⁵

5.298 Les Etats-Unis font valoir encore que les effets des grandes surfaces suscitaient une large préoccupation dans l'industrie japonaise et en particulier dans les industries de biens de consommation telles que le secteur des fournitures photosensibles. Dans ce secteur, les fabricants, les grossistes et les détaillants avaient tous intérêt à lutter contre les grandes surfaces. Au milieu des années 60, les

²⁹⁷ Article premier, Department Stores Law.

²⁹⁸ Article 3, Department Stores Law. Le seuil était de 3 000 mètres carrés dans les villes désignées par arrêté ministériel.

²⁹⁹ Article 5, Department Stores Law.

³⁰⁰ Les magasins établissaient de "pseudo-grands magasins" dotant d'une identité juridique des espaces de vente séparés dont la superficie était inférieure au seuil prévu dans la Loi sur les grands magasins.

³⁰¹ Directive n° 941, Guidance Considering Pseudo Department Stores, 7 juin 1968, pièce n° 68-6 des Etats-Unis.

³⁰² Directive n° 1759, Concerning the Construction and/or Expansion of Specified Stores, octobre 1972, pièce n° 70-6 des Etats-Unis.

³⁰³ Directive n° 971, Concerning the Construction and/or Expansion of Specified Stores, octobre 1972, pièce n° 70-6 des Etats-Unis.

³⁰⁴ MITI History, Volume 13. Pièces n° 78-2 et 78-5 des Etats-Unis.

³⁰⁵ Tenth Interim Report, page 4, pièce n° 72-3 des Etats-Unis.

fabricants de pellicules, les grossistes et les détaillants en matériel photo se sont concertés pour trouver les moyens de contrer les ventes-réclame des grandes surfaces. Réunis en 1964, les trois groupes sont convenus de collaborer et de constituer un comité d'étude mixte chargé de concevoir des contre-mesures pour les "ventes-réclame de pellicules par les supermarchés".³⁰⁶ Lors de la réunion de 1964, les fabricants, les grossistes et les détaillants se sont efforcés de déterminer quels distributeurs primaires vendaient des pellicules à Daiei, la plus grande chaîne de supermarchés, à un prix discounté.

5.299 Les fabricants, les grossistes et les détaillants ont continué à se concerter pour lutter contre les discounteurs et les supermarchés à la fin des années 60. Le 14 février 1969 il a été tenu une autre réunion des trois groupes consacrée à Daiei et au problème posé par sa "campagne de prix cassés". Chacun des trois groupes s'est engagé à lutter à son niveau contre ce problème. Les grossistes ont agi quelques mois plus tard, le 1er novembre 1969, quand la Fédération des grossistes en fournitures photosensibles (Shatokuren) a distribué la "Directive concernant le problème des supermarchés" à ses membres pour "maintenir l'ordre dans le secteur".

5.300 Les Etats-Unis soutiennent que ces mesures des fabricants, des grossistes et des détaillants dans le secteur des fournitures photographiques reflètent les inquiétudes suscitées par les grandes surfaces dans le Japon tout entier: les fabricants s'inquiétaient des prix bas pratiqués par les grandes surfaces; les grossistes s'inquiétaient de la capacité des grandes surfaces de les contourner ou de négocier de meilleures conditions; et les détaillants, bien entendu, s'inquiétaient de la concurrence accrue. Le gouvernement japonais est intervenu pour apaiser ces préoccupations, d'abord en renforçant la loi en vigueur restreignant les grands magasins. Quand cela s'est révélé insuffisant, le gouvernement a remplacé la loi par la Loi sur les grandes surfaces, qui était plus complète.

5.301 Le Japon note que les Etats-Unis se réfèrent aux inquiétudes exprimées par les représentants du secteur photographique devant les politiques des grandes surfaces en matière de prix - mais rien n'est dit de leur prétendue tendance à vendre des produits d'importation. Le Japon explique aussi que comme le notent eux-mêmes les Etats-Unis, la Loi sur les grandes surfaces a été précédée par la Loi sur les grands magasins. A la fin des années 60, cependant, celle-ci n'avait pas atteint son objectif, en raison à la fois de l'apparition de nouveaux types de grandes surfaces (supermarchés, par exemple) et du contournement délibéré de la loi par la division d'une grande surface donnée en plusieurs filiales dont la superficie demeurait pour chacune inférieure au seuil de 1 500 mètres carrés. Comme le notent les Etats-Unis, le MITI a d'abord essayé de compléter la loi par une série de directives anticcontournement; pour finir, cependant, il a été décidé que la Loi sur les grands magasins devrait être remplacée par une loi prenant explicitement en compte tous les types de grandes surfaces.

b) Adoption de la Loi sur les grandes surfaces

5.302 Selon les Etats-Unis, l'objectif de la Loi sur les grandes surfaces³⁰⁷ était de protéger les petits magasins de la concurrence et d'aider le système de distribution japonais à se restructurer pour résister à la concurrence étrangère. L'ancien Premier Ministre et Ministre du commerce extérieur et de

³⁰⁶The Establishment of the Countermeasures Committee - Photo-sensitive Materials Three-Party Liaison Meeting to Deal with Aggressive Supermarkets, Camera Times, 1er octobre 1963, pièce n° 63-3 des Etats-Unis. Kinki District Three-Party [Manufacturers, Wholesalers, Retailers] Market Countermeasures Council - Daiei Bargain Sales - ¥120 for 36 Exposures Black and White Film, Camera Times, 21 avril 1964, pièce n° 64-2 des Etats-Unis.

³⁰⁷Les Etats-Unis notent qu'il existe une autre loi pertinente, dite Law on Special Measures for the Adjustment of Retail Businesses (Commercial Adjustment Law), Loi n° 155 de 1959, 23 avril 1959, pièce n° 59-1 des Etats-Unis, qui s'applique aux magasins ne relevant pas de la Loi sur les grandes surfaces.

l'industrie de l'époque, Yasuhiro Nakasone, a insisté sur cet objectif dans le cadre de délibérations de la Diète le 19 juillet 1973:

"[L]e gouvernement s'apprête à prendre des mesures complètes et généreuses en faveur des petites et moyennes entreprises. En ce qui concerne les problèmes de l'internationalisation et de la libéralisation, nous ne procédons pas sur cette voie trop soudainement, nous encourageons et nous soutenons la résistance des petites et moyennes entreprises afin de les doter de la capacité de lutter [contre les capitaux étrangers], de sorte que nous réalisons la libéralisation par étapes, graduellement.

Dans le cadre de cette politique visant à développer la résistance [aux capitaux étrangers], nous avons décidé de modifier la Loi sur les grands magasins afin d'apporter des ajustements concernant les opérations commerciales des grands magasins, des supermarchés et du secteur du commerce de détail."³⁰⁸

³⁰⁸Kanpo, 71, Diet Commerce Committee Session, Upper House Diet Record, No. 52, 19 juillet 1973, pièce n° 73-2 des Etats-Unis. Les Etats-Unis soutiennent que le 13 septembre 1973, le Ministre Nakasone a confirmé encore que le projet de loi faisait partie du plan proposé par le Conseil des structures industrielles pour restructurer le secteur de la distribution.

5.303 Le Japon note, cependant, que ces citations font référence au défi concurrentiel posé par les entreprises étrangères (grands détaillants) aux petits détaillants japonais et qu'il n'est pas fait mention du défi concurrentiel posé par les produits étrangers. Le Japon note aussi que la déclaration de Nakasone n'indique pas l'objet réel de la loi et qu'elle ne reflète pas non plus l'"intention subjective" du gouvernement au moment de son adoption.

5.304 Les Etats-Unis expliquent également qu'au moment de l'adoption de la loi, le MITI a promulgué la Directive n° 123 du 28 février 1974, qui précisait les procédures applicables pour l'examen par le Conseil des grandes surfaces et confirmait formellement l'influence des détaillants locaux dans le processus visant à déterminer si une nouvelle grande surface devait faire l'objet d'un "ajustement". Petit à petit, les modifications de la loi, les mesures administratives et les pratiques allaient grandement renforcer cette influence.

5.305 Selon les Etats-Unis, l'application de la Loi sur les grandes surfaces a eu un effet immédiat et négatif sur le développement de celles-ci. Daiei, par exemple, le plus important supermarché du Japon à l'époque et à l'heure actuelle, imputait le recul de ses bénéfices en partie à la nouvelle loi. Le nombre des demandes concernant des nouveaux magasins a chuté de plus d'un tiers, passant de 399 en 1974 à 264 en 1976.

5.306 Le Japon fait toutefois valoir que la Loi sur les grands magasins imposait des prescriptions plus restrictives pour les grands détaillants que la Loi sur les grandes surfaces. Spécifiquement, aux termes de la Loi sur les grands magasins les entités devaient obtenir l'autorisation d'exercer un "négoce de grand magasin" défini comme un négoce impliquant davantage qu'un magasin de vente au détail avec un espace consacré à la vente au détail supérieur à 1 500 mètres carrés. En outre, la loi interdisait aux entités engagées dans un "négoce de grand magasin" d'ouvrir des magasins de vente au détail, indépendamment de la superficie de leur espace consacré à la vente au détail, sans l'autorisation du MITI. Elle ne réglementait pas toutefois les grandes surfaces de vente au détail de plus de 1 500 mètres carrés, si tous les détaillants en faisant partie exploitaient indépendamment leurs magasins propres et que l'espace consacré à la vente au détail ne dépasserait pas pour chacun 1 500 mètres carrés. Ce régime réglementaire créait un problème de contournement. Pour le surmonter, la Loi sur les grandes surfaces réglemente non pas les grands détaillants, mais l'ouverture de structures de surfaces de vente au détail importantes dans le cadre desquelles plusieurs détaillants peuvent opérer, et l'ouverture et l'activité des détaillants opérant dans le cadre de ces structures.

5.307 Le Japon insiste sur deux différences entre les deux lois. La Loi sur les grands magasins réglementait l'ouverture des petits magasins s'ils étaient exploités par une société qui exploite davantage qu'une grande surface, contrairement à la Loi sur les grandes surfaces. Surtout, la Loi sur les grandes surfaces a mis en place un système de notification et de coordination qui est moins restrictif que le système d'autorisation prévu dans la Loi sur les grands magasins.

c) Révisions de la Loi sur les grandes surfaces en 1979

5.308 Les Etats-Unis font valoir qu'après la conclusion du Tokyo Round, le processus de renforcement des mesures visant les grandes surfaces est devenu plus urgent. L'Association des détaillants en matériel photo et d'autres groupes de détaillants ont résolument appuyé les modifications de la Loi sur les grandes surfaces.

5.309 La Diète a modifié la Loi sur les grandes surfaces le 15 novembre 1978, les amendements entrant en vigueur le 14 mai 1979.³⁰⁹ Les modifications les plus importantes de la Loi sur les grandes

³⁰⁹ Large Stores Law Revision, Loi n° 105 de 1979, 14 mai 1979, pièce n° 74-4 des Etats-Unis. Les Etats-Unis font valoir que durant l'intervalle entre l'adoption des amendements par la Diète et leur entrée en vigueur, le

surfaces introduites par les amendements de 1979 consistaient à: 1) abaisser le seuil pour les magasins visés par la loi de 1 500 mètres carrés à 500 mètres carrés; et 2) répartir les grandes surfaces en deux catégories - magasins de la catégorie I (1 500 mètres carrés et plus) relevant du MITI et magasins de la catégorie II (500 à 1 500 mètres carrés) réglementés par les préfets.³¹⁰

5.310 Les Etats-Unis expliquent qu'en abaissant le seuil des deux tiers, on plaçait tout un nouveau groupe de magasins sous le contrôle de la loi et qu'en conférant l'autorité aux préfets pour les magasins de la catégorie II on obtenait un accroissement notable des ressources en personnel et autres disponibles pour examiner et prescrire les ajustements à apporter aux grandes surfaces. Il y a eu en 1979 une véritable explosion des notifications concernant les grandes surfaces, attribuable essentiellement aux notifications présentées pour les magasins de la catégorie II nouvellement visés. Toutefois, l'application des amendements à la Loi sur les grandes surfaces a vite eu pour effet de restreindre les magasins de la catégorie II, comme en atteste le déclin du nombre des notifications concernant les magasins de la catégorie en question, qui est tombé de 1 029 en 1979 à 424 en 1980 et à 308 en 1981.³¹¹

5.311 En même temps que les amendements de mai 1979 à la Loi sur les grandes surfaces, le MITI a promulgué un arrêté ministériel qui renforçait le rôle de l'Office des ajustements du commerce, organe représentatif des associations de détaillants et autres associations professionnelles au niveau local.³¹²

5.312 La Directive n° 365³¹³ du MITI instituait des processus d'"ajustement préalable" et d'"ajustement formel". Le processus d'ajustement préalable intervenait après la notification au titre de l'article 3 (construction de magasin) et avant la notification au titre de l'article 5 (ouverture de magasin). Selon les explications des Etats-Unis, l'idée était que le détaillant cherche un consensus entre les parties impliquées dans le processus d'ajustement (par exemple les détaillants locaux dans le cadre de l'Office des ajustements du commerce) avant le processus d'ajustement formel, qui suivait la notification au titre de l'article 5. Les négociations concernant les ajustements préalables, si elles aboutissaient, conduiraient à des procédures d'ajustement formel "harmonieuses" fondées sur les arrangements convenus au stade de l'ajustement préalable. D'après les Etats-Unis, la directive institutionnalisait ainsi non seulement les consultations, mais aussi les négociations avec les parties intéressées au niveau local dans le cadre du processus d'ouverture des grandes surfaces. Comme il importe pour un grand détaillant que le processus d'"ajustement préalable" aboutisse, beaucoup de

gouvernement japonais a pris, par anticipation, des décisions administratives pour prévenir la multiplication des ouvertures de nouveaux magasins en vue d'éviter la loi renforcée. Directive n° 205, Self Restraint Regarding the Rush for Construction and Expansion of New Stores, 13 mars 1978, MITI History, Volume 13, page 525, pièce n° 78-2 des Etats-Unis. Les Etats-Unis citent aussi la Directive n° 564, Self Restraint Regarding the Rush for the Expansion and Building of New Stores, 3 juillet 1978, MITI History, Volume 13, page 525, pièce n° 78-5 des Etats-Unis.

³¹⁰Loi n° 105 de 1978, pièce n° 78-1 des Etats-Unis.

³¹¹The Status of Large Scale Retail Store Notification, Explanation of the Large Scale Retail Stores Law, pages 16-17, pièce n° 94-9 des Etats-Unis.

³¹²Enforcement Regulations, article 8 2), MITI Ministerial Order No. 38, 11 mai 1979, MITI History, Volume 13, page 528, pièce n° 79-2 des Etats-Unis.

³¹³Directive n° 365, The Operation of the Commerce Adjustment Board, MITI History, Volume 13, page 528, pièce n° 79-2 des Etats-Unis.

grands détaillants ont commencé à s'entendre avec les parties intéressées au niveau local avant même de procéder à leur notification initiale au titre de l'article 3.³¹⁴

d) Mesures administratives de 1982 au titre de la Loi sur les grandes surfaces

5.313 Selon les Etats-Unis, bien que la Loi sur les grandes surfaces renforcée ait eu pour effet immédiat de restreindre les ouvertures de grandes surfaces³¹⁵, les fabricants, les grossistes et les petits détaillants japonais ont continué à s'inquiéter de la menace d'une concurrence accrue des grandes surfaces au niveau des prix. Les grandes surfaces avaient conçu des stratégies nouvelles consistant, par exemple, à vendre au rabais les produits de fabricants secondaires et de fabricants étrangers sous la marque propre du magasin (stratégie de "marque de distributeur"). De surcroît, les alliances avec les fabricants étrangers étaient d'autant plus attractives que les produits importés étaient de moins en moins coûteux en raison de l'appréciation du yen et de la diminution des taux de droits. Les petits et moyens détaillants ont réagi vigoureusement à ces menaces.

5.314 Les Etats-Unis expliquent que pour pallier les préoccupations persistantes liées à la menace des grandes surfaces, en 1982 le MITI a mis en oeuvre de nouvelles mesures administratives au titre de la Loi sur les grandes surfaces qui prévoyaient des restrictions encore plus rigoureuses concernant l'ouverture des nouvelles grandes surfaces. A travers la Directive n° 36, le MITI a institué une prescription d'"explication préalable" avant la notification au titre de l'article 3 du constructeur, qui obligeait la partie présentant la notification à consulter les détaillants locaux et à obtenir leur consentement avant de présenter sa notification au titre de l'article 3.³¹⁶ L'effet pratique du processus d'explication préalable a été de forcer le constructeur à négocier des "ajustements" avec les détaillants locaux avant de prendre la première mesure formelle prévue dans la loi, comme la JFTC l'a confirmé dans son rapport de juin 1995.³¹⁷

5.315 Dans la Directive n° 36, le MITI stipulait aussi que le processus d'ajustement "serait appliqué de manière restrictive"³¹⁸, indiquant que dans certains cas il faudrait donner aux grandes surfaces des instructions directes afin qu'elles "fassent preuve de retenue", c'est-à-dire qu'elles restreignent leurs

³¹⁴Le MITI a aussi rallongé le processus d'ajustement prévu dans la Loi sur les grandes surfaces en promulguant la Directive n° 366, Obligatory Action Pursuant to the Implementation Regulations for the Law Pertaining To Adjustment of Business Activities of the Retail Industry for Large Scale Stores, du 11 mai 1979, pièce n° 79-4 des Etats-Unis.

³¹⁵Le nombre des notifications concernant les magasins de vente au détail de la catégorie I a considérablement reculé, passant de 576 en 1979 à 132 en 1982. Pour les catégories I et II combinées, le nombre des notifications a chuté de 1605 en 1979 à 402 en 1982 (The Status of Large Scale Retail Store Notifications, Explanation of the Large Scale Retail Stores Law, pages 16-17).

³¹⁶Directive n° 36, Immediate Measures Regarding Notification to Establish Large Scale Retail Stores, 30 janvier 1982, pièces n° 82-2 des Etats-Unis et C-16 du Japon. Le Japon conteste l'interprétation par les Etats-Unis de la Directive n° 36. Voir problème de traduction n° 13.

³¹⁷Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, pages 18-20, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.

³¹⁸Immediate Measures Regarding Notification to Establish Large Scale Retail Stores, Directive n° 36, 30 janvier 1982, pièce n° 82-2 des Etats-Unis.

projets ou y renoncent.³¹⁹ En 1981 et 1982, presque toutes les grandes surfaces dont l'ouverture était projetée auraient été contraintes à faire preuve de cette retenue.³²⁰

5.316 D'après les Etats-Unis, les effets de la directive ont été frappants. En 1983, les notifications concernant de nouvelles grandes surfaces avaient reculé de 75 pour cent par rapport aux chiffres de 1979, tombant de 1 605 à 401, et elles se sont maintenues à ce niveau modeste tout au long des années 80. Plus nettement encore, le nombre des notifications concernant les magasins de la catégorie I et de la catégorie II combinées n'a pas dépassé dans les années 80 les chiffres normalement enregistrés pour les magasins de la catégorie I seulement avant la création de la catégorie II conformément aux amendements de 1979. Ainsi, dans les années 80 le MITI a réussi à restreindre le nombre des ouvertures de l'ensemble des magasins de plus de 500 mètres carrés aux niveaux normalement enregistrés dans les années 70 pour les magasins de plus de 1 500 mètres carrés.

5.317 Les Etats-Unis citent des cas particuliers où des détaillants en matériel photo ont passé des conventions avec des détaillants ou des associations de détaillants au niveau local pour illustrer comment cette application restrictive de la loi a affecté le secteur des fournitures photographiques et comment le processus de consultation et d'ajustement préalable au niveau local institué par le gouvernement japonais au titre de la Loi sur les grandes surfaces confère aux détaillants locaux le pouvoir d'imposer aux grandes surfaces des conditions restrictives. Les Etats-Unis se réfèrent aux exemples suivants:

- En novembre 1982, Doi Camera, un grand détaillant en matériel photo, a voulu ouvrir un magasin dans le quartier de Shibuya à Tokyo, mais il en a été empêché par la formation d'une association composée de détaillants locaux. Les autorités municipales de Tokyo ont promulgué une "directive administrative" qui a conduit à une convention entre Doi et les détaillants locaux. Cette convention prévoyait l'interdiction de l'agrandissement de la superficie du magasin de Shibuya et l'obligation de "négocier en toute bonne foi [avec les commerçants locaux] si l'environnement de marché changeait dans l'avenir".
- Le 4 juin 1983, la Loi sur les grandes surfaces a été utilisée pour forcer le magasin de matériel électronique et de matériel photo Sakuraya à passer une convention avec la section de Tokyo de l'Association des détaillants en matériel photo pour ouvrir une grande surface dans le quartier de Shinjuku à Tokyo. Aux termes de la convention, Sakuraya, entre autres, "ne pouvait pas agrandir la superficie de son magasin sans consulter les commerçants locaux" ou s'engager dans le commerce de gros et des activités de développement internes.
- Le 28 février 1989, Yodobashi a notifié aux autorités municipales de Tokyo son intention d'ouvrir un magasin de la catégorie II à Hachioji City à Tokyo. La neuvième section de Tokyo a annoncé son opposition aux projets de Yodobashi et demandé leur retrait immédiat. A l'issue d'une série de réunions infructueuses avec le responsable du bureau de la Fédération pour la neuvième section de Tokyo et de réunions de la Chambre de commerce, Yodobashi a préparé une convention tenant compte des exigences de l'Association, qu'elle a exécutée avec l'Association des détaillants en matériel photo et l'Association des photographes. La convention dispose, entre autres, que les parties conviennent de "mener leurs activités commerciales sur la base de la coexistence, de la prospérité commune et de la coopération régionale et de toujours coopérer en toute bonne foi". Aux termes de la convention,

³¹⁹Ibid.

³²⁰Note figurant en bas de la page 53 de Zaidan Hojin Nihon Sogo Kenkyujo, The Effect of Large Scale Retail Stores on Metropolitan Areas, février 1983, pièce n° 83-5 des Etats-Unis.

Yodobashi était en outre tenue d'exécuter les engagements stipulés dans un mémorandum annexe.

5.318 Le Japon répond que la circulaire de 1982 a été abrogée. Comme il est indiqué dans la section VI.C.1 b), le fonctionnement de la circulaire dans le passé n'entre donc pas en ligne de compte. En outre, le Japon fait valoir que la Loi sur les grandes surfaces ne réglemente pas les produits que les grands détaillants peuvent vendre et qu'elle ne prend pas en compte les produits et encore moins l'origine des produits que vendent un grand détaillant ou de petits et moyens détaillants dans le voisinage pour déterminer s'il faut des ajustements et lesquels, comme il a déjà été dit dans la section B.1. Le Japon fait observer, toutefois, que la circulaire de 1982 ne contient pas de formulation qui oblige celui qui ouvre un magasin à obtenir le consentement des détaillants locaux avant de présenter sa notification au titre de l'article 3.

e) Restrictions en matière d'acquisitions

5.319 Les Etats-Unis font valoir également que comme le gouvernement japonais a renforcé les restrictions visant les nouvelles grandes surfaces ou l'agrandissement des grandes surfaces au début des années 80, certaines chaînes de grandes surfaces ont cherché un autre moyen de se développer à travers des acquisitions. Toutefois, l'application par le Japon des lignes directrices concernant les fusions dans le secteur de la distribution a limité les possibilités à cet égard.

5.320 Le Japon fait valoir que l'argument des Etats-Unis concernant la difficulté des fusions entre les grands détaillants - en raison de la règle qui veut que pour l'examen seule soit considérée la part de marché des grandes surfaces - est malavisé. Même si ces fusions sont facilitées, la superficie totale n'augmentera pas. Il n'y a donc pas de lien entre les réglementations concernant les fusions et les réglementations concernant les grandes surfaces.

5.321 Les Etats-Unis citent l'exemple de l'une des filiales de Daiei qui envisageait de fusionner avec un grand supermarché local et qui a été obligée de restreindre sa participation dans la nouvelle société pour obtenir l'approbation de la JFTC.³²¹ La JFTC avait conclu, en l'espèce, que la fusion créerait un magasin avec une part de marché supérieure à 25 pour cent pour certains produits, ce qui suscitait des appréhensions en relation avec la politique de la concurrence. La JFTC a calculé cette part de marché en retenant une définition du marché n'incluant que les grandes surfaces. Ainsi, elle a établi que le magasin qui naîtrait de la fusion représenterait plus de 25 pour cent du marché du commerce de détail constitué par les grandes surfaces et non du marché du commerce de détail dans son ensemble.³²²

5.322 Les Etats-Unis expliquent que le 24 juillet 1981, la JFTC a formalisé cette analyse du marché dans un nouvel ensemble de lignes directrices applicables au secteur du commerce de détail seulement, lesdites Lignes directrices concernant les fusions dans le commerce de détail. Les lignes directrices définissaient trois types de marché de commerce de détail, classés en fonction des mêmes critères de superficie que ceux utilisés à l'époque dans la Loi sur les grandes surfaces pour distinguer les magasins de la catégorie I, les magasins de la catégorie II et les magasins non visés par la loi. Les trois catégories en question comprenaient les grands magasins (d'une superficie de 1 500 mètres carrés ou plus), les grandes surfaces (d'une superficie de 500 mètres carrés ou plus) et les magasins de marchandises diverses (d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés). Pour l'essentiel, la JFTC

³²¹Investigation Condition of Recent Major Notification (International Contract, Merger, etc.) Kosei Torihiki, No. 398, décembre 1983, pièce n° 83-23 des Etats-Unis.

³²²Distribution Problems and Antimonopoly Law, Yamamoto Takeshi, pages 263-264, pièce n° 96-6 des Etats-Unis.

considérerait qu'à chacune de ces catégories correspondait un marché distinct. Cette définition du marché signifiait qu'une grande surface parviendrait plus facilement à une concentration importante du marché à travers des acquisitions que si le marché était défini comme étant la combinaison des différents types de magasins. Cette politique avait donc pour effet de limiter les possibilités pour les magasins de contourner les restrictions de la Loi sur les grandes surfaces en procédant à des acquisitions plutôt qu'en ouvrant de nouveaux magasins ou en agrandissant des magasins.

f) Modifications de la loi depuis 1990

5.323 De l'avis des Etats-Unis, les révisions de la Loi sur les grandes surfaces et les mesures administratives connexes adoptées de 1973 à 1990 renforçaient pour la plupart la réglementation des grandes surfaces. Depuis 1990, toutefois, le Japon a modifié certaines de ces prescriptions sous la pression des Etats-Unis dans le cadre de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles aux échanges entre le Japon et les Etats-Unis, mais aussi d'autres gouvernements. En 1990 par exemple, le MITI a promulgué une "directive administrative" disposant que le processus d'explication préalable ne devait pas être utilisé "pour obtenir une convention entre le nouveau magasin et les petits et moyens détaillants".³²³ En 1992, le MITI a remplacé le processus d'"explication préalable" par une procédure d'"explication au niveau local".³²⁴ Le MITI a aussi accru la superficie minimum requise pour les magasins de la catégorie I de 1 500 mètres carrés à 3 000 mètres carrés (6 000 mètres carrés dans les villes désignées par ordonnance), porté l'heure de fermeture des magasins de 19 heures à 20 heures et ramené le nombre des jours de fermeture obligatoire de 48 à 24.³²⁵

5.324 Pour les Etats-Unis, cependant, l'obligation faite par la loi de consulter les détaillants locaux continue à conduire à un processus d'ajustement informel qui restreint notablement l'ouverture et l'agrandissement des grandes surfaces. De plus, le Japon continue à appliquer vigoureusement les procédures d'ajustement formel et ces ajustements continuent à entraver l'expansion des grandes surfaces, comme cela était le cas avant les amendements récents. Enfin, la loi continue de s'appliquer aux magasins d'une superficie de plus de 500 mètres carrés (magasins de la catégorie II) contre 1 500 mètres carrés au moment de l'introduction de la loi en 1974.

5.325 Le Japon explique que dans les années 90, le gouvernement japonais a apporté plusieurs réformes successives à la Loi sur les grandes surfaces. En particulier, dans le passé, le processus d'examen et d'ajustement prévu dans la Loi sur les grandes surfaces n'avait pas de limitation de durée stricte et pouvait parfois s'étendre sur des années; mais en 1994 le MITI a promulgué une circulaire stipulant que le processus tout entier - de la notification initiale à la conclusion - ne devrait pas

³²³Directive n° 135, Guidance for Prior Explanation of Builders Carrying out a Notification for a Class I Store, 24 mai 1990, pièce n° 90-4 des Etats-Unis.

³²⁴Selon les Etats-Unis, l'"explication préalable" a été abolie par la Directive n° 24, Local Government Regulations Concerning Store Openings, etc., 29 janvier 1992, et l'"explication au niveau local" a été introduite par la Directive n° 25, Guidance for Local Explanation to Those Who submitted a Notification for New Construction of a Class I Large Scale Retail Store, 29 janvier 1992, pièce n° 90-4 des Etats-Unis. Le Japon fait observer cependant que le terme "jimotosetsumei" devrait être traduit par "réunion d'information publique" plutôt que par "explication au niveau local". Voir problème de traduction n° 14.

³²⁵Ministerial Order No. 33, 1er avril 1994, pièce n° 94-6 des Etats-Unis.

excéder 12 mois.³²⁶ Le délai moyen pour mener à bien le processus est en fait de six mois seulement.³²⁷ En 1994 aussi, le MITI a promulgué une exemption générale du processus normal prévu dans la Loi sur les grandes surfaces pour les magasins d'une superficie de moins de 1 000 mètres carrés.³²⁸ En outre, l'heure limite de fermeture sans obligation de notification est passée de 18 heures (conformément à la Loi sur les grands magasins) à 19 heures en 1990, puis à 20 heures en 1994. Le nombre des jours de fermeture annuelle sans obligation de notification a été ramené de 48 au minimum (conformément aussi à la Loi sur les grands magasins) à 44 en 1990, puis à 24 en 1994. Parallèlement à ces réformes, il y a eu une augmentation spectaculaire du nombre de nouvelles grandes surfaces (voir section VII).

5.326 Pour le Japon, par conséquent, les dispositions de la Loi sur les grandes surfaces sont plus libérales aujourd'hui qu'en 1979 et en 1994, où le champ de la loi avait déjà été étendu aux magasins d'une superficie de plus de 500 mètres carrés. En outre, conformément à la présente Loi sur les grandes surfaces, les grandes surfaces de vente au détail peuvent rester ouvertes jusqu'à 20 heures et fermer 24 jours au minimum par an sans obligation de notification. Conformément à la législation en vigueur au moment des concessions tarifaires de 1979, les grandes surfaces de vente au détail ne pouvaient rester ouvertes que jusqu'à 18 heures et le nombre de leurs jours de fermeture sans obligation de notification était limité à 48 au minimum. La loi est par conséquent incapable de bouleverser les conditions de la concurrence pour les pellicules importées par rapport aux conditions en vigueur au moment des deux séries de concessions tarifaires faites par le Japon pour ce produit (à savoir concessions dans le cadre du Tokyo Round en 1979 et concessions dans le cadre du Cycle d'Uruguay en 1994). De plus, la Loi sur les grandes surfaces est plus libérale aussi que celle qui la précédait, la Loi de 1967 sur les grands magasins. Premièrement, la nouvelle loi a institué un système de notification et de coordination alors que l'autre loi prévoyait un système d'autorisation. Deuxièmement, la nouvelle loi mentionne expressément la protection des intérêts des consommateurs parmi les objectifs de la législation alors que l'autre loi ne contenait pas de considération similaire. Troisièmement, conformément à la nouvelle loi, les grandes surfaces de vente au détail peuvent rester ouvertes jusqu'à 20 heures et fermer 24 jours au minimum par an sans aucune obligation, alors que conformément à l'autre loi les grands détaillants ne pouvaient rester ouverts que jusqu'à 18 heures et que le nombre de leurs jours de fermeture sans autorisation était limité à 48 au minimum.³²⁹ De plus, conformément à la Loi sur les grandes surfaces et comme il a été indiqué plus haut, environ 96 pour

³²⁶Handling Procédures for the Enforcement of the Law Concerning the Adjustment of Retail Business Operations at Large Scale Retail Stores, Sankyoku, n° 97, publié par la Direction générale du MITI, 1er avril 1994, section 1), pièce n° C-6 du Japon.

³²⁷Chiffres compilés sur la base d'une notification du MITI, Division du secteur de la distribution, Bureau de la politique industrielle, pour l'exercice financier 1995.

³²⁸Standards for Evaluating Probabilty under Article 7, Paragraphs 1 and 4 of the Large Stores Law (ci-après: "Normes en matière de probabilité"), Sankyoku, n° 96, publié par la Direction générale du MITI, 1er avril 1994, section I 2) iii), pièce n° C-7 du Japon.

³²⁹Du point de vue du champ des services de vente au détail réglementés, le Japon dit qu'il n'est pas établi laquelle des deux lois est la plus restrictive. D'une part, la Loi sur les grandes surfaces réglemente les magasins de détail dont l'espace consacré à la vente au détail est supérieur à 500 mètres carrés, alors qu'elle n'impose pas de réglementation concernant l'ouverture et les activités des magasins de détail ayant un espace consacré à la vente au détail ne dépassant pas le seuil. En outre, dans la pratique, il est peu probable qu'un ajustement soit imposé à des magasins de détail ayant un espace consacré à la vente au détail inférieur à 1 000 mètres carrés. D'autre part, la Loi sur les grands magasins ne réglementait que les activités des détaillants exploitant davantage qu'un magasin de détail avec un espace consacré à la vente au détail supérieur à 1 500 mètres carrés, alors qu'elle réglementait tous les magasins de détail qui étaient exploités par ces détaillants (pièces n° C-1 et C-3 du Japon).

cent des projets faisant l'objet d'une notification sont réalisés³³⁰, alors que dans le cadre de la Loi sur les grands magasins 84 pour cent seulement des demandes avaient été agréées et concrétisées.³³¹ La Loi sur les grandes surfaces est donc plus libérale que la Loi sur les grands magasins ne l'était au moment des concessions tarifaires du Kennedy Round.

5.327 Les Etats-Unis répondent que l'affirmation du Japon selon laquelle le fonctionnement actuel de la Loi sur les grandes surfaces ne restreint pas rigoureusement l'expansion des grandes surfaces est démentie par des études récentes du Japon lui-même, qui aboutissaient à la conclusion inverse. Ces études montrent que le MITI et les préfets exigent des réductions de superficie notables des nouveaux magasins proposés et que le nombre des réductions de superficie imposées est en hausse. De plus, en 1995 une étude de la JFTC a établi que certaines administrations locales imposent leurs propres lignes directrices pour les ouvertures de magasins et que "ceux qui projettent d'ouvrir des magasins restent assujettis à un fardeau déraisonnable sous la forme de demandes de présentation de projets très détaillés pour l'ouverture de magasins et autres demandes déraisonnables". Enfin, il ressort des études du gouvernement japonais que beaucoup de grandes surfaces se sentent tenues de négocier des ajustements informels avec les détaillants locaux pour s'assurer qu'ils ne s'opposent pas à leur projet de magasin dans le cadre du processus d'examen. En conséquence, la JFTC constatait en 1995 que "ceux qui projettent d'ouvrir un magasin sont injustement empêchés d'ouvrir de nouveaux magasins et de développer librement une activité commerciale".

6. AJUSTEMENTS FORMELS ET INFORMELS

5.328 Du point de vue des Etats-Unis, la procédure d'ajustement formel conjuguée aux ajustements résultant des consultations avec les détaillants locaux fait que les grandes surfaces réduisent leur superficie ou leurs heures ou leurs jours d'ouverture dans un nombre important de cas.

a) Ajustements dans le cadre de procédures formelles

5.329 Selon les Etats-Unis, le MITI et les préfets imposent un ajustement à la baisse de la superficie dans une proportion importante de notifications. Plus le magasin est grand, plus il a tendance à se voir imposer un ajustement à la baisse et plus l'ajustement recommandé est important. Selon les données du gouvernement japonais, pendant la période 1992-1995:

- pour les magasins de la catégorie I, le MITI a ordonné des réductions de superficie dans 45 pour cent des cas;
- pour les magasins de la catégorie II, les préfets ont ordonné des réductions de superficie dans 10 pour cent des cas; et
- pour les magasins de la catégorie I et de la catégorie II combinées, les autorités chargées de l'examen ont ordonné des ajustements de superficie dans 29 pour cent des cas.³³²

Il ressort des données du gouvernement japonais tirées des rapports des bureaux régionaux du MITI que l'ampleur des réductions de superficie est importante. Pour les magasins de la catégorie I, les

³³⁰Chiffres compilés sur la base des notifications par le MITI, Bureau de la politique industrielle, Division du secteur de la distribution.

³³¹Hyakkatenhorei no Kaisetsu (Guidebook of Department Store Law), Commercial Division, MITI, 1956, page 65, pièce n° C-9 du Japon.

³³²Statistiques officielles communiquées au gouvernement des Etats-Unis par le gouvernement japonais dans une lettre du 10 décembre 1996.

réductions moyennes de superficie allaient de 15 à 50 pour cent. Pour les magasins de la catégorie II, les réductions moyennes en général allaient de 3 à 30 pour cent.³³³

5.330 Les Etats-Unis font encore valoir que, selon les données analysées par le Conseil pour la recherche sur la réglementation gouvernementale et la politique de la concurrence dépendant de la JFTC, l'ampleur moyenne des réductions de superficie ordonnées au titre de la Loi sur les grandes surfaces a notoirement augmenté ces dernières années. De 1988 à 1990, il a été ordonné aux propriétaires d'hypermarchés de réduire l'espace consacré à la vente pour les magasins qu'ils projetaient de 13 pour cent en moyenne pour obtenir l'approbation voulue. En 1994, ce chiffre moyen était passé à 22,6 pour cent.³³⁴ Les Etats-Unis présentent des exemples individuels montrant l'ampleur des réductions de superficie imposées aux grands détaillants et les contraintes correspondantes.³³⁵ D'après ces statistiques agrégées et ces exemples, il est indiscutable selon les Etats-Unis que les dispositions de la Loi sur les grandes surfaces relatives aux ajustements de superficie forcent les grands détaillants à réduire notablement la taille du magasin pour obtenir l'approbation de la construction ou de l'agrandissement d'une grande surface.

5.331 Le Japon rétorque, toutefois, que les Etats-Unis présentent de façon essentiellement fallacieuse le fonctionnement de la Loi sur les grandes surfaces. En appelant l'attention sur les exceptions isolées à la pratique générale, ils laissent entendre que toutes les grandes surfaces font l'objet de restrictions, alors qu'en réalité pour la grande majorité d'entre elles - 80 pour cent - tout le processus se déroule sans que l'espace qu'il est prévu d'y consacrer à la vente au détail doive être en quoi que ce soit modifié.

5.332 Le Japon fait valoir qu'il importe de garder le processus d'ajustement général prévu dans la Loi sur les grandes surfaces dans son contexte. Pour avoir un tableau clair des modalités de fonctionnement effectives de la loi, le Japon demande au Groupe spécial de focaliser son attention sur

³³³MCA Survey, page 3, pièce n° 95-15 des Etats-Unis.

³³⁴Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, page 19, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.

³³⁵Les Etats-Unis citent les exemples suivants:

- les réductions de superficie pour une importante chaîne de magasins à succursales se sont aggravées depuis le début des années 70, bien que l'espace consacré à la vente demandé par celle-ci ait diminué de 9,3 pour cent par an. En 1992, trois de ses magasins ont dû réduire leur superficie de vente proposée de 43 pour cent, 53 pour cent et 63 pour cent. En 1996, le détaillant X a renoncé à ses projets de construction d'un magasin après avoir fait l'objet d'une décision d'ajustement lui enjoignant d'en réduire la superficie dans une proportion prohibitive de 39 pour cent;
- les réductions de superficie pour l'un des principaux supermarchés du pays ont été substantiellement aggravées ces deux dernières années. En 1994, il a été ordonné au détaillant Y de réduire la superficie des nouveaux magasins de 15,1 pour cent en moyenne. En 1995, ce chiffre moyen est passé à 27,1 pour cent. Les données pour le premier semestre de 1996 indiquent une réduction de superficie moyenne de 24,2 pour cent, les réductions en question atteignant pour deux magasins de Kyoto 48,8 et 66,9 pour cent;
- à Kyoto, le Conseil des grandes surfaces a demandé à un supermarché de ramener la superficie d'un nouveau magasin de 6 368 mètres carrés, ce qui était demandé, à 2 500 mètres carrés, soit une diminution de 61 pour cent;
- le Conseil des grandes surfaces a recommandé que Daiei réduise la superficie d'un magasin de 59 pour cent, en la ramenant des 17 000 mètres carrés proposés à 7 000 mètres carrés. En janvier 1996, Daiei a présenté un recours devant le Bureau régional du MITI, expliquant qu'elle ne pouvait pas maintenir des stocks suffisants avec une superficie aussi restreinte. En mars 1996, sans modifier la décision le MITI a promulgué un arrêté enjoignant à Daiei de se conformer à la décision du Conseil des grandes surfaces.

deux éléments: 1) la proportion de cas où il est effectivement recouru aux mécanismes d'ajustement et 2) quand il y est recouru, l'ampleur des ajustements qui sont effectivement recommandés.

5.333 Entre l'exercice financier 1992 et l'exercice financier 1995, sur 5 679 notifications, 4 513 - environ 80 pour cent - n'ont donné lieu à aucun ajustement de l'espace consacré à la vente au détail.³³⁶ En d'autres termes, le simple fait que le processus prévu dans la Loi sur les grandes surfaces soit appliqué ne signifie pas qu'il y aura automatiquement un ajustement. Au contraire, la plupart des magasins ne font l'objet d'aucun ajustement.

5.334 La loi actuelle est rarement appliquée, en particulier, aux magasins ayant un espace consacré à la vente au détail de moins de 1 000 mètres carrés. Ces magasins sont exemptés du processus normal sauf si des autorités municipales ou une Chambre de commerce et d'industrie (ou le cas échéant une Association de commerce et d'industrie) demandent qu'un projet notifié soit examiné par le Conseil des grandes surfaces de vente au détail et si l'autorité administrante constate que le magasin n'est pas comparable aux autres magasins dans le voisinage du point de vue de son heure de fermeture et de son nombre de jours de fermeture.³³⁷ De mai 1994 à avril 1996, sur 2 280 nouveaux magasins ayant un espace consacré à la vente au détail inférieur à 1 000 mètres carrés, 66 seulement, soit 2,9 pour cent, ont dû se conformer au processus normal prévu dans la Loi sur les grandes surfaces.³³⁸

5.335 Même quand il y a des ajustements, ceux-ci sont généralement modestes. L'application concrète de la Loi sur les grandes surfaces montre combien ces ajustements ont été limités dans la pratique:³³⁹

- pour l'espace consacré à la vente au détail, 20,5 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement. Pour les magasins ayant fait l'objet d'un ajustement, l'ajustement moyen a été seulement une réduction de 24 pour cent de l'espace consacré à la vente au détail³⁴⁰;
- pour la date de l'ouverture, seulement 2,8 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement. Pour les magasins ayant fait l'objet d'un ajustement, l'ouverture a été retardée en moyenne d'environ 4,5 mois et jamais elle n'a été retardée de plus de 12 mois;
- pour les heures de fermeture, le problème de l'ajustement n'est posé que si le magasin souhaite rester ouvert au-delà de 20 heures. Sinon, les autorités n'ont même pas besoin d'être notifiées. Seulement 24 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement;

³³⁶Chiffres compilés sur la base des notifications par le MITI, Bureau de la politique industrielle, Division du secteur de la distribution.

³³⁷Probabilities Standards, section 1, paragraphe 4, pièce n° C-7 du Japon.

³³⁸Le Japon note que, sur ce petit nombre, seul un sous-groupe (34 cas, soit 1,5 pour cent) a fait l'objet d'un quelconque ajustement à l'issue du processus.

³³⁹Les données concernant les heures et les jours de fermeture des magasins couvrent la période de mai 1994 à mars 1996, alors que les données concernant la date de l'ouverture et l'espace consacré à la vente au détail couvrent la période allant de l'exercice financier 1992 à l'exercice financier 1995.

³⁴⁰Le Japon note que, bien que les Etats-Unis citent quelques exemples d'ajustements importants de l'espace consacré à la vente au détail, les restrictions aussi fortes sont exceptionnelles. Durant la période allant de l'exercice financier 1992 à l'exercice financier 1995, il n'a été apporté des réductions de plus de 50 pour cent de l'espace consacré à la vente au détail que dans 67 cas seulement - soit 2 pour cent de l'ensemble des notifications.

- pour les jours de fermeture du magasin, le problème de l'ajustement n'est posé que si le magasin souhaite fermer moins de 24 jours par an, soit essentiellement deux fois par mois. Sinon, les autorités n'ont même pas à être notifiées. Seulement 27 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement.

5.336 Selon le Japon, le taux de réduction de l'espace consacré à la vente au détail de 29 pour cent cité par les Etats-Unis est une exagération du taux réel et dissimule une évolution dans le temps à la baisse. Ce chiffre tiré du rapport de la MCA cité par les Etats-Unis ne se réfère qu'aux six sections du MITI et aux six préfectures visées dans le rapport de l'Agence de gestion et de coordination. Bien que les données des Etats-Unis soient techniquement correctes, les données à l'échelle du pays reflètent de façon plus appropriée la situation d'ensemble. Les taux moyens de réduction de l'espace consacré à la vente au détail, calculés sur la base des cas où il a été apporté un ajustement, sont présentés ci-dessous.³⁴¹ Il est probable que le taux de réduction moyen pour l'ensemble des notifications sera très inférieur³⁴²:

Taux moyen de réduction de l'espace consacré à la vente
au détail pour les grandes surfaces

	<u>1992</u>	<u>1993</u>	<u>1994</u>	<u>1995</u>
Catégorie I	27,7	27,5	24,5	22,3
Catégorie II	19,9	25,9	20,6	20,4
Total	24,6	26,9	23,6	22,0

5.337 Le Japon soutient encore que la Loi sur les grandes surfaces n'impose pas des procédures particulièrement lourdes. Le délai moyen pour l'examen au titre de la loi n'est plus maintenant que de six mois.³⁴³ De plus, les coûts liés au processus ne sont pas un obstacle substantiel à l'entrée.

b) Effet persistant des mesures au niveau local

5.338 Les Etats-Unis font valoir que la Loi sur les grandes surfaces est complétée par des ordonnances et réglementations aux niveaux préfectoral et local qui imposent une notification et un "ajustement" aux moyennes et grandes surfaces de vente au détail qui projettent d'ouvrir ou d'agrandir un point de vente au détail. Plusieurs juridictions locales au Japon continuent d'appliquer de telles mesures. La Loi sur les grandes surfaces reconnaît expressément l'existence de ces mesures au niveau

³⁴¹Selon le Japon, contrairement aux allégations des Etats-Unis, le taux de réduction de l'espace consacré à la vente au détail a diminué. Les données utilisées dans le rapport du groupe d'étude spécial de la JFTC cité par les Etats-Unis ne se rapportent qu'aux "cas où les délibérations du Conseil des grandes surfaces de vente au détail ont abouti, en fonction du moment des notifications au titre de l'article 3 des supermarchés visés", comme indiqué dans l'appendice au présent rapport (cinq supermarchés ont été pris en compte dans l'étude). Si ces données ne constituent pas nécessairement une base inappropriée pour la préparation par un tel groupe d'étude spécial d'un rapport à l'intention des autorités, il est certainement inapproprié de les utiliser comme pièces dans le cadre d'une procédure d'enquête arbitrale. Le rapport de la MCA appelle la même remarque.

³⁴²Le Japon conteste que le taux moyen de réduction reflète le degré des restrictions. Selon lui, les cas cités par les Etats-Unis sont exceptionnels.

³⁴³Données établies par le MITI, Division du secteur de la distribution, Bureau de la politique industrielle, sur la base des notifications au titre de l'article 3.

local et plutôt que de les interdire elle exige simplement qu'elles "respectent l'intention" de la Loi sur les grandes surfaces.³⁴⁴ D'après les Etats-Unis, ces mesures au niveau local constituent un autre moyen pour les autorités gouvernementales d'imposer des ajustements aux grandes surfaces et pour les détaillants locaux d'obtenir à titre informel des concessions des grandes surfaces.

5.339 Selon les Etats-Unis, le Conseil de la JFTC a établi qu'en mars 1995 un certain nombre d'administrations locales imposaient encore, concernant les ouvertures de magasin, des lignes directrices écrites dites réglementations "additionnelles" ou "supplémentaires" qui leur sont propres et qui se situent au-delà du champ et des prescriptions de la Loi sur les grandes surfaces, puisqu'elles s'appliquent aux magasins d'une superficie de moins de 500 mètres carrés.³⁴⁵ Il concluait ceci:

"[C]es réglementations excessives et les "directives administratives" non transparentes des administrations locales et des entités publiques font que ceux qui projettent d'ouvrir des magasins restent assujettis à des contraintes déraisonnables sous la forme de demandes de présentation de projets très détaillés pour l'ouverture de magasins et autres demandes similaires."³⁴⁶

5.340 Le rapport du Conseil de la JFTC établissait aussi que certaines administrations locales ont de prétendues réglementations "additionnelles" qui s'ajoutent aux prescriptions de la Loi sur les grandes surfaces. Le Conseil citait, à titre d'exemples, l'obligation de procéder à des consultations avec les administrations locales et d'"expliquer aux administrations locales un programme spécifique en vue de la coexistence et de la prospérité commune avec les détaillants locaux".³⁴⁷ L'enquête de 1995 de l'Agence de gestion et de coordination a abouti à des constatations similaires.³⁴⁸

5.341 Les réglementations locales ont, comme le concluait le Conseil de la JFTC, "résulté en un allongement du délai d'ajustement en relation avec l'ouverture du magasin et à un manque de transparence dans le processus d'ajustement, avec dans certains cas des handicaps notables pour l'ouverture de nouvelles grandes surfaces de vente au détail".³⁴⁹ Les "ajustements" intervenant conformément à ces mesures au niveau local alourdissent les contraintes supportées par les grandes surfaces. Les mesures offrent aussi aux détaillants locaux une autre opportunité d'imposer des prescriptions aux grandes surfaces pour que celles-ci puissent satisfaire au processus réglementaire sans soulever d'objection.

5.342 Le Japon rétorque qu'en se fondant sur l'autorité que lui confère l'article 15-5 de la Loi sur les grandes surfaces le MITI a en réalité fait des efforts importants ces dernières années pour veiller à ce

³⁴⁴Loi sur les grandes surfaces, article 15-5, pièce n° 74-4 des Etats-Unis.

³⁴⁵Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, page 23, pièce n° 95-11 des Etats-Unis. Le Japon conteste l'interprétation que font les Etats-Unis du rapport du groupe d'étude spécial de la JFTC. Voir problème de traduction n° 12.

³⁴⁶Ibid.

³⁴⁷Ibid.

³⁴⁸MCA Survey, page 61, pièce n° 95-15 des Etats-Unis. Le Japon conteste l'interprétation par les Etats-Unis de l'enquête de la MCA. Voir problème de traduction n° 12.

³⁴⁹Ibid., page 17.

que les réglementations locales additionnelles ne soient ni excessives ni incompatibles avec la Loi sur les grandes surfaces. Le Japon note que la constitution et la législation nationale prévoient que les administrations locales arrêteront les réglementations, mais qu'elles ne permettent pas aux administrations locales d'arrêter des réglementations allant au-delà des dispositions de la législation nationale. En 1989, une enquête du MITI a révélé plus de 400 réglementations locales additionnelles jugées excessives.³⁵⁰ Le MITI a ordonné des mesures correctives et en 1993 toutes les mesures au niveau local contestées avaient été mises en conformité avec la législation nationale. En 1992, la Loi sur les grandes surfaces elle-même a été amendée de manière à y stipuler explicitement que les réglementations locales additionnelles devaient "respecter l'esprit et les intentions" de la loi.³⁵¹ Le Japon soutient également que les enquêtes auxquelles les Etats-Unis se sont référés ne sont pas représentatives des conditions actuelles.

5.343 Le Japon explique encore qu'en 1994 le MITI a créé dans toutes ses sections des bureaux de médiation pour recevoir les plaintes concernant les réglementations locales excessives et prendre des mesures correctives.³⁵² La présentation que font les Etats-Unis des réglementations locales n'est donc pas conforme à la réalité actuelle.³⁵³ De toute manière, le nombre record des nouvelles notifications et des ouvertures de grandes surfaces confirme que ni la loi nationale ni les mesures au niveau local ne restreignent la croissance des grandes surfaces.

5.344 Les Etats-Unis donnent des exemples de cas récents où des mesures au niveau local ont été appliquées pour restreindre la taille et les activités de magasins de vente au détail.³⁵⁴

c) Procédures informelles au titre de la Loi sur les grandes surfaces

5.345 Les Etats-Unis font valoir que la procédure formelle établie par la Loi sur les grandes surfaces et les mesures administratives et mesures au niveau local connexes ne sont que le sommet de l'iceberg. Beaucoup de grandes surfaces se sentent tenues de négocier des ajustements informels avec les petits et moyens détaillants locaux pour s'assurer que ces détaillants ne feront pas opposition à leur magasin dans le cadre du processus d'examen formel. Ce processus d'ajustement informel encourage à son tour la négociation et la signature entre concurrents de conventions qui restreignent les activités commerciales et la compétitivité au niveau des prix des grandes surfaces. Bien que ces conventions anticoncurrentielles soient techniquement des conventions "de gré à gré", les mécanismes de la Loi sur les grandes surfaces et des mesures au niveau local font que les grands détaillants doivent

³⁵⁰Il serait admissible "d'ajouter des procédures accessoires qui aident à réaliser les ajustements d'une manière harmonieuse et appropriée". Additional Local Regulations on New Store Openings, etc. by Local Governments, Sankyoku, No. 24, publié par la Direction générale du MITI, 29 janvier 1992 (ci-après "Circulaire sur les réglementations locales additionnelles"), pièce n° C-13 du Japon.

³⁵¹Loi sur les grandes surfaces, article 15-5, pièce n° C-1 du Japon.

³⁵²Establishment of Ombudsman on Additional Local Regulations Etc. on New Stores Openings by Local Governments Sankyoku No. 92, document publié par la Direction générale du MITI, 9 avril 1994, pièce n° C-14 du Japon.

³⁵³Selon le Japon, les exemples cités par les Etats-Unis ne sont pas à première vue incompatibles avec la législation nationale. De plus, le Japon soutient qu'il a réagi de façon appropriée en ce qui concerne les réglementations locales pour les magasins de taille moyenne mentionnées dans le rapport de la MCA après avoir examiné le texte des réglementations à la lumière du document Additional Local Regulations Circular, pièce n° C-13 du Japon.

³⁵⁴Arrangement Letter and Agreements between a New Retail Store and the Local Shopping Center Association, 1996, pièce n° 93 des Etats-Unis.

pratiquement passer de telles conventions, du moins dans les régions où le processus d'examen formel est particulièrement strict.

5.346 Les Etats-Unis soutiennent que la Loi sur les grandes surfaces offre aux détaillants locaux une triple opportunité d'imposer des "ajustements" informels et formels visant les projets de construction de grandes surfaces ou d'agrandissement de grandes surfaces. La première est le processus d'ajustement dans le cadre de l'"explication préalable"³⁵⁵, qui peut précéder la notification au titre de l'article 3 par le constructeur de son intention de construire une nouvelle grande surface ou d'agrandir une grande surface. La deuxième est un processus d'"explication au niveau local", qui intervient après la présentation par le constructeur ou le détaillant d'une notification au titre de l'article 3, mais avant la présentation par eux d'une notification au titre de l'article 5. La troisième est le processus d'examen par le Conseil des grandes surfaces, qui intervient après la présentation par le détaillant d'une notification au titre de l'article 5 de son intention d'ouvrir une nouvelle grande surface ou d'agrandir une grande surface.

i) "Explications préalables"

5.347 Les Etats-Unis font valoir que bien que le MITI ait abrogé en 1992 sa "directive administrative" obligeant le constructeur d'un nouveau magasin à consulter les détaillants locaux et à obtenir leur consentement avant de présenter une notification au titre de l'article 3 engageant des procédures formelles conformément à la Loi sur les grandes surfaces, il a été établi dans une enquête de 1995 de l'Agence de gestion et de coordination (MCA) que les bureaux régionaux du MITI et certains préfets indiquent et conseillent encore aux grands détaillants de fournir aux administrations centrale, préfectorales et locales ainsi qu'à la Chambre de commerce des explications sur leurs projets d'ouverture de magasins avant de présenter une notification au titre de l'article 3.³⁵⁶ Les détaillants ayant répondu à l'enquête de la MCA ont indiqué qu'ils fournissent effectivement de telles explications et que, parfois, ils sont forcés de passer des conventions avec les détaillants locaux dans le cadre de ce processus pour s'assurer que leur notification formelle suivra son cours sans heurt.³⁵⁷

5.348 Le Japon répond que les citations relatives aux décisions prises par le MITI dans le passé qui encourageaient prétendument les négociations entre les initiateurs d'un projet de grande surface et les détaillants locaux n'entrent pas en ligne de compte puisque toutes ces mesures ont été abrogées en 1992.³⁵⁸ Il n'y a plus d'"ajustement préalable" ou d'"explication préalable" et il n'y a plus d'Office des ajustements du commerce. Depuis 1992, le MITI a fait des efforts constants pour corriger la pratique consistant à prescrire une "explication préalable". Les exemples d'"explication préalable" décrits dans le rapport de la MCA sont des cas rares et le MITI a déjà demandé à ses services pertinents et aux préfets de cesser d'émettre des avis demandant une "explication préalable". Dans le cas où un tel avis serait émis, le MITI prendrait les mesures appropriées sans délai.

³⁵⁵JFTC Report, pages 15-16. MCA Survey, pages 24-25, pièce n° 95-15 des Etats-Unis.

³⁵⁶MCA Survey, page 31; Directive n° 93, 1er avril 1994, pièce n° 94-7 des Etats-Unis.

³⁵⁷Ibid. Voir aussi Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, pages 15-18.

³⁵⁸Instructing Parties Filing Notifications of New Type-I Large Scale Retail Stores, etc., to Hold Public Briefing, Sankyoku, Nos. 25 and 26, document publié par la Direction générale du MITI, 29 janvier 1992 (ci-après, collectivement, "Circulaires de 1992 sur les réunions publiques d'information"), pièce n° C-17 du Japon.

ii) "Explications au niveau local"

5.349 La deuxième opportunité offerte aux détaillants d'imposer un ajustement informel, selon les Etats-Unis, suit la notification formelle au titre de l'article 3. Une directive du MITI donne spécifiquement pour instruction aux bureaux régionaux du MITI et aux préfets de demander aux détaillants de fournir aux parties intéressées au niveau local une explication de leurs projets dans un délai de quatre mois après la présentation de la notification au titre de l'article 3.³⁵⁹ Selon l'enquête de 1995 de la MCA, les entités gouvernementales désignent en général les localités et les associations auxquelles ces explications doivent être données.³⁶⁰ L'enquête de la MCA révélait que de 1992 à 1994, le nombre des organisations désignées pour recevoir des explications a été en moyenne de quatre à 13, avec un pic de 180.³⁶¹ La MCA, qui a également enquêté sur les coûts de ces explications, a établi que les grands détaillants dépensaient des centaines de milliers de yen pour fournir les explications et que, dans certains cas, les coûts dépassaient 3 millions de yen.³⁶²

5.350 Pour les Etats-Unis, le MITI a encore légitimé le processus d'explication au niveau local en indiquant dans une directive que les explications au niveau local "servent de contribution en vue des délibérations du Conseil des grandes surfaces".³⁶³ Comme le MITI doit tenir compte des recommandations du Conseil concernant les "ajustements", les détaillants locaux, au stade de l'"explication au niveau local" au titre de l'article 3, ont un moyen direct d'influencer la décision du MITI quant à l'imposition ou non d'"ajustements" au grand détaillant après la notification ultérieure au titre de l'article 5. Ainsi, les explications au niveau local fournissent aux détaillants locaux un moyen d'obtenir des concessions de la grande surface hors du cadre du processus formel et elles incitent le grand détaillant à apaiser les détaillants locaux pour s'assurer de pouvoir mener à bien son projet, même sous une forme restreinte.

5.351 Le Japon soutient que tout ce qui est exigé est que l'initiateur du projet de grande surface tienne une "réunion publique d'information"³⁶⁴ après la notification au titre de l'article 3 (construction de nouveau magasin) mais avant la notification au titre de l'article 5 (ouverture de nouveau magasin). La "réunion publique d'information (après les notifications au titre de l'article 3) est nécessaire pour préciser le contenu du projet d'ouverture de magasin aux petits et moyens détaillants et aux consommateurs dans le voisinage du site du magasin, ce qui facilite les délibérations du Conseil des grandes surfaces de vente au détail" en aidant les parties intéressées au niveau local à comprendre le projet et à présenter des observations le concernant.³⁶⁵ La circulaire pertinente du MITI indique expressément que l'objectif de la réunion publique d'information est "non de rechercher leur

³⁵⁹Directive n° 93, 1er avril 1994, pièce n° 94-7 des Etats-Unis.

³⁶⁰MCA Survey, page 31, pièce n° 95-15 des Etats-Unis.

³⁶¹Ibid., page 35.

³⁶²Ibid., page 41.

³⁶³Section 1, Directive n° 93, 1er avril 1994, pièce n° 94-7 des Etats-Unis.

³⁶⁴Dans les communications des Etats-Unis, il est fait référence à la "réunion publique d'information" comme à une "explication au niveau local". Voir problème de traduction n° 14.

³⁶⁵Instructing Parties Filing Notifications of New Type-I Large Scale Retail Stores etc. to Hold Public Briefing (ci-après "Circulaires de 1994 sur les réunions publiques d'information"), Sankyoku, Nos. 93 and 94, document publié par la Direction générale du MITI, 1er avril 1994, section 1, pièce n° C-18 du Japon.

consentement, etc."³⁶⁶ Le Japon note aussi que les Etats-Unis exagèrent le coût que les grandes surfaces doivent assumer en relation avec le processus de réunion publique d'information.³⁶⁷

iii) Examen par le Conseil des grandes surfaces

5.352 Les Etats-Unis soutiennent aussi que la troisième opportunité offerte aux détaillants locaux d'imposer des ajustements intervient dans le cadre de l'examen par le Conseil des grandes surfaces. L'enquête de la MCA a établi que dans la majorité écrasante des cas les autorités désignent les chambres de commerce et les associations professionnelles locales comme parties principales ou seules parties appelées à communiquer des vues au Conseil des grandes surfaces. Selon l'enquête, dans 99,2 pour cent des cas les recommandations du Conseil des grandes surfaces étaient fondées directement sur les vues des chambres de commerce ou des associations professionnelles locales du lieu où le magasin devait être ouvert.³⁶⁸

5.353 Les Etats-Unis se réfèrent au rapport présenté à la JFTC en juin 1995 par son Conseil pour la recherche sur la réglementation gouvernementale et la politique de la concurrence et en extraient une citation selon laquelle l'examen par le Conseil des grandes surfaces d'une notification concernant une grande surface "peut aisément refléter les vues des détaillants locaux".³⁶⁹ Selon le Conseil de la JFTC, "les détaillants locaux existants restent des membres influents de ces organisations" et qui plus est "les représentants des consommateurs et les experts [siégeant au Conseil] ont des liens étroits avec les détaillants locaux".³⁷⁰ Le rapport concluait que, pour éviter que les Conseils des grandes surfaces recommandent des ajustements substantiels, les grands détaillants engagent des négociations avec les détaillants locaux.³⁷¹ Le rapport constatait aussi que dans certains cas le MITI a lui-même forcé des grands détaillants à négocier avec des détaillants locaux en relation avec une notification au titre de l'article 3 et avec le processus d'explication au niveau local:

"Avant la notification au titre de l'article 3, il apparaît que dans des cas assez nombreux, ceux qui projettent d'ouvrir un magasin fournissent non seulement des explications sur le schéma de projet, mais ce qui équivaut effectivement à un "ajustement".

³⁶⁶Ibid.

³⁶⁷Même si l'on prend pour base la plus importante somme signalée, à savoir 3 400 000 yen, ce montant représente moins de 0,5 pour cent du chiffre d'affaires d'une seule année d'une grande surface de plus de 20 000 mètres carrés. La somme ne représente qu'une fraction infime des coûts de démarrage initiaux d'une grande surface. Données tirées de Census of Commerce: Statistics on Large Scale Retail Stores (Retailers), août 1996, pages 10-11, pièce n° C-8 du Japon.

³⁶⁸MCA Survey, page 50, pièce n° 95-15 des Etats-Unis.

³⁶⁹Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, page 17, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.

³⁷⁰Ibid. Selon le Japon, les Etats-Unis laissent entendre de façon fallacieuse que, dans le rapport du groupe d'étude spécial de la JFTC, l'expression "ces organisations" désigne le "Conseil des grandes surfaces de vente au détail". Or, selon le Japon, il ressort clairement du texte du rapport que l'expression "ces organisations" désigne la "Chambre de commerce et d'industrie". Voir problème de traduction n° 15.

³⁷¹Ibid., pages 20-21.

[C]ertains grands supermarchés ont fait remarquer: 1) qu'ils ont été obligés de fournir quantité d'explications (à 45 organisations même dans un cas); 2) qu'ils ont été forcés de modifier la méthode de présentation de l'explication selon chaque organisation à qui elle était destinée; 3) que certains bureaux locaux du MITI leur ont demandé oralement de préparer le terrain en suivant les règles ou usages locaux; et 4) qu'ils ont été contraints à ce qui équivalait à un processus d'ajustement parce que les détaillants locaux existants demandaient une convention, etc. Il apparaît donc que ceux qui projettent d'ouvrir un magasin restent assujettis à des contraintes imprévisibles et excessives."³⁷²

5.354 Le Japon fait valoir que, somme toute, seuls des critères objectifs sont utilisés pour déterminer la nécessité d'un ajustement au titre de la Loi sur les grandes surfaces; la loi n'impose aucune sorte de négociation entre l'initiateur d'un projet de magasin et les détaillants locaux.³⁷³ Les procédures exigent la prise en compte de toutes les opinions, ce qui assure un processus loyal et impartial.

5.355 Le Japon explique encore que le Conseil des grandes surfaces de vente au détail est organisé de manière à assurer l'équité de la procédure. Les membres du Conseil, qui sont des personnes neutres qualifiées et expérimentées, sont choisis et nommés par le Ministre du commerce extérieur et de l'industrie. Aucun détaillant n'en est membre. L'affirmation des Etats-Unis selon laquelle le processus prévu dans la Loi sur les grandes surfaces est contrôlé par les petits et moyens détaillants n'est pas confirmée par la composition du Conseil des grandes surfaces. La Loi sur les grandes surfaces ne ménage donc pas aux détaillants locaux l'opportunité d'"obtenir des concessions" à chaque étape du processus; le Conseil applique des normes objectives pour arriver à une décision neutre et non biaisée.

5.356 Les Etats-Unis soutiennent encore que les ajustements informels ont aussi conduit à exiger des grands détaillants une "contribution financière". Le Conseil de la JFTC a établi que dans certains cas les exploitants de nouveaux magasins ont été forcés de verser aux détaillants locaux une contribution financière, "qualifiée de "cotisation" ou "contribution au fonds de modernisation"³⁷⁴. L'enquête de la MCA a abouti à des constatations similaires concernant le versement par des grands détaillants de "contributions financières" ou de cotisations aux associations professionnelles de la zone commerciale locale.³⁷⁵ Ces constatations démontrent le pouvoir dont disposent les détaillants locaux lorsque de grands détaillants s'efforcent d'établir des grandes surfaces qui leur font concurrence. Pour les Etats-Unis, le processus prévu dans la Loi sur les grandes surfaces garantit virtuellement que les détaillants locaux forceront les grands détaillants à ajuster à la baisse leurs projets d'activité commerciale.

5.357 Le Japon rétorque que la loi ne contient pas de prescription forçant ceux qui ouvrent des magasins à négocier avec les détaillants locaux, ce qui permettrait à ces derniers d'obtenir d'une nouvelle grande surface des concessions onéreuses considérées comme le prix à payer pour être autorisés à ouvrir ce magasin. Si tant est que des réglementations locales aboutissant à l'imposition

³⁷²Ibid., page 16 (non souligné dans l'original).

³⁷³Voir Deliberation Procedures, sections II et III, pièce n° C-4 du Japon.

³⁷⁴Ibid.

³⁷⁵MCA Survey, page 42, pièce n° 95-15 des Etats-Unis.

d'une telle obligation contrairement à la politique déclarée du gouvernement japonais existent, les mesures correctives appropriées ont été prises et continueront d'être prises.³⁷⁶

7. IMPACT DES AJUSTEMENTS DE SUPERFICIE ET DES RESTRICTIONS D'ACTIVITE SUR LA CROISSANCE DES GRANDES SURFACES

5.358 Les Etats-Unis soutiennent que les ajustements concernant la date de l'ouverture, la superficie et les jours et les heures de fermeture ont pour effet de restreindre la croissance des grandes surfaces au Japon.

5.359 Date de l'ouverture - Les Etats-Unis font valoir que durant le processus d'examen et d'ajustement le détaillant qui attend son retour sur investissement peut avoir des intérêts à payer ou d'autres frais en relation avec les capitaux qu'il a immobilisés dans cet investissement. Les coûts sans recettes signifient des pertes, les pertes retardent les projets d'expansion et les investissements ne peuvent pas être utilisés pour un autre projet. Quand l'ouverture d'un magasin est retardée, la croissance et l'expansion des grandes surfaces sont freinées.

³⁷⁶Le Japon note encore que le gouvernement japonais n'impose pas et ne recommande pas qu'il soit versé de telles contributions. Le fait que des entreprises privées décident volontairement de verser ou non de telles contributions ne relève pas de la responsabilité du gouvernement.

5.360 Les données officielles de la MCA montrent aussi que les retards dus au processus d'examen et d'ajustement sont importants. Le délai moyen entre la notification au titre de l'article 5 (notification préalable d'ouverture de magasin) et l'achèvement de l'examen par le Conseil des grandes surfaces a en règle générale été de sept à huit mois ces dernières années.³⁷⁷

5.361 Le Japon note cependant que 2,8 pour cent seulement des notifications donnent lieu à un ajustement en ce qui concerne la date de l'ouverture. Le Japon souligne aussi que la durée moyenne de la procédure n'est plus maintenant que de six mois.

5.362 Superficie - Selon les Etats-Unis, la rentabilité d'un magasin de vente au détail est directement fonction de la superficie requise pour qu'il opère efficacement. La Loi sur les grandes surfaces a pour effet de freiner l'ouverture des grandes surfaces puisque les détaillants ne sont pas certains que la taille du magasin qu'ils seront autorisés à ouvrir coïncidera avec la taille de magasin requise pour que leur projet d'activité commerciale soit rentable.

5.363 Sur la base des estimations des ventes d'un grand détaillant, les Etats-Unis calculent qu'une réduction de 20 pour cent de la superficie à 12 000 mètres carrés réduit en fait les recettes annuelles d'environ 500 millions de yen. Une réduction de 30 pour cent de la superficie réduit les recettes annuelles d'environ 1 milliard de yen et une réduction de 50 pour cent se traduit par une perte de recettes annuelles de 2,5 à 3 milliards de yen.³⁷⁸ Selon les Etats-Unis, les réductions de superficie de cette ampleur privent de valeur tout projet d'activité commerciale original.

5.364 Pour le Japon, cependant, ces estimations sont d'abord inutiles car elles ne prennent pas en compte les réductions de coûts qui résulteraient de la réduction de l'espace consacré à la vente au détail. De toute manière, le fait que 96 pour cent de l'ensemble des notifications débouchent sur des ouvertures de magasins démontre que ni les ajustements de l'espace consacré à la vente au détail, ni les ajustements d'autres paramètres, ni la prétendue lourdeur des procédures n'ont un quelconque effet perturbateur.

5.365 Heures d'ouverture et jours de fermeture du magasin - Les Etats-Unis font valoir que, selon le rapport de juin 1995 de la JFTC, la limitation des heures et des jours d'ouverture porte aussi atteinte à la compétitivité des grandes surfaces:

"Les restrictions concernant l'heure de fermeture du magasin, le nombre de jours de fermeture et d'autres aspects de l'activité du magasin conformément à l'actuelle Loi sur les grandes surfaces ne constituent pas seulement une ingérence dans le libre développement de l'activité des opérateurs commerciaux. Par exemple, l'extension des heures d'ouverture du magasin peut contribuer à attirer de nouveaux groupes de clientèle et encourager ainsi les exploitants des magasins à repenser leurs méthodes de vente et à faire autrement preuve de créativité. Des heures d'ouverture prolongées représentent donc un outil concurrentiel important avec de vastes potentialités. La restriction de ces activités, en revanche, non seulement limite la concurrence loyale et libre entre les exploitants commerciaux, mais aussi a probablement pour résultat de réduire la liberté de choix des consommateurs."³⁷⁹

³⁷⁷MCA Survey, tableau 6.

³⁷⁸Estimations de collaborateurs du détaillant X. Frederick Nagai, Affidavit, 14 février 1997, page 3, pièce n° 97-8 des Etats-Unis.

³⁷⁹Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, Government Regulation and Competition Policy Research Council, JFTC, juin 1995, page 22, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.

5.366 Le Japon fait observer qu'en ce qui concerne l'heure de fermeture le problème de l'ajustement n'est posé que si le magasin souhaite rester ouvert au-delà de 20 heures. Sinon, il n'est même pas obligatoire de notifier les autorités. Seulement 24 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement quelconque. En ce qui concerne les jours de fermeture du magasin aussi, le problème de l'ajustement n'est posé que si le magasin souhaite fermer moins de 24 jours par an, soit essentiellement deux fois par mois. Sinon, il n'est même pas obligatoire de notifier les autorités. Seulement 27 pour cent des notifications donnent lieu à un ajustement quelconque.

5.367 Selon les Etats-Unis, la meilleure indication peut-être de l'efficacité persistante des restrictions visant les grandes surfaces est le fait que la présence des grandes surfaces sur le marché japonais ne s'est pas développée malgré les modifications récentes des lois et des mesures. Entre 1982 et 1994 (année la plus récente pour laquelle des chiffres sont disponibles), la part des grandes surfaces dans le commerce de détail au Japon est restée essentiellement constante et la part des grandes surfaces par rapport à l'ensemble des points de vente au détail est elle aussi restée globalement constante:

<u>Année</u>	<u>Part des grandes surfaces dans le commerce de détail au Japon</u> ³⁸⁰	<u>Part des grandes surfaces dans les points de vente au détail au Japon</u> ³⁸¹
1982	20,8	0,6
1985	21,4	0,6
1988	22,0	0,7
1991	21,7	0,8
1994	22,2	0,9

Pour les Etats-Unis, cette restriction systématique de la croissance des grandes surfaces empêche les produits d'importation de contourner le système japonais de distribution à intégration verticale contrôlé par les fabricants et de parvenir aux consommateurs japonais par des circuits plus directs.

5.368 Pour le Japon, cependant, les faits réfutent l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les ajustements et la lourdeur des procédures prévues dans la loi ont un effet restrictif défavorable sur la croissance des grandes surfaces. Comme il a été noté plus haut, le nombre des notifications nouvelles concernant des grandes surfaces a bondi d'environ 500 par an dans les années 80 à plus de 2 000 par an aujourd'hui. Cet essor est dû à divers facteurs, y compris la demande accrue des consommateurs pour divers types de grandes surfaces et la mobilité plus grande des consommateurs japonais. Dans les années 80, le nombre des notifications nouvelles conformément à la loi tournait en moyenne autour de 500 par an. Quand les initiatives en matière de déréglementation ont pris effet, le nombre des notifications nouvelles a atteint des niveaux records³⁸²:

³⁸⁰ MITI, Shogyo Tokeihyo Dai Kibo Kouri Tenpo Tokeihen 1982, page 342; *ibid.*, 1985, page 114; *ibid.*, 1988, page 114; *ibid.*, 1991, page 116; *ibid.*, 1994, page 114 (nombre de grandes surfaces), pièce n° 82-1 des Etats-Unis. MITI, Census of Commerce 1994, Vol. I, page 19 (ensemble des points de vente au détail). Les grandes surfaces comprennent les magasins de la catégorie I et de la catégorie II.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Chiffres compilés sur la base des notifications par le MITI, Division du secteur de la distribution, Bureau de la politique industrielle, pour les quatre derniers exercices financiers échus.

<u>Nombre des notifications nouvelles concernant des grandes surfaces</u>	
<u>Année</u>	<u>Notifications nouvelles</u>
Exercice financier 1992	1 692
Exercice financier 1993	1 406
Exercice financier 1994	1 927
Exercice financier 1995	2 206

L'essor spectaculaire du nombre des notifications s'est accompagné d'une augmentation du nombre des ouvertures effectives de magasins. Durant les quatre exercices financiers en question, 96 pour cent de l'ensemble des notifications ont abouti à des ouvertures effectives de magasins.³⁸³

5.369 Parallèlement à l'accroissement du nombre des notifications nouvelles, la part des grandes surfaces dans le total des ventes de l'ensemble des détaillants a régulièrement progressé³⁸⁴:

<u>Année</u>	<u>Part du total des ventes au détail</u> ³⁸⁵
	<u>Part des grandes surfaces dans les ventes au détail</u>
1982	27,1%
1985	27,9%
1988	28,6%
1991	28,2%
1994	29,3%

5.370 Le Japon souligne en outre que 96 pour cent de l'ensemble des notifications ces dernières années ont abouti à des ouvertures effectives de magasins. Ces chiffres démentent l'affirmation des Etats-Unis quant à un effet défavorable. Telle qu'elle est administrée actuellement, la Loi sur les grandes surfaces n'a pas pour effet de restreindre la croissance des grandes surfaces au Japon. D'après le Japon, il est difficile de trouver dans les données ci-dessus quoi que ce soit qui étaye le point de vue des Etats-Unis selon lequel la Loi sur les grandes surfaces serait une structure réglementaire restrictive qui empêche l'ouverture de nouveaux magasins ou agisse sur elle de façon défavorable.

³⁸³Ibid. Dans quelques cas, des détaillants ont décidé pour des raisons commerciales qui leur étaient propres de ne pas poursuivre leur projet. Il est irréaliste d'attendre une réalisation à 100 pour cent des projets.

³⁸⁴Le Japon note que d'ailleurs les Etats-Unis citent eux-mêmes des données montrant qu'entre 1982 et 1994 la proportion des grandes surfaces par rapport à l'ensemble des magasins de détail est passée de 0,6 à 0,9 pour cent - en hausse de 50 pour cent.

³⁸⁵Census of Commerce: Statistics on Large Scale Retail Stores (Retailers), 1984, pages 342-343; 1987, pages 114-115; 1990, pages 114-115; 1993, pages 116-117; 1996, pages 114-115 (pièce n° C-8 du Japon). Le Japon note que ces chiffres diffèrent de ceux mentionnés par les Etats-Unis. Les chiffres mentionnés par les Etats-Unis sont fondés sur les ventes des grands détaillants qui exploitent un magasin ayant un espace consacré à la vente au détail supérieur à 500 mètres carrés dans des grandes surfaces de vente au détail, tandis que les chiffres du Japon sont fondés sur les ventes de tous les détaillants qui exploitent des grandes surfaces de vente au détail. Le Japon soutient que ses chiffres, et non ceux des Etats-Unis, fournissent une base équitable pour évaluer l'effet de la Loi sur les grandes surfaces, puisque la loi s'applique à tous les détaillants dans les grandes surfaces de vente au détail. La tendance a été positive; cependant, par principe, le Japon ne peut pas admettre que la part des grandes surfaces dans le marché de détail total constitue un moyen approprié d'évaluer la nature de la loi.

C. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

1. INTRODUCTION

5.371 Les Etats-Unis soutiennent que le Japon a renforcé ses "contre-mesures en matière de libéralisation" à l'encontre des grossistes et des détaillants en limitant la façon dont les fabricants de fournitures photographiques peuvent promouvoir leurs produits. Ce faisant, le gouvernement japonais a, de l'avis des Etats-Unis, réduit deux des principaux moyens par lesquels les pellicules et papiers photographiques peuvent se faire une place ou renforcer leur position sur le marché intérieur: les incitations économiques à la clientèle et la publicité agressive.

5.372 Selon les Etats-Unis, le Japon a mis en oeuvre ses "contre-mesures en matière de promotion" en appliquant les dispositions législatives ci-après: 1) restrictions à l'utilisation d'incitations économiques et d'annonces publicitaires au titre des articles 2 à 4 de la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères (Loi sur les primes)³⁸⁶; 2) régime d'application indûment restrictif au titre des articles 6, 9 et 10 de la Loi sur les primes; et 3) restrictions à l'utilisation d'incitations économiques et d'annonces publicitaires en vertu d'une réglementation promulguée au titre des articles 2 9) et 19 de la Loi concernant l'interdiction du monopole privé et le maintien d'un commerce équitable (Loi antimonopole).³⁸⁷ Le contrôle de l'application de ces mesures incombe principalement à la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (JFTC) qui a publié de nombreuses "désignations" et "circulaires" spécifiant les activités qui entrent dans le champ d'application de ces lois. Les Etats-Unis soutiennent en outre que le Japon a renforcé les moyens de contrôle en donnant aux administrations préfectorales le pouvoir de délivrer des injonctions de ne plus faire au titre de la Loi sur les primes et en habilitant des représentants de l'industrie japonaise, sous couvert de "conseils des pratiques commerciales loyales", à faire respecter la Loi sur les primes au moyen de "codes de concurrence loyale".

5.373 Les Etats-Unis font valoir que les "contre-mesures en matière de promotion" du Japon ont pénalisé les fabricants de pellicules et papiers étrangers en les empêchant d'accroître leurs ventes grâce à des ristournes, cadeaux, bons et autres incitations, ou de lancer des campagnes de publicité sortant de l'ordinaire, en particulier lorsqu'il s'agit de prix ou de comparaisons de prix. De l'avis des Etats-Unis, le Japon a imposé ces "contre-mesures" afin de freiner la concurrence des importations et, en vue d'assurer le succès de ces mesures, il a mobilisé le secteur national des fournitures photographiques pour les faire appliquer. Bien que nombre de ces mesures soient neutres à première vue, d'autres, selon les Etats-Unis, sont manifestement protectionnistes et discriminatoires à l'encontre des importations. Quelle qu'en soit la forme, chacune de ces mesures a servi à maintenir la position dominante des fabricants japonais de pellicules et papiers en les protégeant des principaux moyens de promotion de la concurrence.

5.374 Pour le Japon, la communication des Etats-Unis repose en grande partie sur une hypothèse de conspiration qui doit être traitée avec circonspection. Les Etats-Unis affirment que la JFTC participe constamment et subrepticement depuis 35 ans à une action concertée qui est, selon le Japon, diamétralement opposée à la politique adoptée, à savoir qu'en réalité la JFTC prône activement depuis longtemps l'ouverture de l'économie japonaise. Le Japon soutient que le concept de "contre-mesures en matière de promotion" utilisé par les Etats-Unis est fictif: il n'existe pas dans les textes réglementaires japonais et le gouvernement japonais n'a jamais pris pareilles mesures. Selon le Japon,

³⁸⁶Law No. 134 of 15 May 1962, Kampo, 15 May 1962, amended by Law No. 44 of 30 May 1972, pièce n° 72-1 des Etats-Unis.

³⁸⁷Law No. 54 of 1947, pièce n° 47-1 des Etats-Unis.

les Etats-Unis ont reconnu qu'il n'existe pas de terme ou d'expression en japonais correspondant à "contre-mesures en matière de promotion".³⁸⁸

5.375 De l'avis du Japon, l'argumentation des Etats-Unis met l'accent sur tout ce qu'une entreprise américaine n'a pas pu faire pour vendre ses pellicules au Japon. Le Japon fait observer qu'il existe une large gamme d'activités de promotion licites et que la JFTC ne réglemente que les pratiques ayant des effets de distorsion, à savoir, i) les primes excessives et ii) les déclarations mensongères. La Loi sur les primes ne restreint aucunement les ventes à bas prix. La publicité est tout à fait licite, sauf si elle induit les consommateurs en erreur. Le Japon conclut, par conséquent, que les entreprises américaines ont été en mesure d'entrer librement en concurrence et n'ont fait l'objet d'aucune restriction au titre de la Loi sur les primes, en matière de prix et de qualité, qui sont les deux aspects les plus importants de la concurrence sur le marché.

5.376 Le Japon soutient en outre que les Etats-Unis n'indiquent pas l'ampleur de l'effet discriminatoire que les "contre-mesures en matière de promotion", si tant est qu'elles aient jamais existé, auraient sur le commerce des pellicules et papiers photographiques. Même si la Loi sur les primes devait avoir quelque effet négatif sur l'accès au marché, le Japon soutient que cela n'aurait pas pu constituer un obstacle de taille pour des sociétés étrangères bien établies comme Kodak qui était présente sur le marché japonais depuis longtemps avec une marque commerciale reconnue. Le Japon fait valoir aussi qu'il n'existe pas de "code de concurrence loyale" ou de "conseil des pratiques commerciales loyales" dans le secteur des pellicules et papiers photographiques. En outre, de l'avis du Japon, l'autoréglementation du type "code de concurrence loyale" ou "conseil des pratiques commerciales loyales" n'est pas particulière au Japon: elle existe dans beaucoup de parties du monde comme moyen d'assurer la bonne application de la réglementation relative aux primes excessives et aux déclarations mensongères.

2. LES LOIS SUR LESQUELLES SE FONDENT LES "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

5.377 Les Etats-Unis affirment que les "contre-mesures en matière de promotion" du Japon découlent de certains articles de la Loi sur les primes et de certaines désignations au titre de la Loi antimonopole. A première vue, ces mesures peuvent paraître être des règles courantes dans les règlements relatifs au commerce mais, de l'avis des Etats-Unis, certaines de leurs dispositions ont été interprétées et appliquées par le Japon de manière excessivement large afin d'empêcher les ventes de produits importés.

a) La Loi antimonopole

5.378 Selon les Etats-Unis, la Loi antimonopole, telle qu'elle avait été promulguée initialement le 14 avril 1947, était une loi antitrust de vaste portée. Elle visait à éliminer quatre grands maux économiques: la création de monopoles privés, les restrictions déraisonnables au commerce, les méthodes déloyales de concurrence et les concentrations de pouvoir excessives. La Loi antimonopole a été promulguée pendant l'occupation du Japon par les Alliés après la seconde guerre mondiale et elle était destinée à diminuer l'influence des puissants cartels au Japon. La Loi antimonopole a également créé la JFTC, chargée de veiller à l'application de la loi.

5.379 Pour le Japon, la Loi antimonopole est une loi sur la concurrence qui a pour objet de promouvoir une concurrence libre et loyale. A l'instar des lois sur la concurrence de divers pays, son

³⁸⁸Voir le point 1 des problèmes de traduction.

objectif est pleinement compatible avec le principe de l'OMC visant à assurer un système commercial libre et ouvert. Selon le Japon, la JFTC est le seul organisme administratif chargé de faire appliquer la Loi antimonopole. Cette dernière délègue un pouvoir indépendant et exclusif à la JFTC qui n'est pas tenue à une coordination ou à des consultations avec d'autres organismes pour interpréter et faire appliquer la loi.³⁸⁹

5.380 Les Etats-Unis soutiennent que pendant la seconde guerre mondiale les associations professionnelles du Japon ont facilité le contrôle du gouvernement sur les entreprises, renforcé l'influence des cartels et fait appliquer des pratiques cartellaires.³⁹⁰ "En substance, le gouvernement japonais a donné à ces organismes de contrôle privés le pouvoir légal de faire appliquer les décisions des cartels économiques, ce qui a permis à son tour au gouvernement de contrôler l'activité économique par l'entremise de ces associations."³⁹¹ En 1948, la Diète a complété la Loi antimonopole en promulguant la Loi sur les associations professionnelles.³⁹² Cette dernière a interdit toute une série d'activités anticoncurrentielles des associations professionnelles, y compris le contrôle des prix et d'autres restrictions au commerce, et elle a énuméré un nombre restreint d'activités autorisées, telles que l'échange d'informations et l'établissement de lignes directrices concernant la normalisation des produits.³⁹³

5.381 Selon les Etats-Unis, après l'occupation alliée, la Diète a modifié en 1953 la Loi antimonopole sur plusieurs points importants. Elle a notamment inclus de nouvelles dispositions autorisant la formation de "cartels de rationalisation et de lutte contre la récession".³⁹⁴ "En vertu de ces modifications, ces deux types de cartels étaient exemptés de l'application de la Loi antimonopole lorsqu'ils avaient l'agrément de la JFTC, et les entreprises pouvaient conclure des accords entre elles afin de faire face à une récession et de rationaliser leurs activités."³⁹⁵ Ces modifications ont également élargi le pouvoir de la JFTC d'imposer des restrictions à certaines pratiques commerciales si elle les jugeait déloyales ou excessives par rapport aux normes en vigueur dans la branche de production considérée.³⁹⁶

³⁸⁹Voir article 28 de la Loi antimonopole.

³⁹⁰Thomas A. Bisson, *Zaibatsu Dissolution in Japan*, (1954), page 191, pièce n° 54-1 des Etats-Unis.

³⁹¹Seita Alex et Tamura Jiro, *The Historical Background of Japan's Antimonopoly Law*, 115 *University of Illinois Law Review*, (1994), pages 63-64, pièce n° 94-2 des Etats-Unis.

³⁹²Iyori Hiroshi et Uesugi Akinori, *The Antimonopoly Laws of Japan*, (1983), page 13, pièce n° 83-1 des Etats-Unis.

³⁹³*Ibid.*

³⁹⁴Matsushita Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan*, 1993, pages 79-80, pièce n° 93-1 des Etats-Unis.

³⁹⁵Iyori Hiroshi et Uesugi Akinori, *The Antimonopoly Laws of Japan*, 1983, page 16, pièce n° 83-1 des Etats-Unis.

³⁹⁶*Ibid.*, pièce n° 83-1 des Etats-Unis.

5.382 Les Etats-Unis affirment que la Loi antimonopole dans son libellé initial n'autorisait que des exceptions limitées.³⁹⁷ Toutefois, en 1952, la Diète a adopté les premières d'une longue série de lois excluant expressément certaines pratiques cartellaires du champ d'application de la Loi antimonopole: la Loi sur les mesures temporaires pour la stabilisation de certaines petites et moyennes entreprises³⁹⁸ et la Loi sur le commerce d'exportation.³⁹⁹ La première a autorisé les petites entreprises à former des cartels afin de limiter la production face à la baisse de la demande, tandis que la seconde a autorisé la création de cartels d'exportation.⁴⁰⁰ La Diète a adopté par la suite beaucoup d'autres lois comportant des exemptions à la Loi antimonopole.⁴⁰¹ "Ces lois renfermaient des dispositions autorisant la création de cartels, ainsi que la promulgation de décrets ministériels rendant obligatoires pour les non-membres les restrictions convenues dans l'accord de cartel ... [C]es dispositions s'inspiraient des lois d'avant-guerre favorisant la création de cartels."⁴⁰² Selon les Etats-Unis, les modifications de 1953 ont marqué une volte-face du gouvernement japonais qui, cessant de combattre les pratiques commerciales restrictives, a commencé de collaborer ouvertement avec le secteur privé à la cartellisation de secteurs de l'économie japonaise, comme cela était le cas pendant la seconde guerre mondiale.⁴⁰³ Une conséquence indirecte de cette situation a été la mise en place de mesures de protection contre la concurrence étrangère. Comme l'a expliqué l'un des grands spécialistes japonais du droit commercial international, "si l'on considère l'écart qui existe entre les sociétés nationales et étrangères en ce qui concerne l'ampleur des affaires, la capacité de gestion, les ressources financières et d'autres aspects, on ne peut nier qu'en maintenant une concurrence loyale au moyen de la Loi antimonopole, on assurera aussi une certaine protection aux sociétés nationales contre une pression indue des capitaux étrangers".⁴⁰⁴ Les articles de la Loi antimonopole interdisant les "pratiques commerciales déloyales", tels qu'ils ont été révisés en 1953, restent inchangés aujourd'hui pour l'essentiel.⁴⁰⁵

³⁹⁷Voir Loi antimonopole, articles 20 à 24.

³⁹⁸Loi n° 294 de 1952. Cette loi a été abrogée par la Loi n° 185 du 25 novembre 1957.

³⁹⁹Law No. 299 of 1952, pièce n° 52-1 des Etats-Unis. Cette loi est devenue la Loi sur le commerce d'exportation et d'importation, Loi n° 188 du 8 août 1953.

⁴⁰⁰Iyori Hiroshi et Uesugi Akinori, *The Antimonopoly Laws of Japan*, 1983, page 19, pièce n° 83-1 des Etats-Unis.

⁴⁰¹*Ibid.*, pièce n° 83-1 des Etats-Unis.

⁴⁰²Iyori Hiroshi et Uesugi Akinori, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan*, 1994, page 32, pièce n° 94-1 des Etats-Unis.

⁴⁰³*Ibid.*, pages 30 à 34.

⁴⁰⁴Matsushita Mitsuo, *Antimonopoly Law & International Transactions* (25 mai 1970), page 83, pièce n° 70-2 des Etats-Unis.

⁴⁰⁵Les modifications de 1953 ont mis en place la structure de base de la Loi antimonopole actuelle ainsi que les nouvelles dispositions concernant les "pratiques commerciales déloyales" qui sont à la base des contre-mesures japonaises en matière de promotion. La Loi antimonopole a été modifiée en 1977 pour donner à la JFTC des pouvoirs additionnels pour contrôler les activités des monopoles et des cartels, ainsi que pour imposer un système de renseignements à fournir concernant les prix sur les marchés oligopolistiques. Toutefois, les modifications de 1977 ne sont pas pertinentes aux fins du présent examen. Voir Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, (1993), pages 79, 82 à 84, pièce n° 70-2 des Etats-Unis.

5.383 Les Etats-Unis font valoir ce qui suit en ce qui concerne les activités de la JFTC tendant à réglementer les pratiques commerciales déloyales. Ils font observer que l'article 19 de la Loi antimonopole dispose qu'"[a]ucun chef d'entreprise ne doit recourir à des pratiques commerciales déloyales". L'article 2 9) de la Loi antimonopole énonce les catégories de "pratiques commerciales déloyales" et délègue à la JFTC le pouvoir de désigner les pratiques interdites en vertu de la Loi.

5.384 La JFTC a publié une liste de "pratiques commerciales déloyales" désignées peu après la modification de la Loi antimonopole en 1953.⁴⁰⁶ La JFTC a ainsi défini les incitations indues: "[l]e fait d'inciter ou de contraindre, directement ou indirectement, la clientèle d'un concurrent à traiter avec soi en offrant des avantages indus ou en menaçant de désavantages indus compte tenu des pratiques commerciales normales."⁴⁰⁷

5.385 Les Etats-Unis soutiennent que la JFTC a révisé sa liste de "pratiques commerciales déloyales" en 1982, en modifiant les désignations antérieures et en allongeant la liste de 12 à 16 pratiques.⁴⁰⁸ En ce qui concerne les incitations indues, la JFTC a interdit "[l]e fait d'inciter la clientèle d'un concurrent à traiter avec soi en offrant des avantages indus compte tenu des pratiques commerciales normales".⁴⁰⁹ La JFTC a également ajouté une nouvelle disposition concernant les déclarations relatives aux transactions commerciales. Elle a interdit "[l]e fait d'inciter indûment la clientèle d'un concurrent à traiter avec soi et de l'induire en erreur quant à la nature d'une marchandise ou d'un service qu'on offre, aux conditions générales de vente ou à d'autres questions se rapportant à l'opération en l'amenant à penser que celles-ci sont bien meilleures ou beaucoup plus favorables que celles qui sont effectivement offertes ou que celles qui sont offertes par le concurrent".⁴¹⁰

5.386 De l'avis des Etats-Unis, ces désignations en apparence protègent les consommateurs et empêchent les entreprises à forte dotation en capital d'avoir un comportement prédateur (c'est-à-dire d'utiliser leur puissance financière pour dominer le marché grâce à des campagnes de promotion massives sous forme de ventes au rabais). Selon les Etats-Unis, toutefois, le Japon a utilisé les désignations concernant les incitations indues et les déclarations mensongères pour protéger les fabricants nationaux de pellicules et papiers photographiques contre les ventes promotionnelles de produits importés concurrents.

5.387 De l'avis du Japon, la JFTC n'a jamais accordé à un produit étranger ou à une entité étrangère un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un produit ou à une entité japonais. Au contraire, la Commission a pris une série de mesures, telles que des rapports et des enquêtes économiques, l'élaboration de "Lignes directrices concernant la distribution", la création d'une équipe de travail spéciale, ainsi que des dispositions contraignantes, pour éliminer les obstacles à l'accès de produits étrangers au marché.

5.388 Le Japon affirme que le secteur de la fabrication de pellicules et sa structure oligopolistique sont dans le collimateur de la JFTC depuis les années 60. A l'appui de cette affirmation, le Japon a informé le Groupe spécial d'une série de dispositions prises par la JFTC à l'égard de ce secteur. Le Japon fait valoir aussi que depuis l'adoption en 1977, par un amendement à la Loi antimonopole, de mesures contre les conditions monopolistiques et les hausses de prix parallèles⁴¹¹, la JFTC suit de près le secteur de la fabrication de pellicules.

⁴⁰⁶Circulaire n° 11 de 1953 de la JFTC.

⁴⁰⁷Ibid., Désignation n° 6.

⁴⁰⁸Notification on Unfair Trade Practices, JFTC Notification 15 of 15 June 1982, pièce n° 82-6 des Etats-Unis, qui a remplacé la Circulaire n° 11 de 1953.

⁴⁰⁹Circulaire n° 15 de la JFTC, Désignation n° 9.

⁴¹⁰Ibid., Désignation n° 8.

⁴¹¹Voir les articles 8-4 et 18-2 de la Loi antimonopole.

b) La Loi sur les primes

5.389 Les Etats-Unis soutiennent que la Diète japonaise a promulgué la Loi sur les primes le 15 mai 1962.⁴¹² De l'avis des Etats-Unis, dans la mesure où elles portent sur les primes et les déclarations, la Loi sur les primes et la Loi antimonopole se recoupent. La Loi sur les primes régleme les primes et les déclarations d'une manière plus étroite et plus spécifique. Les désignations de la JFTC au titre de la Loi sur les primes énoncent d'ordinaire des critères précis concernant les primes ou les déclarations pour des secteurs spécifiques. A l'opposé, les désignations de la JFTC au titre de la Loi antimonopole servent de fourre-tout, appliquant la pratique commerciale normale comme une norme régissant les primes et les déclarations pour tous les secteurs. Les chevauchements de la Loi sur les primes et des désignations concernant les primes et les déclarations au titre de la Loi antimonopole imposent une double charge aux importateurs désireux d'écouler leurs produits par une commercialisation agressive.

5.390 Pour les Etats-Unis, la Loi sur les primes complète les dispositions de la Loi antimonopole concernant les incitations économiques et les déclarations en autorisant la JFTC à restreindre davantage l'utilisation d'avantages économiques prétendument indus et d'annonces publicitaires mensongères. De l'avis des Etats-Unis, la Loi sur les primes, qui a été révisée en 1972, exclut du champ d'application de la Loi antimonopole les pratiques de type cartellaire de certains secteurs qui sont autorisés en vertu de la Loi à établir des codes régissant l'utilisation de primes et les déclarations publicitaires. Ce faisant, de l'avis des Etats-Unis, la Loi sur les primes et les codes qui en découlent empêche l'exercice de diverses activités de commercialisation propres à favoriser la concurrence.

5.391 De l'avis du Japon, la Loi sur les primes est un élément de la législation en matière de concurrence qui prévoit une procédure accélérée, différente de la procédure quasijudiciaire prévue dans la Loi antimonopole, pour faire respecter les règles relatives aux primes excessives et aux déclarations mensongères. En vertu de l'article 6 de la Loi sur les primes, la JFTC peut délivrer des injonctions de ne plus faire en cas d'infraction sans recourir à la procédure d'audition. Selon le Japon, les déclarations mensongères et les primes excessives peuvent être considérées comme une catégorie de pratiques commerciales déloyales visées par la Loi antimonopole, soit en tant qu'incitations mensongères à la clientèle soit en tant qu'incitations à la clientèle au moyen d'avantages indus. Toutefois, de l'avis du Japon, théoriquement, l'objectif de la Loi sur les primes n'est pas la protection des consommateurs en tant que telle: les pratiques susmentionnées ont pour particularité de faire tâche d'huile car les concurrents ne veulent pas se laisser distancer et, ce faisant, elles gagnent en ampleur.

5.392 Le Japon soutient en outre que les primes sont souvent offertes pour une période de temps limitée. Si pour faire respecter la réglementation à leur égard il faut une longue procédure, la réglementation devient inefficace. Pour empêcher que ces pratiques ne fassent obstacle à une concurrence loyale et protéger les intérêts des consommateurs, il a donc fallu les neutraliser par une procédure d'exécution rapide. En ce sens, de l'avis du Japon, la Loi sur les primes ne fait pas double emploi. Elle énonce le principe de la protection des consommateurs dans sa lettre et prévoit un mécanisme d'exécution rapide pour limiter les primes excessives et les déclarations mensongères. En outre, étant donné que la Loi définit avec précision les déclarations et les primes illicites, elle renforce la prévisibilité pour les entreprises et sert à prévenir les excès à cet égard.

⁴¹²La pièce n° 62-6 des Etats-Unis contient une traduction de la Loi sur les primes faite par ce pays. Le Japon indique qu'il conteste plusieurs points de la traduction des Etats-Unis. Voir la pièce n° D-1 du Japon. Les avis des experts sur les problèmes de traduction soulevés par le Japon figurent sous le point 16 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

i) Historique et objectif

5.393 De l'avis des Etats-Unis, le Japon a promulgué la Loi sur les primes, en partie du moins, pour neutraliser la concurrence agressive des importations que la libéralisation des échanges laissait prévoir. Selon les Etats-Unis, les intentions protectionnistes du gouvernement japonais transparaissent dans tout l'historique de la promulgation de la loi.⁴¹³

5.394 Le Japon affirme que, à mesure que l'économie japonaise est entrée dans une phase de production et de consommation de masse dans les années 50, les ventes assorties de primes, y compris les loteries promotionnelles, ont connu un succès croissant. Les sommes d'argent et les marchandises remises en prime sont devenues très coûteuses. Selon le Japon, l'opinion publique s'est inquiétée de ces primes publicitaires qui encouragent un comportement spéculatif et peuvent empêcher les consommateurs de choisir les marchandises d'une manière rationnelle.

5.395 Selon le Japon, un nouvel argument en faveur d'une législation en la matière a été la découverte en 1960 que de la viande de cheval en boîte avait été vendue comme étant de la viande de "boeuf", qui était alors très coûteuse. Une enquête a révélé que deux seulement de la vingtaine de fabricants de produits alimentaires en boîte utilisaient de la viande de boeuf à 100 pour cent. Préoccupée par l'absence de moyens adéquats de lutter contre la publicité mensongère, l'opinion publique a réclamé la mise en place de moyens de contrôle efficaces en la matière. La JFTC a essayé tout d'abord de réglementer les déclarations mensongères en tant que "pratique commerciale déloyale" au titre de la Loi antimonopole et elle a publié une circulaire sur les pratiques commerciales déloyales particulières du secteur de la viande en conserve en février 1961, qui a interdit "l'emploi d'expressions ou d'annonces publicitaires induisant la clientèle en erreur". Au cours d'une audition en décembre 1960, des représentants des consommateurs et des experts se sont exprimés en faveur d'un élargissement de la réglementation à toutes les déclarations mensongères en général et de l'adoption d'une nouvelle législation en la matière.⁴¹⁴

⁴¹³Les Etats-Unis soutiennent que lorsque la Loi sur les primes a été proposée pour la première fois à la Diète, les auteurs du projet de loi ont reconnu que cette loi atténuerait les effets de la libéralisation des échanges:

M. Tanaka (Takeo): "Le second point concerne la libéralisation qui est actuellement en cours ... En ce qui concerne les contre-mesures en matière de libéralisation, nous estimons qu'il faudrait examiner aussi la question de la publicité excessive, etc. En effet, les [sociétés] japonaises ne seront pas en mesure de soutenir la concurrence avec succès si de grandes sociétés étrangères, etc., viennent sur le marché et mènent des campagnes de promotion assorties de primes excessives. En conséquence, le présent [projet de loi] est lié aux contre-mesures en matière de libéralisation."

M. Fujiyama, Ministre: "La promulgation de la présente loi est opportune aux fins de la politique à l'égard des consommateurs ... En outre, du fait de la libéralisation, il se pourrait que des sociétés commerciales étrangères, etc., viennent au Japon et bénéficient de positions avantageuses grâce à une publicité excessive ou en invitant des acheteurs dans des pays étrangers."

(Diet Record of the 40th Session of the Lower House Committee on Commerce and Industry, No. 31, 18 avril 1962, pièce n° 62-4 des Etats-Unis.)

Les Etats-Unis soutiennent aussi que le Directeur général du Bureau du premier ministre, témoignant devant le Comité du commerce de la Diète, a déclaré que les restrictions concernant les primes étaient nécessaires parce qu'"[i]l apparaît que les sociétés étrangères constitueront une menace pour les sociétés nationales en raison de ces méthodes".

(Diet Record of the 40th Session of the Upper House Committee on Commerce and Industry, No. 21, 13 avril 1962, pièce n° 62-2 des Etats-Unis.)

⁴¹⁴Opinions submitted to the JFTC at the public hearing concerning Designation of the Specific Unfair Trade Practices in the Canned Meat Industry, Kosei Torihiki, février 1961, pièce n° D-24 du Japon.

5.396 Le Japon fait valoir que l'objectif de la Loi sur les primes figure à l'article premier:

"La présente loi, aux fins d'empêcher que la clientèle ne soit sollicitée au moyen de primes injustifiables et de déclarations mensongères ..., vise à garantir une concurrence loyale et, par là même, à protéger les intérêts des consommateurs en général."

Le Japon fait valoir que, comme le Groupe spécial Japon - Taxes sur les boissons alcooliques l'a constaté⁴¹⁵, l'interprétation du droit interne doit se fonder principalement sur le texte de la loi plutôt que sur les travaux préparatoires s'y rapportant. Pour le Japon, la mention de ce double objectif d'une concurrence loyale et de la protection des consommateurs figure aussi dans diverses parties des procès-verbaux de la Diète.⁴¹⁶ Le Japon fait valoir que les déclarations citées par les Etats-Unis sont sélectives et passent à côté de l'essentiel.

5.397 Le Japon fait valoir également que, comme les Etats-Unis l'ont reconnu, le libellé de la Loi sur les primes ne fait pas de distinction entre les produits d'origine nationale et les produits importés. La Loi ne contient pas de mécanisme faisant intrinsèquement une discrimination à l'encontre des produits importés au profit des produits d'origine nationale. Elle a les mêmes effets en ce qui concerne l'accès aux marchés sur les produits d'origine nationale et les produits étrangers. En ce sens, la Loi est neutre à l'égard du commerce.

5.398 De l'avis des Etats-Unis, c'est à tort que le Japon a fait valoir que ses restrictions à la promotion servent uniquement à protéger les consommateurs. Ces restrictions ont pour objet de protéger non seulement les consommateurs mais aussi la production nationale. Cet objectif est évident dans diverses mesures, en particulier dans la restriction que le Japon impose depuis 30 ans à l'utilisation de primes entre entreprises, mesure qui manifestement vise moins à protéger les consommateurs qu'à freiner la concurrence des entreprises étrangères. Les Etats-Unis soutiennent que bien que le Japon ait affirmé que la JFTC ne "collabore" pas aux efforts visant à neutraliser les effets de la libéralisation des échanges, il n'a pas fourni d'explications au sujet des déclarations d'intention protectionnistes faites par des représentants de la JFTC et d'autres organismes du gouvernement japonais.

5.399 Le Japon affirme que, soucieuse de promouvoir une concurrence libre et loyale sur le marché japonais, la JFTC n'a jamais accordé à une entité ou à un produit étranger un traitement qui est moins favorable que celui qui est accordé à une entité ou à un produit japonais. Le Japon soutient que la JFTC a autorisé des concours dotés de prix liés aux ventes - pratique qui est interdite aux Etats-Unis et dans d'autres pays - dans la mesure compatible avec l'objectif d'une concurrence loyale. Les

⁴¹⁵Rapport du Groupe spécial, adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8, 10 et 11/R.

⁴¹⁶Le Japon a cité les exemples suivants:

- réaffirmant l'objectif de la Loi sur les primes, la Commission du commerce et de l'industrie de la Chambre des représentants a adopté une résolution soulignant que "la Loi a une fonction importante à remplir dans le cadre de la promotion générale de la politique à l'égard des consommateurs" lorsqu'elle a adopté le projet de loi le 19 avril 1962.

- Kodaira Hisao, alors Ministre aux affaires générales, a présenté le projet de loi à la Diète en disant que "... [l]'incitation à la clientèle au moyen de primes excessives ou de déclarations mensongères, et non par la valeur de la marchandise ou du service, nuit au choix judicieux des produits et des services par les consommateurs, ainsi qu'à la concurrence loyale ... [E]n conséquence, le présent projet de loi est présenté afin de garantir une concurrence loyale et de protéger les intérêts des consommateurs en fournissant des moyens rapides et appropriés de contrôler efficacement les ventes assorties de primes excessives et les déclarations mensongères, en tant que règle spéciale au titre de la Loi antimonopole".

entreprises étrangères ont pu promouvoir leurs ventes au Japon grâce à ce genre de concours. Si l'objectif de la réglementation de la JFTC en matière de primes avait été de restreindre les activités de promotion des fabricants étrangers, ces pratiques auraient été rendues illicites. En fait, Kodak a mis activement à profit cette politique et a organisé une série de concours promotionnels dotés de prix. En définitive, le critère d'intention devrait être la présence ou l'absence d'une "intention" ou d'un "objectif" discernable inhérent à la structure du système en cause et non des déclarations individuelles. La Loi sur les primes qui est fondamentalement neutre quant à l'origine ne renferme pas pareil mécanisme fondé sur une "intention" ou un "objectif" de discrimination.

ii) Dispositions de fond

5.400 Les Etats-Unis font valoir que l'article 2 de la Loi sur les primes définit le terme "déclaration" comme signifiant "une annonce publicitaire ou toute autre déclaration concernant la nature d'une marchandise ou d'un service qu'une entreprise fournit, les conditions générales de vente ou tout autre élément de l'opération, lorsque celle-ci vise à attirer la clientèle et qu'elle a fait l'objet d'une désignation par la Commission des pratiques commerciales loyales". L'article 4 interdit "toute déclaration qui donne aux consommateurs à penser que la qualité, le niveau ou tout autre élément d'une marchandise ou d'un service est bien meilleur qu'il ne l'est effectivement ou que celui de la marchandise ou d'un service offert par un concurrent, et qui est donc susceptible d'induire la clientèle en erreur et d'empêcher une concurrence loyale". En outre, l'article 4 habilite la JFTC à interdire "toute déclaration susceptible de porter les consommateurs à se méprendre sur un élément quelconque concernant la vente d'une marchandise ou d'un service".

5.401 Pour les Etats-Unis, la définition d'une prime n'est pas claire. La JFTC a publié nombre de circulaires limitant la valeur des avantages économiques qui peuvent être offerts et indiquant les secteurs ou entreprises concernés, mais ces circulaires ne précisent pas la nature des incitations économiques visées par la Loi. La JFTC a expliqué que "[l]es primes qui font l'objet des circulaires désignent les produits, les sommes d'argent, les titres négociables, les divertissements ou les autres avantages économiques qui sont offerts dans le cadre d'une opération portant sur un produit ou un service".⁴¹⁷ En même temps, la JFTC a indiqué qu'elle fait une distinction entre les primes et les ristournes ou rabais dans chaque cas, en examinant les faits "compte tenu des pratiques commerciales normales, des modalités de l'opération, des modalités de l'avantage économique, de la méthode et des conditions de l'offre, et des pratiques en usage dans le secteur concerné".⁴¹⁸ Néanmoins, de l'avis des Etats-Unis, la JFTC reconnaît que certaines formes de remises ou de rabais peuvent constituer des primes.⁴¹⁹ Selon les Etats-Unis, étant donné cette ambiguïté et le fait que la plus grande partie des dispositions prises par la JFTC pour faire respecter la réglementation sont informelles et ne sont pas rendues publiques, il est souvent difficile pour les entreprises de savoir si les incitations qu'elles offrent sont visées par une interdiction.

5.402 Le Japon soutient que la façon dont les Etats-Unis ont caractérisé la Loi sur les primes est foncièrement inexacte. La Loi sur les primes limite uniquement les primes excessives et les déclarations mensongères et ne contrôle pas la plus grande partie des activités promotionnelles, y compris la concurrence par les primes, la publicité et les prix bas.

⁴¹⁷FTC/Japan Views: Information and Opinion from the Japan Fair Trade Commission, No. 2, avril 1988, page 15, pièce n° 88-3 des Etats-Unis.

⁴¹⁸Ibid., page 16.

⁴¹⁹Ibid.

5.403 Le Japon fait valoir aussi que l'affirmation des Etats-Unis selon laquelle la distinction entre primes et rabais ou ristournes est "ambiguë" est dénuée de fondement. Pour le Japon, la Loi sur les primes, les circulaires de la JFTC et les normes d'application définissent clairement les primes. Tout d'abord, l'article 2 de la Loi sur les primes définit ces dernières comme suit:

"Le terme "primes" tel qu'il est utilisé dans la présente loi s'entend de toute marchandise, somme d'argent ou autre type d'avantage économique accordés comme moyen de solliciter la clientèle ... et qui a fait l'objet d'une désignation par la JFTC."

Deuxièmement, la Désignation des primes et des déclarations⁴²⁰ précise la distinction en disposant que "les marchandises, les sommes d'argent ou autres avantages économiques offerts dans le cadre d'échanges commerciaux ne constituent pas des primes s'ils sont considérés comme des ristournes, des services après-vente ou autres au regard des pratiques commerciales normales". Enfin, la circulaire concernant les désignations est précisée encore par les Lignes directrices de la JFTC concernant l'application de la circulaire relative à la désignation des primes, etc.⁴²¹

5.404 Pour le Japon, la Loi sur les primes n'interdit pas, contrairement à ce qu'allèguent les Etats-Unis, toutes les catégories de primes. Les critères de restriction figurent à l'article 3 de la Loi sur les primes qui dispose ce qui suit:

"La JFTC peut, lorsqu'elle juge nécessaire d'empêcher que la clientèle fasse l'objet de sollicitations déloyales, limiter la valeur maximale d'une prime, le montant global des primes, le type de primes, la méthode employée pour offrir une prime ou tout autre élément y afférent, ou elle peut interdire qu'une prime soit offerte."

Le Japon fait observer que le mot "primes" désigne dans la loi à la fois a) les cadeaux, c'est-à-dire les marchandises offertes à titre gracieux ("primes" au sens étroit) et b) les prix (récompenses), c'est-à-dire les sommes d'argent, les marchandises ou les voyages offerts au moyen de loteries ou de concours dotés de prix.

5.405 Le Japon soutient en outre que des restrictions similaires concernant les primes excessives existent dans d'autres pays. Selon le Japon, certains pays européens réglementent ces pratiques de manière encore plus rigoureuse. Par exemple, la JFTC a autorisé des concours dotés de prix liés à des ventes - pratique qui est interdite aux Etats-Unis et dans d'autres pays - dans la mesure compatible avec l'objectif d'une concurrence loyale. Le Japon affirme que Kodak a activement mis à profit cette politique et offert une série de prix (récompenses) promotionnels.

5.406 Le Japon fait valoir que la limitation des déclarations mensongères au titre de la Loi sur les primes ne s'applique qu'à la publicité mensongère ou sans fondement qui induirait les consommateurs en erreur et, partant, nuirait à une concurrence loyale. L'article 4 de la Loi sur les primes définit expressément les déclarations mensongères concernant la qualité d'un produit, le prix ou d'autres éléments. Selon le Japon, la Loi sur les primes ne limite pas la publicité ou les déclarations pour autant qu'elles sont fondées sur des faits. Le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont fait état d'aucun type particulier de publicité que Kodak souhaitait faire mais en a été empêchée par la Loi sur les primes. De l'avis du Japon, la limitation des déclarations trompeuses ou mensongères existe dans le monde entier. En outre, selon le Japon, la Loi sur les primes ne limite pas les offres de prix bas. Au

⁴²⁰JFTC Notification No. 3 of 1962 enacted pursuant to Article 2 of the Premiums Law, pièce n° D-28 du Japon.

⁴²¹JFTC/Secretary-General Circular No. 7 de 1977, pièce n° D-29 du Japon.

contraire, la Loi sert à promouvoir les offres de prix bas et d'autres formes de concurrence par les prix et la qualité en limitant les primes excessives.

5.407 Pour les Etats-Unis, l'argument du Japon selon lequel les restrictions qu'il impose en matière de promotion sont négligeables pour l'essentiel - parce qu'il existe d'autres moyens d'entrer en concurrence - repose sur des postulats défectueux. De l'avis des Etats-Unis, l'argument du Japon selon lequel les fabricants étrangers sont libres de pratiquer des escomptes sur les prix pour entrer en concurrence est tout simplement contraire à la vérité. La Désignation n° 6 au titre de la Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC interdit "les ventes à des prix indûment bas", notamment "le fait de fournir indûment un produit ou un service à bas prix, tendant par là à susciter des difficultés pour les activités commerciales d'autres entreprises". De fait, le gouvernement japonais a reconnu qu'il "suivrait de près" les prix des pellicules afin que Kodak ne puisse pas dominer le marché au Japon comme elle l'avait fait ailleurs.

5.408 Le Japon fait observer que l'enquête du MITI sur la distribution de pellicules, y compris les prix des pellicules, a été effectuée du point de vue de la politique industrielle et non du point de vue de la Loi antimonopole.

5.409 Les Etats-Unis soutiennent que les possibilités pour les fabricants étrangers d'utiliser des rabais pour accroître leur présence au Japon ont été assez limitées. Kodak a réduit ses prix de 56 pour cent depuis 1986, pratiquant des prix substantiellement inférieurs à ceux de ses concurrents japonais. Les rabais spectaculaires consentis par Kodak n'ont eu pratiquement aucun effet sur le marché. Les réductions de prix octroyées par les fabricants étrangers de fournitures photographiques - même lorsqu'elles font descendre les prix à des niveaux bien inférieurs à ceux des concurrents nationaux - ne sont pas répercutées le plus souvent sur les consommateurs au niveau des prix de détail. Selon les Etats-Unis, cette absence de concurrence par les prix dans le secteur des fournitures photographiques est confirmée par le fait que l'indice des prix à la consommation au Japon pour les pellicules n'a enregistré pratiquement aucun mouvement entre le troisième trimestre de 1989 et le premier trimestre de 1996, soit une période de sept années.⁴²² Il existe peu de différences de prix entre Fuji, Konica et Kodak que ce soit au niveau de la vente au détail⁴²³ ou à celui des prix facturés par les grossistes aux détaillants.⁴²⁴ On observe la même absence de différences de prix pour divers indices de sensibilité des pellicules, types de points de vente au détail et villes.

5.410 Selon les Etats-Unis, en raison de la concurrence limitée par les prix, ainsi que des circuits de distribution fermés, les activités de promotion revêtent une importance particulière pour les fabricants étrangers de fournitures photographiques. Les Etats-Unis estiment que le Japon a minimisé l'importance des activités de promotion en cause et que le zèle avec lequel le Japon a réglementé les primes et les déclarations suffit à montrer au Groupe spécial la véritable importance que le Japon attribue à ces techniques de commercialisation.

iii) Application de la loi

5.411 Les Etats-Unis soutiennent que le pouvoir de faire respecter la Loi sur les primes est partagé entre la JFTC, les administrations préfectorales et les entreprises du secteur des fournitures photographiques. La Loi sur les primes accorde à la JFTC la responsabilité principale à cet égard.

⁴²²Photo Market, 1996, page 31, pièce n° 101 des Etats-Unis.

⁴²³Management Analysis of Photo Stores, Camera Times, 1979-1996, pièce n° 40 des Etats-Unis.

⁴²⁴Construction Research Institute, Information on Prices, Monthly Edition, décembre 1972-septembre 1996, pièce n° 22 des Etats-Unis.

L'article 6 habilite la JFTC à prendre contre le contrevenant une "injonction de ne plus faire" ou à lui ordonner de "prendre les mesures nécessaires pour empêcher la répétition d'un acte". L'article 9 donne aux administrations préfectorales des pouvoirs d'exécution, y compris celui de délivrer des injonctions de ne plus faire.

5.412 Les Etats-Unis notent que l'article 10 prévoit l'établissement de "codes de concurrence loyale" réglementant l'utilisation des primes et des déclarations promotionnelles, rédigés par des "conseils des pratiques commerciales loyales" comprenant des représentants de la branche de production nationale.

L'article 10 habilite la JFTC à autoriser "des entreprises ou une association professionnelle" à "conclure un accord ou à établir un code" afin de "prévenir la sollicitation indue de la clientèle et de préserver la loyauté de la concurrence". "Les codes de concurrence loyale" doivent être approuvés par la JFTC. Les "conseils des pratiques commerciales loyales" emploient diverses méthodes de contrainte et des amendes pour faire respecter leurs codes.

5.413 Les Etats-Unis font valoir que l'article 10 de la Loi sur les primes a permis à des associations professionnelles puissantes de l'industrie photographique d'empêcher la concurrence en établissant des groupes de type cartellaire qui éliminent la concurrence au moyen de restrictions aux activités de commercialisation. Les Etats-Unis relèvent aussi que la Loi sur les primes ne précise pas comment la composition d'un conseil ou la participation à un code doivent être déterminées.

5.414 De l'avis des Etats-Unis, la loi ne précise pas si les parties qui ne participent pas à l'élaboration ou à l'administration des "codes de concurrence loyale" sont visées par ces derniers. Les Etats-Unis font valoir que bien que les codes soient conçus pour s'appliquer exclusivement aux signataires, les normes établies par les codes sont souvent adoptées par la JFTC aux fins d'application aux non-signataires.

5.415 Le Japon soutient que la JFTC n'approuve un code de concurrence loyale que si elle constate que le projet de code satisfait aux prescriptions ci-après du paragraphe 2 de l'article 10:

- "i) il est utile pour prévenir la sollicitation indue de la clientèle et pour préserver la loyauté de la concurrence;
- ii) il n'est pas susceptible de porter une atteinte déraisonnable aux intérêts des consommateurs ou des entreprises du même secteur;
- iii) il n'est pas indûment discriminatoire; et
- iv) il n'apporte pas de restrictions déraisonnables à l'adhésion ou au retrait de l'adhésion au code de concurrence loyale."

Selon le Japon, et contrairement à ce que font valoir les Etats-Unis, ce qui précède écarte toute possibilité qu'un code de concurrence loyale devienne un "quasi-cartel". Pour le Japon, la notion "d'entreprises du même secteur" mentionnée au paragraphe 2 iii) de l'article 10 comprend les non-adhérents. Par conséquent, la JFTC est tenue de protéger les intérêts des non-adhérents.

5.416 Selon le Japon, les "codes de concurrence loyale" sont des règles autonomes et ne peuvent pas être contraignants pour les non-adhérents.⁴²⁵ En outre, a fait valoir le Japon, il ressort clairement d'un jugement de la Cour d'appel de Tokyo que le non-respect d'un code de concurrence loyale par un non-adhérent ne constitue pas une violation de la Loi sur les primes.⁴²⁶ Seule la JFTC est habilitée à engager une procédure à l'encontre d'un non-adhérent.

5.417 Le Japon soutient en outre que la JFTC ne cesse pas d'exercer son pouvoir de faire respecter la réglementation relative aux primes à l'égard des entreprises qui adoptent des codes de concurrence loyale. En général, si un adhérent ne se conforme pas à un code, le conseil des pratiques commerciales loyales correspondant prend une mesure corrective. Toutefois, si la JFTC juge nécessaire d'engager une procédure pour protéger les intérêts des consommateurs et assurer une concurrence loyale, elle décidera d'agir elle aussi comme elle est habilitée à le faire.

5.418 En réponse, les Etats-Unis ont fait état de la déclaration ci-après du Secrétaire général de la JFTC: "les codes d'autoréglementation ne peuvent pas s'appliquer aux entreprises qui ne sont pas parties aux codes de concurrence loyale, même si elles exercent des activités de vente qui enfreignent les codes. Toutefois, lorsque la JFTC adopte des textes réglementaires contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères, la Commission se fonde sur la teneur des codes de concurrence loyale - en tant que pratiques commerciales de la branche destinées à assurer une concurrence loyale - pour interpréter et appliquer la Loi sur les primes. En conséquence, les entreprises qui se livrent à des activités de vente contraires aux codes peuvent être assujetties à ces codes au titre de la Loi sur les primes, même si elles ne sont pas parties aux codes."⁴²⁷ Bien que la Loi sur les primes ne fasse pas obligation aux entreprises de devenir membres d'un conseil des pratiques commerciales loyales, pour opérer efficacement sur le marché japonais elles se sentent souvent obligées de le faire ou y sont tenues par leur association professionnelle.

iv) Exemptions de l'application de la Loi antimonopole

5.419 L'article 10, paragraphe 5, de la Loi sur les primes dispose ce qui suit:

"Les dispositions de l'article 48 [recommandation, décision consécutive à une recommandation] et de l'article 49 [engagement d'une procédure d'auditions], de l'article 67.1 [ordonnance de référé] et de l'article 73 [mise en accusation] de la [Loi antimonopole] ne s'appliquent pas aux codes de concurrence loyale qui ont été autorisés en application du paragraphe 1) ni aux actes des entreprises ou d'une association professionnelle qui ont été accomplis conformément aux dispositions desdits codes."

5.420 Selon les Etats-Unis, cette exemption mérite d'être relevée parce que l'élaboration et l'application des "codes de concurrence loyale" peuvent impliquer des activités de la part des

⁴²⁵A cet égard, le Japon a communiqué la déclaration ci-après du Secrétaire général de la JFTC: "Les dispositions d'autolimitation d'un code de concurrence loyale ne sont pas applicables aux activités de vente d'entités commerciales qui ne sont pas parties au code, même si les activités ne respectent pas le code" (Itoda Shogo, JFTC Secretary-General, Jirei Dokusen Kinshiho (Competition Policy Law), 1995, page 423, pièce n° D-75 du Japon, pièce n° 95-20 des Etats-Unis).

⁴²⁶Itoda Shogo, JFTC Secretary-General, Antimonopoly Law, (15 décembre 1995), pages 392-393, 396, 420 à 424, pièce n° 95-20 des Etats-Unis.

⁴²⁷Itoda Shogo, Secretary-General, Antimonopoly Law, (15 décembre 1995), pages 392-393, 396, 420 à 424, pièce n° 95-20 des Etats-Unis.

concurrents et associations professionnelles qui pourraient donner lieu à une action au titre de la Loi antimonopole.⁴²⁸

⁴²⁸A cet égard, les Etats-Unis ont fait état de la déclaration ci-après du Secrétaire général actuel de la JFTC: "[m]ême si la teneur des codes ou les activités fondées sur les codes contreviennent à la Loi antimonopole, aucune procédure visant à les restreindre ne sera engagée au titre de la Loi antimonopole" (Itoda Shogo, JFTC Secretary-General, Competition Policy Law, 15 décembre 1995, page 422, pièce n° 95-20 des Etats-Unis, pièce n° D-75 du Japon).

5.421 De l'avis du Japon, cette affirmation des Etats-Unis est incorrecte. Selon le Japon, l'article 10, paragraphe 5, de la Loi sur les primes ne fait que confirmer que les codes de concurrence loyale, tels qu'ils ont été approuvés par la JFTC, ne constituent pas des violations de la Loi antimonopole. Si un code de concurrence loyale n'est plus conforme par la suite à la Loi antimonopole en raison de changements dans la situation économique, la JFTC doit alors annuler son approbation en vertu de l'article 10, paragraphe 3. Après l'annulation, la JFTC est habilitée à prendre les mesures correctives nécessaires. En outre, toute activité des entreprises ou associations professionnelles, y compris les conseils des pratiques commerciales loyales, qui n'est pas "conforme au code de concurrence loyale" approuvé par la JFTC, ne bénéficie pas de l'exemption de l'application de la Loi antimonopole.

5.422 Les Etats-Unis soulignent que la position du Japon à cet égard ne prend pas en compte le libellé de l'article 10, paragraphe 5, de la Loi sur les primes qui exempte de l'application des dispositions antitrust non seulement les codes de concurrence loyale eux-mêmes, mais aussi "les actes des entreprises ou des associations professionnelles qui ont été accomplis conformément aux dispositions desdits codes". Etant donné que les codes de concurrence loyale, y compris le Code des détaillants de 1987, attribuent aux conseils d'importants pouvoirs de contrôle et prévoient l'imposition de sanctions en cas d'observation, les Etats-Unis affirment que l'exemption permet aux entreprises japonaises de recourir à des pratiques de type cartellaire contre la concurrence étrangère.

3. MISE EN OEUVRE INITIALE DE LA LOI ANTIMONOPOLE ET DE LA LOI SUR LES PRIMES

5.423 Les Etats-Unis soutiennent que pendant les premières années qui ont suivi la promulgation de la Loi sur les primes, elle a été mollement appliquée. Pour les Etats-Unis, le fait le plus marquant pendant cette période a été l'imposition par la JFTC d'une circulaire intitulée "Restrictions concernant les primes offertes par voie de concours".⁴²⁹ La circulaire a limité les primes offertes dans le cadre de loteries "comportant une obligation d'achat"⁴³⁰ ou comme prix dans des jeux dont les gagnants sont choisis au hasard. Le 15 juillet 1965, la JFTC a élargi le champ d'application de la circulaire concernant les loteries en y incluant les concours qui exigent certaines connaissances, comme les jeux fondés sur une série de questions ou les concours du meilleur slogan.⁴³¹

5.424 Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais a recommandé en avril 1965 une application plus rigoureuse de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole pour lutter contre les "pratiques commerciales déloyales".⁴³² A cette fin, la JFTC a restructuré en avril 1966 ses services, notamment en créant la Division des primes et des déclarations.⁴³³ A la suite de la création de cette division, le nombre des poursuites engagées par la JFTC au titre de la Loi sur les primes a fortement augmenté, passant de 147 en 1965 à 327 en 1966, puis à 548 en 1967 et à 1 203 en 1971.⁴³⁴

⁴²⁹JFTC Notification 5 of 1962, Kampo, 30 juillet 1962, pages 626 et 627, pièce n° 62-1 des Etats-Unis.

⁴³⁰Il s'agit des loteries comportant l'obligation d'acheter un produit ou un service, contrairement à d'autres loteries publicitaires.

⁴³¹JFTC Notification 20 of 1965, Kampo, 15 juillet 1965, page 5, pièce n° 65-1 des Etats-Unis.

⁴³²Industrial Structure Council Distribution Committee, Regarding the Basic Direction of the Distribution Policy, Tsusansho Koho, 24 avril 1965, page 8, pièce n° 65-2 des Etats-Unis.

⁴³³Interview with Iyori Hiroshi: the Role of Premiums and Representation Law and Issues for the Future, Kosei Torihiki, No. 502, août 1992, pièce n° 92-3 des Etats-Unis.

⁴³⁴1996 JFTC Annual Report, pièce n° 66-01 des Etats-Unis; 1988 JFTC Annual Report.

5.425 Le Japon fait valoir qu'au début le contrôle de l'application de la Loi sur les primes était assuré exclusivement par la JFTC. Que les poursuites aient fortement augmenté par suite de la création de la Division des primes et des déclarations en avril 1966, comme le soutiennent les Etats-Unis, ou non, la JFTC veillait activement à l'application de la réglementation concernant les primes excessives et les déclarations mensongères qui sont préjudiciables à une concurrence loyale, et le nombre d'injonctions de ne plus faire délivrées allait en augmentant.

5.426 Les Etats-Unis font valoir que bien que la JFTC ne se soit guère empressée au début de faire appliquer la Loi sur les primes, l'un des premiers secteurs qu'elle a choisi de réglementer est celui des appareils photo. Ce secteur avait connu une forte croissance au Japon pendant la décennie précédente.⁴³⁵ "Toutefois, en 1964 et 1965, la croissance de l'économie japonaise s'est ralentie. La demande intérieure d'appareils photo est restée stationnaire et il est devenu nécessaire d'accroître les exportations pour absorber une bonne [partie] de la production."⁴³⁶ Or, à l'époque, les fabricants japonais se heurtaient à une vive concurrence de Kodak, due en grande partie à une innovation que Kodak avait mise au point pour mettre en place plus facilement les pellicules.

5.427 Selon les Etats-Unis, face à cette concurrence les entreprises nationales du secteur ont offert des primes de plus en plus importantes. "Les détaillants ont commencé à offrir des primes excessives, par exemple des voyages à Hawaï, à Hong Kong, en Europe, etc., ou même des voitures."⁴³⁷ Les Etats-Unis soutiennent en outre que pour combattre ce qui était considéré comme une "hémorragie" dans le secteur photographique national, les fabricants ont formé un "cartel anticrise". La JFTC a donné son agrément au "cartel" le 30 juin 1965. Les entreprises nationales du secteur ont commencé "à mettre un frein à ces activités excessives ... les détaillants ont décidé de renoncer volontairement aux ventes assorties d'invitations ou de primes. Elles ont déposé une demande d'agrément de codes de concurrence loyale au titre de la Loi sur les primes".⁴³⁸

5.428 Les Etats-Unis font valoir que la JFTC s'est empressée de protéger le "cartel des appareils photo" contre la concurrence relative aux offres de primes. Le 15 octobre 1965, elle a publié une circulaire intitulée "Restrictions concernant les primes offertes dans le secteur des appareils photo", qui a fortement réduit les possibilités pour les fabricants, les grossistes et les détaillants d'offrir des primes les uns aux autres ou aux consommateurs. Le 15 octobre 1965, la JFTC a approuvé le Code de concurrence loyale concernant les restrictions aux primes offertes par les fabricants d'appareils photo et de produits connexes, promulgué par le Conseil des pratiques commerciales loyales des fabricants d'appareils photo. Comme la circulaire, le code a limité les primes offertes par les fabricants d'appareils photo adhérents. Le 29 octobre 1966, la JFTC a publié la Circulaire n° 35 approuvant un code de concurrence loyale presque identique pour les primes offertes par les grossistes d'appareils photo et de produits connexes.⁴³⁹

⁴³⁵Otsuka Noritami, JFTC Trade Practices Division, Recent Activities Concerning the Premiums Law, Kosei Torihiki, novembre 1965, page 3, pièce n° 65-5 des Etats-Unis.

⁴³⁶Ibid.

⁴³⁷Ibid.

⁴³⁸Ibid.

⁴³⁹De l'avis du Japon, kamera-ruï signifie "catégorie des appareils photo" et non "appareils photo et produits connexes". Voir le point 17 des problèmes de traduction.

5.429 De l'avis des Etats-Unis, bien que la circulaire et les codes visent les appareils photo, ils affectent aussi la promotion des pellicules et papiers. Presque tous les grands fabricants de pellicules du marché japonais - y compris Fuji, Konica et Kodak - sont de gros producteurs d'appareils photo. En limitant l'utilisation de primes pour la promotion d'appareils photo, ces restrictions ont réduit les possibilités pour les fabricants étrangers de promouvoir la vente de leurs pellicules et papiers en les offrant comme primes à l'achat d'appareils photo.

5.430 Pour le Japon, il n'y a pas eu de circulaire de la JFTC applicable spécifiquement aux pellicules et papiers photographiques ni de codes de concurrence loyale applicables spécifiquement à ces articles.

4. GENESE DES "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

5.431 Les Etats-Unis soutiennent que dans les années 60 et 70, lorsque le Japon a fait des concessions tarifaires et mis en oeuvre d'autres mesures de libéralisation des échanges pour les pellicules et papiers photographiques, le gouvernement japonais a exprimé la crainte que la libéralisation n'ouvre le marché japonais des fournitures photographiques à la forte concurrence des importations. En conséquence, le MITI a considéré que le gouvernement devait prendre des dispositions pour prévenir cette concurrence. De l'avis des Etats-Unis, le gouvernement a eu recours aux restrictions concernant les primes et les déclarations comme moyen efficace d'affaiblir les avantages que lui paraissaient avoir les fabricants étrangers de pellicules et papiers. Pour les Etats-Unis, il n'y a pas de doute que les contre-mesures japonaises en matière de promotion visaient à atténuer les effets des campagnes de promotion que pouvaient lancer les entreprises étrangères disposant d'importants moyens financiers.⁴⁴⁰

5.432 Le Japon fait valoir que la JFTC s'est montrée pleinement consciente de l'engagement du Japon d'accorder un traitement non discriminatoire aux entreprises et aux produits étrangers, comme en témoigne une série de déclarations et d'articles émanant de responsables de la Commission qui ont été publiés pendant les années 60.⁴⁴¹

⁴⁴⁰Les Etats-Unis ont fait état, notamment, de la déclaration ci-après du MITI: "Parallèlement à la libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges, les principaux problèmes que connaît ce secteur aujourd'hui sont l'arrivée des Etats-Unis sur le marché japonais ... La conquête de parts de marché dépendra en grande partie d'activités de promotion fondées sur les moyens financiers. Par conséquent, les fabricants japonais de pellicules qui manquent de moyens financiers, même s'ils occupent une position monopolistique sur le marché intérieur, seront sans doute mis à rude épreuve à l'avenir" (MITI, Manual for the Systemization of Camera and Film Distribution, mars 1975, page 121, pièce n° 75-5 des Etats-Unis).

⁴⁴¹Le Japon a fait état, notamment, de la déclaration ci-après de Yamada Sei-ichi, alors Président de la JFTC: "[En réponse à une question concernant l'éventualité que la JFTC barre le chemin aux capitaux étrangers au titre de la Loi antimonopole:] Si nous devons accorder un traitement défavorable aux capitaux étrangers et un traitement favorable aux capitaux nationaux, il n'y aurait plus de régime de droit. La loi doit être appliquée équitablement aux capitaux étrangers comme aux capitaux nationaux" (Interview of Yamada Sei-ichi by Kanamori Hisao, 205 Kosei Torihiki 20, page 24, 1967, pièce n° D-22 du Japon).

5.433 Les Etats-Unis soutiennent en outre que le gouvernement japonais a imposé ses contre-mesures en matière de promotion, du moins en partie, parce qu'il a reconnu l'importance de la commercialisation pour les fabricants étrangers de pellicules et de papiers en concurrence avec les principaux fabricants nationaux. Un spécialiste réputé des questions de concurrence au Japon a expliqué que les circulaires concernant spécifiquement ce secteur ont été adoptées "à cause des ventes avec primes excessives des entreprises affiliées à capitaux étrangers" ... Les codes de concurrence loyale sont efficaces pour freiner les ventes avec primes excessives qui pourraient perturber le marché. Nous nous attendons que les codes de concurrence loyale seront activement utilisés à l'avenir.⁴⁴² Selon les Etats-Unis, ces méthodes de concurrence sont particulièrement importantes au Japon, en raison des difficultés rencontrées par les fabricants étrangers de fournitures photographiques en ce qui concerne la distribution et d'autres facteurs du marché. De l'avis des Etats-Unis, le Japon a compris que s'il pouvait empêcher les fabricants étrangers de faire usage de leurs moyens de promotion et entraver le réseau de distribution, ses concessions tarifaires auraient des effets considérablement moindres et la domination des firmes nationales sur le marché serait préservée. A cet égard, les Etats-Unis soutiennent qu'un ancien secrétaire général et commissaire de la JFTC a confirmé que les contre-mesures en matière de promotion avaient pour origine la nécessité de faire pièce aux capitaux étrangers. Il a déclaré: "[L']une des raisons de l'imposition de restrictions concernant les primes offertes aux entreprises est d'empêcher les ventes avec primes excessives par les entreprises liées aux capitaux étrangers en général, qui ont pour résultat de fausser la concurrence". Il y a eu trois circulaires en matière de restrictions concernant des secteurs spécifiques ... Elles ont toutes été adoptées à la suite de ventes avec primes vraiment excessives effectuées par [une] entreprise affiliée spéciale à capitaux étrangers.⁴⁴³

5.434 Les Etats-Unis font valoir que pendant les années 50 et au début des années 60, de grands fabricants japonais de produits de consommation se sont fait une image de marque réputée et se sont taillé des parts de marché relativement importantes grâce aux "moyens financiers substantiels consacrés à la promotion de leur marque".⁴⁴⁴ En même temps, plusieurs fabricants étrangers ont fait la preuve que les importations pouvaient mettre à profit une stratégie similaire fondée sur l'utilisation de moyens de promotion pour battre en brèche des marques japonaises solidement établies. Les Etats-Unis donnent des exemples de sociétés étrangères comme Bristol-Meyer, Nestlé et Colgate, qui ont réussi à se faire une place sur le marché japonais grâce à des campagnes de promotion.

5.435 Le Japon fait valoir que les exemples donnés par les Etats-Unis ne prouvent rien en ce qui concerne l'argument des Etats-Unis selon lequel il existait un environnement commercial plus libre avant l'adoption de la Loi sur les primes: les cas cités sont tous des exemples d'activités promotionnelles qui ne seraient pas restreintes même aujourd'hui par la réglementation de la JFTC relative aux primes excessives. Le Japon affirme que la distribution par Schick de lames de rasoir en acier inoxydable gratuites aux Japonais a toujours été licite au regard de la Loi sur les primes; la campagne de promotion de Nestlé était une offre à bas prix, qui n'entre pas dans le champ d'application de la Loi sur les primes; et, enfin, la distribution d'échantillons gratuits de pâte dentifrice par Colgate n'aurait pas non plus été visée par la Loi sur les primes. Pour le Japon, ces cas

⁴⁴²Matsushita Mitsuo, *Antimonopoly Law and International Transactions (With Focus on Extra-territorial Application)*, 25 mai 1970, pages 83 à 89, pièce n° 70-2 des Etats-Unis.

⁴⁴³Iyori Hiroshi, *Basic Approach to Capital Liberalization and Antimonopoly Law: Types or Regulation, Sample Cases*, Zaisei Keizai Koho, No. 1332-1333, 24 novembre 1969, page 7, pièce n° 69-7 des Etats-Unis.

⁴⁴⁴M.Y. Yoshino, *The Japanese Marketing System: Adaptations and Innovations*, MITI Press, 1971, page 103, pièce n° 71-1 des Etats-Unis.

prouvent au contraire qu'il existe de nombreuses possibilités de mener des campagnes de promotion licites au Japon et que les entreprises étrangères ont pu les mettre à profit avec succès.

5.436 De l'avis des Etats-Unis, l'affirmation du Japon selon laquelle ces exemples seraient "toujours licites au regard de la Loi sur les primes" est inexacte. La Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC limitant les primes entre entreprises et la Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC limitant les primes aux consommateurs disposent que les échantillons sont exemptés uniquement s'ils sont "jugés raisonnables, compte tenu des pratiques commerciales normales". En outre, certaines offres à bas prix peuvent être réglementées en tant que "prix indûment bas" en vertu de la Désignation n° 6 au titre de la Circulaire n° 15 de 1982.

5.437 Le Japon soutient que les réglementations concernant les primes et les déclarations au titre de la Loi antimonopole et de la Loi sur les primes ne limitent pas les offres à bas prix.

5.438 Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais a exprimé la vive crainte que les importations et les sociétés étrangères n'utilisent avec succès ces stratégies et il a entrepris d'élaborer des dispositions pour faire face à cette éventualité. Les craintes du Japon concernant les techniques de commercialisation agressives étaient particulièrement grandes pour les pellicules et papiers en raison, en partie du moins, de l'image de marque réputée de Fuji auprès des consommateurs japonais. Les Etats-Unis soulignent qu'un responsable japonais a expliqué cette crainte comme suit "nous craignons que Kodak ne se serve de sa puissance financière pour contrôler le marché au moyen d'incitations énormes telles que des prix bas ou au moyen de cadeaux remis à l'achat de pellicules puis, une fois qu'elle aurait la haute main sur le marché, Kodak augmenterait les prix ... A cause de cette crainte, nous avons édicté des lignes directrices afin que la concurrence soit loyale".⁴⁴⁵ Le Japon a donc pris le parti d'empêcher que les importations ne puissent battre en brèche l'avantage dont Fuji disposait grâce à son image de marque.

5.439 Pour les Etats-Unis, la théorie économique de base explique la décision du Japon d'entraver la concurrence en matière de promotion pour les fournitures photographiques. Les économistes ont remarqué depuis longtemps que les nouveaux venus sur le marché ou les produits ayant une part de marché limitée - ce qui est souvent le cas des produits importés - ont beaucoup de mal à entrer en concurrence avec des produits déjà en vente et jouissant d'une image de marque réputée.⁴⁴⁶ Selon les Etats-Unis, cette difficulté est encore plus grande pour les produits pour lesquels l'"expérience" est le facteur déterminant, c'est-à-dire lorsque des expériences satisfaisantes répétées rendent la clientèle fidèle à ces produits. Les avantages naturels dont jouissent les marques connues sur le marché peuvent être renforcés lorsque le produit en question est relativement bon marché, ce qui rend la clientèle moins encline à essayer d'autres produits.

5.440 Les Etats-Unis font valoir que les nouvelles marques et les nouveaux produits désireux d'entrer en concurrence avec les grandes marques bien établies peuvent utiliser toute une gamme de moyens concurrentiels pour s'attirer les clients des fabricants qui dominent le marché, mais que, pour reprendre les termes d'une étude sur la question, ces nouvelles marques doivent fournir "quelque chose en plus".⁴⁴⁷ Le "quelque chose en plus" est souvent une prime d'une sorte ou d'une autre

⁴⁴⁵Japanese See Kodak Case As Hardly Black and White, New York Times, 5 juillet 1995, pièce n° 95-14 des Etats-Unis.

⁴⁴⁶Voir J.S. Bain, Barriers to New Competition, 1956, page 216, pièce n° 56-1 des Etats-Unis.

⁴⁴⁷Carpenter and Nakamoto, Consumer Preference Formation and Pioneering Advantage, Journal of Marketing Research, Volume 26, août 1989, page 297, pièce n° 89-4 des Etats-Unis.

incitant les consommateurs à abandonner leur marque habituelle. Dans un premier temps, toutefois, la marque concurrente doit faire l'objet d'une vaste campagne de publicité. En gros, les produits entrant en concurrence avec les grandes marques doivent "faire plus de bruit pour retenir l'attention". De l'avis des Etats-Unis, le Japon a cherché, en appliquant ses contre-mesures en matière de promotion, à contrecarrer les tentatives des fabricants étrangers dans ce sens.

5.441 Le Japon fait valoir que les primes excessives sont soumises à restriction dans d'autres pays également et que la réglementation japonaise n'est pas particulièrement plus stricte que celle des pays étrangers. De l'avis du Japon, en fonction du contexte culturel et social de chaque pays, les réglementations étrangères diffèrent dans le degré de restriction des offres de primes et peuvent, d'une manière générale, être classées en deux groupes.⁴⁴⁸ Le premier groupe de pays comprend l'Allemagne, la France, la Belgique, les Pays-Bas, la Norvège et le Danemark qui ont adopté une approche négative des primes car ils mettent l'accent sur la concurrence par les prix et la qualité. Les primes offertes à l'ensemble des acheteurs sont généralement maintenues à un niveau très bas dans ces pays et les concours dotés de prix sont interdits.

5.442 De l'avis du Japon, les pays qui limitent les offres de primes en tant que telles invoquent les raisons suivantes:

- étant donné que les offres de primes peuvent avoir pour résultat de concentrer la concurrence sur des aspects autres que le prix, la qualité et le service, elles rendent plus difficile pour les consommateurs d'étudier le marché;
- les offres de primes tendent à avoir pour effet de détourner l'intérêt des consommateurs de l'article principal et de les inciter à acheter un article par intérêt pour un autre article;
- les consommateurs ont tendance à surestimer la valeur des primes;
- le consommateur peut dans certains cas rencontrer des difficultés pour faire une réclamation concernant un article en prime qui présente un défaut ou une malfaçon;
- parfois, le consommateur n'est intéressé que par l'article principal ou par la prime et il ne peut pas acheter l'article qu'il désire sans acheter aussi un autre article qu'il ne désire pas;
- le marché peut se trouver artificiellement gonflé par des articles que le consommateur ne désirait pas au départ. Il serait préférable que les consommateurs bénéficient au lieu de cela d'une réduction de prix.

5.443 Le Japon ajoute que les Etats-Unis et le Royaume-Uni appartiennent à la seconde catégorie qui est en faveur des primes. Ils ne limitent pas les primes offertes à l'ensemble des acheteurs. En revanche, ils interdisent ou limitent strictement les ventes avec loteries ou concours dotés de prix, qui sont licites au Japon.

5.444 Les Etats-Unis soutiennent que le Japon s'efforce en vain de comparer ses "contre-mesures en matière de promotion" aux lois d'autres pays. Bien que le Japon ait mis en évidence quelques aspects de ses "contre-mesures en matière de promotion" qui ressemblent à certains aspects de mesures que l'on trouve ailleurs, les Etats-Unis affirment qu'ils ne connaissent pas d'autre pays ayant un régime tout à fait semblable à celui du Japon. En particulier, aucun pays n'a un mécanisme de

⁴⁴⁸OCDE, Offres de primes et pratiques commerciales analogues (1977), pièce n° D-36 du Japon.

contrôle de l'application des lois fondé sur la coopération entre le gouvernement et l'industrie qui soit analogue au système des "conseils des pratiques loyales" et des "codes de concurrence loyale" du Japon.

5.445 Le Japon fait observer qu'un mécanisme d'autoréglementation concernant les primes ou les déclarations existe dans d'autres pays, par exemple en Allemagne, où la Loi contre les restrictions à la concurrence de 1957 prévoit aussi une limitation volontaire de la part des entités commerciales. Selon le Japon, l'Allemagne compte une soixantaine de "règles de concurrence" approuvées au titre des articles 28 à 33 de la Loi. Au Royaume-Uni, la Loi sur les pratiques commerciales loyales de 1973 dispose, à l'article 124, paragraphe 3, qu'"il incombe au Directeur d'encourager les associations concernées à élaborer et à diffuser auprès de leurs membres des codes de pratique visant à sauvegarder et à promouvoir les intérêts des consommateurs".⁴⁴⁹ Le Japon ajoute que plus récemment, à la suite de la déréglementation et de la libéralisation de certains secteurs d'activité, des pays comme l'Australie ou le Canada envisagent de recourir davantage à l'autoréglementation pour assurer la protection des consommateurs, et ce, afin de réduire les frais d'administration.

5.446 Les "contre-mesures en matière de promotion" contestées par les Etats-Unis sont énumérées au paragraphe 3.6 et elles sont décrites dans la section II.B.3.b) et c) et 4.a) et b).

5. LES "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION APRES LE KENNEDYROUND

a) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC (primes aux entreprises)⁴⁵⁰

5.447 Selon les Etats-Unis, la limitation draconienne imposée par la Circulaire n° 17 du 10 mai 1967 de la JFTC a affecté presque toutes les offres de primes entre deux entreprises, à savoir les primes offertes par les fabricants aux grossistes et aux détaillants, ainsi que les primes offertes par les grossistes aux grossistes secondaires ou aux détaillants, lorsqu'elles servent 1) à ouvrir de nouvelles relations ou 2) à renforcer des objectifs de volume de ventes.⁴⁵¹ La JFTC a inclus explicitement les "fournitures photosensibles" parmi les secteurs visés par la circulaire.⁴⁵²

5.448 Pour les Etats-Unis, la Circulaire n° 17 de la JFTC a imposé une double restriction aux primes entre entreprises. Elle a limité le montant global des primes qu'une entreprise peut offrir à une autre entreprise à 100 000 yen par an, étant entendu que toute prime dans les limites de ce plafond doit être "raisonnable, compte tenu des pratiques commerciales normales". Les Etats-Unis font valoir que les "codes de concurrence loyale" du secteur jouent un rôle déterminant dans la définition des "pratiques commerciales normales". "Quant aux "pratiques commerciales normales", s'il existe un code de [concurrence] loyale, ce dernier servira de norme. S'il n'en existe pas, la JFTC se prononcera après avoir fait une enquête sur les pratiques commerciales du secteur ou chargera ce dernier d'établir un code de [concurrence] loyale."⁴⁵³

⁴⁴⁹Pièce n° D-62 du Japon.

⁴⁵⁰Voir la section II.B.3 b) ii).

⁴⁵¹Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyosui Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1967, page 25, pièce n° 67-8 des Etats-Unis.

⁴⁵²Voir le tableau joint à la Circulaire n° 17 de la JFTC.

⁴⁵³Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers, op. cit.

5.449 De l'avis des Etats-Unis, en vertu de la Circulaire n° 17 de la JFTC, les fabricants de pellicules et papiers étrangers désireux d'accroître leur part de marché étaient autorisés à offrir des incitations n'excédant pas 100 000 yen par entreprise. Selon les Etats-Unis, en limitant aussi radicalement l'offre de primes entre entreprises, la circulaire a pratiquement éliminé l'une des méthodes les plus efficaces permettant aux fabricants d'engager des relations avec des grossistes et des détaillants ou d'offrir des incitations aux distributeurs pour accroître leurs ventes.

5.450 Les Etats-Unis soutiennent en outre que la JFTC a indiqué dans son rapport annuel de 1966 que la Circulaire n° 17 avait été édictée en tant que contre-mesure en matière de libéralisation, notant que les primes "1) empêchent la rationalisation de la distribution; 2) nuisent aux intérêts des consommateurs; 3) conduisent à une concurrence fondée sur les ressources financières et la puissance de vente où s'exerce la loi du plus fort; et 4) le point 3) [ci-dessus] s'intensifiera particulièrement avec la libéralisation des mouvements de capitaux".⁴⁵⁴ La JFTC a expliqué en outre que "[l']objectif primordial de la [Circulaire n° 17] est a) la rationalisation de l'étape de la distribution ...; et b) [la suppression] d'une concurrence au niveau des ventes où s'exerce la loi du plus fort sur la base de la puissance financière ... Si les capitaux des Etats-Unis devaient servir à [offrir des primes] au secteur de la distribution japonais, le [Japon] ne pourrait pas faire de même, de sorte que les restrictions devraient être appliquées comme un garde-fou avant la libéralisation".⁴⁵⁵ Pour les Etats-Unis, il est clair que la JFTC a édicté la circulaire en ayant la concurrence étrangère à l'esprit.

5.451 Pour le Japon, l'objet et le but de la circulaire figurent pour l'essentiel non pas dans la section du rapport annuel de la JFTC de 1966 citée par les Etats-Unis, mais dans la section précédente du rapport:

"En juin 1966, l'Organe consultatif des prix, qui conseille le Directeur général de l'Agence de planification économique, a estimé que "les offres de primes dans le secteur de la distribution d'articles ménagers augmenteraient inutilement les frais de vente et de distribution et sont contraires à la rationalisation de la distribution, de sorte qu'elles ne sont pas souhaitables du point de vue de la lutte contre la hausse des prix. Il convient d'y mettre bon ordre et de réglementer cette pratique au titre de la Loi sur les primes afin de promouvoir une concurrence loyale et de rationaliser la distribution, et, par là même, de faire profiter les consommateurs des avantages de la concurrence". En réponse à cette recommandation, la JFTC a enquêté sur 80 associations, y compris des associations de fabricants de biens de consommation en août de la même année au sujet des modalités des offres de voyages ..."⁴⁵⁶

Le Japon fait valoir que la circulaire s'appliquait quelle que soit la nationalité de l'entité ayant recours à la pratique.

5.452 Le Japon fait valoir en outre que la Circulaire n° 17 de la JFTC ne s'appliquait qu'aux offres de marchandises. Les offres à prix réduits, les ristournes et les offres de marchandises pour aider les activités promotionnelles des autres parties n'étaient pas visées par la réglementation. En outre, la circulaire précisait qu'elle n'empêchait pas les entreprises "d'offrir du matériel ou des installations pour vendre ou entreposer ces marchandises, d'offrir du matériel, des installations, etc., pour la

⁴⁵⁴JFTC Annual Report, 1966, pièce n° 66-1 des Etats-Unis (italiques ajoutés par les Etats-Unis).

⁴⁵⁵Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers, op. cit.

⁴⁵⁶JFTC Annual Report, 1966, pièce n° D-43 du Japon.

publicité ou tout autre support de publicité, ou de fournir des conseils ou des informations sur les produits ou les techniques de réparation". Par conséquent, selon le Japon, les fabricants tant étrangers que nationaux ont disposé d'une large gamme de moyens pour établir des relations, ou renforcer les relations existantes, avec les distributeurs.

5.453 Le Japon fait observer que le secteur des fournitures photographiques ne constitue pas un cas à part puisque presque tous les secteurs fabriquant des marchandises qui sont consommées ou utilisées dans la vie courante - plus de 100 secteurs allant des automobiles au savon - étaient visés.

5.454 Le Japon fait valoir que la réglementation ne limitait que les offres de primes excessives - et non les activités de promotion normales - aux distributeurs. La justification était que ces offres pouvaient entraver une concurrence par les prix libre et loyale dans la distribution et accroître les frais de distribution au détriment des intérêts des consommateurs. Toutefois, les fabricants pouvaient quand même offrir des prix bas ou des rabais et ils étaient libres d'exercer d'autres activités de promotion normales conformément à la circulaire.

5.455 Le Japon fait observer en outre que les primes offertes aux salariés des entreprises ayant des liens spéciaux (détenion d'actions ou envoi de dirigeants) avec le fabricant n'étaient pas considérées comme des primes visées par la réglementation parce qu'elles ne différaient pas des primes offertes à ses propres salariés. Cette exception ne s'appliquait qu'aux transactions qui étaient presque identiques à celles effectuées au sein d'une seule entité. Les relations entre Fuji Film et ses grossistes primaires ne répondaient pas au critère d'exception parce qu'elles n'avaient pas un caractère spécial.

5.456 Le Japon soutient que la Circulaire n° 17 de la JFTC a été abrogée en avril 1996 et qu'elle n'est donc pas visée par la présente procédure. A mesure que la concurrence par les prix s'est intensifiée au niveau de la distribution en raison de l'évolution de l'économie japonaise depuis 1967, les distributeurs ont eu tendance à réclamer des baisses de prix plutôt que des primes aux fabricants. La réglementation est donc devenue moins nécessaire, raison pour laquelle la circulaire a été abrogée.

5.457 Les Etats-Unis font remarquer que la circulaire est restée en vigueur jusqu'à la fin de mars 1996, et qu'après l'abrogation de la Circulaire n° 17 les offres de primes entre entreprises sont restées assujetties à la Circulaire n° 15 de la JFTC, Désignation n° 9 du 15 juin 1982 concernant les incitations indues au titre de la Loi antimonopole. Les Etats-Unis font valoir que la désignation interdit les offres de primes dépassant la "pratique commerciale normale". Etant donné que les primes excédant 100 000 yen par an et par entreprise ont été illicites de 1967 à 1996, et que par conséquent la "pratique commerciale normale" peut effectivement être limitée à ce montant, on ne voit pas très bien dans quelle mesure les restrictions actuelles au titre de la Loi antimonopole diffèrent de celles qui étaient en vigueur au titre de la Loi sur les primes.

5.458 Toutefois, selon le Japon, le fait est qu'en vertu de la Désignation n° 9 de la Circulaire n° 15 de la JFTC concernant les pratiques commerciales déloyales, le seuil de déclenchement automatique de 100 000 yen n'existe plus et que la charge de la preuve incombe à la JFTC.

b) Décision de 1967 du Cabinet ("directive" concernant les codes de concurrence loyale)⁴⁵⁷

5.459 Les Etats-Unis soutiennent qu'en juin 1967, le Comité d'experts du Conseil de l'investissement étranger, comité consultatif du Ministère des finances, a recommandé l'établissement

⁴⁵⁷Voir la section II.B.1.

de "codes de concurrence loyale" additionnels comme "contre-mesure efficace".⁴⁵⁸ Le Comité a suggéré que ces codes soient établis "avec l'aide du secteur qui pourrait être affecté".⁴⁵⁹

5.460 Selon les Etats-Unis, le Japon savait fort bien que ses obligations découlant des traités n'autorisaient pas le gouvernement à traiter les sociétés étrangères d'une manière manifestement discriminatoire. Au dire d'un membre du Comité d'experts du Conseil de l'investissement étranger, le Japon souhaitait "des contre-mesures légales pour prévenir tout risque que les capitaux étrangers portent atteinte aux entreprises nationales ou à l'économie nationale, risque inhérent à la libéralisation des mouvements de capitaux", mais il a reconnu que "si des contre-mesures discriminatoires doivent être prises ... il appartiendra aux entreprises [nationales] de les prendre elles-mêmes".⁴⁶⁰ Aux yeux des tiers, les mesures paraîtraient impartiales: "le gouvernement doit naturellement remédier à ces situations nouvelles en renforçant l'application de la [Loi sur les primes et de la Loi antimonopole], mais il se peut que les lois doivent être appliquées techniquement d'une manière équitable aux entreprises nationales et aux entreprises étrangères ...".⁴⁶¹

5.461 Les Etats-Unis soutiennent en outre qu'en juillet 1967 le Cabinet japonais a adopté les recommandations du Conseil de l'investissement étranger (FIC) et de son Comité d'experts selon lesquelles la Loi sur les primes devrait être utilisée comme contre-mesure en matière de libéralisation au moyen de l'établissement de codes de concurrence loyale.⁴⁶² Selon les Etats-Unis, le gouvernement a décidé que les codes seraient établis par des représentants du secteur et des associations professionnelles, comme prévu à l'article 10 de la Loi sur les primes, et le gouvernement assurerait un "encadrement actif".⁴⁶³

5.462 Ensuite, soutiennent les Etats-Unis, la JFTC a exhorté le secteur privé à établir de nouveaux "codes de concurrence loyale" et offert ses conseils pour leur rédaction. L'industrie et les associations ont d'abord résisté, mais la JFTC a réussi à obtenir qu'elles s'engagent à adopter des codes de ce genre: "En ce qui concerne l'établissement des codes de concurrence loyale, contrairement à aujourd'hui, elles étaient toutes vivement opposées à cette idée. Elles jugeaient [les codes] déplacés ...

⁴⁵⁸Report of the Foreign Investment Council Expert Committee, Finance, juin 1967, page 3, pièce n° 67-5 des Etats-Unis. Voir la section II.B.1.

⁴⁵⁹Ibid.

⁴⁶⁰Postwar Developments and Challenges of Corporate Law Part II: Capital Liberalization Countermeasures, Hogaku Seminar, avril 1968, page 3, pièce n° 68-4 des Etats-Unis.

⁴⁶¹Ibid.

⁴⁶²Voir la section II.B.1.

⁴⁶³"Ce qui a retenu particulièrement l'attention comme contre-mesure en matière de libéralisation est l'établissement de codes de concurrence loyale, qui ont un caractère d'autoréglementation pour l'industrie (article 10 de la loi) ... on a conclu qu'il est probablement possible d'empêcher l'offre de primes excessives et d'autres pratiques de ce genre par une utilisation plus efficace du système. De l'avis général, la tâche exige des efforts de l'industrie japonaise elle-même pour établir ces codes et un "encadrement actif" du gouvernement pour aider ces efforts" (Sato Hiroshi, Deputy-Director, Foreign Investment Division, Ministry of Finance, Legislative Countermeasures for Preventing Disorder Resulting from Liberalization of Direct Investment, Finance, juillet 1967, page 6, pièce n° 67-5 des Etats-Unis).

Plusieurs industries étaient opposées au début à l'établissement de codes de concurrence loyale, mais dès [1969] elles ont commencé à établir les codes de leur propre initiative."⁴⁶⁴

5.463 Le Japon soutient qu'il n'est pas nécessaire, à son avis, de s'étendre sur les codes de concurrence loyale ou les conseils des pratiques commerciales loyales étant donné qu'aucun d'eux ne vise les pellicules et papiers photographiques. Néanmoins, il se trouve dans l'obligation de rectifier certaines interprétations erronées contenues dans les communications des Etats-Unis. Le Japon fait valoir que les primes excessives et les déclarations mensongères ont tendance à se répandre rapidement parmi les concurrents et à gagner en ampleur. Il est donc souhaitable pour la bonne application de la Loi sur les primes d'obtenir une autodiscipline des entités commerciales à cet égard et de prévenir les infractions à la loi. C'est dans ce contexte, affirme le Japon, que la Loi sur les primes autorise les entités commerciales à adopter, sous réserve de l'approbation de la JFTC, des règles d'application volontaire (codes de concurrence loyale) concernant les primes et les déclarations, pour assurer le bon choix des marchandises par les consommateurs et une concurrence loyale sur le marché.

⁴⁶⁴Interview with Iyori Hiroshi: The Role of Premiums and Representation Law and Issues for the Future, Kosei Torihiki, No. 502, août 1992, pièce n° 92-3 des Etats-Unis. Le Japon a fait valoir que la raison pour laquelle le secteur privé était "peu disposé" à adopter les codes était que les industries visées pratiquaient une publicité outrageusement mensongère (cadeaux, articles de valeur, etc.) et estimaient qu'il était déshonorant d'adopter pareils codes.

5.464 Le Japon fait valoir que le rapport du Comité d'expert du FIC, invoqué par les Etats-Unis, dit clairement que "[d]ans l'application de la Loi antimonopole, les entreprises à capitaux étrangers ne devraient pas être traitées différemment".⁴⁶⁵ Selon le Japon, ni la Loi antimonopole ni la Loi sur les primes ne renferment de disposition permettant de traiter les entreprises à capitaux étrangers de manière différente, et ces lois n'ont jamais été appliquées de pareille manière.

5.465 Pour le Japon, le rapport contenait uniquement des recommandations dont la plupart "devaient être examinées plus avant dans d'autres conseils d'experts ou organes administratifs aux fins de mise en oeuvre, étant donné qu'il appartient à un organe consultatif d'examiner des questions importantes concernant l'investissement étranger".⁴⁶⁶ Le rapport précise que "pour la plupart des questions examinées ici, ni le Comité ni le Conseil ne sont en mesure de donner une opinion décisive". Le Japon soutient que la JFTC n'a pas appliqué la Loi sur les primes aux fins de mettre en oeuvre ses recommandations. Le Japon soutient aussi que, contrairement à ce qu'allèguent les Etats-Unis, le Cabinet japonais n'a pas adopté le rapport. Par conséquent, le gouvernement japonais n'a pas fourni un "encadrement actif".

5.466 Selon les Etats-Unis, le Japon essaie de soustraire à l'examen les codes et conseils en faisant valoir qu'ils ne régissent pas la vente ou la promotion de fournitures photographiques. Le Japon affirme que les codes n'ont pas été rédigés en fonction des pellicules ou papiers. En présentant cet argument, le Japon fait abstraction des effets réels que ces codes et conseils ont sur le marché en ce qui concerne la promotion des fournitures photographiques. Pour les Etats-Unis, les codes et conseils rendent vaine la promotion des fournitures photographiques sur le marché japonais et c'est cet effet réel qu'ils contestent.

5.467 Les Etats-Unis soutiennent en outre que pour renforcer à leurs débuts les conseils des pratiques commerciales loyales, le Japon a pris des dispositions pour que les sociétés étrangères ne puissent pas pénétrer sur le marché japonais avant que l'application des codes de concurrence loyale soit pleinement effective. La JFTC a engagé des procédures contre les importations afin de décourager les activités promotionnelles offensives. Cela a montré clairement que le gouvernement avait l'intention d'utiliser les restrictions aux campagnes de promotion pour empêcher la concurrence des importations. Les Etats-Unis citent trois cas où la JFTC a appliqué la Loi sur les primes contre des filiales de sociétés étrangères ou des importateurs de produits étrangers. L'un concerne une filiale japonaise d'une société horlogère suisse qui voulait offrir à ses meilleurs clients des voyages pour assister à des séminaires en Suisse. Dans un autre cas, une procédure a été engagée contre des importateurs de climatiseurs fabriqués aux Etats-Unis qui voulaient offrir un téléviseur couleur gratuit à l'achat de chaque climatiseur. Dans le troisième cas, il a été interdit à un fabricant de boissons non alcoolisées des Etats-Unis d'offrir à ses clients des sweepstakes dotés de prix en espèces ou d'un lot de trois packs de boissons gazeuses. Le Directeur de la Division des primes et des déclarations de la JFTC a reconnu à l'époque que la JFTC était préoccupée par les "ventes avec primes tapageuses" des grandes sociétés étrangères concurrentes et qu'il fallait un "code de concurrence loyale" pour protéger les entreprises nationales.⁴⁶⁷

5.468 Selon le Japon, chacun des exemples cités par les Etats-Unis n'a rien à voir avec l'origine du produit. La même procédure aurait été engagée contre des fabricants nationaux. Le Japon fait

⁴⁶⁵Finance, juin 1967, pièce n° D-58 du Japon, pièce n° 67-5 des Etats-Unis.

⁴⁶⁶Finance, juillet 1967, pièce n° D-59 du Japon, pièce n° 67-9 des Etats-Unis.

⁴⁶⁷Ueno Toshiro, JFTC's Premiums and Representation Division, Pepsi Cola Premiums Law Case, Kosei Torihiki, décembre 1971, pièce n° 71-12 des Etats-Unis.

observer en outre que pendant la période de trois ans allant de 1969 à 1971, la JFTC a délivré des injonctions de ne plus faire dans 159 cas et que trois seulement d'entre eux concernaient des produits étrangers. Pour le Japon, la JFTC a fait appliquer la Loi antimonopole et la Loi sur les primes sans aucune discrimination.

5.469 Selon les Etats-Unis, outre les procédures susmentionnées, la JFTC a pris des dispositions moins formelles en adressant des "directives administratives" aux sociétés étrangères et aux importateurs nationaux de produits étrangers. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une forme de réglementation aussi contraignante qu'une injonction de ne plus faire, les "directives administratives" ont essentiellement le même effet.

5.470 Les Etats-Unis font également valoir que le gouvernement japonais a pris des dispositions additionnelles pour renforcer les contre-mesures en matière de promotion pendant la mise en place des conseils des pratiques commerciales loyales. En 1972, la Loi sur les primes a été modifiée pour habiliter les administrations préfectorales à engager des poursuites concernant les primes et les déclarations.⁴⁶⁸ En vertu de l'article 9-2 de la Loi sur les primes révisée, les administrations préfectorales peuvent ordonner aux contrevenants de cesser d'agir d'une manière incompatible avec les articles 3 ou 4. Pour mobiliser l'appui de l'opinion publique à une mesure d'exécution, les administrations préfectorales peuvent rendre publiques leurs constatations. Si un contrevenant ne se conforme pas à une directive émise en vertu de l'article 9-2, ou si une administration préfectorale le demande, la JFTC peut aussi "prendre des mesures appropriées".⁴⁶⁹ Selon les Etats-Unis, la modification de 1972 a eu pour effet un accroissement spectaculaire du nombre de procédures engagées en application de la loi: de 1972 à ce jour, environ 75 pour cent des procédures engagées en application de la Loi sur les primes sont le fait des administrations préfectorales.

5.471 Le Japon fait valoir que la modification de 1972 répondait au souci de renforcer la coopération entre la JFTC et les administrations locales afin de mieux protéger les intérêts des consommateurs.⁴⁷⁰ La Loi sur les primes révisée habilite les préfets à enquêter sur les violations éventuelles de la Loi en demandant des rapports et en effectuant une inspection sur place. Ils sont également habilités à adresser une directive non contraignante aux parties en cause pour qu'elles s'abstiennent d'enfreindre la Loi. Le Japon fait observer, toutefois, que les préfets ne sont pas habilités à délivrer des injonctions de ne plus faire (article 9bis de la Loi sur les primes). Si les parties ne se conforment pas volontairement aux instructions non contraignantes des préfets, la JFTC doit alors prendre des dispositions contraignantes. En outre, les administrations préfectorales sont placées sous la tutelle de la JFTC en ce qui concerne l'application de la Loi sur les primes (article 9-5). Les deux autorités collaborent étroitement à cet égard et il n'y a pas de divergence en pratique dans l'interprétation ou l'application de la réglementation relative aux primes.

5.472 De l'avis du Japon, il n'est pas surprenant que "75 pour cent des procédures engagées au titre de la Loi sur les primes" le soient par les administrations préfectorales, comme l'indique la communication des Etats-Unis, étant donné que la JFTC a un siège et huit bureaux locaux tandis qu'il y a 47 préfectures au total.

⁴⁶⁸Premiums Law, articles 9-2 et 9-3, pièce n° 62-6 des Etats-Unis.

⁴⁶⁹Ibid., article 9-2.

⁴⁷⁰Thirty-Years of Competition Policy, pages 286-287, pièce n° D-56 du Japon.

c) Circulaire n° 34 de 1971 de la JFTC (loteries sans obligation d'achat)⁴⁷¹

5.473 Les Etats-Unis soutiennent que cette circulaire prescrit que les prix offerts dans le cadre de loteries sans obligation d'achat ne peuvent pas excéder un million de yen. De l'avis des Etats-Unis, la JFTC applique cette restriction aux "fournitures photosensibles".

5.474 Le Japon fait valoir que la Circulaire n° 34 du 2 juillet 1971 n'a guère eu d'effet sur la façon dont Kodak utilise des concours dotés de prix pour promouvoir ses ventes. Kodak a réalisé un grand nombre de campagnes de promotion basées sur des concours dotés de prix sans obligation d'achat. Le Japon soutient qu'entre 1971 et 1996 (année où le plafond pour les concours sans obligation d'achat est passé de 1 à 10 millions de yen), Kodak n'a offert des prix de 1 million de yen que dans un très petit nombre de cas. Dans la plupart des campagnes de promotion de Kodak, les premiers prix se situaient entre 300 000 et 500 000 yen. Même lorsque le plafond est passé à 10 millions de yen, Kodak a continué d'offrir des prix bien inférieurs à l'ancien plafond de 1 million de yen. A la fin de 1996, par exemple, Kodak a offert des prix de 500 000 yen pour les premiers gagnants de ses campagnes de promotion.⁴⁷²

5.475 Les Etats-Unis font valoir que Kodak a fortement réduit ses primes publicitaires en raison des limitations rigoureuses imposées. Kodak ne manquait pas d'idées de primes et de prix, mais "ces idées ont été abandonnées lorsqu'elles risquaient d'entrer en conflit avec les réglementations officielles ou l'autoréglementation du secteur".⁴⁷³

d) Circulaire n° 34 de 1973 de la JFTC (pays d'origine des marchandises)⁴⁷⁴

5.476 Les Etats-Unis font valoir que la Circulaire n° 34 du 16 octobre 1973 de la JFTC limite la mesure dans laquelle les indications publicitaires concernant les produits importés peuvent être présentées en japonais. La circulaire qualifie notamment de mensongères "[l]es indications ... qui, lorsqu'elles sont apposées sur des marchandises de fabrication étrangère, font qu'il est difficile pour les consommateurs de savoir que les marchandises sont de fabrication étrangère: ... [les] indications littérales composées entièrement ou principalement d'idéogrammes japonais".

⁴⁷¹Voir la section II.B.3 a) ii).

⁴⁷²Voir la pièce n° D-27 du Japon qui contient une liste des prix offerts antérieurement par Kodak.

⁴⁷³Affidavit of Sumi Hiromichi, page 27, pièce n° 96-10 des Etats-Unis.

⁴⁷⁴Voir la section II.B.3 b) iii). Bien que cette circulaire ne figure pas dans la liste des mesures contestées par les Etats-Unis, elle est abondamment citée dans les communications des deux parties.

5.477 De l'avis des Etats-Unis, les restrictions imposées aux sociétés étrangères en ce qui concerne l'utilisation du japonais peuvent réduire considérablement l'efficacité des efforts de commercialisation des produits importés. Cela est particulièrement vrai lorsque la restriction s'applique à la dénomination commerciale ou à d'autres renseignements essentiels concernant le produit.⁴⁷⁵ Pour les Etats-Unis, le traitement moins favorable accordé aux importations du fait de la limitation de l'emploi du japonais est manifeste et est aggravé par les lignes directrices interprétant la circulaire.⁴⁷⁶ Ces lignes directrices établissent des exceptions à la circulaire en faveur des produits nationaux, exceptions pour lesquelles il n'existe pas de dispositions analogues applicables aux articles de fabrication étrangère.

5.478 Les Etats-Unis notent, par exemple, que le paragraphe 2 des lignes directrices permet d'utiliser pour des produits japonais des indications qui évoquent un pays étranger ou un endroit à l'étranger s'il est "manifeste" que le fabricant est japonais. Le paragraphe 3 dispose que des produits nationaux peuvent être désignés par une appellation étrangère, par exemple "Pain français" - à condition qu'il soit bien clair que le pays d'origine de la marchandise en question n'est pas un pays étranger".⁴⁷⁷

5.479 Pour les Etats-Unis, la Circulaire n° 34 de la JFTC et les lignes directrices correspondantes pénalisent nettement les importations par les prescriptions restrictives qu'elles imposent aux indications publicitaires ayant trait au pays d'origine des produits. En limitant l'utilisation du japonais pour les produits importés, la circulaire ne sert pas à protéger les consommateurs car, quel que soit le lieu de fabrication, le pays d'origine peut être identifié clairement en japonais. En outre, selon les Etats-Unis, l'établissement d'exceptions à la circulaire en faveur des marchandises nationales mais non en faveur des marchandises étrangères ne répond pas à un objectif légitime de protection des consommateurs.

5.480 En réponse aux arguments présentés par les Etats-Unis au sujet de la Circulaire n° 34 de la JFTC, le Japon fait valoir qu'à la fin des années 60 une quantité considérable de marchandises importées ont commencé à être distribuées sur le marché japonais du fait de l'expansion des échanges de capitaux, de technologies et de marchandises. Malheureusement, des indications inappropriées concernant le pays d'origine sont devenues alors monnaie courante. Ces indications étaient destinées à induire les consommateurs en erreur afin qu'ils prennent des marchandises nationales pour des

⁴⁷⁵De l'avis des Etats-Unis, bien que la circulaire restreigne aussi la mesure dans laquelle les indications concernant l'origine des marchandises japonaises peuvent être faites dans une langue étrangère, l'impossibilité d'utiliser une langue autre que le japonais pour la promotion de ces marchandises ne présente pas un inconvénient comparable.

⁴⁷⁶Application Standards for "Misleading Representations Regarding Country of Origin of Goods", Directive n° 12 du Secrétaire général, 16 octobre 1973, pièce n° 73-5 des Etats-Unis.

⁴⁷⁷Les Etats-Unis ont cité aussi le paragraphe 6 qui permet d'utiliser les indications ci-après pour les produits nationaux:

- i) indications comprenant le nom ou la marque de commerce d'une entreprise japonaise composé en caractères étrangers (y compris en japonais romanisé), si les consommateurs savent pertinemment qu'elles sont apposées sur des marchandises de fabrication nationale;
- ii) indications qui, selon la loi, peuvent être utilisées pour renseigner les consommateurs en lieu et place du japonais (ex.: "Pure laine", "Acier inoxydable", etc.);
- iii) indications qui sont connues des consommateurs du fait des pratiques commerciales courantes (ex.: "taille", "prix", etc.); et
- iv) indications formées de caractères étrangers, s'il est évident que ces caractères ne sont utilisés que comme motifs, décorations, etc. et qu'ils ne donnent pas à entendre que le pays d'origine des marchandises est un pays étranger (ex.: les coupures de magazines de langue anglaise utilisées pour décorer les sacs)."

marchandises d'Europe ou d'Amérique du Nord et à exploiter la préférence des consommateurs pour certains produits fabriqués à l'étranger. Afin de contrôler de manière efficace les indications qui pourraient induire les consommateurs en erreur sur le pays d'origine des produits, la JFTC a adopté la Circulaire n° 34 ainsi que les "Lignes directrices pour l'interprétation et l'application de la circulaire".⁴⁷⁸

5.481 Pour le Japon, la circulaire n'avait donc nullement pour objectif ou pour effet de restreindre l'importation de produits étrangers; au contraire, elle était destinée, en partie du moins, à assurer des possibilités de concurrence équitables aux produits étrangers en les protégeant des produits nationaux déguisés sur le marché japonais.

5.482 Le Japon soutient en outre que la Circulaire n° 34 de la JFTC est symétrique et comporte deux sections. La section 1 régleme les indications de nature à faire prendre des marchandises nationales pour des marchandises étrangères et la section 2 traite des indications mensongères faisant passer des marchandises étrangères pour des marchandises nationales ainsi que des indications mensongères concernant les marchandises étrangères en général.⁴⁷⁹ Les lignes directrices édictées au titre de la circulaire précisent la section 1 en particulier. Selon le Japon, la raison en est que la circulaire a été publiée principalement pour traiter des indications qui font passer des marchandises nationales pour des marchandises étrangères, et pour protéger les produits étrangers. Le Japon fait valoir que les lignes directrices s'appliquent mutatis mutandis à la section 2.

5.483 Le Japon fait valoir en outre que pour autant que le pays d'origine soit clairement indiqué de n'importe quelle manière, que ce soit en japonais, en langue étrangère ou sous une forme autre que littérale, l'utilisation de la langue japonaise pour la totalité ou la plus grande partie des indications littérales est tout à fait licite.

5.484 Le Japon soutient en outre que les paragraphes 2, 3 et 6 des Lignes directrices ne prévoient pas d'"exception en faveur des marchandises nationales", comme l'affirment les Etats-Unis: ce sont des exemples d'indications qui n'induiraient pas en erreur les consommateurs. Selon le Japon, les règles relatives au pays d'origine s'appliquent de manière symétrique aux marchandises nationales et aux marchandises étrangères. Les indications portées sur les marchandises nationales ne peuvent être rédigées en totalité ou en grande partie dans une langue étrangère que si les marchandises portent une indication reconnaissable de leur origine japonaise. La restriction de l'emploi du japonais pour les marchandises étrangères doit être considérée comme le pendant de la règle applicable aux marchandises japonaises et ne doit pas être considérée comme discriminatoire en aucune façon. A cet égard, le Japon cite le principe de l'origine étrangère de la Commission fédérale du commerce (FTC) des Etats-Unis, selon lequel "il est déloyal, en règle générale, de vendre ou d'offrir à la vente un produit étranger sans en révéler le pays d'origine".⁴⁸⁰ La FTC n'exige pas, en revanche, que les marchandises américaines portent l'indication de leur origine nationale. Pour le Japon, au contraire, les règles japonaises en matière de pays d'origine au titre de la Loi sur les primes limitent, de la même façon pour les produits nationaux et les produits étrangers, les indications qui pourraient induire les consommateurs en erreur au sujet de l'origine.

e) Circulaire n° 3 de 1977 de la JFTC (concours comportant une obligation d'achat)⁴⁸¹

⁴⁷⁸JFTC/Secretary-General Circular No. 12 of 1973, pièce n° D-54 du Japon.

⁴⁷⁹Voir la section II.B.3 b) iii).

⁴⁸⁰Foreign Origin, Trade. Rep., 7551, pièce n° D-55 du Japon.

⁴⁸¹Voir la section II.B.3 b) iv).

5.485 Les Etats-Unis font valoir que le fait le plus marquant pendant la mise en oeuvre initiale de la Loi sur les primes a été la Circulaire n° 20 de 1965 de la JFTC intitulée "Restrictions concernant les primes offertes par voie de concours". Dans cette circulaire, la JFTC a élargi le champ d'application de la circulaire sur les loteries en incluant les concours qui font appel à certaines connaissances, comme les jeux-concours ou les concours du meilleur slogan.⁴⁸² La Circulaire n° 3 de 1977 a développé la Circulaire n° 20 de 1965. La Circulaire de 1977 a fixé la valeur maximale des primes offertes dans le cadre de loteries comportant une obligation d'achat ou comme prix dans des jeux avec tirage au sort comme suit: 1) lorsque la valeur de transaction pour les primes offertes par voie de concours est inférieure à 500 yen: 20 fois la valeur de transaction; 2) lorsque la valeur de transaction est égale ou supérieure à 500 yen mais inférieure à 50 000 yen: 10 000 yen; 3) lorsque la valeur de transaction est égale ou supérieure à 50 000 yen mais inférieure à 100 000 yen: 30 000 yen; et 4) lorsque la valeur de transaction est de 100 000 yen ou plus: 50 000 yen.

5.486 Le Japon soutient que la Circulaire n° 3 du 1er mars 1977 de la JFTC ne limite que les ventes déloyales au moyen de loteries ou de concours dotés de prix. Le plafond a été fixé à 20 fois le prix d'achat ou 100 000 yen, si ce montant est inférieur. La valeur totale des prix ne doit pas dépasser 2 pour cent des ventes totales prévues. La JFTC a publié les "Lignes directrices pour l'interprétation de la Circulaire relative aux restrictions concernant les primes offertes par voie de loteries ou de concours dotés de prix" ("Lignes directrices concernant les concours dotés de prix").⁴⁸³ Le Japon fait valoir que Kodak a pleinement mis à profit la possibilité d'organiser des concours comportant une obligation d'achat pour promouvoir ses ventes au Japon. Dans la liste des offres de primes de Kodak⁴⁸⁴, le nombre d'offres concernant des concours avec obligation d'achat est presque le même que celui des offres concernant des concours sans obligation d'achat. Aux Etats-Unis, les ventes avec loteries sont interdites dans la totalité des 50 Etats fédérés.

f) Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC (primes aux consommateurs)⁴⁸⁵

5.487 De l'avis des Etats-Unis, la Circulaire n° 5 du 1er mars 1977 concernant les primes offertes aux consommateurs, qui limite ces primes à 10 pour cent de la valeur de la marchandise, a été particulièrement préjudiciable à la concurrence dans le secteur des pellicules. Cette limitation de 10 pour cent permet peut-être sans doute d'offrir des primes intéressantes pour des articles coûteux, mais elle frappe durement les ventes de fournitures photographiques relativement bon marché. La valeur des primes offertes pour des articles bon marché doit être élevée par rapport au prix de transaction, sinon la promotion risque d'être vaine. Cela signifie que les marques souhaitant faire concurrence à celles qui occupent une position dominante sur le marché n'ont pas pu "faire plus de bruit" sur le marché. Selon les Etats-Unis, de la même façon que le Japon avait supprimé les primes des fabricants aux grossistes et aux détaillants, la Circulaire n° 5 de la JFTC a empêché de mener de grandes campagnes de promotion au moyen de primes aux consommateurs.

⁴⁸²Circulaire n° 20 de 1965 de la JFTC, reproduite dans Kanpo (Journal officiel), 15 juillet 1965, page 5, pièce n° 65-1 des Etats-Unis. Les restrictions imposées en vertu de la circulaire ont été élargies en 1969, clarifiées en 1977 et quelque peu libéralisées en 1981 et 1996. Voir la Circulaire n° 16 de 1969 de la JFTC, pièce n° 69-1 des Etats-Unis, la Circulaire n° 3 de 1977, pièce n° 77-1 des Etats-Unis et la Circulaire n° 13 de 1981, pièce n° 81-1 des Etats-Unis. Néanmoins, les restrictions sont restées importantes et actuellement la prime maximale qui peut être offerte est de 100 000 yen.

⁴⁸³JFTC Secretary-General Circular No. 4 of 1977, pièce n° D-35 du Japon.

⁴⁸⁴Pièce n° D-27 du Japon.

⁴⁸⁵Voir la section II.B.3 b) v).

5.488 Selon les Etats-Unis, bien que les échantillons, les produits secondaires nécessaires à l'utilisation des produits principaux, les articles distribués lors de l'inauguration de magasins ou d'autres manifestations, et les bons ne soient pas visés par la Circulaire n° 5, ils doivent tous être "raisonnables, compte tenu de la pratique commerciale normale".

5.489 Le Japon fait valoir que seules les offres de primes excessives sont visées par les restrictions de la Circulaire n° 5 de la JFTC. Le Japon soutient qu'il est licite d'offrir des primes à concurrence de 100 yen pour des pellicules de 1 000 yen ou moins dans le cadre d'une offre à l'ensemble des acheteurs. Par exemple, une prime de 100 yen, soit 25 pour cent du prix, peut être offerte licitement pour un rouleau de pellicule d'une valeur de 400 yen. Pour le Japon, il est fort douteux que dans des situations normales des entreprises puissent offrir, pendant une période prolongée, des primes d'une valeur de 25 pour cent du prix du produit. Kodak, dans sa campagne de promotion récente, a offert une prime de 50 yen à chaque acheteur d'un paquet de pellicules. Cela représente la moitié seulement du plafond des primes aux acheteurs. Le Japon fait observer aussi que pour faciliter la compréhension de la circulaire, la JFTC a publié les Lignes directrices pour l'interprétation de la Circulaire intitulée "Restrictions concernant les primes offertes aux consommateurs".⁴⁸⁶

6. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION APRES LE TOKYO ROUND

5.490 Les Etats-Unis font valoir que les négociations tarifaires entre les Etats-Unis et le Japon dans le cadre des négociations commerciales multilatérales du Tokyo Round ont pris fin en août 1978. En même temps que le gouvernement japonais a accepté des concessions tarifaires pour les fournitures photographiques, il a fait part aux Etats-Unis de sa préoccupation au sujet de la capacité des fabricants étrangers - en particulier Kodak - de mener une concurrence offensive sur le marché japonais.⁴⁸⁷

5.491 Les Etats-Unis font valoir en outre qu'après la conclusion du Tokyo Round, le gouvernement japonais a établi de nouvelles institutions pour renforcer ses mesures visant à restreindre les offres de primes. Pour commencer, il s'est employé à mieux coordonner le nombre croissant de codes de concurrence loyale et de conseils des pratiques commerciales loyales que la JFTC approuvait dans presque tous les secteurs du marché japonais. Le 1er avril 1979, la JFTC a adressé des "directives" administratives aux conseils en vue de la création d'un groupe faitier - la Fédération des conseils des pratiques commerciales loyales - chargé de coordonner les activités des divers conseils des pratiques commerciales loyales et elle leur a fourni coopération et soutien dans cette tâche.⁴⁸⁸

a) "Directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel⁴⁸⁹

⁴⁸⁶JFTC Secretary-General Circular No. 6 of 1977, pièce n° D-34 du Japon.

⁴⁸⁷Les Etats-Unis ont communiqué la citation suivante d'une lettre envoyée par le représentant spécial adjoint des Etats-Unis pour les négociations commerciales au Président de Kodak: "Je dois vous faire part de quelque chose que les Japonais ont toujours mentionné incidemment au cours de nos pourparlers en ce qui concerne les pellicules et papiers couleur. Les Japonais sont très inquiets quant à leur capacité de soutenir la concurrence de Kodak. Ils ont sollicité une assurance que Kodak ne ferait pas de commercialisation offensive au Japon. J'ai indiqué aux Japonais que ce n'est pas le genre d'assurance que le gouvernement des Etats-Unis ait jamais donné en ce qui concerne les concessions que nous avons reçues" (lettre datée du 30 août 1978, pièce n° 78-6 des Etats-Unis).

⁴⁸⁸The Fair Competition Code System and Status of establishing Fair Competition Codes, Kosei Torihiki, No. 390, avril 1983, pages 37-38, pièce n° 83-8 des Etats-Unis.

⁴⁸⁹Voir la section II.B.3 c) i).

5.492 Selon les Etats-Unis, en octobre 1979, le Cabinet a approuvé, sur proposition de la JFTC, la création du Bureau du secteur de la distribution (DSO) chargé "d'exercer les fonctions relatives aux désignations de pratiques commerciales déloyales concernant la distribution".⁴⁹⁰ Dès sa création, le DSO a enquêté sur 16 secteurs commerciaux, et publié ses constatations concernant le secteur des appareils photo et fournitures photographiques en décembre 1981.⁴⁹¹ Pour les Etats-Unis, le rapport du DSO comportait des "directives" à l'intention des "fabricants d'appareils photo, des fabricants d'accessoires photographiques, des laboratoires de développement couleur et des entreprises de ce secteur" pour qu'ils élaborent des "mesures d'autoréglementation" - c'est-à-dire dont le secteur privé et non le gouvernement serait chargé de veiller à l'application - contrôlant "le détachement permanent de personnel technico-commercial, de manière à ne pas dépasser les limites en ce qui concerne les méthodes utilisées par les fabricants pour promouvoir leurs ventes".⁴⁹² De l'avis des Etats-Unis, le détachement de personnel est une méthode irremplaçable d'incitation économique entre entreprises: en réduisant les coûts pour les grossistes et les détaillants, le détachement de personnel permet d'accroître les ventes grâce à des réductions de prix et de coûts répercutées sur la chaîne de distribution.

5.493 Le Japon objecte qu'en fait le secteur de la photographie s'était employé à élaborer des normes concernant le détachement de personnel avant même que la JFTC ait rendu publics les résultats de l'enquête sur la distribution dans le secteur de la photo en décembre 1981 et émis des "directives administratives" à ce sujet.⁴⁹³

b) Les mesures d'autoréglementation de 1982 (détachement de personnel)⁴⁹⁴ et le Conseil de la promotion⁴⁹⁵

5.494 Selon les Etats-Unis, l'industrie photographique japonaise a donné suite à la "directive" de la JFTC en juin 1982 lorsqu'elle a édicté les "mesures d'autoréglementation visant à rendre loyales les relations d'affaires avec des partenaires commerciaux".⁴⁹⁶ Ces mesures régissent le détachement de personnel et les contributions des fabricants et des grossistes aux campagnes de promotion des détaillants de matériel photo.⁴⁹⁷ Le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans l'industrie photographique nationale (Conseil de la promotion), qui est l'organe chargé de veiller à

⁴⁹⁰Cabinet Order No. 43 of 1979 as reported in JFTC Annual Report 1980, page 283, pièce n° 79-1 des Etats-Unis.

⁴⁹¹Le rapport mentionné par les Etats-Unis est un article de Kosugi Misao (signé à titre personnel), fonctionnaire du Département des pratiques commerciales, Bureau du secteur de la distribution de la JFTC, intitulé "The Status of Distribution of Cameras", Kosei Torihiki, n° 377, mars 1982, pièce n° 82-3 des Etats-Unis. Voir la section II.B.3 c) i).

⁴⁹²Ibid., page 8. Voir la section II.B.3 c) i).

⁴⁹³Selon le Japon, la création du DSO a conduit à des rapports consultatifs sectoriels uniquement et non à une action du gouvernement.

⁴⁹⁴Voir la section II.B.4 a) i).

⁴⁹⁵Voir la section II.B.4 a).

⁴⁹⁶Voir l'Annexe sur les problèmes de traduction, point 23.

⁴⁹⁷Voir la section II.B.4 a) i).

l'application des mesures d'autoréglementation de 1982, a été créé le 23 décembre 1982.⁴⁹⁸ Les Etats-Unis allèguent que la JFTC a reconnu qu'elle laisse au Conseil de la promotion le soin de réglementer le détachement de personnel et les contributions aux campagnes de promotion des détaillants en ce qui concerne les membres du Conseil et que la JFTC se fonde aussi sur les normes élaborées par le Conseil pour réglementer les relations d'affaires des non-membres.

5.495 De l'avis des Etats-Unis, les liens étroits entre la JFTC et le Conseil de la promotion sont mis en évidence dans les statuts du Conseil, où il est dit que "l'adoption ou l'abrogation des dispositions des présents statuts ainsi que les fonctions du présent Conseil sont soumises à l'approbation préalable de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales".⁴⁹⁹ Dès sa création, l'intention du Conseil de la promotion a été de solliciter l'approbation et les "directives" de la JFTC. Le Président du Conseil a expliqué le processus d'approbation par la JFTC comme suit: "Le 22 avril, nous avons présenté un projet de rapport du Directeur du Bureau du secteur de la distribution à la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales. Le projet devrait être adopté en l'état, et s'il est adopté, les six organisations professionnelles ... s'adresseront à la Commission des pratiques commerciales loyales pour obtenir des "directives" administratives au moment de la mise en oeuvre des mesures d'autoréglementation."⁵⁰⁰ En outre, les mesures d'autoréglementation de 1982 prévoient que tous les membres "feront preuve d'autodiscipline conformément aux présentes normes, et le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, sous l'égide de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, leur adressera des "directives" selon qu'il conviendra et sera nécessaire".⁵⁰¹ Contrairement aux "conseils des pratiques commerciales loyales" évoqués plus haut, qui comprennent des représentants des concurrents horizontaux (fabricants d'appareils photo, etc.), le Conseil de la promotion est une association professionnelle à intégration verticale représentant le secteur du matériel et des fournitures photographiques à tous les stades de la distribution: fabricants, grossistes, détaillants et laboratoires de matériel photo.

5.496 Les Etats-Unis affirment en outre que le Conseil de la promotion a pris des dispositions contre les pellicules importées en 1983 lorsque Nagase Sangyo, principal importateur de Kodak, avait mis au point une stratégie de promotion pour le lancement d'une édition limitée spéciale de la gamme des pellicules VR de Kodak, sous forme de packs d'essai. Le pack comprenait un rouleau de 12 vues de chaque type de pellicule VR (100, 200, 400 et 1 000 ASA). Il présentait un certain nombre d'innovations: la pellicule VR 1 000 de Kodak était le premier film négatif couleur au monde offrant une sensibilité aussi élevée⁵⁰² et la gamme comportait un nouveau code barres lisible électroniquement. La promotion de cette gamme avait une importance particulière car elle s'inscrivait dans le cadre de la campagne la plus importante que Kodak ait menée au Japon pendant la première

⁴⁹⁸Voir la section II.B.4 a).

⁴⁹⁹Fair Trade Council Established, "An Attempt to Improve the Structure of Industry", Fujimori Masao (Misuzu) Zenren Tsuho, janvier 1983, page 4, pièce n° 83-3 des Etats-Unis.

⁵⁰⁰"Six Trade Organizations to Promote Self-Regulating Measures Enhance Normalization of Trade Shashoren's Annual Meeting on 22 April", Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 1er mai 1982, page 10, US Answers to First Panel Questions, pièce n° 18 des Etats-Unis.

⁵⁰¹Self-Regulating Measures Regarding Making Business Dealings with Trading Partners Fair, reproduit dans Camera Times, 22 juin 1982, page 3, pièce n° 82-8 des Etats-Unis.

⁵⁰² John Babbitt Affidavit, pièce n° 97-7 des Etats-Unis.

moitié des années 80.⁵⁰³ Le plan de promotion prévoyait une abondante publicité dans la presse et à la télévision afin que "le plus de monde possible connaisse les qualités de la gamme VR".⁵⁰⁴

5.497 Selon les Etats-Unis, bien que l'industrie photographique japonaise ait trouvé que le pack d'essai était "vraiment intéressant" et "une bonne idée" qui aurait sans doute beaucoup de succès⁵⁰⁵, elle a considéré aussi cette campagne de promotion comme une menace importante - "une stratégie d'expansion révolutionnaire ciblée sur le marché japonais".⁵⁰⁶ Cela était vrai, du moins en partie, parce que la pellicule VR était vendue avec un rabais de 38 pour cent sur le prix de détail normal. Le lendemain du jour où Kodak a annoncé ses plans pour la gamme VR, l'association japonaise des détaillants de matériel photo a indiqué qu'à son avis le prix du pack d'essai posait un problème. Elle s'est déclarée préoccupée par l'effet que le prix du pack d'essai de Kodak aurait sur les prix des pellicules japonaises, en particulier à un moment où les fabricants japonais de pellicules avaient réussi à relever les prix.⁵⁰⁷

5.498 Les Etats-Unis ont expliqué que l'industrie japonaise de fournitures photographiques avait agi rapidement pour bloquer la campagne de Kodak. L'association des détaillants de matériel photo, agissant par l'entremise du Conseil de la promotion, a entrepris d'empêcher le lancement de la campagne et demandé l'assistance de la JFTC. Cette dernière a convoqué des représentants de Kodak et leur a demandé de lui expliquer le plan de promotion. Après avoir entendu les explications des représentants de Kodak, les dirigeants de la JFTC ont adressé des "directives" administratives à Kodak, lui demandant: 1) de préciser le caractère limité de l'offre, en indiquant la quantité des packs d'essai, les magasins distributeurs et les conditions de l'offre; et 2) de diminuer sa seconde livraison de packs d'essai et d'annoncer dans chaque magasin à quelle date le produit ne serait plus disponible.⁵⁰⁸ Kodak s'est conformée à cette "directive".

5.499 Les Etats-Unis ont expliqué en outre que le Conseil de la promotion et l'association de détaillants avaient convaincu Nagase de mettre un frein à la promotion du pack d'essai. En particulier, l'association de détaillants avait prié instamment Nagase de ne pas indiquer le prix réduit dans ses réclames.⁵⁰⁹ En outre, elle avait demandé à Nagase "de ne pas indiquer les prix dans les journaux et ailleurs". Kodak a été obligée de réduire au minimum sa promotion du pack d'essai.⁵¹⁰

⁵⁰³Ishikawa Sumio Affidavit, pièce n° 97-10 des Etats-Unis.

⁵⁰⁴Ibid.

⁵⁰⁵Nagase Sangyo, Limited Edition Pack of Four Types of VR Film to Be Sold Simultaneously Nationwide, Camera Times, 14 juin 1983, page 5, pièce n° 83-13 des Etats-Unis.

⁵⁰⁶Photosensitive Materials: Kodak's So-called Commemorative Specially Reduced Prices: An Extraordinary New Market Expansion Policy? Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1983, page 6, pièce n° 83-14 des Etats-Unis.

⁵⁰⁷Pièces n° 83-11, 83-14, 83-15 et 83-22 des Etats-Unis.

⁵⁰⁸Ishikawa Sumio Affidavit, pièce n° 97-4 des Etats-Unis.

⁵⁰⁹Kodak's Trial Pack May Be Packed with "Trouble"? Zenren Fears "Dual Pricing" Like Throwing Cold Water on a Stabilizing Market, Shashin Kogyo Junpo, 20 juin 1983, page 10, pièce n° 83-16 des Etats-Unis.

⁵¹⁰Zenren Boldly Advances Two Strategies for Rectifying the Increasingly Meaningless Nature of Standard Pricing at its 50th Anniversary Gathering, Zenren Tsuho, novembre 1983, pages 8 à 15, pièce n° 83-22 des Etats-Unis.

5.500 De l'avis des Etats-Unis, le Conseil de la promotion continue de faire pression sur les fabricants de fournitures photographiques pour qu'ils diminuent le nombre de salariés qu'ils envoient auprès des détaillants. Le 22 juillet 1996 encore, le Conseil de la promotion a adressé une "directive" à Kodak dans laquelle il est dit que le conseil a "décidé en juillet 1995 de demander votre [de kodak] coopération pour continuer de réduire le détachement de personnel" et que kodak "est invitée à faire part immédiatement au Conseil de la situation de la société".⁵¹¹

5.501 Pour le Japon, le Conseil de la promotion est un organisme du secteur privé et n'a pas de pouvoir gouvernemental. Son action n'est donc pas du ressort de l'OMC. D'une manière générale, les entreprises ou entités commerciales consultent la JFTC sur des questions relevant de la Loi antimonopole et elle répond à leurs demandes de renseignements. De fait, le Conseil de la promotion a été établi après consultation de la JFTC. Les consultations avec la JFTC ne peuvent déléguer aucun pouvoir au Conseil. Si les entreprises mènent des activités illicites - comme un cartel pour limiter les importations - la JFTC applique énergiquement la Loi antimonopole.

5.502 Selon le Japon, il n'y a pas eu de problème de détachement de personnel dans le secteur des pellicules et papiers photographiques. La raison en est probablement que la méthode de promotion des ventes faisant appel aux salariés des fabricants n'est normalement pas un outil efficace de commercialisation des pellicules: la plupart des consommateurs choisissent la marchandise eux-mêmes plutôt que d'écouter les conseils du personnel de vente. Par ailleurs, les papiers photographiques sont vendus à des professionnels qui normalement ne s'en remettent pas au personnel détaché.

5.503 Le Japon fait valoir que l'admission au Conseil de la promotion n'est pas discriminatoire et qu'il est ouvert aux entités japonaises et étrangères. En fait, Kodak en est membre en étant affilié à l'Association des fabricants d'appareils photo et elle a été en mesure d'être parfaitement au courant des activités du Conseil.

5.504 Le Japon note que le Conseil de la promotion mentionne l'"approbation" ou les "directives" de la JFTC. Bien que le Conseil soit libre de déclarer qu'il demandera l'approbation de la JFTC ou suivra ses "directives", cela ne confère au Conseil aucun pouvoir de la JFTC. Aucune loi n'autorise la JFTC à déléguer ses pouvoirs au Conseil de la promotion.

5.505 Selon le Japon, rien ne permet d'affirmer que le Conseil de la promotion a traité les entités étrangères d'une manière discriminatoire. Le seul cas cité par les Etats-Unis est celui de la gamme VR.⁵¹² Pour le Japon, le seul rôle que la JFTC ait joué dans la campagne de promotion des pellicules VR est que son personnel a invité des salariés de Kodak à échanger des vues sur le plan de promotion de la gamme VR. Tout ce qu'a pu faire le Conseil de la promotion dans la campagne VR n'a rien à voir avec la JFTC. Il n'y a pas d'alignement entre la JFTC et le Conseil de la promotion ou la Zenren (l'association de détaillants). Les fonctionnaires qui étaient chargés de la question à la JFTC ne se souviennent pas avec exactitude de la réunion au cours de laquelle Kodak aurait été priée d'expliquer son plan de promotion. A en juger d'après les circonstances, les fonctionnaires ont peut-être écouté la position des deux parties et expliqué la réglementation pertinente. En tout état de cause, étant donné qu'apparemment la promotion de Kodak était et est licite, les fonctionnaires n'auraient pas pu donner des "directives" substantielles.⁵¹³ Pour le Japon, il devrait être évident que la JFTC n'a pas

⁵¹¹Promotion Council Issue No. 8-1, 22 juillet 1996.

⁵¹²Le Japon fait valoir que les affirmations contenues dans la déposition de M. Ishikawa Sumio des Etats-Unis ne sont pas étayées par des éléments de preuve objectifs et sont donc sujettes à caution.

⁵¹³Ibid.

empêché la campagne VR et il est tout simplement faux de dire que la Zenren, le Conseil de la promotion et la JFTC ont agi de concert pour empêcher la campagne VR.

5.506 Les Etats-Unis soutiennent qu'il convient d'accorder peu de poids aux efforts déployés par le Japon pour se dissocier des codes et des conseils qu'il a créés. Les "conseils des pratiques commerciales loyales" et les "codes de concurrence loyale" sont le résultat direct de l'article 10 de la Loi sur les primes qui autorise expressément les entreprises et les associations professionnelles à créer des codes concernant les primes et la publicité. La Loi sur les primes accorde en outre un pouvoir de contrôle à la JFTC, l'autorisant à révoquer ultérieurement son approbation d'un code. En outre, les Etats-Unis soulignent que la position du Japon selon laquelle les codes et les conseils ne peuvent pas être attribués au gouvernement contredit directement la position qu'il a adoptée en 1987 dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, où il a cité son système de "codes de déontologie" au titre de la Loi sur les primes en tant qu'"instruments juridiques". Le Japon avait déclaré dans sa communication au Groupe spécial que "l'étiquetage des boissons alcooliques au Japon est réglementé par divers instruments juridiques tels que ... iii) les "codes de déontologie" élaborés conformément à l'article 10 de cette dernière loi [la Loi contre la publicité mensongère]".⁵¹⁴

c) "Directives" de la JFTC concernant le dumping et la publicité d'appel⁵¹⁵

5.507 Les Etats-Unis font valoir qu'en mai 1983 le Directeur de la Division chargée des "directives" concernant les primes et les déclarations de la JFTC a fortement incité le Conseil de la promotion à étendre ses activités à de nouveaux domaines: "il est de la plus haute importance d'élaborer une à une des règles contre le dumping et la publicité d'appel".⁵¹⁶ Le Directeur de la Division s'est expliqué ainsi: "du point de vue de ceux d'entre nous qui appliquons [les lois], notre position est que nous respecterons la norme d'application volontaire que vous établirez ... nous estimons donc que vous devez établir votre propre norme d'application volontaire".⁵¹⁷ Selon les Etats-Unis, le Conseil de la promotion a reconnu que les cas de dumping pouvaient être très difficiles à prouver et à instruire, et il a considéré qu'une mise en cause pour déclaration mensongère pouvait être préférable. Comme l'a expliqué le Conseil de la promotion: "Si la pratique des doubles prix peut être considérée comme relevant des déclarations, nous pouvons certainement aborder le problème en étroite communication avec la JFTC. Il est vrai que la question des déclarations se prête mieux à des mesures d'autoréglementation que celle des prix en soi. Il y a les codes de concurrence loyale fondés sur la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères et sur la base desquels les fabricants et les grossistes ont déjà établi leurs propres codes concernant les primes dans le secteur photo des appareils. Tout comme les primes, la question des déclarations concernant les prix se prête bien aux restrictions volontaires."⁵¹⁸

⁵¹⁴Rapport du Groupe spécial Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, adopté le 10 novembre 1987, IBDD, S34/92, 96, paragraphe 2.7.

⁵¹⁵Voir la section II.B.3 c) ii).

⁵¹⁶Yamada Akio, Premiums and Representatives Guidance Division Director, as quoted in Suggestions on How the Fair Trade Promotion Council Should be, Zenren, Tsuho, mai 1983, page 2, pièce n° 83-9 des Etats-Unis. Le Japon conteste la traduction de cette phrase faite par les Etats-Unis. Voir le point 22 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

⁵¹⁷Regarding the Antimonopoly Law and "Fair Trade", Shashoren Lecture Series (Part II), Shashin Kogyo Junpo, 10 juin 1983, page 10, pièce n° 83-11 des Etats-Unis.

⁵¹⁸Zenren Tsuho, octobre 1983, pages 8-9, pièce n° 83-21 des Etats-Unis.

5.508 Le Japon fait valoir que la "directive" susmentionnée n'a pas été correctement traduite par les Etats-Unis. La traduction correcte du membre de phrase "il est de la plus haute importance d'élaborer une à une des règles contre le dumping et la publicité d'appel" est, selon le Japon, "en ce qui concerne les prix indûment bas et la publicité d'appât, il est important d'accumuler un à un". Pour le Japon, même le contexte n'éclaire pas le sens de cette phrase.

d) Normes d'autoréglementation de 1984 (frais de développement)⁵¹⁹

5.509 Les Etats-Unis soutiennent que les normes d'autoréglementation de 1984 prescrivent la façon dont les prix pour le développement et le tirage des pellicules peuvent être présentés. Les normes énoncent les "dispositions concernant la présentation des frais de développement des films négatifs couleur ... et des frais de tirage des formats standard pour les commandes directes des consommateurs en attendant que soit établi le Code de concurrence loyale [régissant la présentation de ces frais]". Les normes autorisent aussi le Conseil de la promotion à "mener des enquêtes et à donner des indications sur l'application de ces normes, s'il y a lieu".

5.510 Selon le Japon, ces normes ont été adoptées à un moment où les magasins de photo affichaient des frais de tirage bon marché puis facturaient au client des frais de développement élevés. Les lignes directrices avaient pour objet de donner aux consommateurs des renseignements corrects sur les deux catégories de frais. En soi, les lignes directrices ne concernent pas les ventes de pellicules et le rôle de la JFTC était limité. D'ailleurs, elles n'ont pas été effectivement mises en application parce que les non-adhérents étaient trop nombreux. A cet égard, le Japon a mentionné aussi le Code de pratique de l'industrie photographique du Royaume-Uni où il est dit que "[l]e détaillant doit afficher ses prix pour le développement des pellicules et pour les principaux formats de tirage" et que "[l]es détaillants doivent afficher, ou être prêts à indiquer au client, leurs délais pour les tirages et être en contact étroit avec le laboratoire de développement".

5.511 Les Etats-Unis soutiennent que, étant donné que les Mesures d'autoréglementation de 1984 visent "les déclarations concernant le développement et le tirage" ou "les déclarations concernant les frais de développement des films négatifs couleur", il existe un lien entre ces mesures et les fournitures photographiques.

e) Approbation par la JFTC du Code des détaillants de 1987 et du Conseil des détaillants⁵²⁰

5.512 Pour les Etats-Unis, le Code des détaillants énumère de nombreuses prescriptions pour presque toutes les formes de promotion, par exemple la mention du nom du fabricant et du prix de la marchandise. L'article 5 dispose que, lorsqu'une annonce publicitaire compare le prix d'un appareil photo ou d'un produit connexe à d'autres produits du même genre, l'annonce doit: 1) se fonder sur le prix de détail suggéré par le fabricant, le prix de détail suggéré par l'importateur ou le prix de détail normal du magasin pour le taux comparatif; et 2) afficher un taux d'escompte fondé sur le prix de détail suggéré par le fabricant, le prix de détail suggéré par l'importateur ou le prix de détail normal du magasin. L'article 7 limite l'emploi de termes tels que "le meilleur marché" ou "le meilleur" dans la publicité, qui ne peuvent être utilisés que si des "facteurs objectifs" en prouvent le bien-fondé. L'article 10 interdit notamment l'emploi d'expressions telles que "extraordinairement bon marché", "prix sacrifié" ou "prix extra-spécial" si ces expressions conduisent le "consommateur à croire que

⁵¹⁹Voir la section II.B.4 a) ii).

⁵²⁰Voir la section II.B.4 b).

l'offre est meilleure qu'elle ne l'est en réalité". Les Etats-Unis ont expliqué que l'établissement de ces règles visait à empêcher les campagnes de promotion agressives et les rabais. A cet égard, les Etats-Unis ont affirmé que le Secrétaire général du Conseil des détaillants avait informé Kodak que le Conseil "contribuerait substantiellement en particulier à stabiliser les prix ...".⁵²¹

5.513 De l'avis des Etats-Unis, les articles 3 et 4 renferment des dispositions qui, telles qu'elles sont énoncées, établissent une discrimination à l'encontre des importations pour ce qui est des déclarations concernant le pays d'origine du produit. L'article 3 relatif aux déclarations figurant aux devantures des magasins et l'article 4 régissant les dépliants publicitaires disposent que les annonces publicitaires doivent indiquer le pays d'origine des marchandises importées; en ce qui concerne les articles fabriqués au Japon, en revanche, cette indication n'est pas obligatoire, sauf si les marchandises nationales peuvent être confondues avec des marchandises importées.

5.514 Pour les Etats-Unis, bien que le Code des détaillants ne vise pas expressément les pellicules⁵²², il a été appliqué aux campagnes de promotion des pellicules et papiers. Cette application élargie découle de l'article 2.2 du Code, lequel dispose ce qui suit: "Pour atteindre les objectifs énoncés dans l'article ci-dessus [article premier], les entreprises doivent respecter l'esprit du présent code même lorsque les produits en cause ne correspondent pas exactement à la définition des appareils photo et produits connexes".⁵²³ Selon les Etats-Unis, l'application du Code aux pellicules ainsi qu'au développement et au tirage était essentielle pour obtenir l'appui de l'association des détaillants au Code des détaillants et au Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants.⁵²⁴

5.515 De l'avis des Etats-Unis, le gouvernement japonais a délégué au Conseil des détaillants le pouvoir d'engager des procédures d'exécution au titre tant du Code des détaillants que de la Loi sur les primes.⁵²⁵ Pour les Etats-Unis, le Conseil s'apparente à un sous-traitant de la JFTC. Cette délégation de pouvoir est devenue évidente au début du fonctionnement du Conseil des détaillants en juin 1987, lorsque le Directeur de la Division des primes et des déclarations de la JFTC a fait observer qu'en approuvant le Code des détaillants, la JFTC avait délégué au Conseil des détaillants le pouvoir d'agir en son nom: "L'approbation du Code signifie que le rôle que je joue dans la suite donnée aux violations incombera au Conseil des pratiques commerciales loyales. S'il n'est pas répondu à cette

⁵²¹Tshikawa Sumio Affidavit 1, page 1, pièce n° 97-4 des Etats-Unis.

⁵²²L'article 2 du Code des détaillants dispose que le Code s'applique aux "appareils photo et produits connexes". Le Japon conteste la traduction faite par les Etats-Unis de "Kamera-ru". Voir le point 17 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

⁵²³Les Etats-Unis ont cité, par exemple, la déclaration suivante du Vice-Président du Conseil des pratiques commerciales loyales: "L'expression "appareils photo et produits connexes" ne désigne pas uniquement les appareils photo mais aussi, d'une manière plus large, les produits que l'on trouve dans les magasins d'appareils photo ... Les fournitures photosensibles et le développement et le tirage ne sont jamais exclus du champ d'application" (Interpretation of the Fair Competition Code Seems Still in Confusion, Shukan Shashin Sokuho, 7 août 1987, pièce n° 87-9 des Etats-Unis).

⁵²⁴Discussion on Progress of Fair Trade Council Focuses on Making Fair Competition Code Fully Known, Zenren Tsuho, août 1987, pièce n° 87-7 des Etats-Unis. Le Japon conteste en partie la traduction faite par les Etats-Unis de cet article. Voir le point 18 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

⁵²⁵"Fair Trade Council Established", Operated by Zenren, Will Respect "Fair Competition Code" - Urgent Need to Make Code Known by October Start, Zenren Tsuho, juillet 1987, page 3, pièce n° 87-5 des Etats-Unis. Le Japon conteste la traduction par les Etats-Unis de "teki-hatsu" par "procédures d'exécution" dans la pièce n° 87-5 des Etats-Unis. Voir le point 20 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

attente, [l'approbation] n'aura pas de sens".⁵²⁶ Le Conseil peut donner "des instructions concernant le Code", apporter "des aménagements aux modalités d'application du Code", enquêter sur "les faits en cas de violation présumée du Code", prendre "les dispositions nécessaires contre ceux qui ont enfreint le Code", instruire "les plaintes reçues des consommateurs" et assurer la liaison "avec les autorités compétentes". En ce qui concerne l'article 14-7, le Conseil est habilité à mener "des activités en vue de faire largement connaître la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères et d'autres lois et ordonnances concernant la promotion de pratiques commerciales loyales et de prévenir les infractions à ces lois" (non souligné dans l'original). Pour les Etats-Unis, ces dispositions de l'article 14-7 délèguent au Conseil le pouvoir d'agir pour prévenir les infractions aux lois concernant la promotion de pratiques commerciales loyales. Ces dispositions indiquent que le Conseil joue un rôle majeur dans le contrôle de l'application de la loi. L'article 15 dispose que le Conseil peut enquêter sur les violations présumées du Code et, si ces violations sont constatées, l'article 16 dispose que le Conseil peut infliger des amendes ou d'autres peines aux contrevenants.⁵²⁷

5.516 Les Etats-Unis font valoir qu'avant même la mise en oeuvre du Code des détaillants, le Conseil des détaillants avait pris des dispositions pour freiner la concurrence au moyen de restrictions à la publicité. Au moment où le Code et le Conseil sont devenus pleinement opérationnels, les chaînes de grands magasins à prix réduits avaient déjà "mis un bémol" à leur publicité et même les non-adhérents au Code avaient été "réduits au silence".⁵²⁸ Les Etats-Unis affirment que, tout comme le Conseil de la promotion avait fait usage de son pouvoir de réglementer les déclarations mensongères pour mettre fin à la campagne de promotion au moyen d'escomptes des pellicules VR de Kodak, le Conseil des détaillants a fait usage de son pouvoir de réglementer les déclarations concernant les prix pour limiter les escomptes et promouvoir la stabilité entre les concurrents. Paradoxalement, lorsqu'un fabricant national, Konica, a mené une vaste campagne de promotion analogue à la campagne VR, le Conseil des détaillants n'a pas réagi.⁵²⁹

5.517 Selon les Etats-Unis, un élément clé de la stratégie du gouvernement japonais pour contrôler la nature et le niveau de la concurrence en matière de promotion dans le secteur photographique a été de veiller à ce que les normes établies dans le Code des détaillants soient appliquées aux activités de toutes les entreprises vendant des articles photographiques - et non pas seulement aux entreprises ayant accepté d'adhérer aux codes. Les Etats-Unis soutiennent que la JFTC a confirmé qu'elle se réfère aux "codes de concurrence loyale" lorsqu'elle applique la Loi sur les primes aux non-adhérents et que ces derniers peuvent être traités d'une manière plus rigoureuse que les adhérents.⁵³⁰ En 1995

⁵²⁶Ibid., page 7.

⁵²⁷Fair Trade Competition Code Regarding Representations in Camera and Related Products Retail Industry, 1987, pièce n° 87-1 des Etats-Unis.

⁵²⁸Don't Give Up Exposing and Forwarding Materials [Regarding Violations] - Japan Fair Trade Commission Probing Non-Members "Representations Violations", Zenren Tsuho, février 1988, pièce n° 88-2 des Etats-Unis. Le Japon conteste la traduction faite par les Etats-Unis d'un membre de phrase figurant dans la pièce n° 88-2 des Etats-Unis. Voir le point 21 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

⁵²⁹Le Japon a fait valoir que l'offre par Konica d'échantillons gratuits de pellicules, mentionnée par les Etats-Unis, ne constitue pas une violation parce que la Loi sur les primes ne limite pas la distribution d'échantillons gratuits qui n'est pas liée à des ventes.

⁵³⁰Voir les points 24 1) et 24 2) de l'Annexe sur les problèmes de traduction concernant une citation de "Consumer Life and the Fair Competition Codes", All Japan Fair Trade Council Federation, pièce n° 95-9 des Etats-Unis; et "Fair Competition Code Regarding Representations in the Camera Category Retailers Industry", pièce n° 87-1 des Etats-Unis.

encore, la JFTC a confirmé qu'elle se réfère aux "codes de concurrence loyale" lorsqu'elle applique la Loi sur les primes aux non-adhérents: "La Commission japonaise des pratiques commerciales loyales réglementera directement ceux qui n'ont pas adhéré aux codes, mais pour autant que les codes sont respectés et reconnus comme ayant été établis conformément aux pratiques commerciales normales, la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales se réfère aux codes de concurrence loyale lorsqu'elle applique la loi".⁵³¹

5.518 Le Japon soutient que 49 associations préfectorales de détaillants, qui représentent 6 600 entreprises, ont adhéré au Code des détaillants. Ce code vise uniquement les déclarations: les primes sont tout à fait en dehors du champ d'application du code. L'objet du code est de "préserver la possibilité pour les consommateurs de choisir convenablement les marchandises, d'empêcher la sollicitation induite de la clientèle et, partant, d'assurer une concurrence loyale".⁵³² Le Code n'empêche pas les activités normales de promotion des ventes des entreprises, qu'elles soient nationales ou étrangères.

5.519 De l'avis du Japon, il ressort clairement du libellé du Code des détaillants qu'il ne s'applique qu'à la "catégorie des appareils photo" et ne s'est jamais appliqué aux pellicules et papiers.⁵³³ L'article 2, paragraphe 1, du Code définit la "catégorie des appareils photo" comme suit:

"La "catégorie des appareils photo" aux fins du présent code comprend les articles spécifiés dans les règles d'application du présent code."

L'article premier des règles d'application définit ainsi cette catégorie:

"La "catégorie des appareils photo" ... comprend i) les appareils de prise de vues portatifs, les objectifs interchangeables, le petit matériel de cinéma (caméras 8 mm, caméras 16 mm, projecteurs 8 mm et projecteurs 16 mm), le matériel vidéo de prise de vues (fixes et animées) et les projecteurs pour diapositives; ii) les flashes électroniques, les films photographiques, les compléments optiques, les convertisseurs optiques, les trépieds pour appareils photo et les étuis pour appareils photo."

Pour le Japon, il est évident d'après le texte que les pellicules ou papiers ne sont pas compris dans cette définition.

5.520 Le Japon fait valoir que bien que l'article 2, paragraphe 2, du Code dispose que "les entités commerciales devront respecter l'objet du présent code en ce qui concerne les articles de la catégorie des appareils photo qui ne sont pas expressément compris dans le champ d'application du code", l'expression "articles de la catégorie des appareils photo qui ne sont pas expressément compris" s'entend des articles qui n'existaient pas au moment de l'adoption du Code mais qui peuvent être fabriqués depuis grâce au progrès technologique. Les pellicules et papiers, en revanche, sont des fournitures photographiques et n'entrent pas dans la "catégorie des appareils photo". Le Japon

⁵³¹Shohisha no Kurashi to Kosei Kyoso Kiyaku [Consumer Life and Fair Competition Codes], mars 1995, page 10, pièce n° 95-9 des Etats-Unis. Publié par la Fédération nationale des conseils pour la promotion de pratiques commerciales loyales, sous la responsabilité de la JFTC.

⁵³²Article premier du Code des détaillants.

⁵³³Voir aussi le point 17 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

soutient que la JFTC n'a jamais autorisé et n'a pas l'intention d'autoriser l'application du Code aux pellicules ou papiers.⁵³⁴

5.521 Le Japon soutient qu'à supposer même que le Code s'applique aux pellicules et papiers, il n'en reste pas moins que les Etats-Unis n'ont pas précisé quelles dispositions d'un "code" ou quelles activités particulières d'un "conseil" auraient bouleversé les conditions de concurrence pour les pellicules et papiers photographiques importés.

5.522 Le Japon soutient aussi que même les règles de fond du Code des détaillants ne bouleversent aucunement les conditions de concurrence pour les produits importés quels qu'ils soient. Le Japon fait valoir que les dispositions d'autoréglementation concernant la publicité y compris les déclarations sont très courantes en Amérique du Nord, en Europe et presque partout. Le Japon mentionne le "Conseil des eaux-de-vie distillées des Etats-Unis" et le "Code de commercialisation et de publicité" émanant des membres du "Beer Institute" des Etats-Unis.

5.523 Le Japon fait observer en outre que le Conseil des détaillants est simplement chargé de faire respecter le Code contre les déclarations mensongères et qu'il n'est pas habilité à faire appliquer la Loi sur les primes et qu'il ne peut pas non plus limiter d'aucune façon les offres de prix bas. Aux fins d'application, les codes établissent normalement un conseil des pratiques commerciales loyales, organe de caractère volontaire chargé d'assurer le respect de l'autoréglementation. Certains des codes renferment des dispositions prévoyant des pénalités monétaires pour le non-respect du code ou l'exclusion des parties incriminées. Selon le Japon, ces mesures sont destinées à assurer l'efficacité de l'autolimitation. Elles ne signifient pas que le pouvoir de la JFTC a été délégué à ces organes. A cet égard, le Japon a fait état de codes comportant des mécanismes d'exécution analogues au Royaume-Uni et en Australie.

5.524 Le Japon fait valoir que le Conseil des détaillants peut prendre des mesures convenues dans l'autoréglementation contre des adhérents, mais qu'il ne peut pas appliquer le Code aux non-adhérents. Le Conseil ne peut engager aucune action contre un non-adhérent pour inobservation du Code. La JFTC, de son côté, établit sa propre appréciation de la conduite du non-adhérent et n'agit que si cette conduite est contraire à la Loi sur les primes. Le Japon fait observer que les règles relatives aux déclarations figurant dans les codes reprennent les dispositions de la Loi sur les primes et qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre le concept de déclarations mensongères au titre de la Loi sur les primes et celui des déclarations interdites par les codes.

5.525 En ce qui concerne l'argument des Etats-Unis selon lequel les articles 3 et 4 du Code des détaillants exigent l'indication du pays d'origine pour les marchandises étrangères uniquement et non pour les marchandises nationales, le Japon fait valoir que l'objet de ces articles ne diffère pas fondamentalement de celui de la Circulaire n° 34 de la JFTC concernant le pays d'origine des marchandises. Ces dispositions visent à assurer aux consommateurs une information suffisante.

5.526 Les Etats-Unis soulignent que le point de savoir si les codes et les conseils régissent les pellicules et papiers de jure ou de facto importe peu. Ce qui compte, c'est que le Japon a organisé les secteurs les plus puissants de son industrie photographique nationale et les a autorisés à fixer des normes concernant la façon dont la promotion des produits peut être conduite dans ces secteurs. Pour les Etats-Unis, le Japon n'a pas eu peur d'affirmer que les règles adoptées par les principaux détaillants

⁵³⁴A cet égard, le Japon déclare qu'il conteste sur plusieurs points la traduction faite par les Etats-Unis de "Fair Competition Codes, Sweet Fantasies and Illusions Ought to be Taboo, Shashin Kogyo Junpo, 1er août 1987, pièce n° 87-8 des Etats-Unis. Voir le point 19 de l'Annexe sur les problèmes de traduction.

ou grossistes de l'industrie photographique japonaise, qui régissent la promotion de presque tous les articles que ces entreprises vendent, n'auront pas d'effet sur les pellicules et papiers. Les Etats-Unis soulignent aussi que le Directeur de la Division du développement et du tirage du Conseil des détaillants a expliqué que les pellicules ainsi que le développement et le tirage étaient assujettis au Code: "Ils ne sont pas compris dans les articles assujettis [au Code], mais l'esprit du Code veut que l'ordre soit rétabli dans l'industrie photographique, y compris dans les secteurs des fournitures photosensibles et du développement et du tirage, et nous souhaitons les assujettir en faisant usage des dispositions de l'article 2, section 2, du Code, qui prescrivent de respecter l'esprit du présent Code même lorsque les produits en cause ne correspondent pas exactement à la définition des appareils photo et produits connexes".⁵³⁵ En effet, l'inclusion des pellicules ainsi que du développement et du tirage était essentielle pour obtenir l'appui de l'association des détaillants au Code des détaillants et au Conseil des détaillants: "Compte tenu des explications fournies par certains dirigeants, nous avons présumé que les fournitures photosensibles ainsi que le développement et le tirage étaient également visés. Cela étant entendu, nous avons convaincu les membres de la Zenren [association des détaillants du secteur photographique] qui, sur la base du même postulat, ont versé des contributions financières."⁵³⁶ Il aurait été "en effet impossible de persuader les membres de la Zenren, dont la principale activité est le développement et le tirage, de contribuer si [la réglementation] ne s'appliquait qu'au matériel photo".⁵³⁷ Le Vice-Président du Conseil des détaillants a confirmé cela lorsqu'il a dit: "L'expression "appareils photo et produits connexes" ne désigne pas uniquement les appareils photo mais aussi d'une manière [plus] générale les articles vendus par les magasins d'appareils photo ... Les fournitures photosensibles et le développement et le tirage ne sont jamais exclus du champ d'application".⁵³⁸

7. APPLICATION ULTERIEURE

5.527 Les Etats-Unis font valoir que les "contre-mesures en matière de promotion" du Japon ont été appliquées en général par des moyens informels - principalement des avertissements et des menaces - qui laissent les entreprises dans l'incertitude en ce qui concerne le champ d'application des lois, codes, règles ou normes en vigueur. La JFTC a engagé relativement peu de procédures formelles, mais elle a émis de nombreuses "directives administratives". Ces procédures informelles visent souvent les importations, les magasins de grande distribution et autres "non-conformistes" qui menacent de compromettre la stabilité artificielle du marché japonais de fournitures photographiques.

5.528 De l'avis des Etats-Unis, la multiplicité des mécanismes d'exécution - la JFTC, le Conseil de la promotion, les "conseils des pratiques commerciales loyales" et les associations professionnelles - et des dispositions juridiques qui peuvent bloquer une campagne de promotion a eu un effet de paralysie certain sur les importateurs comme Kodak. Kodak a essayé de mettre en oeuvre des campagnes de commercialisation novatrices dans le cadre restrictif des contre-mesures en matière de promotion. Toutefois, ces restrictions ont neutralisé à maintes reprises les efforts déployés par Kodak pour promouvoir ses produits. Kodak a trouvé beaucoup d'idées pour les primes et les concours dotés de prix, mais, selon un directeur général de Kodak, "elles ont été abandonnées lorsqu'elles risquaient d'être incompatibles avec les réglementations du gouvernement ou l'autoréglementation du secteur photographique ... Nous nous sommes efforcés de nous

⁵³⁵Discussion on Progress of Fair Trade Council Focuses on Making Fair Competition Code Fully Known, Zenren Tsuho, août 1987, page 17, pièce n° 87-7 des Etats-Unis.

⁵³⁶Ibid., page 18.

⁵³⁷Ibid.

⁵³⁸Shukan Shashin Sokuho, 7 août 1987, page 3, pièce n° 87-9 des Etats-Unis.

autoréglementer avant de faire l'objet de pareilles mesures de la part de la JFTC ou du Conseil des pratiques commerciales loyales. Dans ce sens, on peut dire à coup sûr que les réglementations relatives aux primes et aux concours dotés de prix ont eu un effet dissuasif réel et ont effectivement limité les activités de promotion des ventes de Kodak." En outre, "Kodak a toujours mis au point sa stratégie de vente et sa publicité en ayant à l'esprit la façon dont la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et le Conseil des pratiques commerciales loyales réagiraient. Ainsi, les réglementations de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et les vues du Conseil des pratiques commerciales loyales ont eu un effet dissuasif considérable en ce qui concerne les primes et les concours dotés de prix de Kodak."⁵³⁹

5.529 Les Etats-Unis mentionnent plusieurs exemples de primes liées au développement de pellicules, de concours dotés de prix et d'autres campagnes de promotion que Kodak a essayé de lancer mais qu'elle a dû annuler. En 1990, la JFTC est intervenue dans une campagne de promotion lancée par un détaillant affilié à Kodak. Nakamurabashi Photo Station, laboratoire de développement, offrait une prime pour le développement de pellicules - un album photo d'une valeur d'environ 200 yen. Selon les Etats-Unis, la JFTC a jugé que cette campagne de promotion allait trop loin et a vivement conseillé à l'intéressé de prendre des précautions suffisantes pour les activités de promotion futures.⁵⁴⁰ Dans un autre cas, en 1979, Kodak a organisé un concours en offrant comme prix des magnétoscopes d'une valeur d'environ 100 000 yen. La JFTC a informé Kodak que le concours était inapproprié.⁵⁴¹ Par la suite, Kodak a essayé de mettre au point une campagne de promotion conjointe avec McDonald's mais elle s'est heurtée à la limitation de 10 pour cent pour les primes qui peuvent être offertes aux consommateurs. Kodak voulait offrir gratuitement des appareils photo jetables avec les repas de McDonald's. En raison de la règle des 10 pour cent, Kodak a dû se contenter d'une campagne de promotion où les acheteurs d'un repas McDonald's obtenaient un billet de tombola leur donnant une chance de gagner un appareil photo panoramique par un tirage au sort.⁵⁴²

5.530 Pour les Etats-Unis, cet "effet de paralysie" a été aggravé par l'absence de transparence du fonctionnement des "codes de concurrence loyale" et des "conseils des pratiques commerciales loyales" qui créent une sorte d'arrangement de cartellisation permettant d'éviter une concurrence acharnée et de maintenir les niveaux de bénéfices. Le système des codes et des conseils élève les associations professionnelles du secteur, comme l'association des détaillants, au rang d'institutions quasi gouvernementales aux pouvoirs étendus. De ce fait, Kodak s'est souvent heurtée à l'opposition de l'association des détaillants (Zenren) dans ses projets de campagnes de promotion. Les Etats-Unis citent l'exemple d'un arrangement de 1987 entre le Ministère des postes et communications et Kodak selon lequel Kodak vendrait des cartes postales photographiques dans les bureaux de poste dans tout le Japon à des prix inférieurs au prix de détail courant. Les consommateurs pourraient déduire le coût des cartes postales de leur compte d'épargne dans les bureaux de poste. Toutefois, le Ministère a renoncé à l'arrangement en raison de la pression exercée par la Zenren et a adressé une "directive" administrative à Kodak lui demandant de renoncer à ce plan. Kodak a été obligée de s'incliner en raison des risques commerciaux encourus si elle ne se conformait pas à la "directive" du Ministère.⁵⁴³

⁵³⁹ Affidavit of Sumi Hiromichi, page 27, pièce n° 96-10 des Etats-Unis, pages 5 et 6.

⁵⁴⁰ Affidavit of Isshi Norito, 1er février 1997, pièce n° 97-5 des Etats-Unis.

⁵⁴¹ Affidavit of Yasuyuki Suzuki, page 1, pièce n° 97-6 des Etats-Unis.

⁵⁴² Affidavit of William Jack, former Kodak vice-president for marketing in Japan, page 8, pièce n° 97-2 des Etats-Unis.

⁵⁴³ Affidavit of Suzuki Mikio, page 3, pièce n° 97-3 des Etats-Unis.

5.531 Le Japon soutient que dans les cas dont il a connaissance les actions engagées l'ont été parce que les primes en cause excédaient le plafond légal. Il fait valoir que l'origine du produit n'avait rien à voir avec l'action de la JFTC et que des campagnes similaires pour des produits nationaux auraient été considérées comme également illicites. Le Japon affirme que les réglementations en matière de primes ont été encore assouplies, en particulier depuis 1994, et que la JFTC suit la question en permanence en tenant compte de l'évolution de l'environnement économique. En février 1996, la JFTC a annoncé le résultat de cet examen et a mis en oeuvre la "nouvelle règle générale concernant les primes" applicable à tous les secteurs en avril de la même année.⁵⁴⁴ En outre, la JFTC examine actuellement, depuis avril 1996, les réglementations sur les primes applicables à divers secteurs, y compris les circulaires qu'elle a édictées pour chaque secteur ou les "codes de concurrence loyale" particuliers afin d'assurer leur compatibilité avec la nouvelle règle générale concernant les primes. C'est ainsi que, sur 29 circulaires portant sur un secteur particulier, dix (y compris la circulaire relative aux restrictions concernant les primes offertes dans le secteur des appareils photo) ont été abrogées en mars 1997.⁵⁴⁵

5.532 Le Japon soutient qu'étant donné que les pellicules et papiers n'entrent dans le champ d'application d'aucun code de concurrence loyale, et ne sont visés par aucune procédure d'un conseil des pratiques commerciales loyales, les arguments des Etats-Unis concernant "l'effet de paralysie" de ces codes et conseils n'ont de sens qu'en ce qui concerne les appareils photo Kodak et non les pellicules sur lesquelles les Etats-Unis fondent leur plainte dans la présente procédure. Selon le Japon, la campagne de "cartes postales" mentionnée par Kodak est assez mystérieuse: personne dans l'administration japonaise concernée ne se souvient apparemment de pareil incident. En tout état de cause, pour le Japon, cet épisode n'a rien à voir même avec les "contre-mesures en matière de promotion" alléguées.

⁵⁴⁴Kampo, 16 février 1996, pièce n° D-30 du Japon.

⁵⁴⁵Kampo, 10 décembre 1996, pièce n° D-31 du Japon.