

## VI. ARGUMENTS JURIDIQUES CONCERNANT LES ALLEGATIONS D'ANNULATION OU DE REDUCTION D'UN AVANTAGE EN SITUATION DE NON-VIOLATION

### A. PRESENTATION DE L'ARTICLE XXIII:1 b) DU GATT

#### 1. PRINCIPES GENERAUX

6.1 Selon le Japon, trois principes généraux applicables aux travaux des groupes spéciaux devraient guider l'analyse dans l'examen des allégations factuelles et juridiques formulées par les Etats-Unis au sujet des pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs sur le marché japonais. En premier lieu, toute interprétation du GATT devrait être conforme aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Deuxièmement, les recommandations ou conclusions du Groupe spécial ne sauraient accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres de l'OMC. Troisièmement, c'est à la partie plaignante qu'incombe la charge de la preuve. Le Japon souligne que ces principes généraux devraient guider le Groupe spécial dans son examen non seulement des allégations au titre de l'article XXIII:1 b), mais encore de celles qui ont été formulées au titre des articles III et X (qui seront analysées en détail dans la partie VII).

6.2 Le Japon observe que l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends mentionne les "règles coutumières d'interprétation du droit international public" comme principes généraux d'interprétation des Accords de l'OMC dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. A son sens, l'article 31, sur les règles générales d'interprétation, et l'article 32, sur les moyens complémentaires d'interprétation, de la Convention de Vienne sur le droit des traités représentent ces "règles coutumières d'interprétation du droit international public".<sup>546</sup> Le Japon prie le Groupe spécial dans la présente procédure d'interpréter et d'appliquer les dispositions de l'Accord sur l'OMC pertinentes en l'espèce conformément aux règles applicables de la Convention de Vienne.

6.3 Le Japon engage aussi le Groupe spécial à faire preuve de circonspection et à s'abstenir d'accroître ou de diminuer les droits et obligations résultant pour les Membres de l'OMC de l'Accord sur l'OMC, conformément aux articles 3:2<sup>547</sup> et 19:2<sup>548</sup> du Mémoire d'accord, qui prévoit

---

<sup>546</sup>Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel en l'affaire Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("Etats-Unis - Essence"), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, et Japon - Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon - Boissons alcooliques"), WT/DS8, 10 & 11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996.

<sup>547</sup>Dans un article publié récemment, le Professeur John Jackson, de l'Université du Michigan, se faisait l'écho du même souci:

"On peut faire valoir que [l'article 3 du Mémoire d'accord] résonne comme un avertissement donné aux groupes spéciaux pour qu'ils fassent preuve de retenue et évitent les excès de zèle ... Ainsi, cette idée d'interdire aux groupes spéciaux d'apporter des modifications aux droits et obligations des Etats nations se retrouve à peu près partout dans le système. Les Etats-Unis seraient vraisemblablement de ceux qui seraient les plus jaloux de préserver cette retenue, et pourtant, dans certaines de leurs propres plaintes à l'OMC, ils passent visiblement la limite. Lorsque, par exemple, les Etats-Unis ou un autre pays la saisissent d'une affaire qui, au lieu de comporter une violation, vise la politique en matière de concurrence, le keiretsu japonais ou autre chose qui n'entre pas dans le champ des traités existants, il est probable qu'ils demandent à un groupe spécial de changer ces "droits et obligations". En d'autres termes, ils disent à un groupe spécial, "Nous voulons vous voir interpréter les termes "annuler ou compromettre" de manière à y englober certains des résultats que, pour des raisons de politique générale, nous souhaiterions en l'espèce". Voilà qui est risqué - un peu comme de faire d'une main ce que l'autre tâche d'empêcher. De toute évidence, cela implique des conséquences à long terme fondamentales." John Jackson, *The WTO Dispute Settlement Procedures: A Preliminary Appraisal*, in: Jeffrey J. Schott (ed.), *The World Trading System: Challenges Ahead*, December 1996, page 163, pièce n° E-10 du Japon.

<sup>548</sup>Le Japon note qu'il est dit à l'article 19:2 du Mémoire d'accord: "... dans leurs constatations et leurs recommandations, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".

l'application de ce principe pour les constatations et recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

6.4 A propos de l'avertissement du Japon indiquant au Groupe spécial que celui-ci ne doit pas accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres de l'OMC au titre de l'Accord sur l'OMC, les Etats-Unis notent qu'en l'espèce le Japon s'efforce visiblement de diminuer leurs propres droits et ceux de tous les autres Membres au titre de l'article XXIII:1 b) en chargeant le Groupe spécial d'appliquer certaines "règles" pour interpréter et appliquer l'article XXIII:1 b) dans le présent différend.<sup>549</sup>

6.5 Le Japon expose que, dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, c'est d'abord au Membre qui l'a saisi qu'incombe la charge de prouver ses allégations. C'est là un principe qui était bien établi sous l'empire du mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947<sup>550</sup>, et il a été transporté à l'OMC, sur la base de l'article 3:1 du Mémoire d'accord et de l'article XVI:1 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.<sup>551</sup>

6.6 Le Japon souligne que dans les litiges en situation de non-violation relevant de l'article XXIII:1 b), la charge de la preuve incombant en vertu de l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord à la partie plaignante est particulièrement lourde, puisque cette disposition lui prescrit de "présenter une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce". A ce propos, le Japon note que cette prescription d'une "justification détaillée" dans les cas de non-violation avait été inscrite dans la Description convenue en 1979 de la pratique habituelle du GATT en matière de règlement des différends<sup>552</sup> et avait été appliquée par les groupes spéciaux du GATT qui avaient examiné des cas de cette nature.<sup>553</sup>

---

<sup>549</sup>Les Etats-Unis visent en particulier l'assertion du Japon selon laquelle "pour déterminer si un avantage est annulé ou compromis, le présent Groupe spécial doit s'attacher exclusivement aux mesures elles-mêmes".

<sup>550</sup>Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Japon - Droit de douane appliqué aux importations de bois d'oeuvre d'épicéa, de pin et de sapin (EPS) coupés à dimension, adopté le 19 juillet 1989, IBDD, S36/184, 219, paragraphe 5.10; le rapport du Groupe spécial Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation ("Canada - Boissons alcooliques"), adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28, 83, paragraphe 5.3. Voir aussi John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 1995, page 355, pièce n° E-2 du Japon.

<sup>551</sup>Aux termes de l'article 3:1 du Mémoire d'accord, les Membres de l'OMC affirment leur adhésion "aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947". L'article XVI:1 de l'Accord de Marrakech prévoit que "l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947...".

<sup>552</sup>Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance, Annexe, adopté le 28 novembre 1979, IBDD, S26/231, 238.

<sup>553</sup>On peut lire dans le rapport d'un précédent groupe spécial qu'"[a]ux termes du Mémoire d'accord de 1979 concernant le règlement des différends, une partie contractante qui dépose un recours au titre de l'article XXIII:1 b) est "appelée à présenter une justification détaillée"' (Etats-Unis - Dérogation de 1955, IBDD, S37/245, 282, paragraphe 5.21). Voir aussi le rapport du Groupe spécial Japon - Commerce des semi-conducteurs ("Japon - Semi-conducteurs"), adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, 178, paragraphe 131; et le rapport du Groupe spécial Recours de l'Uruguay à l'article XXIII, adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98, 102-103, paragraphe 15.

2. LE CRITERE JURIDIQUE DE L'ARTICLE XXIII:1 b)

6.7 Les Etats-Unis allèguent que les contre-mesures du Japon en matière de libéralisation exposées en détail dans la partie V annulent ou compromettent, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT, des concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs. L'article XXIII:1 b) prévoit le règlement des différends dans les circonstances suivantes:

"1. Dans le cas où [un Membre] considérerait qu'un avantage résultant pour [lui] directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée, du fait...

b) ... qu'un autre [Membre] applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ...".

6.8 Les Etats-Unis rappellent que, dans son rapport, le Groupe spécial chargé de l'affaire Communauté économique européenne - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinés à l'alimentation des animaux ("CEE - Oléagineux") relevait que l'article XXIII:1 b) avait fondamentalement pour but de sauvegarder le processus de concessions tarifaires réciproques prévu par l'article II:

"[Les dispositions de l'article XXIII:1 b)] procédaient de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquent d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général."<sup>554</sup>

"Selon le Groupe spécial, le principal intérêt d'une concession tarifaire est qu'elle donne l'assurance d'un meilleur accès au marché grâce à une plus grande concurrence par les prix. Les parties contractantes négocient des concessions tarifaires essentiellement pour obtenir cet avantage. Il faut donc partir du principe que, dans leurs négociations tarifaires, elles s'attendent que l'effet des concessions au plan des prix ne soit pas systématiquement neutralisé. Si elles n'avaient pas de droit à réparation en pareil cas, elles hésiteraient à accorder des concessions tarifaires et l'Accord général n'aurait plus d'utilité en tant que cadre juridique dans lequel sont incorporés les résultats des négociations commerciales".<sup>555</sup>

6.9 Les Etats-Unis citent une phrase du rapport d'un autre groupe spécial qui va dans le même sens: "L'article XXIII:1 b), tel que ses auteurs l'ont conçu et que les PARTIES CONTRACTANTES l'ont appliqué, sert surtout à protéger l'équilibre des concessions tarifaires".<sup>556</sup> Les efforts que les Etats-Unis n'ont cessé de déployer durant trois cycles successifs de négociations commerciales

---

<sup>554</sup>Rapport du Groupe spécial adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, 135, paragraphe 144.

<sup>555</sup>Ibid., page 137, paragraphe 148.

<sup>556</sup>Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la Dérogation de 1955 et de la Note introductive de la liste de concessions tarifaires ("Etats-Unis - Dérogation de 1955"), adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/245, 282, paragraphe 5.21.

multilatérales pour s'assurer un meilleur accès au marché japonais des pellicules et papiers photographiques prouvent la valeur qu'ils attachent à l'obtention de concessions tarifaires sur ces produits et ce qu'ils en attendent comme possibilités de concurrence accrues. Ils avaient supposé que les concessions dont ils négociaient l'octroi ne seraient pas systématiquement neutralisées par le gouvernement japonais.

6.10 Selon les Etats-Unis, les précédents groupes de travail et groupes spéciaux qui ont analysé des allégations au titre de l'article XXIII:1 b) ont appliqué pour ce faire les éléments suivants:

- 1) une concession tarifaire a été négociée;
- 2) des mesures gouvernementales, incompatibles ou non avec l'Accord général, ont été instituées, qui bouleversent le rapport de concurrence entre le produit consolidé et les produits directement concurrents d'autres origines; et
- 3) ces mesures n'auraient pas pu être raisonnablement prévues par la partie qui a bénéficié de la consolidation, au moment de l'octroi de la concession tarifaire.<sup>557</sup>

6.11 En l'espèce, les Etats-Unis disent que l'examen de leur plainte peut être décomposé en trois questions distinctes:

- 1) si les Etats-Unis pouvaient raisonnablement s'attendre à des possibilités d'accès au marché accrues par suite des concessions tarifaires accordées par le Japon;
- 2) si les mesures prises par le gouvernement japonais ont bouleversé le rapport de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale; et
- 3) si les Etats-Unis auraient pu prévoir que le Japon annulerait ou compromettrait l'effet de ses concessions tarifaires.

6.12 Les Etats-Unis allèguent que l'on se trouve en l'espèce en présence de chacun de ces éléments:

- 1) Les Etats-Unis ont négocié et le Japon leur a accordé des concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques dans le cadre de cycles successifs de négociations commerciales multilatérales, à savoir le Kennedy Round, le Tokyo Round et le Cycle d'Uruguay.
- 2) Le Japon a promulgué, mis en oeuvre et appliqué les contre-mesures en matière de distribution, les restrictions frappant les grandes surfaces de vente au détail et les contre-mesures en matière de promotion en vue d'obstruer l'accès à son marché et d'altérer le rapport de concurrence entre les produits d'importation et les produits d'origine nationale.
- 3) A l'époque où chaque série de concessions tarifaires a été accordée, les Etats-Unis escomptaient raisonnablement qu'il en résulterait un meilleur accès au marché à travers une plus grande concurrence par les prix, et ni eux ni aucun des autres partenaires commerciaux du Japon n'auraient pu prévoir que le gouvernement

---

<sup>557</sup>CEE - Oléagineux, IBDD S37/91, 134-140, paragraphes 142-152. Voir aussi Rapport du Groupe de travail sur les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium ("Australie - Sulfate d'ammonium"), adopté le 3 avril 1950, IBDD, Vol. II/204, 211-212, paragraphe 12; rapport du Groupe spécial Régime des importations de sardines en Allemagne, adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56, 61-62, paragraphes 16 et 17; CEE - Agrumes, L/5776 (non adopté), pages 91 et 92, paragraphe 4.26; rapport du Groupe spécial Communauté économique européenne - Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs ("CEE - Fruits en boîte"), document du GATT L/5778, 20 février 1985 (non adopté), page 20, paragraphe 51.

japonais compromettrait la valeur de ces concessions par un enchevêtrement complexe de mesures destinées à neutraliser les effets de la libéralisation.

6.13 Les Etats-Unis soulignent que, conformément à l'article 26:1 du Mémorandum d'accord, ils ont présenté une justification détaillée établissant que, comme ils l'affirment, les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes et les contre-mesures en matière de promotion adoptées par le Japon annulent ou compromettent, collectivement et individuellement,

- 1) les concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques noir et blanc obtenues par eux dans le cadre du Kennedy Round;
- 2) les concessions tarifaires sur les pellicules et papiers noir et blanc et couleur obtenues par eux dans le cadre du Tokyo Round; et
- 3) les concessions tarifaires sur les pellicules et papiers noir et blanc et couleur obtenues par eux dans le cadre du Cycle d'Uruguay.

6.14 Au dire du Japon, la portée de l'article XXIII:1 b) est bien définie dans la jurisprudence du GATT et peut se déduire de trois formules clés du texte de cette disposition:

- 1) "un avantage résultant ... du présent Accord",
- 2) "un autre [Membre] applique une mesure", et
- 3) "se trouve annulé ou compromis".

6.15 En premier lieu, il faut qu'il y ait un "avantage" résultant de cet accord. Cet avantage consiste en l'attente légitime de possibilités de concurrence accrues par suite des concessions tarifaires pertinentes. Pour que cette attente soit légitime, il faut qu'elle tienne compte de toutes les mesures prises par la partie ayant accordé la concession qui auraient pu être raisonnablement prévues au moment où la concession a été accordée. En d'autres termes, des mesures raisonnablement prévues au moment de la concession tarifaire ne sauraient décevoir une attente légitime et ne sauraient par conséquent annuler ou compromettre un avantage résultant de l'Accord.

6.16 Deuxièmement, il faut qu'une mesure soit appliquée par un autre Membre de l'OMC. Le terme "mesure" renvoie à une politique ou une action d'un gouvernement, mais ce ne sont pas toutes les politiques ou actions gouvernementales qui constituent une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b). Il faut que la mesure soit assure des avantages, soit impose des obligations. Sur ce dernier point, une mesure aux fins des recours en situation de non-violation doit être une politique ou action gouvernementale qui impose des obligations juridiquement contraignantes ou l'équivalent quant au fond. Qui plus est, il faut que la mesure soit "appliquée". Cette prescription vaut dans le cas des mesures qui ne sont plus en vigueur et des mesures qui ne sont pas appliquées à des produits.

6.17 Troisièmement, il faut que la partie plaignante établisse que l'avantage en question "se trouve annulé ou compromis" par suite de l'application de la mesure. Pour satisfaire à cette prescription, il lui faut démontrer que la mesure considérée bouleverse la position concurrentielle des produits importés faisant l'objet de la concession tarifaire pertinente.

6.18 Dans la présente espèce, le Japon considère que les allégations avancées par les Etats-Unis en situation de non-violation ne satisfont à aucun des éléments prescrits susmentionnés, pour les raisons exposées ci-dessous.

6.19 Sur le premier élément, le Japon note que, pour qu'une mesure annule ou compromette l'avantage assuré par des concessions tarifaires, il doit être établi qu'elle n'aurait pu être raisonnablement prévue au moment de la concession considérée. Bien que les Etats-Unis invoquent

l'annulation ou l'amointrissement des concessions tarifaires qu'ils ont obtenues sur les pellicules et papiers à l'issue de trois cycles successifs de négociations - celles du Kennedy Round de 1967 (seulement sur les pellicules et papiers noir et blanc), celles du Tokyo Round de 1979 et celles du Cycle d'Uruguay de 1994 -, le Japon estime que l'"avantage résultant de l'Accord" se limite aux avantages découlant des concessions du Cycle d'Uruguay. A son sens, les concessions de 1994 forment un nouvel équilibre des concessions tarifaires, correspondant à celles qui ont été effectivement négociées et convenues à ce moment-là.

6.20 Le Japon fait également valoir que toutes les politiques en question avaient été promulguées et étaient connues des Etats-Unis longtemps avant les concessions tarifaires pertinentes, c'est-à-dire celles qui ont été accordées en 1994 sur les pellicules et papiers noir et blanc et couleur. Même si l'on devait tenir compte des concessions tarifaires antérieures, les problèmes de chronologie qui vicient l'argument des Etats-Unis demeurerait. En ce qui concerne les pellicules et papiers couleur, les concessions de 1967 ne sauraient intervenir le moins du monde parce qu'il n'y a pas eu de concessions tarifaires sur les pellicules et papiers couleur jusqu'en 1979. Comme pratiquement toutes les actions du gouvernement contestées sont antérieures à 1979, il est inconcevable qu'elles n'aient pas pu être raisonnablement prévues au moment où ont été accordées les concessions de 1979. Même dans le cas des concessions de 1967 sur les pellicules et papiers noir et blanc, bien des actions du gouvernement auraient pu être raisonnablement prévues à cette date. En conséquence, le Japon considère que les mesures invoquées auraient toutes pu être raisonnablement prévues par les Etats-Unis au moment où ces concessions tarifaires ont été accordées.

6.21 Sur le deuxième élément, les Etats-Unis, de l'avis du Japon, allèguent que les politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI dans les années 60 et 70 ont obligé le secteur privé à restructurer ses pratiques en la matière de manière à défavoriser les importations. Or, selon le Japon, ces politiques n'imposaient aucune obligation juridiquement contraignante ni l'équivalent quant au fond et n'étaient donc pas des mesures au sens de l'article XXIII:1 b). En tout état de cause, elles ont pris fin depuis des années et ne peuvent par conséquent pas, à son sens, donner lieu à présent à une action au titre de cette disposition. Dans le cas de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail, le Japon fait valoir que les Etats-Unis omettent d'alléguer des applications précises annulant ou compromettant un avantage. Il en conclut que l'absence de toute "application" d'une mesure fait que les allégations des Etats-Unis concernant cette loi sont insuffisantes en droit.

6.22 Sur le troisième élément, le Japon soutient que les politiques gouvernementales en question ne bouleversent les conditions de concurrence pour aucun des produits distincts sur lesquels porte le présent différend: pellicules noir et blanc, papiers noir et blanc, pellicules couleur et papiers couleur. Pour chacun des trois ensembles d'actions contestées, le Japon conclut que: i) aucune de ces actions gouvernementales ne fait de distinction entre les produits d'importation et les produits d'origine nationale concernés ni n'impose le moindre désavantage intrinsèque aux importations; ii) il n'y a pas de lien de causalité entre les mesures alléguées et de quelconques conditions défavorables en matière de concurrence; et iii) les mesures alléguées, telles qu'elles existent aujourd'hui, sont inchangées ou plus favorables aux importations par comparaison avec l'époque de toute concession tarifaire pertinente.

6.23 Les Etats-Unis soutiennent que les critères juridiques suggérés par le Japon ne trouvent aucun appui dans le texte de l'article XXIII:1 b), pas plus que dans d'autres Accords de l'OMC, des accords ultérieurs des Membres ou l'historique de la négociation de l'article XXIII:1 b). Pour autant que des décisions de précédents groupes spéciaux aillent dans le sens de l'application des règles suggérées par le Japon, les Etats-Unis soutiennent que les différends sur lesquels elles portaient se caractérisent par des faits et des circonstances différents de ceux en présence desquels on se trouve en l'espèce.

6.24 Les Etats-Unis émettent l'idée qu'en proposant ces règles, le Japon vise à exclure pour le Groupe spécial la possibilité d'examiner sérieusement les contre-mesures en matière de libéralisation en cause dans le présent différend, permettant ainsi au Japon d'éviter la responsabilité des mesures qui ont empêché les pellicules et papiers importés d'avoir accès au marché japonais pendant trente ans. Pour leur part, ils proposent au contraire que le Groupe spécial examine ce différend en procédant de la manière dont les groupes spéciaux ont toujours réglé les différends: au cas par cas, en prenant en considération la totalité des circonstances et faits pertinents.

6.25 Les Etats-Unis notent que dans l'affaire Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, l'Organe d'appel a insisté sur l'importance de l'analyse cas par cas.<sup>558</sup> S'il est vrai que les observations de l'Organe d'appel visaient expressément la manière dont un groupe spécial devrait procéder à un examen dans le cadre de l'article III:2, les Etats-Unis font valoir que ces observations, conformément aux précédents antérieurs, valent cependant pour tous les différends.<sup>559</sup> Ils allèguent que le Japon préférerait voir le Groupe spécial éviter d'examiner au fond les faits et circonstances intervenant dans le présent différend en appliquant les règles mécaniques et factices suggérées par le Japon ou en adoptant des constatations empruntées à d'autres affaires qui reposent sur des faits et circonstances entièrement différents. Ils engagent le Groupe spécial à traiter le présent différend au fond en considérant les éléments de fait et de droit qui lui sont propres à la lumière de l'article XXIII:1 b) et à procéder à un examen approfondi des faits et circonstances qui sont pertinents en l'espèce.

### 3. IMPLICATIONS POUR LE SYSTEME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC

6.26 Aux yeux du Japon, la présente affaire implique des conséquences importantes pour le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Il soutient que les allégations formulées par les Etats-Unis, dans cette situation de non-violation, poussent à une extension spectaculaire de ce qui n'a toujours été qu'une voie de recours exceptionnelle et limitée. Le Japon note qu'à une seule exception près toutes les affaires antérieures en situation de non-violation comportaient des concessions

---

<sup>558</sup>"[N]ous pensons que pour examiner, dans n'importe quelle affaire, si une taxation différente est appliquée de manière à protéger la production, il est nécessaire de procéder à une analyse globale et objective de la structure de la mesure en question et de la manière dont elle est appliquée aux produits nationaux par rapport aux produits importés. ... Bien qu'il soit exact que l'objectif d'une mesure puisse ne pas être facile à identifier, l'application de cette mesure à des fins de protection peut néanmoins être déterminée, le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice. ... Lorsqu'ils procèdent à ce type d'examen, les groupes spéciaux devraient étudier de manière approfondie tous les faits et toutes les circonstances pertinents dans chaque cas d'espèce" (Japon - Boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, page 33, non souligné dans l'original).

<sup>559</sup>Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Communauté économique européenne - Restrictions à l'importation de pommes de table - Plainte du Chili, adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/100, 135, paragraphe 12.1 ("[le Groupe spécial] tiendrait compte ... des circonstances particulières de la plainte à l'examen"); le rapport du Groupe spécial Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 170, paragraphe 108 ("Le Groupe spécial a reconnu que les demandes non impératives ne pouvaient pas toutes être considérées comme des mesures au sens de l'article XI:1. Les relations entre le gouvernement et les branches de production variaient d'un pays à l'autre, d'une branche à l'autre et d'un cas à l'autre, et elles étaient influencées par de nombreux facteurs"); le rapport du Groupe spécial Canada - Retrait de concessions tarifaires, adopté le 17 mai 1978, IBDD, S25/45, 51, paragraphe 17 ("Le Groupe spécial a conclu qu'une interprétation correcte et raisonnable du GATT, dans les circonstances particulières à l'affaire ... "); Australie - Sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, 209-210, paragraphe 12 ("[L]'inégalité ainsi créée et le traitement auquel le Chili était raisonnablement en droit de s'attendre au moment de la négociation, compte tenu de tous les éléments pertinents de la situation, notamment des faits mentionnés plus haut ... ont influencé dans une large mesure la conclusion à laquelle le groupe de travail est arrivé").

tarifaires et des actions gouvernementales ultérieures qui fondamentalement détruisaient les avantages découlant de ces concessions.<sup>560</sup> Dans toutes ces affaires, les mesures contestées étaient fondamentalement soit des préférences tarifaires, soit des subventions à des produits précis qui assuraient directement des avantages financiers aux produits considérés. Il était par conséquent évident que ces mesures influaient sur les conditions de concurrence pour lesdits produits. Dans toutes les affaires précédentes où le Groupe spécial a constaté qu'un avantage avait été annulé ou compromis en l'absence de violation, la partie plaignante avait établi un lien manifeste entre les mesures alléguées et la position concurrentielle défavorable des produits importés.

6.27 Les Etats-Unis récusent le reproche que leur fait le Japon en les accusant de rechercher une "extension spectaculaire" du recours offert en situation de non-violation par l'article XXIII:1 b). Ils font valoir que ce qu'il prétend être une "extension spectaculaire" n'est en fait rien de plus que l'exercice légitime de leur droit à réparation au titre de l'article XXIII:1 b). A leurs yeux, l'article XXIII:1 b) du GATT prévoit un droit à réparation en faveur d'un Membre qui considère qu'un avantage résultant pour lui de l'Accord se trouve annulé ou compromis par l'application d'une mesure, qu'elle soit contraire ou non aux dispositions de cet accord. Les Etats-Unis soulignent que le texte de l'article XXIII:1 b) ne saurait être rédigé plus clairement, c'est-à-dire qu'il ne limite pas les types de mesures qui peuvent être soumis à examen. Et une telle limitation n'aurait d'ailleurs pas d'intérêt aux fins de l'article XXIII:1 b). Comme l'a relevé le Groupe spécial dans l'affaire CEE - Oléagineux, l'article XXIII:1 b) donne un "droit à réparation" pour le cas où un autre Membre annulerait ou compromettrait une concession tarifaire.<sup>561</sup> Sans ce droit à réparation, les rédacteurs craignaient de voir les Membres hésiter à faire des concessions tarifaires et le GATT ne plus avoir d'utilité en tant que cadre juridique dans lequel sont incorporés les résultats des négociations commerciales.<sup>562</sup> Par conséquent, contrairement à ce que prétend le Japon, les Etats-Unis soutiennent qu'il serait préjudiciable au système de l'OMC que le "recours" en situation de non-violation soit artificiellement limité aux affaires où il ne s'agit que de subventions ou de droits de douane.

6.28 Le Japon déclare que ni les parties contractantes ni les groupes spéciaux n'ont cherché à étendre la notion de non-violation au-delà d'un éventail restreint de cas, et que cette notion n'a été appliquée, avec cohérence et discipline, que dans ceux où des conditions précises étaient remplies. Tant les parties contractantes que les groupes spéciaux étaient à juste titre préoccupés par les conséquences qu'une extension indisciplinée de ladite notion impliquait sur le plan de l'action gouvernementale. Le recours en situation de non-violation est l'outil qui a été utilisé pour préserver l'intégrité des concessions tarifaires négociées. Si, en revanche, il devait être appliqué sans les restrictions convenables, il pourrait bien, de l'avis du Japon, dégénérer en mécanisme servant non point à préserver l'équilibre convenu des concessions tarifaires entre les parties, mais à imposer un réaménagement de facto de l'équilibre établi de ces concessions au profit de la partie plaignante sans aucune négociation tarifaire en bonne et due forme. Le Japon estime donc que l'abus du recours en situation de non-violation pourrait avoir pour effet pervers de saper, au lieu de préserver, l'intégrité des concessions tarifaires.

---

<sup>560</sup>L'exception est l'affaire Communauté économique européenne - Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne ("CEE - Agrumes"), Rapport du Groupe spécial, document du GATT L/5776, 7 février 1985 (non adopté), page 92, paragraphe 4.27, sur les droits non consolidés appliqués à certains produits et les droits consolidés appliqués à d'autres produits.

<sup>561</sup>Voir CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 135, paragraphe 144.

<sup>562</sup>Ibid., pages 135-137, paragraphes 144 et 148.

6.29 Le Japon se range à la position prise par les Etats-Unis dans l'affaire CEE - Oléagineux, à savoir que le recours en situation de non-violation devrait demeurer exceptionnel et que tout changement dans la politique d'un gouvernement, même s'il a des effets commerciaux dommageables, ne peut pas nécessairement faire l'objet d'un recours sur le fondement de l'article XXIII:1 b):

"114. Les Etats-Unis ont reconnu que la notion d'annulation ou de réduction sans violation devrait rester exceptionnelle. Bien que cette notion figure depuis l'origine dans le texte de l'article XXIII de l'Accord général, il fallait continuer à envisager son application avec prudence. Les Etats-Unis ne considéraient pas que tout changement de la politique des pouvoirs publics, même s'il avait des effets commerciaux dommageables, constituait une annulation ou une réduction sans violation. Une partie contractante ne pouvait pas compter raisonnablement qu'une partie contractante qui lui accordait une concession tarifaire ne modifierait pas le barème général de l'impôt sur le revenu."<sup>563</sup>

6.30 Au surplus, le Japon note que, dans cette affaire, la position prise par la Communauté était aussi que "la notion de "non-violation" dans le contexte de l'article XXIII:1 b) devrait rester exceptionnelle, sinon le monde commercial vivrait dans une situation de précarité et d'incertitude".<sup>564</sup>

6.31 Les Etats-Unis indiquent qu'ils persistent à penser que le recours en l'absence de violation demeure une "notion exceptionnelle" en ce qu'il offre un droit à réparation pour une mesure, que celle-ci soit ou non contraire au GATT. Il convient d'"envisager son application avec prudence", et cette prudence est acquise grâce à la retenue dont les Membres font preuve et à l'application que font les groupes spéciaux de la condition d'une "justification détaillée" prescrite par l'article 26:1 du Mémoire d'accord. En l'espace de 50 ans, il n'y aura eu que huit affaires (Sulfate d'ammonium, Sardines, Recours de l'Uruguay, Agrumes, Fruits en boîte, Oléagineux, Semi-conducteurs et Dérogation de 1955) dans lesquelles l'article XXIII:1 b) ait été examiné au fond par un groupe spécial, et parmi elles, trois (Recours de l'Uruguay, Semi-conducteurs et Dérogation de 1955) dans lesquelles le Groupe spécial ait appliqué la prescription d'une "justification détaillée", qui figure à présent à l'article 26:1 du Mémoire d'accord, pour rejeter des plaintes abusives en situation de non-violation. Selon les Etats-Unis, la Communauté européenne avait fait valoir un argument analogue dans l'affaire CEE - Oléagineux en avançant qu'une constatation positive au titre de l'article XXIII:1 b) plongerait le monde "dans une situation de précarité et d'incertitude"<sup>565</sup>, ce qui, dix ans plus tard, ne s'est pas révélé être le cas. De plus, et surtout, les Etats-Unis continuent de penser que les groupes spéciaux devraient déterminer cas par cas, à la lumière de tous les faits et circonstances pertinents, si telle ou telle politique gouvernementale constitue une annulation ou une réduction en situation de non-violation. En l'espèce, soulignent-ils, la question n'est pas de savoir si une politique sociale ou économique sans lien avec lui exerce incidemment un effet sur le marché de la pellicule photographique. Il s'agit en réalité d'un effort du gouvernement japonais mené en concertation et en coordination en vue de protéger son secteur national de la pellicule de la concurrence des importations.

6.32 Le Japon observe que dans les cas où il est fait application du recours disponible en situation de non-violation, la partie perdante - même si elle a parfaitement satisfait à ses obligations au titre du GATT - n'en est pas moins tenue de procéder à "un ajustement mutuellement satisfaisant", c'est-à-dire soit de modifier sa politique, soit d'offrir une compensation, sauf à s'exposer à la suspension de

---

<sup>563</sup>Ibid., pages 125 et 126, paragraphe 114 (non souligné dans l'original).

<sup>564</sup>Ibid., page 125, paragraphe 113.

<sup>565</sup>Ibid.

concessions de la part d'un autre Membre de l'OMC. Ainsi, le recours en situation de non-violation a pour effet en pratique d'imposer aux Membres pour les mesures compatibles avec le GATT une série de contraintes analogues à ce qui vaut pour les mesures contraires à cet accord. Le Japon souligne que les précédents groupes spéciaux ont constamment donné de ce recours une interprétation restrictive et en ont fait application dans des circonstances exceptionnelles. Il fait valoir que ces raisons ont encore plus de force dans le cadre de l'OMC, où le caractère limité des recours en situation de non-violation a été réaffirmé.

a) Premièrement, l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord assigne des limites importantes à l'application et à la portée du recours en situation de non-violation. Il précise bien que celui-ci ne doit s'appliquer que dans les cas où la partie plaignante aura présenté une "justification détaillée à l'appui de toute plainte". Ainsi, la partie plaignante doit satisfaire à un critère particulièrement exigeant de justification de sa plainte. Or, aux yeux du Japon, il est limpide que celles des Etats-Unis dans la procédure en cours ne satisfont à aucune des prescriptions établies pour l'application de l'article XXIII:1 b).

b) Deuxièmement, même si un groupe spécial accueille la plainte en situation de non-violation, la partie en cause n'a pas à retirer la mesure contestée. Au contraire, l'article 26:1 b) du Mémoire d'accord indique expressément qu'"il n'y a pas obligation de la retirer". De l'avis du Japon, les Membres de l'OMC avaient raison de reculer devant l'application du recours extraordinaire en situation de non-violation, à moins qu'il n'y eût un motif manifeste, irrésistible et sans ambiguïté de l'appliquer; même en ce cas, ils n'étaient pas disposés à obliger la partie en cause à retirer la mesure considérée.

6.33 Les Etats-Unis répliquent que le Groupe spécial devrait interpréter l'article XXIII:1 b) correctement, non pas extensivement ou restrictivement, mais conformément aux règles coutumières du droit international. Ils estiment donc qu'en ce qui concerne la tâche du Groupe spécial, la présente affaire ne diffère d'aucun autre différend porté devant l'OMC.

6.34 Au dire du Japon, les raisons de donner de cette disposition une interprétation restrictive sont encore plus puissantes depuis que d'autres accords multilatéraux sont venus s'ajouter au GATT. Dans le cadre du GATT de 1947, le recours en l'absence de violation servait à protéger les attentes des parties contractantes bénéficiaires de concessions tarifaires contre les mesures qui n'étaient pas soumises aux disciplines multilatérales. A présent, avec l'entrée de domaines toujours plus nombreux dans le champ des disciplines multilatérales et l'amenuisement considérable des lacunes qui s'y trouvaient, il est devenu d'autant moins nécessaire de protéger les avantages résultant du GATT de 1994 par cette voie de recours en situation de non-violation. Pour le Japon, vu l'éventail très large des Accords de l'OMC désormais en vigueur, il sied plus que jamais de faire preuve de retenue dans l'application de ce recours.

6.35 A cela les Etats-Unis rétorquent que l'opinion du Japon sur l'utilité de l'article XXIII:1 b) n'offre aucun intérêt quand il s'agit pour le Groupe spécial de déterminer si leur plainte satisfait à cette disposition. Bien que le champ des disciplines de l'OMC s'étende au-delà des disciplines originelles du GATT, ce "filet de sécurité" demeure nécessaire à leur avis pour les mesures qui ne sont pas contraires aux Accords de l'OMC.<sup>566</sup> Ils soulignent que les négociateurs du Cycle d'Uruguay ont

---

<sup>566</sup>Comme l'observent les professeurs Jackson, Davey et Sykes dans leur manuel: "On dirait que la découverte de nouvelles formules de protection est un processus sans fin. Dès que le système international institue des restrictions ou une réglementation visant une formule particulière de protection, les fonctionnaires nationaux et l'ingéniosité humaine savent, semble-t-il, trouver aussitôt d'autres mesures pour réaliser au moins une partie de leurs objectifs de protection", *Legal Problems of International Economic Relations*, op. cit., page 377.

reconnu cette nécessité en ajoutant une disposition analogue à l'AGCS et à l'Accord sur les ADPIC (encore que dans le cadre de ce dernier accord, le recours en situation de non-violation soit indisponible jusqu'à l'an 2000).

6.36 Le Japon soutient que les allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis dans la procédure en cours poussent à une extension spectaculaire de ce recours parce qu'à ses yeux ils demandent que ce recours exceptionnel soit appliqué au-delà des limites reconnues et appropriées:

- non seulement aux mesures postérieures aux concessions tarifaires les plus récentes, mais encore à de prétendues mesures prises antérieurement et remontant à trois décennies;
- non seulement à des mesures qui n'étaient pas prévues au moment des concessions tarifaires pertinentes, mais encore à de prétendues mesures déjà en vigueur et/ou connues au moment où les concessions ont été accordées;
- non seulement à des mesures gouvernementales, mais encore à des comportements privés prétendument encouragés par l'action du gouvernement;
- non seulement à des prescriptions juridiquement contraignantes ou des dispositions équivalentes quant au fond, mais encore à des demandes non impératives et à des rapports gouvernementaux;
- non seulement à des mesures actuelles, mais encore aux effets prétendument persistants de mesures antérieures qui ne sont plus en vigueur;
- non seulement à des mesures qui établissent des distinctions entre les produits et désavantagent les importations, mais encore à de prétendues mesures qui ne font aucune distinction entre les produits importés et les produits d'origine nationale;
- non seulement à des mesures qui désavantagent les importations, mais encore à des mesures qui n'ont aucun lien de causalité avec des conditions de concurrence défavorables aux importations;
- non seulement aux changements de politique défavorables intervenus depuis l'époque des concessions tarifaires pertinentes, mais encore aux politiques qui sont restées les mêmes, voire ont été libéralisées.

6.37 Le Japon souligne qu'il n'a jamais été institué dans le cadre du GATT de règles contraignantes applicables aux pratiques des entreprises privées ou aux structures de marché. La Charte d'une Organisation internationale du commerce (OIC) adoptée à La Havane en 1948 comprenait un chapitre consacré aux pratiques commerciales restrictives, qui assignait des obligations aux gouvernements. L'OIC n'a jamais vu le jour, et ces règles n'ont pas été reprises dans le GATT. En 1958, les PARTIES CONTRACTANTES décidaient de nommer un groupe d'experts pour étudier les pratiques commerciales restrictives dans le commerce international et faire des recommandations à leur sujet. En 1960, elles adoptaient le rapport du Groupe d'experts sur les "pratiques commerciales restrictives". Dans ce rapport, le groupe se montrait divisé sur la nature des autres mesures à recommander, mais la majorité commençait par noter qu'il n'existait pas d'accord multilatéral sur les pratiques commerciales restrictives.<sup>567</sup> Plus intéressant en l'espèce, on y trouvait encore un avertissement invitant à la prudence en la matière.<sup>568</sup> Ayant examiné le rapport, les PARTIES CONTRACTANTES adoptèrent

---

<sup>567</sup>"L'assentiment général des pays - base indispensable d'un tel accord - n'a pas encore été obtenu: au surplus, les pays n'ont pas acquis jusqu'ici une expérience suffisante dans ce domaine pour élaborer une méthode de réglementation effective." Rapport du Groupe d'experts sur les pratiques commerciales restrictives - Dispositions en vue de consultations, L/1015, adopté le 2 juin 1960, IBDD, S9/178.

<sup>568</sup>Toutefois, que l'article XXIII soit ou non applicable du point de vue juridique, la majorité a été d'avis de recommander aux PARTIES CONTRACTANTES de ne prendre aucune mesure au titre dudit article. Une action de cet ordre comporterait le risque grave que des mesures de rétorsion soient prises en vertu des dispositions du

en 1960 une décision sur les dispositions prises en vue de consultations, qui ne faisait pas mention de l'article XXIII.<sup>569</sup> Le Japon signale en outre qu'à la Conférence ministérielle de Singapour, en décembre 1996, les Membres de l'OMC s'en sont tenus à des dispositions préliminaires pour le traitement de questions comme les politiques en matière de concurrence et d'investissement. Les Ministres sont parvenus à un compromis consistant à établir un groupe de travail chargé d'étudier la question qui commençait à se poser de l'interaction du commerce et de la politique en matière de concurrence.<sup>570</sup> Le Japon rappelle qu'il n'y a toujours pas de consensus parmi les Membres de l'OMC sur la manière de traiter la question des rapports entre certaines pratiques commerciales du secteur privé et leur impact sur le commerce. Selon lui, les allégations des Etats-Unis visant, en particulier, les "contre-mesures en matière de distribution" se ramènent à une offensive contre les relations verticales, telle la distribution en gros d'une seule marque de pellicules. Or, ces liens peuvent jouer aussi bien en faveur qu'au détriment de la concurrence selon les circonstances. Si l'on admet très généralement que les accords horizontaux d'entente sur les prix sont anticoncurrentiels et qu'ils devraient être assujettis à des restrictions légales, il n'y a pas de consensus sur les ententes verticales.<sup>571</sup> En conséquence, le Japon demande instamment au Groupe spécial de faire preuve de

---

paragraphe 2 de l'article XXIII pour donner suite à des décisions qui auraient été arrêtées sans que l'on dispose d'éléments de fait suffisants concernant la pratique restrictive en cause; elle aurait donc sur le commerce des effets contraires au but cherché." Ibid., page 180.

<sup>569</sup>Décision sur les pratiques commerciales restrictives - Dispositions en vue de consultations, adoptée le 13 novembre 1960, IBDD, S9/28. Le Japon note que les experts des Etats-Unis faisaient partie de la majorité au sein de ce groupe de travail et qu'ils avaient donc eu part à la formulation de cette recommandation particulière.

<sup>570</sup>Plus précisément, il est dit dans la Déclaration ministérielle de Singapour:  
"Compte tenu des dispositions existantes de l'OMC relatives aux questions se rapportant à la politique en matière d'investissement et de concurrence et du programme incorporé qui est prévu dans ces domaines, y compris aux termes de l'Accord sur les MIC, et étant entendu que les travaux entrepris ne préjugeront pas de l'opportunité d'engager des négociations à l'avenir, nous convenons aussi: ...

- d'établir un groupe de travail chargé d'étudier les questions soulevées par les Membres au sujet de l'interaction du commerce et de la politique en matière de concurrence, y compris les pratiques anticoncurrentielles, afin de déterminer les domaines qui pourraient être examinés plus avant dans le cadre de l'OMC ...

Le Conseil général suivra les travaux de chaque organe et déterminera après deux ans ce que chacun devrait faire par la suite. Il est clairement entendu que s'il y a des négociations futures sur des disciplines multilatérales dans ces domaines, elles n'auront lieu qu'après que les Membres de l'OMC auront pris par consensus une décision expresse à ce sujet". Déclaration ministérielle de Singapour, adoptée le 13 décembre 1996, WT/MIN(96)/DEC (non souligné dans l'original).

<sup>571</sup>Le Japon relève que cette incertitude a amené le Professeur F.M. Scherer, de l'Université Harvard, à conclure:

"Tant les économistes que les décideurs en matière de concurrence savent que les ententes verticales restrictives comportent à la fois des avantages et, du fait qu'elles entravent la concurrence, des coûts. Il est difficile de tracer des lignes de démarcation très nettes entre celles qui devraient être autorisées et celles qui devraient être prohibées. Mon analyse de la politique antitrust des Etats-Unis à l'égard de la distribution des pièces automobiles l'a montré, même lorsque ces lignes ont été tracées, l'exécution de la loi applicable aux ententes verticales restrictives a sombré dans la confusion. Si les nations ont du mal à déterminer les politiques voulues et à les faire respecter à l'intérieur de leurs propres frontières, il sera sûrement beaucoup plus difficile de juger de ces politiques au plan international. Cette conclusion pessimiste laisse sans doute intact ce qui à l'occasion peut être un obstacle de taille au commerce international. Mais quand on analyse les politiques publiques, ne pas se cacher que les problèmes ne peuvent pas tous être résolus est le début de la sagesse." F.M. Scherer, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, octobre 1995, page 30, Working paper presented at a Columbia University Conference entitled The Multilateral Trading System of the 21st Century, pièce n° A-19 du Japon (non souligné dans l'original).

circonspection dans l'examen des allégations des Etats-Unis visant les prétendues "contre-mesures en matière de distribution" et de ne pas se lancer dans la définition de règles sur ce chapitre.

6.38 Les Etats-Unis répliquent qu'ils ne contestent dans le présent différend ni des "pratiques commerciales restrictives", ni des "structures de marché", mais des mesures prises par le gouvernement japonais. Plus précisément, les mesures en cause sont celles qu'ils ont énumérées dans leur réponse à une question posée par le Groupe spécial (voir la section III.A.). La formule "une mesure" employée à l'article XXIII:1 b) est suffisamment large pour englober les mesures conçues, édictées et appliquées par les conseils, comités, centres, associations professionnelles et autres entités quasi-publiques comprenant des participants du secteur privé, qui agissaient sous l'autorité de ministères et autres organismes publics japonais ou de concert avec eux. Bien que la structure d'un marché ne soit pas en soi une mesure au sens de l'article XXIII:1 b), les dispositions prises par le gouvernement japonais pour créer et maintenir une structure d'exclusion sur le marché japonais des fournitures photographiques constituent bien des mesures. A cette fin, les caractéristiques de la structure du marché japonais des pellicules et papiers destinés aux consommateurs sont manifestement pertinentes en l'espèce et apportent une preuve irréfutable des efforts systématiques du gouvernement japonais pour empêcher les pellicules et papiers importés d'avoir accès à ce marché.

#### 4. MESURES CORRECTIVES

6.39 Les Etats-Unis font valoir que, dans la jurisprudence du GATT, la mesure corrective disponible dépend de la thèse juridique en jeu: pour les différends concernant une "violation", l'article 19:1 du Mémoire d'accord prévoit que, dans le cas où un groupe spécial aura conclu qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il "recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord". C'est d'abord au Japon qu'il appartient de décider quelles dispositions il prendra pour effacer l'annulation ou la réduction d'avantages entraînée par la violation dont il est l'auteur. Toutefois, conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial pourrait lui suggérer de prendre des dispositions pour débarrasser le système de distribution des fournitures photographiques des aspects exclusifs conférés à celui-ci par les mesures qu'il a prises.

6.40 Pour les différends concernant un avantage annulé ou compromis en situation de non-violation, l'article 26:1 du Mémoire d'accord prévoit que, dans le cas où un groupe spécial aura constaté qu'une mesure annule ou compromet un avantage, il "recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant". Aux termes de l'article 26:1 c), un arbitre pourra suggérer "les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant". En l'espèce, un ajustement mutuellement satisfaisant pourrait comporter soit un effort de la part du gouvernement japonais pour rétablir le rapport de concurrence entre les produits importés et les produits d'origine nationale, soit l'octroi aux Etats-Unis d'une compensation pour l'annulation ou la réduction d'avantages tarifaires, encore que le Japon ne soit dans l'obligation ni de retirer les mesures, ni d'assurer une compensation. Si les parties ne parviennent pas à un ajustement mutuellement satisfaisant, la constatation d'annulation ou de réduction relevant de l'article XXIII:1 b) faite par le Groupe spécial autoriserait les Etats-Unis à rétablir l'équilibre initial des concessions entre les parties en suspendant l'application des obligations ou concessions appropriées existant en vertu du GATT de 1994 et d'autres Accords de l'OMC.

6.41 Les Etats-Unis affirment que le Groupe spécial n'a pas en l'espèce besoin d'essayer de mesurer l'étendue de l'annulation ou de la réduction. Dans les différends portant sur une violation, la question ne se pose que si la partie défenderesse verse une indemnité ou si la partie plaignante suspend des concessions conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, auquel cas les parties ont recours à l'arbitrage si le niveau de la suspension envisagée est contesté. Dans les différends en situation de non-violation, en revanche, l'une ou l'autre des parties peut demander

l'arbitrage, conformément à l'article 26:1 c) du Mémoire d'accord, pour déterminer le niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis.

6.42 Aux yeux du Japon, les Etats-Unis paraissent demander au fond une sorte de discrimination positive, en vertu de laquelle les grossistes distributeurs primaires des marques nationales, y compris les filiales de Konica, seraient forcés de traiter avec Kodak, comme "ajustement mutuellement satisfaisant" dans le cas de leurs allégations afférentes à une situation de non-violation, ou comme moyen de "rendre [la mesure] conforme à [l']accord" pour celles qui relèvent de l'article III. C'est là une mesure corrective exorbitante qui ferait intervenir le Groupe spécial dans la restructuration du secteur japonais de la distribution. Une telle décision de la part d'un groupe spécial constituerait une expansion radicale des pouvoirs conférés par le Mémoire d'accord.

## B. CONCESSIONS TARIFAIRES PERTINENTES

### 1. CONSIDERATIONS GENERALES

6.43 Les Etats-Unis exposent que, dans le cadre des trois cycles de négociations commerciales multilatérales - Kennedy, Tokyo et Uruguay -, le Japon leur a accordé sur les pellicules et papiers photographiques les concessions tarifaires suivantes:

<u>CYCLE</u>	<u>PELLICULES</u>		<u>PAPIERS</u>	
	N. et B.	Couleur	N. et B.	Couleur
Pré-Kennedy	30%	40%*	25%	40%*
Kennedy (1967)	15%	40%*	12,5%	40%*
Tokyo (1979)	7,2%	4%	6,6%	4%
Uruguay (1994)	Franchise	Franchise	Franchise	Franchise

(\*Appliqué, non consolidé)

6.44 Les Etats-Unis soutiennent que les trois ensembles d'actions constitués par i) les actions de modernisation de la distribution, ii) les restrictions applicables aux grandes surfaces de vente au détail et iii) les restrictions frappant les activités de promotion et de commercialisation ont, individuellement et collectivement, pour effet d'"annuler ou compromettre", au sens de l'article XXIII:1 b), chacune des concessions tarifaires que le Japon leur avait accordées sur les pellicules et papiers photographiques noir et blanc et couleur dans le cadre du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

6.45 Au dire du Japon, affirme que les Etats-Unis n'établissent pas que les éléments prescrits pour une plainte en situation de non-violation sont réunis en ce qui concerne les concessions tarifaires accordées sur chacun des quatre produits distincts visés dans la présente procédure. A son sens, pas plus pour les pellicules noir et blanc ou les papiers noir et blanc que pour les concessions tarifaires sur ces produits il n'y a d'argument ni d'élément de fait prouvant que l'une quelconque des mesures alléguées ou que l'un quelconque des résultats allégués bouleversent les conditions de concurrence pour lesdits produits. Les Etats-Unis n'ont pas considéré ces produits spécifiquement sous l'angle des mesures alléguées, de leur applicabilité auxdits produits ou de leur effet sur eux. Le Japon fait valoir que ces produits présentent des caractéristiques exceptionnelles du point de vue de la vente au détail et de la commercialisation. Il souligne en outre que les importations de pellicules et papiers noir et blanc ont enregistré une hausse spectaculaire presque immédiatement après les concessions tarifaires du Kennedy Round, ont continué à progresser tout au long de la période des prétendues "contre-mesures" en matière de libéralisation et n'ont atteint leur maximum que dix ans au moins après la dernière des mesures alléguées. La part des importations ayant atteint jusqu'à 41,4 pour cent en 1985 sur le marché des pellicules noir et blanc et jusqu'à 54 pour cent en 1989 sur celui des papiers noir et blanc, le Japon allègue que les Etats-Unis essaient d'embrouiller toute analyse centrée sur ces produits précis.

6.46 Le Japon soutient aussi que les Etats-Unis n'ont pas distingué les mesures alléguées et leurs effets sur les papiers couleur des mesures alléguées et de leurs effets sur les pellicules couleur. Selon lui, le système de distribution des papiers couleur est très différent de celui des pellicules couleur. Les papiers couleur sont vendus aux laboratoires de développement, non aux détaillants. Pour le Japon, il n'y a aucun élément de preuve crédible que les mesures qui auraient créé la structure du

marché des pellicules aient même visé la structure du marché de la distribution des papiers couleur.<sup>572</sup>

Au surplus, affirme-t-il, il n'y a aucun élément de preuve que les allégations des Etats-Unis concernant les grandes surfaces vaillent pour les papiers couleur. Il affirme donc que, pour autant que les Etats-Unis aient essayé de justifier leur plainte en situation de non-violation, celle-ci ne se rapporte qu'aux pellicules couleur, mais ne satisfait même pas à un seul des éléments prescrits au titre de l'article XXIII:1 b).

6.47 Les Etats-Unis font valoir que le paragraphe 1 b) i) du GATT de 1994 y a incorporé la totalité des protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires qui étaient entrées en vigueur dans le cadre du GATT de 1947 avant la date d'effet de l'Accord sur l'OMC, y compris les concessions tarifaires accordées par le Japon à l'issue du Kennedy Round et du Tokyo Round. C'est pourquoi, affirment-ils, les avantages qui leur reviennent en vertu de ces concessions, comme de celles qui découlent de la Liste du Japon annexée au Protocole de Marrakech, sont des avantages résultant du GATT de 1994. Ils font valoir que, dans le cadre de chaque cycle, ils ont négocié les concessions et tablé sur des possibilités de concurrence accrues. A chaque occasion, le Japon a accordé une concession, mais ensuite il a, systématiquement selon eux, cherché à en entamer les avantages, moyennant quoi le rapport de concurrence entre fournitures photographiques d'importation et d'origine nationale s'est trouvé, et demeure, bouleversé du fait des mesures japonaises.

6.48 Le Japon explique que les avantages des concessions tarifaires consistent en l'attente légitime de plus grandes possibilités d'accès au marché par suite de la réduction de taux des droits consolidés, ainsi qu'en l'attente légitime du maintien de la valeur des concessions. Comme la négociation de concessions tarifaires successives offre l'occasion de tenir compte de toute attente créée par des concessions antérieures qui aurait été déçue, on devrait, à son sens, présumer que cette déception sera aussi prise en considération par les parties au cours des négociations postérieures. Dès lors, par conséquent, que le nouvel équilibre des concessions tarifaires a été effectivement négocié et convenu, le résultat des dernières négociations tarifaires en date devrait être réputé avoir créé une attente nouvelle en ce qui concerne l'équilibre des concessions tarifaires et avoir remplacé toute attente raisonnable née d'une négociation tarifaire antérieure. Comme en l'espèce les concessions tarifaires accordées sur les pellicules et papiers photographiques ont effectivement été négociées et consenties à taux réduits dans le cadre de trois cycles successifs, celles du Cycle d'Uruguay devraient être réputées avoir remplacé toutes les attentes antérieures et créé un nouvel équilibre des concessions tarifaires. Le Japon dit que la présomption devrait être que toute déception alléguée par rapport aux attentes concernant des concessions antérieures a déjà été intégrée au nouvel équilibre des concessions tarifaires établi à l'issue des négociations intervenues en dernier lieu dans le cadre du Cycle d'Uruguay. C'est pourquoi, sur le point de savoir si les droits et attentes nés des concessions antérieures subsistent même lorsqu'au cours de chaque cycle ultérieur de nouvelles réductions tarifaires sont négociées et accordées, le Japon estime que l'"avantage résultant ... de l'Accord" se limite à celui des concessions tarifaires du Cycle d'Uruguay. En conséquence, les avantages issus des négociations du Kennedy Round et du Tokyo Round sont selon lui indifférents en l'espèce.

6.49 Le Japon soutient aussi que les résultats des négociations tarifaires les plus récentes, celles du Cycle d'Uruguay, ont éliminé tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre comme avantages des négociations tarifaires antérieures et créé des attentes nouvelles en ce qui concerne l'équilibre des concessions tarifaires. Les avantages des concessions tarifaires de 1967 et 1979 eux-mêmes (ou les attentes y afférentes) devraient, à ses yeux, être réputés constituer des avantages (ou attentes) révolus au titre du GATT de 1947. Aussi le Japon estime-t-il que leur annulation ou leur réduction (ou le fait

---

<sup>572</sup>Le Japon affirme que les seules allégations qui aient trait aux papiers sont celles qui concernent l'aide financière de la SMEA aux laboratoires de développement. A ses yeux, même les Etats-Unis l'admettent. En tout état de cause, le Japon rappelle qu'il a soulevé des exceptions de procédure contre ces allégations.

qu'elles auraient été déçues) ne saurait constituer une situation dans laquelle "un avantage résultant ... du présent Accord [c'est-à-dire le GATT de 1994] se trouve annulé ou compromis".

6.50 Sur la pertinence de différents protocoles sanctionnant des concessions tarifaires, les Etats-Unis exposent que l'article XXIII offre à un Membre la possibilité d'une plainte en situation de "non-violation" si celui-ci considère qu'"un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis ...". Aux termes de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce membre de phrase "doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". Selon cet article, le sens ordinaire d'un terme d'un traité doit s'interpréter dans son contexte et compte tenu "de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions".

6.51 Les Etats-Unis soutiennent que les "avantages" contestés dans le présent différend sont les possibilités d'accès au marché nées des concessions tarifaires accordées par le Japon sur les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs à l'issue du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Selon eux, rien dans les protocoles tarifaires issus de ces trois cycles ne donne à penser que les concessions tarifaires qui y sont annexées seraient "réputées" être venues à expiration ou avoir été retirées à un moment particulier ou par suite d'un événement particulier ou en vertu d'un accord tarifaire postérieur.

6.52 Les Etats-Unis expliquent en outre que l'objet et le but du recours en situation de non-violation est d'encourager les concessions tarifaires au titre de l'article II du GATT. A leur avis, si le Groupe spécial constatait que l'attente raisonnable d'un Membre suscitée par une concession tarifaire existante se trouve éteinte dès qu'il reçoit une nouvelle concession tarifaire, cela produirait l'effet contraire. Les Membres hésiteraient à engager de nouvelles négociations, et les négociations elles-mêmes s'en trouveraient alourdies à un point impossible. Les Membres seraient contraints d'engager et de mener à terme des procédures de règlement des différends en situation de non-violation pour tous les cas d'annulation ou de réduction soupçonnés avant de négocier de nouvelles concessions tarifaires. Ou bien, les Membres abandonneraient la méthode des réductions de droits fondées sur une formule inaugurée avec le Kennedy Round au profit de négociations produit par produit pour réparer l'annulation ou la réduction des concessions antérieures tout en tentant simultanément de poursuivre la libéralisation tarifaire.

6.53 Le Japon demande que les Etats-Unis ne soient pas autorisés à se prévaloir des concessions tarifaires issues des précédents cycles de négociations parce que cela ruinerait l'intégrité et la stabilité des concessions tarifaires négociées. Il observe qu'un pays peut adopter une mesure qui est compatible avec l'Accord sur l'OMC mais d'une manière ou d'une autre annule ou compromet un avantage qui en résulte pour un autre Membre de l'OMC. En pareil cas, le pays "lésé" pourrait rester assis sur ses droits pendant des décennies. Les cycles de négociations tarifaires ultérieurs sur le produit en question se seraient succédé, et la partie "lésée" ne ferait toujours rien. Et pourtant, des dizaines d'années plus tard, elle pourrait finir par se décider à revendiquer ses droits et attendre de la part d'un groupe spécial des constatations en sa faveur.

6.54 Les Etats-Unis repoussent l'idée avancée par le Japon que, si le Groupe spécial affirmait que les concessions tarifaires, de même que les attentes raisonnables qui en découlent, subsistent à moins d'être modifiées ou retirées en vertu de l'article XXVIII, les Membres resteraient "assis sur leurs droits pendant des décennies". A cela ils répliquent que le règlement des différends dans le cadre de l'OMC a pour but de réparer, et non de punir, et que par conséquent il n'offre que la perspective d'un remède. En conséquence, les Membres n'ont aucune raison de tarder à saisir d'un différend quand ils découvrent qu'un autre Membre viole un accord ou d'une autre manière annule ou compromet ses concessions tarifaires au sens de l'article XXIII:1 b). Cette découverte pourrait certes prendre des

années mais, de l'avis des Etats-Unis, ce n'est pas parce que des mesures annulant ou compromettant des avantages sont difficiles à détecter que le droit d'un Membre à réparation devrait pour autant être éteint.

## 2. PRECEDENTS RAPPORTS DE GROUPES SPECIAUX DU GATT

6.55 Les Etats-Unis exposent que deux précédents groupes spéciaux ont constaté que des avantages tarifaires accordés dans le cadre d'une négociation à laquelle des négociations tarifaires multilatérales avaient succédé s'étaient trouvés annulés ou compromis, dans les affaires CEE - Fruits en boîte<sup>573</sup> et CEE - Oléagineux<sup>574</sup>, respectivement. Selon eux, les décisions de ces deux groupes spéciaux viennent étayer leur position et aucune ne va à son encontre. Ils expliquent que dans l'affaire CEE - Fruits en boîte, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait de leur part une attente raisonnable née des concessions tarifaires accordées par la Communauté européenne en 1974 dans le cadre des négociations menées au titre de l'article XXIV:6 et des concessions tarifaires issues en 1979 du Tokyo Round.<sup>575</sup> A leur avis, le Groupe spécial qui a examiné l'affaire CEE - Oléagineux a constaté qu'il y avait de leur part une attente raisonnable née des concessions tarifaires accordées par la Communauté dans le cadre du Dillon Round en 1962.<sup>576</sup> Les Etats-Unis notent que ces différends remontent respectivement à 1982 et 1988, soit des dates postérieures aux négociations tarifaires multilatérales du Tokyo Round de 1979. Ils signalent que ni la Communauté ni les groupes spéciaux ne se sont demandé si les négociations du Tokyo Round avaient créé un nouvel équilibre des concessions tarifaires éteignant tout ce que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement attendre des concessions antérieures. En réalité, la Communauté avait seulement fait valoir qu'elle avait retiré les concessions tarifaires accordées dans le cadre des négociations au titre de l'article XXIV:6 et de l'article XXVIII et, par là-même, éteint ce que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement attendre de ces concessions particulières. Ils en concluent que ces constatations n'auraient pas été possibles si les accords tarifaires multilatéraux ou les accords d'élargissement postérieurs avaient été réputés éteindre en bloc les concessions tarifaires figurant dans les listes tarifaires antérieures.

6.56 Aux yeux du Japon, sa position sur les concessions tarifaires pertinentes à prendre en considération dans un litige en situation de non-violation cadre avec le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire CEE - Oléagineux. Dans cette affaire, les faits à examiner étaient que les concessions tarifaires sur les oléagineux (consolidations de l'admission en franchise) remontaient à l'origine à 1962 et qu'au cours des négociations tarifaires successives au titre de l'article XXIV:6 du GATT de 1947 ces consolidations de l'admission en franchise avaient été maintenues au même niveau. Ce groupe spécial s'est attaché à déterminer "si les avantages résultant pour les Etats-Unis des concessions tarifaires actuellement en vigueur [au moment des délibérations du Groupe spécial] ... comprenaient la protection de ce que les Etats-Unis pouvaient escompter en 1962 lorsque ces concessions avaient été initialement incorporées" dans la Liste.<sup>577</sup> Relevant que "[les dispositions de l'article XXIII:1 b)], telles que leurs auteurs les avaient conçues et que les PARTIES CONTRACTANTES les avaient appliquées, servaient principalement à protéger l'équilibre des concessions tarifaires", ledit groupe spécial a constaté que:

"... pour savoir si ce que l'on pouvait escompter en 1962 continuait d'être protégé, il fallait déterminer si les concessions sur les oléagineux résultant des renégociations

---

<sup>573</sup>Document du GATT L/5778, 20 février 1985 (non adopté).

<sup>574</sup>Adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91.

<sup>575</sup>Ce Groupe spécial a constaté séparément, sur le chapitre des concessions tarifaires de 1979, que les Etats-Unis auraient pu prévoir certaines subventions. Voir CEE - Fruits en boîte, L/5778, page 19, paragraphe 49.

<sup>576</sup>Voir CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 135-137, paragraphes 144-146.

<sup>577</sup>Ibid., page 135, paragraphe 144.

ultérieures au titre de l'article XXIV:6 faisaient partie d'un nouvel équilibre des concessions ou si le rétablissement des concessions au même taux qu'auparavant, à la suite des élargissements successifs de la Communauté, signifiait que l'équilibre des concessions initialement négocié en 1962 devait être maintenu ... Les négociations menées au titre de l'article XXIV:6 à la suite des élargissements successifs de la Communauté n'avaient pas abouti à la création d'un nouveau tarif extérieur commun, mais à l'extension ... des concessions préexistantes ..."<sup>578</sup>

6.57 Sur les faits, le Japon distingue l'affaire CEE - Oléagineux de la présente espèce comme suit: dans cette précédente affaire, l'équilibre des concessions tarifaires initialement accordées sous forme de consolidations de l'admission en franchise avait été maintenu tout au long de la succession ultérieure de concessions tarifaires, tandis que, dans la présente espèce, le Japon a accepté de ramener ses taux consolidés sur les pellicules couleur, les pellicules noir et blanc et les papiers couleur de 3,7 pour cent à zéro et ses droits consolidés sur les papiers noir et blanc de 6,6 pour cent à zéro dans le cadre des négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay. De plus, dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a donné à entendre qu'un nouvel équilibre des concessions impliquerait une "réévaluation globale" de la totalité des concessions accordées par une partie.<sup>579</sup> Le Cycle d'Uruguay était un tel processus de "réévaluation globale" des concessions tarifaires. Par conséquent, de l'avis du Japon, le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire CEE - Oléagineux amène à conclure que les négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay ont abouti à la création d'un nouvel équilibre des concessions tarifaires sur les produits en jeu dans la présente espèce.

6.58 Les Etats-Unis disent que la première affaire CEE - Oléagineux, en 1989, a été centrée sur ce qu'ils pouvaient attendre d'une concession accordée par la Communauté en 1962 (la consolidation des droits à taux nul sur les oléagineux). La Communauté faisait valoir que, du fait que des négociations avaient eu lieu depuis 1962 sur sa Liste dans le cadre des procédures de l'article XXVIII (par le biais de l'article XXIV:6), l'attente dont il fallait tenir compte était celle qui découlait de la plus récente de ces négociations, laquelle datait de 1986. Selon les Etats-Unis, le Groupe spécial chargé de cette affaire a eu raison d'écarter cet argument en relevant qu'à l'occasion de chaque élargissement la Communauté avait étendu l'application de son tarif extérieur commun (TEC) préexistant au territoire de ses nouveaux Etats membres. Dans les cas où l'application du TEC avait pour effet de compromettre les concessions tarifaires figurant dans les listes des Etats membres adhérant à la Communauté, celle-ci (agissant au nom de ses Etats membres) s'acquittait de ses obligations au titre de l'article XXVIII et offrait une compensation, en abaissant les taux de droits sur certains produits pour l'ensemble de la Communauté. Cela étant, aucun des élargissements successifs n'a jamais modifié ni retiré la concession particulière consentie en 1962 sur les oléagineux dans le cadre du TEC. Ainsi, bien que la Communauté eût successivement substitué plusieurs listes à celle de 1962 de la CEE des Six, la concession accordée en 1962 sur les oléagineux n'avait elle-même jamais été modifiée ni retirée. Pour les Etats-Unis, c'était donc l'attente de 1962 qui était pertinente, et non celle de 1986 ou d'aucune autre année postérieure à 1962.

6.59 Le Japon conteste que dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial ait écarté, comme le concluent les Etats-Unis, l'argument de la Communauté suivant lequel l'attente à prendre en considération était celle qui découlait de la négociation tarifaire la plus récente menée au titre de l'article XXIV:6 parce qu'aucun des élargissements successifs n'avait jamais modifié ni retiré la concession particulière consentie en 1962 sur les oléagineux dans le cadre du tarif extérieur commun. Il explique qu'il faut replacer les constatations de ce groupe spécial dans le contexte adéquat. De la

---

<sup>578</sup>Ibid., pages 135 et 136, paragraphes 144 et 145 (non souligné dans l'original).

<sup>579</sup>Ibid., page 136, paragraphe 145.

conclusion que "pour savoir si ce que l'on pouvait escompter en 1962 continuait d'être protégé, il fallait déterminer si les concessions sur les oléagineux résultant des négociations ultérieures au titre de l'article XXIV:6 faisaient partie d'un nouvel équilibre des concessions ou si ... l'équilibre des concessions initialement négocié en 1962 devait être maintenu", il ressort clairement aux yeux du Japon que ledit groupe spécial s'est concentré sur la question de savoir si un nouvel équilibre des concessions avait ou non été créé, et non sur celle des procédures et des formes de la négociation tarifaire. Il affirme que, dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a aussi évoqué le point de savoir si la négociation tarifaire en cause comportait ou non une "réévaluation globale des concessions communautaires". Le Japon insiste sur le fait que son raisonnement cadre avec cette analyse du Groupe spécial chargé de cette affaire, alors que ce n'est pas le cas de celui des Etats-Unis.

### 3. LES TYPES DE NEGOCIATIONS TARIFAIRES DANS LE CADRE DU GATT

6.60 Sur le point de savoir si les rapports juridiques entre les concessions tarifaires consolidées dans les listes établies à l'issue du Cycle d'Uruguay, du Tokyo Round et du Kennedy Round diffèrent selon que ces concessions découlent de négociations ou de renégociations tarifaires menées au titre des articles XXIV:6, XXVIII et XXVIIIbis, les Etats-Unis exposent leur position comme suit: dans le cadre du GATT de 1947, chaque nouvelle liste d'une partie contractante coexistait en droit avec toutes les listes antérieures. Chacune des concessions inscrites dans chaque liste demeurait juridiquement obligatoire sauf dans la mesure où elle avait été modifiée ou si elle avait été retirée en vertu de l'article XXVIII. Les listes annexées au GATT de 1947 ayant été incorporées au GATT de 1994, les concessions figurant dans ces listes demeurent obligatoires en droit et coexistent avec celles des listes du Cycle d'Uruguay et de toutes les listes ultérieures établies dans le cadre du GATT de 1994.<sup>580</sup>

6.61 Sur les rapports juridiques entre les négociations menées au titre de l'article XXIV:6, la modification de listes en vertu de l'article XXVIII et les types de négociations tarifaires stipulés à l'article XXVIIIbis, le Japon considère que, dans le contexte d'une plainte en situation de non-violation, la nature juridique des négociations tarifaires ou de la modification de listes doit s'apprécier au fond, selon qu'il y a eu ou non création d'un nouvel équilibre des concessions.

#### a) Article XXVIII

6.62 Les Etats-Unis observent que le GATT n'offre qu'un seul moyen juridique généralement disponible de modifier ou de retirer, c'est-à-dire de "renégocier", une concession tarifaire, à savoir l'article XXVIII. Un Membre ne peut invoquer cet article que dans des circonstances expressément définies. Développant cette observation, ils disent qu'en vertu de l'article XXVIII, paragraphes 1 à 3, un Membre peut modifier ou retirer une concession après une négociation et un accord au cours de la "saison" triennale. Un Membre peut engager des négociations en vue de modifier ou de retirer une concession en vertu de l'article XXVIII:4 s'il y est autorisé. Un Membre peut modifier ou retirer une concession conformément aux procédures prévues à l'article XXVIII, paragraphes 1 à 3, s'il s'en est en temps utile réservé le droit en vertu de l'article XXVIII:5.

6.63 Au dire des Etats-Unis, le Japon a accordé diverses séries de concessions tarifaires dans diverses listes annexées aux protocoles à la suite des cycles de négociations commerciales. Les concessions postérieures n'ont pas eu en droit pour effet de modifier ou de retirer les concessions antérieures, parce que le Japon n'a jamais invoqué l'article XXVIII à propos de ses concessions sur les

---

<sup>580</sup> Les Etats-Unis signalent aussi que les droits de négociateur primitif attachés aux concessions consenties dans le cadre du GATT de 1947 demeurent en vigueur aujourd'hui et que la partie qui avait primitivement négocié n'importe quelle concession particulière, même de 1947, conserve un droit à consultation et à compensation si cette concession est aujourd'hui modifiée ou retirée.

pellicules et papiers. Les Etats-Unis soutiennent que ces concessions demeurent par conséquent toutes effectives et que les attentes y afférentes restent en chaque cas protégées par l'article XXIII:1 b).

6.64 Sur la modification ou le retrait, effectué en vertu de l'article XXVIII, des concessions sur des produits particuliers reprises dans la liste d'un Membre de l'OMC, le Japon explique que le Membre qui envisage de modifier ou retirer la concession négocie avec les autres Membres une compensation portant sur d'autres produits en vue de "maintenir un niveau général de concessions réciproques et mutuellement avantageuses". C'est donc le maintien de l'équilibre des concessions tarifaires dans leur ensemble qui devrait être considéré comme la nature juridique d'une modification ou d'un retrait effectué au titre de l'article XXVIII. Le Japon affirme aussi que la procédure définie à l'article XXVIII s'applique également à la modification des listes aux fins des négociations menées au titre de l'article XXIV:6.

b) Article XXIV:6

6.65 Au dire des Etats-Unis, l'article XXIV:6 permet à un Membre qui a adhéré à une union douanière et se propose de relever un droit au-delà du taux consolidé de modifier ou retirer cette concession suivant les procédures prévues à l'article XXVIII.<sup>581</sup> Les Etats-Unis observent que l'article XXIV:6 n'offre donc pas de voie autonome de modification des concessions assortie de procédures autonomes, mais seulement le moyen de se prévaloir "hors saison" des procédures normales de l'article XXVIII.

6.66 Le Japon réplique que les négociations au titre de l'article XXIV:6 sont menées en vue d'étendre le tarif extérieur commun existant d'une union douanière à son ou ses nouveaux Membres, à partir du principe que "les droits ... ne seront pas, dans leur ensemble, ... d'une incidence générale plus élevée, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses que ne l'étaient les droits ... en vigueur dans les territoires constitutifs" (article XXIV:5). Ces négociations aboutiront certes à la modification partielle correspondante des listes de l'union douanière, mais ce qui devrait être considéré comme leur nature juridique est le maintien de l'équilibre antérieur des concessions tarifaires dans leur ensemble. A ce propos, le Japon indique que, dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a constaté que "les négociations menées au titre de l'article XXIV:6 à la suite des élargissements successifs de la Communauté ... avaient abouti ... à l'extension aux nouveaux Etats Membres des concessions tarifaires existantes de la Communauté" et que l'équilibre des concessions tarifaires initialement consenties devait être maintenu.

c) Article XXVIIIbis

6.67 Les Etats-Unis font valoir que l'article XXVIIIbis<sup>582</sup>, de par les termes dans lesquels il est rédigé, peut servir de fondement juridique à l'inscription dans les listes de concessions

---

<sup>581</sup>Les Etats-Unis précisent en outre que l'article XXIV:6 a été ajouté à l'Accord général en 1948 pour tenir compte d'une union douanière entre la France et l'Italie. Index analytique (1995), page 878. A l'époque, le texte de l'article XXVIII interdisait toute modification des listes jusqu'au 1er janvier 1951. Voir l'Acte final de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, Vol. 1, pages 69 et 70. La France avait souhaité que le paragraphe 6 soit ajouté à l'article XXIV à cause de l'élément chronologique de l'article XXVIII. Elle avait besoin d'avoir la faculté d'invoquer immédiatement la procédure de l'article XXVIII afin de pouvoir relever ses droits sans faillir à ses obligations juridiques.

<sup>582</sup>L'article XXVIIIbis a été ajouté au GATT en 1955 et est entré en vigueur le 7 octobre 1957.

supplémentaires, mais non à la modification ou au retrait de concessions préexistantes.<sup>583</sup> Dans le cadre du GATT, les cycles de négociations tarifaires ont toujours été menés comme des occasions de réduire ou d'éliminer des droits de douane, et non pas comme des possibilités offertes aux parties contractantes de faire planer l'incertitude sur le degré préexistant de libéralisation du commerce et de renégocier leurs listes. Lorsque des concessions ont été modifiées ou retirées dans le cadre d'un cycle de négociations commerciales, la modification ou le retrait a été opéré sur le fondement de l'article XXVIII lui-même, et non de l'article XXVIIIbis.<sup>584</sup> Selon les Etats-Unis, il n'y a que deux exceptions à la règle générale qui veut que les négociations tarifaires ajoutent des concessions, et n'en retranchent pas, mais ce sont des exceptions qui confirment la règle.

6.68 En effet, premièrement, le Protocole reprenant les résultats de la Conférence tarifaire de 1960-61 ("Protocole du Dillon Round") comprenait un paragraphe spécial que l'on ne trouve dans aucun autre protocole tarifaire relatif au GATT. Aux termes de ce paragraphe, dans chaque cas où certaines listes établissaient pour un produit un régime moins favorable que le régime prévu pour le même produit dans une liste préexistante applicable à la même partie contractante, la disposition de la liste antérieure se trouverait annulée.<sup>585</sup> En revanche, il n'y a aucune disposition analogue dans le Protocole du Kennedy Round ni dans celui du Tokyo Round et, en tout état de cause, elle ne vaudrait pas pour les réductions de droits accordées par le Japon pour les pellicules et papiers photographiques.

6.69 Deuxièmement, au cours du Cycle d'Uruguay, certains pays en développement participants ont offert des plafonds de consolidation sur tous les produits ou sur des secteurs entiers de produits figurant dans leurs listes. Dans la dernière phase des négociations tarifaires, au printemps de 1994, ces participants ont dans la quasi-totalité des cas accepté de ne pas modifier ni retirer les consolidations préexistantes à des taux de droits plus faibles incorporées à leurs listes annexées au GATT de 1947. Cependant, quatre participants - l'Afrique du Sud, l'Egypte, le Pérou et l'Uruguay - ont en fait modifié ou retiré ces consolidations. C'est pour assurer un fondement juridique à ces modifications ou retraits que le paragraphe 7 a été ajouté au Protocole de Marrakech, dans une formulation empruntée au Protocole du Dillon Round. Aux termes de ce paragraphe 7, chacun de ces quatre Membres "sera réputé avoir pris les mesures appropriées qui autrement auraient été nécessaires conformément aux dispositions pertinentes de l'article XXVIII du GATT de 1947 ou de 1994". Les

---

<sup>583</sup>Des concessions ont aussi été ajoutées aux listes sur d'autres fondements juridiques: au titre des quatre cycles de négociations tarifaires qui avaient eu lieu avant 1957, des échanges de concessions intervenus dans les négociations tarifaires en vue d'accessions et des Procédures de modification et de rectification des listes de concessions tarifaires (auxquelles il a été fait appel, par exemple, dans le cas du récent Accord sur les technologies de l'information). Voir la Décision des PARTIES CONTRACTANTES du 26 mars 1980 sur les procédures de modification et de rectification des listes de concessions tarifaires, IBDD, S27/26.

<sup>584</sup>Les Etats-Unis citent les exemples suivants:

- i) la modification apportée en 1994 par la Communauté européenne à sa concession sur les bananes ne l'a pas été en vertu de la Déclaration de Punta del Este, mais suite à son recours à l'article XXVIII. Rapport du Groupe spécial Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, distribué le 22 mai 1997, paragraphe 3.31; Notification de négociations au titre de l'article XXVIII dans le document SECRET/343, cité en référence dans l'Index analytique (1995), page 1062.
- ii) La négociation du tarif extérieur commun de la CEE qui avait eu lieu dans le cadre du Dillon Round avait été menée conformément aux dispositions des articles XXVIII:1 à 3 et XXIV:6; IBDD, S8/120, paragraphe 18.
- iii) Lorsque le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont adhéré en 1972 à la Communauté, celle-ci a mené des négociations suivant les procédures de l'article XXVIII (invoqué par le biais de l'article XXIV:6), et non dans le cadre des négociations tarifaires du Tokyo Round.

<sup>585</sup>IBDD, S11/8, 9, paragraphe 4.

Etats-Unis en concluent que ledit paragraphe 7 du Protocole de Marrakech était juridiquement nécessaire pour faire en sorte que les concessions antérieures plus favorables de l'Afrique du Sud, de l'Egypte, du Pérou et de l'Uruguay ne demeurent pas juridiquement obligatoires et pour ménager à ces quatre Membres la possibilité d'annuler leurs concessions tarifaires antérieures incompatibles avec les nouvelles. Toutefois, les Etats-Unis soulignent que, par ses termes mêmes, cette disposition ne s'applique qu'aux quatre Membres qui y sont énumérés, tandis que tous les autres pays demeurent liés par toutes les concessions antérieures figurant dans leurs listes annexées au GATT de 1947.

6.70 Aux yeux du Japon, les sortes de négociations tarifaires que prévoit l'article XXVIIIbis "vis[e]nt ... à la réduction substantielle du niveau général des droits", et elles sont menées "en tenant dûment compte des objectifs [de l']Accord [général] et des besoins différents de chaque [Membre]", par opposition à la modification et au retrait dans le cadre de l'article XXVIII, qui constituent un processus visant à "maintenir un niveau général de concessions réciproques et mutuellement avantageuses". Les négociations tarifaires menées au titre de l'article XXVIIIbis devraient être réputées partir de zéro, en tenant compte des circonstances diverses du moment en ce qui concerne les produits considérés. Lorsque la réduction ou l'élimination de concessions tarifaires sont négociées et convenues dans le cadre de ces négociations tarifaires, elles devraient être réputées avoir créé un nouvel équilibre des concessions, et une nouvelle attente touchant l'équilibre des concessions tarifaires créé par les négociations les plus récentes devrait être réputée avoir remplacé toute attente précédente au titre des concessions antérieures. En particulier, tout cycle de négociations commerciales multilatérales comme le Kennedy Round, le Tokyo Round ou le Cycle d'Uruguay devrait être réputé constituer un processus de création d'un "nouvel équilibre des concessions" dans leur ensemble, à travers une réévaluation globale des concessions opérée dans le cadre des négociations tarifaires générales ainsi menées sur une base plus large. En conséquence, le Japon soutient que les mesures préexistant aux nouvelles concessions, qui devraient être réputées avoir été prises en considération durant ces négociations, ne sauraient annuler ou compromettre des avantages résultant de l'article II du GATT.

6.71 Les Etats-Unis rétorquent qu'en avançant que les négociations au titre de l'article XXVIIIbis - contrairement à celles menées au titre de l'article XXVIII ou de l'article XXIV:6 - créent un nouvel équilibre des concessions tarifaires qui éteint les précédentes attentes découlant des concessions antérieures, le Japon raisonne exactement à rebours. A leur sens, les négociations au titre de l'article XXVIIIbis créent bien un nouvel équilibre des concessions tarifaires, ainsi que de nouvelles attentes afférentes aux concessions issues de ces négociations, mais comme les négociations au titre de l'article XXVIIIbis ne peuvent pas retirer ou modifier des concessions tarifaires antérieures, et ne le font pas, elles ne sauraient éteindre ou affecter les attentes afférentes à ces concessions tarifaires antérieures. Au contraire, lorsqu'un Membre retire ou modifie une concession tarifaire au titre de l'article XXVIII - soit directement en vertu de cet article, soit par le biais de l'article XXIV:6 -, il pourrait modifier l'obligation juridique que cette concession représente, en conséquence de quoi les attentes raisonnables qui y étaient associées changeraient nécessairement, et un nouvel équilibre des concessions serait établi pour cette série de concessions tarifaires.

6.72 Au dire des Etats-Unis, le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux corrobore totalement leur position:

"Dans ces conditions, les partenaires de la Communauté lors des renégociations successives au titre de l'article XXIV:6 pouvaient légitimement penser que, à défaut d'indication contraire, l'offre de la Communauté de maintenir un engagement tarifaire équivalait à offrir de ne pas modifier l'équilibre des concessions établi antérieurement. Le Groupe spécial a noté que, dans la documentation qui lui avait été remise, rien n'indiquait que la Communauté avait précisé à ses partenaires de

négociation que le retrait et le rétablissement des concessions tarifaires sur les oléagineux dans le cadre du retrait de l'ensemble de la Liste communautaire signifiaient que la Communauté cherchait à définir un nouvel équilibre des concessions concernant ces produits. En particulier, rien ne prouvait que, dans le contexte de ces négociations, la Communauté ait offert à ses partenaires une compensation pour une réduction des concessions tarifaires causée par les subventions à la production ou qu'elle ait accepté que ses partenaires retirent des concessions tarifaires à titre de compensation pour une telle réduction. L'équilibre des concessions négocié en 1962 au sujet des oléagineux n'avait pas donc pas été altéré au cours des négociations successives au titre de l'article XXIV:6. Le Groupe spécial a par conséquent estimé que les avantages découlant pour les Etats-Unis des concessions tarifaires sur les oléagineux consenties lors des négociations de 1986/87 au titre de l'article XXIV:6 comprenaient la protection de ce que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement escompter lorsque ces concessions avaient été initialement négociées en 1962.<sup>586</sup>

Pour les Etats-Unis, il ressort du texte cité que le Groupe spécial chargé de cette affaire a constaté que, malgré le retrait des concessions tarifaires sur les oléagineux et leur rétablissement sans altération, effectués au titre des articles XXIV:6/XXVIII (et qui ne peuvent pas l'être au titre de l'article XXVIIIbis), il n'avait pas été établi de nouvel équilibre des concessions.

6.73 Le Japon rétorque que les parties ne sont pas d'accord sur le critère d'appréciation du moment où une attente nouvelle devrait être réputée avoir été créée à l'endroit des concessions tarifaires. A son avis, les Etats-Unis parlent des procédures et des formes sur le point de savoir si une négociation tarifaire a été menée ou non conformément à l'article XXVIII du GATT et si un taux de droit consolidé a ou non été relevé. Pour le Japon, la seule signification possible de leurs remarques est que certaines concessions tarifaires amènent à s'attendre qu'il ne sera pas appliqué de droits de douane dépassant les taux consolidés et que cette attente peut subsister à moins que les concessions ne soient modifiées ou retirées en vertu de l'article XXVIII. Le Japon n'en disconvient pas, car il n'irait assurément pas prétendre qu'un Membre puisse unilatéralement renier ses engagements en matière de consolidation de droits. Au contraire, il pense que tous les Membres sont liés par leurs concessions tarifaires, quelles que soient les procédures et les formes employées.

6.74 En revanche, savoir quelles sont parmi les attentes créées par les concessions tarifaires antérieures celles dont il convient de tenir compte dans l'examen d'une plainte en situation de non-violation est, de l'avis du Japon, une question entièrement différente. Sur ce point, la position du Japon est que le critère à retenir ne devrait pas être que le taux auquel le droit est consolidé ait été relevé ou abaissé, mais qu'un nouvel équilibre des concessions tarifaires ait ou non été créé par suite de négociations tarifaires multilatérales ou sectorielles, dans lesquelles il est tenu compte de diverses circonstances, y compris les mesures non tarifaires (telles les subventions intérieures) concernant les produits sur lesquels elles portent. Aux yeux du Japon, ce qu'il est nécessaire d'examiner au sujet de l'attente née de certaines concessions tarifaires par rapport à la question de l'"avantage" aux fins d'une plainte en situation de non-violation est ceci: lorsque les situations alentour, se trouvent modifiées par l'institution d'une certaine mesure, quelles sont les attentes créées par les concessions tarifaires antérieures dont il convient de tenir compte pour évaluer l'incidence de ce changement.

6.75 Le Japon répète que le Groupe spécial des Oléagineux a déclaré que "pour savoir si ce que l'on pouvait escompter en 1962 continuait d'être protégé, il fallait déterminer si les concessions sur les oléagineux résultant des renégociations ultérieures au titre de l'article XXIV:6 faisaient partie d'un

---

<sup>586</sup>CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 136-137, paragraphe 146.

nouvel équilibre des concessions ou si ... l'équilibre des concessions initialement négocié en 1962 devait être maintenu". A ses yeux, il ressort clairement de ce passage que ce groupe spécial s'était concentré sur la question de savoir si un nouvel équilibre des concessions avait ou non été créé, et non sur celle des procédures et des aspects formels de la négociation tarifaire. Le Japon souligne aussi que le Groupe spécial des Oléagineux a également évoqué la question de savoir si la négociation tarifaire en question comportait "une réévaluation globale des concessions communautaires".

4. LA CLAUSE D'INCORPORATION DU GATT DE 1994

6.76 Les passages pertinents de la clause d'incorporation du GATT de 1994 stipulent ce qui suit:

- "1. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("le GATT de 1994") comprendra: ...
- b) les dispositions des instruments juridiques mentionnés ci-après qui sont entrés en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC:
    - i) protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires; ...
  - d) le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994".

6.77 Les Etats-Unis exposent qu'avant le Cycle d'Uruguay le Japon avait consenti des concessions tarifaires sur les pellicules et papiers dans le cadre du Kennedy Round et du Tokyo Round. Ces concessions font désormais partie du GATT de 1994 en vertu de son paragraphe 1 b) i), qui y a incorporé la totalité des protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires qui étaient entrées en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant la date d'effet de l'Accord sur l'OMC, y compris les concessions tarifaires accordées par le Japon durant le Kennedy Round et le Tokyo Round. Aussi les Etats-Unis soutiennent-ils que les avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994, au sens de l'article XXIII:1, comprennent les avantages qu'ils s'attendaient raisonnablement à tirer des concessions consenties par le Japon dans le cadre du Kennedy Round et du Tokyo Round, au même titre que des concessions reprises dans la Liste du Japon annexée au Protocole de Marrakech. Ces concessions donnent toute naissance à l'attente d'une amélioration de l'accès au marché, et c'est en faveur de telles attentes que l'Accord général prévoit un droit à réparation, au titre de son article XXIII:1 b), pour le cas où elles seraient déçues.

6.78 A l'appui de sa position, à savoir que l'on ne peut s'en rapporter qu'aux concessions tarifaires reprises dans la liste du Cycle d'Uruguay aux fins des plaintes en situation de non-violation au titre de l'article XXIII:1 b), le Japon expose qu'aux termes de son paragraphe 1, le GATT de 1994 comprendra, entre autres instruments, les "protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires" qui "sont entrés en vigueur en vertu du GATT de 1947" (paragraphe 1 b) i)), mais que ce paragraphe comprend aussi un alinéa d), lequel mentionne "le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994". De l'avis du Japon, cette disposition signifie que les concessions effectives reprises dans les listes des Membres annexées à ces protocoles et certifications antérieurs et les concessions nouvellement convenues à l'issue des négociations du Cycle d'Uruguay constituent, prises dans leur ensemble, les concessions tarifaires qui sont appliquées en vertu du GATT de 1994.

6.79 Le Japon fait valoir que, puisque le paragraphe 1 ne prévoit pas de hiérarchie entre les alinéas a) à d), il faut le lire comme un tout, afin que chaque alinéa soit appliqué et interprété d'une manière compatible avec les autres. En conséquence, il faut lire le paragraphe 1 de telle sorte que les protocoles et certifications antérieurs visés au paragraphe 1 b) i) du GATT de 1994 ne ruinent pas l'équilibre le plus récent des concessions convenues entre les Membres de l'OMC et inscrites dans leurs listes annexées au Protocole de Marrakech. Il s'ensuit qu'en cas de différence quelconque entre les concessions reprises dans les listes annexées au Protocole de Marrakech et celles qui figurent dans les listes annexées aux protocoles et certifications antérieurs visés au paragraphe 1 b) i) du GATT de 1994 (lorsque, par exemple, les concessions accordées sur les mêmes produits sont différentes), ce sont, selon le Japon, les concessions reprises dans les listes annexées au Protocole de Marrakech qui l'emportent en tant qu'accord postérieur et qui devront être appliquées aux Membres de l'OMC conformément aux articles premier et II du GATT. Pour le Japon, laisser les anciens protocoles et certifications altérer l'équilibre convenu des concessions annexées au Protocole de Marrakech porterait atteinte à la stabilité et à la sécurité des relations commerciales entre les parties au GATT.

6.80 Les Etats-Unis répliquent que le Japon, en avançant que les concessions des listes annexées au Protocole de Marrakech prévalent contre celles d'autres protocoles tarifaires à titre d'"accord postérieur", invoque, sans cependant le dire positivement, le principe posé par l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont le paragraphe 1 vise "les droits et obligations des parties à des traités successifs portant sur la même matière" et dispose de manière générale que dans les cas où il n'a pas été mis fin au traité antérieur, "le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur". Or, les Etats-Unis soutiennent que l'article 30 ne s'applique pas à la situation dont le Groupe spécial a à connaître, parce qu'il ne s'agit pas en l'espèce de "traités successifs", mais de traités coexistants qu'il faut interpréter de manière à donner effet à chacun.

6.81 Les Etats-Unis expliquent que la clause d'incorporation du GATT de 1994 a eu pour effet de créer un nouvel instrument juridique, le "GATT de 1994"<sup>587</sup>, qui était contemporain des autres instruments juridiques annexés à l'Accord sur l'OMC. Aux termes de cette clause d'incorporation, le GATT de 1994 comprend un certain nombre d'éléments, dont, parmi d'autres, le Protocole de Marrakech et d'autres protocoles tarifaires. Par la clause d'incorporation du GATT de 1994, les Membres de l'OMC sont à nouveau convenus de chacun des éléments du "GATT de 1994", et chacun de ces éléments est contemporain de chaque autre. Malgré l'extinction du GATT de 1947, les protocoles tarifaires faits au titre de cet accord demeurent juridiquement contraignants, uniquement parce qu'ils font partie du GATT de 1994. Ainsi, l'article 30.3 de la Convention de Vienne ne s'applique pas au rapport entre ces protocoles tarifaires et les autres éléments constitutifs du GATT de 1994. Il s'ensuit, pour les Etats-Unis, que ni l'article 30 de la Convention de Vienne ni le principe qui s'y trouve formulé n'établissent la moindre hiérarchie entre les divers protocoles tarifaires au sein du "GATT de 1994". En tout état de cause, indiquent les Etats-Unis, le principe général qui inspire l'article 30 de la Convention de Vienne ne saurait s'interpréter comme supérieur à la règle spéciale instituée par la clause d'incorporation du GATT de 1994. A leur avis, quand bien même l'article 30 s'appliquerait, les concessions annexées au Protocole de Marrakech sont parfaitement compatibles avec celles qui figurent dans les autres protocoles tarifaires annexés au GATT de 1994, parce qu'il n'y a pas de "conflit" entre des concessions tarifaires, à moins qu'une concession postérieure soit moins favorable qu'une concession antérieure.

6.82 Selon les Etats-Unis, l'argument du Japon est que la clause d'incorporation du GATT de 1994 ne constitue pas un accord exprès entre les Membres aux fins de garantir la continuation des concessions tarifaires consenties en vertu du GATT de 1947. A cela, ils répondent qu'on ne peut donner de l'alinéa b) i) du paragraphe 1 de cette clause une interprétation qui méconnaisse son alinéa d), lequel vise le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994. Ils soulignent qu'aucun instrument postérieur ne donne à penser que les Membres aient donné leur accord au retrait des concessions tarifaires consenties par le Japon dans le cadre du Kennedy Round et du Tokyo Round. A leur sens, la clause d'incorporation du GATT de 1994 stipule le contraire. Ils estiment que le Japon n'a pas donné de raisons pour lesquelles le Groupe spécial méconnaîtrait le Protocole de Marrakech en reconnaissant que les concessions tarifaires japonaises sur les pellicules et papiers issues du Kennedy et du Tokyo Round subsistent. Pour les Etats-Unis, toute autre conclusion serait un défi au

---

<sup>587</sup>C'est pour cette raison, expliquent-ils, que la Note interprétative générale relative à l'Annexe I a été insérée dans le texte de l'Accord sur l'OMC à l'automne de 1993, dans le cadre de la décision de faire figurer le GATT dans l'Accord sur l'OMC au moyen d'une clause d'incorporation. Les négociateurs souhaitaient que les accords de l'Annexe IA autres que le GATT de 1994 prévalent contre lui en cas de conflit. Sans la Note interprétative générale relative à l'Annexe I, il n'en serait pas allé ainsi, parce que la clause d'incorporation a eu pour effet de rendre le "GATT de 1994" en son entier contemporain des autres accords, de sorte que l'article 30 de la Convention de Vienne n'aurait pas permis d'atteindre le résultat souhaité.

sens ordinaire de la clause d'incorporation du GATT de 1994 et de l'article XXIII:1 du GATT de 1994.

## 5. CERTIFICATION DES MODIFICATIONS ET RECTIFICATIONS

6.83 Au dire du Japon, la certification des modifications et rectifications de la Liste XXXVIII - Japon annexée au GATT de 1994, en date du 8 février 1996, précise que "[l]a présente Liste remplace toutes les Listes XXXVIII antérieures annexées à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ... à la date où elle prend effet". Cette Certification, qui contient la Liste du Japon annexée au Protocole de Marrakech, modifiée conformément au Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises ("Système harmonisé") de 1996, fait partie de l'Accord sur l'OMC. Ses dispositions, y compris la mention du remplacement des listes antérieures, ont effet en droit. Le Japon note également que cette disposition précise n'a suscité aucune objection de la part d'aucun Membre au cours de la procédure de modifications et rectifications de la Liste XXXVIII - Japon, qui a été menée conformément à la Décision concernant les procédures de mise en application des modifications apportées au Système harmonisé.<sup>588</sup> En conséquence, le Japon soutient que sa liste actuellement effective en droit au titre du GATT de 1994 a bien "remplacé" les concessions tarifaires antérieures accordées sous l'empire du GATT de 1947.

6.84 Selon les Etats-Unis, le Japon fait valoir que la "Certification des modifications et rectifications de la Liste XXXVIII - Japon annexée au GATT de 1994" datant de 1996 constitue un accord postérieur entre les parties déclarant que le Japon retirait la totalité de ses concessions tarifaires antérieures. Or, à leur avis, cette Certification remplace peut-être les listes antérieures du Japon - mais elle ne retire pas ses concessions antérieures, comme l'atteste l'argument du Japon suivant lequel la certification a été faite "en conformité de la Décision du 8 octobre 1991 adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES sous le titre Procédures de mise en application des modifications apportées au Système harmonisé (8 février 1991)". Cette Décision précise bien que les parties ne destinaient pas les listes soumises aux fins de la mise en application de ces modifications à avoir le moindre effet quant au fond sur les concessions tarifaires antérieures. Les Etats-Unis considèrent que la soumission d'une liste en application de ladite Décision ne peut tenir lieu de recours régulier à l'article XXVIII. Ils maintiennent en outre que le Japon ne s'est pas prévalu des dispositions de l'article XXVIII pour modifier ou retirer ses concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs.

## 6. CONCLUSIONS DES PARTIES

6.85 Au dire des Etats-Unis, le Japon a consenti divers ensembles de concessions tarifaires reprises dans diverses Listes annexées à des protocoles à la suite de cycles de négociations commerciales. Le fait qu'aux concessions accordées dans le cadre d'un cycle multilatéral antérieur aient succédé des concessions consenties dans un cycle multilatéral postérieur n'éteint ni les concessions antérieures ni les attentes que celles-ci avaient créées. Selon les Etats-Unis, les concessions postérieures n'ont pas eu pour effet juridique de modifier ou de retirer les concessions antérieures, parce que le Japon n'a jamais eu recours à l'article XXVIII pour faire explicitement part de son intention de modifier ou retirer ses concessions tarifaires antérieures sur les pellicules et papiers photographiques. Partant, le Japon - au même titre que les Etats-Unis - demeure juridiquement lié par les concessions accordées en vertu du GATT de 1947 et les attentes raisonnables y afférentes, ainsi que par les obligations juridiques découlant accessoirement de ces concessions, y compris les obligations de compensation correspondant aux droits de négociateur primitif. De même, disent les Etats-Unis, la Liste de 1996 du Japon, proposée comme rectification

---

<sup>588</sup>L/6905, Décision du 8 octobre 1991, IBDD, S39/339.

destinée à tenir compte des modifications apportées au Système harmonisé, est sans effet sur la portée de l'une quelconque des concessions tarifaires antérieures du Japon. Il s'ensuit, pour les Etats-Unis, que les concessions consenties par le Japon dans le cadre du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay sur les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs demeurent toutes en vigueur et continuent toutes à exister en parallèle. En conséquence, les Etats-Unis affirment qu'ils ont conservé l'attente d'une amélioration de l'accès au marché que chaque concession avait fait naître chez eux et conservent donc le droit à réparation prévu par l'article XXIII:1 b) pour protéger ces attentes raisonnables.

6.86 Le Japon soutient que seuls les avantages découlant des concessions tarifaires du Cycle d'Uruguay sont pertinents en l'espèce, parce qu'un nouvel équilibre des concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques a été en fait négocié et convenu dans le cadre du type de négociations tarifaires stipulé par l'article XXVIII bis et que le résultat de la négociation tarifaire la plus récente devrait être réputé avoir créé une attente nouvelle en ce qui concerne l'équilibre des concessions tarifaires et avoir remplacé toute attente raisonnable née d'une négociation tarifaire antérieure. De l'avis du Japon, le critère d'appréciation devrait être un critère substantiel, à savoir, si un nouvel équilibre des concessions tarifaires a ou non été créé par suite des négociations tarifaires, dans lesquelles il a été tenu compte de diverses circonstances existant au moment de l'octroi des concessions tarifaires. Le Japon prie le Groupe spécial d'examiner sur cette base les plaintes en situation de non-violation dont les Etats-Unis l'ont saisi.

## C. MESURES GOUVERNEMENTALES

### 1. LE CRITERE JURIDIQUE

6.87 Selon les Etats-Unis, aux termes de l'article XXIII:1 b), le fait qu'un autre Membre "applique une mesure, contraire ou non aux dispositions [de l'Accord général]" peut donner lieu à une plainte sur le fondement de l'article XXIII:1 b). Le sens ordinaire du terme "une mesure", tel qu'il apparaît dans le texte de l'article, donne à penser qu'il recouvre toutes sortes de politiques et d'actions gouvernementales. Cette interprétation du terme se trouve corroborée par l'objet et le but de l'article XXIII:1 b) qui, comme les groupes spéciaux du GATT l'ont constaté, sont d'offrir un droit à réparation dans les situations qui sortent du cadre des autres articles du GATT.

6.88 Les Etats-Unis font valoir que les mesures qu'ils ont spécifiquement contestées sont toutes des "mesures" au sens de l'article XXIII:1 b). Ils notent que la formule "une mesure" n'a jamais encore suscité de controverse dans un différend relevant de l'article XXIII:1 b). Pas plus qu'aucun groupe spécial du GATT n'a jamais tenté de définir le terme "une mesure". Ils notent également que le Japon se donne beaucoup de mal pour forger une définition qui non seulement le mette hors de cause dans le présent différend, mais encore mette les "directives administratives" japonaises hors de la portée de l'OMC.

6.89 Le Japon expose que, dans le contexte d'une plainte en situation de non-violation, la partie plaignante est tenue d'établir l'existence d'une application d'une mesure de la part d'un autre Membre de l'OMC. Pour lui, le sens de cette prescription textuelle consiste dans les trois critères suivants:

- 1) Premièrement, comme il faut que la mesure considérée soit une mesure gouvernementale, les comportements privés restent en dehors du cadre de l'article XXIII:1 b). Lorsqu'un gouvernement ne fait rien de plus que de formuler des recommandations qui ne sont obligatoires ni dans la forme ni au fond, la décision de s'y conformer ou non est une décision privée et librement prise.
- 2) Deuxièmement, une politique ou action d'un gouvernement ne constitue pas toujours une mesure aux fins des cas de non-violation. Pour être une mesure, il faut soit qu'elle assure un avantage, soit qu'elle impose des obligations juridiquement contraignantes ou leur équivalent quant au fond. Sur ce dernier point, il faut que toute politique ou action dont on prétendrait qu'elle régleme les comportements privés impose des obligations juridiquement contraignantes ou leur équivalent quant au fond.
- 3) Troisièmement, il faut que la mesure soit actuellement et effectivement appliquée aux produits en question. En particulier, il ne saurait y avoir aucune application d'une mesure qui n'est plus en vigueur.

6.90 Le Japon donne à entendre que les Etats-Unis paraissent être d'accord sur les première et troisième prescriptions<sup>589</sup>, mais qu'il y a en revanche divergence entre les parties sur le deuxième critère.

---

<sup>589</sup>Le Japon indique qu'en ce qui concerne la première prescription, les Etats-Unis admettent que "[l]e terme "une mesure", à l'article XXIII:1 b), renvoie effectivement aux politiques et actions gouvernementales". En ce qui concerne la troisième, le Japon affirme que les Etats-Unis se contentent de faire valoir que les mesures en cause en l'espèce sont encore en vigueur.

6.91 Les Etats-Unis répliquent comme suit:

- 1) Les Etats-Unis ne contestent pas dans la présente procédure des comportements purement privés. Leur plainte se fonde sur des décisions prises par le gouvernement japonais, sur ses instructions ou de concert avec lui en vue d'atteindre des objectifs qui sont les siens.
- 2) Rien dans l'article XXIII:1 b) ne prescrit qu'une mesure impose des obligations juridiquement contraignante ou assure un avantage. Les affaires citées par le Japon, à savoir Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles ("Japon - Produits agricoles")<sup>590</sup> et Japon - Commerce des semi-conducteurs ("Japon - Semi-conducteurs")<sup>591</sup>, ne valent pas en l'espèce pour ce qui constitue une mesure au regard de l'article XXIII:1 b), encore qu'elles soient applicables dans la mesure où elles représentent l'idée générale qu'une "directive administrative" peut être une mesure.
- 3) Dans leur totalité, les mesures contestées par les Etats-Unis dans la présente procédure soit sont encore en vigueur aujourd'hui, soit ont été annulées et remplacées par d'autres mesures qui en reprennent les objectifs et les orientations. Pratiquement toutes les mesures contestées par les Etats-Unis en l'espèce demeurent en vigueur aujourd'hui. Les rares parmi elles qui ont été abrogées, telle la Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC, étaient redondantes en ce sens que leurs objectifs sont encore réalisés par les mesures qui demeurent en vigueur.

a) "Directives administratives"

6.92 Au dire des Etats-Unis, lorsque le Gouvernement japonais donne des "directives" à une branche de production, il exprime sa politique et prend des dispositions pour la définir, la faire connaître et la promulguer. Le Japon devrait être comptable des effets nés de ce type de mesure tout autant que de ceux d'une mesure qui est "obligatoire". Les Etats-Unis signalent que deux groupes spéciaux du GATT, à savoir ceux des affaires Japon - Produits agricoles et Japon - Semi-conducteurs, ont constaté que les "directives administratives" "jouaient un rôle important" au Japon et qu'elles sont "un instrument traditionnel de la politique japonaise qui est fondée sur le consensus et la pression exercée par les pairs", en relevant en outre qu'elles s'inscrivaient dans le contexte des "caractéristiques particulières de la société japonaise".<sup>592</sup> Ces groupes spéciaux ont constaté que ces "directives administratives" constituaient des "mesures" dans ces deux affaires. Le gouvernement japonais peut faire fond sur ses liens traditionnellement étroits avec les milieux économiques et sur le pouvoir et l'influence extraordinaires qu'il a sur eux pour arriver à ses fins par des mesures qui ne sont pas formellement obligatoires.

6.93 Les Etats-Unis expliquent que le Japon définit le terme "directive administrative" comme "une directive, une recommandation, un conseil ou tout autre acte par lequel un organe administratif peut, dans le cadre de ses attributions ou de fonctions désignées qui lui ont été assignées, s'efforcer

---

<sup>590</sup>Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles, adopté le 22 mars 1998, IBDD, S35/180).

<sup>591</sup>Japon - Commerce des semi-conducteurs, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126).

<sup>592</sup>Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, paragraphe 5.4.1.1.4, cité dans Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 170, paragraphe 107.

d'obtenir qu'une certaine chose soit faite ou ne soit pas faite par les personnes spécifiées en vue de réaliser des buts administratifs, dans les cas où il ne s'agit pas d'un acte administratif réglementaire".<sup>593</sup> Bien que, techniquement, la "directive administrative" n'emporte pas les conséquences juridiques formelles qui s'attachent à l'inexécution, c'est une forme d'acte réglementaire du gouvernement qui impose certains types de règles de conduite aux particuliers ou aux entreprises privées".<sup>594</sup> Ce qui la différencie d'une demande adressée par une entité privée à une autre est le pouvoir exorbitant de l'entité qui fait la demande, c'est-à-dire le gouvernement japonais.<sup>595</sup> Ce pouvoir se trouve maintes fois multiplié du fait qu'au Japon "le gouvernement représente souvent le consensus de la branche dans laquelle la règle de conduite devrait être imposée".<sup>596</sup> Ainsi, ce que des observateurs extérieurs pourraient considérer comme rien de plus que des lignes directrices ou recommandations sur les lignes d'action est en fait accepté au Japon comme l'équivalent de directives gouvernementales. Des ministères comme le MITI font parfois pression sur les entreprises visées pour qu'elles observent les "directives" ou les amènent à le faire.<sup>597</sup> "[U]ne "directive" administrative peut soumettre son destinataire à une pression irrésistible."<sup>598</sup>

6.94 Aux yeux du Japon, les Etats-Unis ignorent des distinctions décisives parmi les types de "directive administrative" et déforment l'analyse du professeur Matsushita. Soulignant qu'il y a différents types de "directive administrative" émanant du MITI, qui vont des "directives souples" (c'est-à-dire des simples suggestions) aux "directives dures" (celles qui sont édictées à la place de mesures réglementaires plus formelles), le Japon explique que le professeur Matsushita les a divisées en trois types distincts, qui offrent un cadre d'analyse utile pour en comprendre la nature et apprécier combien il importe de les évaluer cas par cas. La "directive administrative" réglementaire est celle à laquelle les administrations ont recours pour régler le comportement des entreprises et des particuliers exerçant une activité économique, bien souvent à la place d'un acte réglementaire en bonne et due forme. Ainsi utilisée, la "directive administrative" est un substitut de la contrainte juridique. C'est là le type de "directive" dont les Etats-Unis affirmeraient qu'il est la norme universelle. Or, en dehors de la "directive" réglementaire, il y a aussi la "directive administrative" incitative, catégorie qui recouvre les conseils et l'information donnés aux entreprises pour les aider à défendre et servir leurs propres intérêts. Cette catégorie correspond parfaitement aux Lignes directrices de 1970, dans lesquelles le MITI dispensait aux fabricants et distributeurs de pellicules des conseils sur les moyens de rationaliser leurs entreprises et de les rendre plus compétitives, sans leur imposer aucune obligation au service d'un objectif d'intérêt général. Enfin, la "directive administrative" contentieuse, qui n'entre pas ici en jeu, sert à aider les entreprises privées à régler leurs différends.<sup>599</sup>

---

<sup>593</sup> Article 2 6) du Code de procédure administrative, Loi n° 88 de 1993. Le MITI tient son pouvoir d'édicter des "directives administratives" de la loi organique d'habilitation qui en porte création - the MITI Establishment Law (Public Law 275, 1952), pièce n° 52-2 des Etats-Unis. "Les administrations publiques, et en particulier le MITI, ont souligné que la "directive administrative" est autorisée par "la loi qui en porte création", nonobstant l'absence de toute disposition expresse à cet effet dans la loi d'habilitation". Matsushita Mitsuo, *op. cit.*, page 65.

<sup>594</sup> *Ibid.*, page 60.

<sup>595</sup> *Ibid.*, page 61.

<sup>596</sup> *Ibid.*

<sup>597</sup> *Ibid.*, pages 61, 62 et 67.

<sup>598</sup> *Ibid.*, page 69.

<sup>599</sup> Voir Mitsuo Matsushita, *op. cit.*, pages 61-64, pièce n° E-7 du Japon; Mitsuo Matsushita and Thomas Schoenbaum, *Japanese International Trade and Investment Law* 31-41 (1989), pièce n° E-8 du Japon. Un professeur japonais de droit administratif retient lui aussi ces trois catégories. Hiroshi Shiono, *Gyoseiho I (Administrative Law I)*, (2d ed. 1994), pages 166 et 167, pièce n° B-6 du Japon. D'autres commentateurs encore

6.95 Les Etats-Unis font valoir que l'argument du Japon selon lequel il faut qu'une "directive administrative" soit "obligatoire" a été écarté par les groupes spéciaux dans les affaires Japon - Semi-conducteurs et Japon - Produits agricoles et devrait aussi être rejeté en l'espèce. N'importe quel type de "directive administrative" japonaise - qu'elle soit réglementaire, incitative ou contentieuse - peut être une "mesure" au sens de l'article XXIII:1 b). Lorsqu'il donne une "directive incitative" à une branche de production, le gouvernement japonais exprime sa politique et prend des dispositions pour la définir, la faire connaître et la promulguer. Il devrait être comptable de l'effet produit par ce type de mesure tout autant que de ceux de la mesure pour laquelle il inflige une sanction pénale. Dans un cas comme dans l'autre, le gouvernement japonais est intervenu pour influencer sur le marché dans un sens qui cadre avec les circonstances particulières existant au Japon. Les deux situations illustrent une différence de degré indiquant jusqu'où le gouvernement a besoin d'aller, et est prêt à aller, pour obtenir les effets souhaités - et non une quelconque différence de fond sur le point de savoir s'il est intervenu dans un but précis. Les décisions mentionnées de ces deux groupes spéciaux du GATT offrent un solide appui à la position des Etats-Unis.<sup>600</sup>

6.96 Les Etats-Unis font également valoir que la question importante en ce qui concerne les "directives administratives" au Japon est celle de leur application et de leur effet - et non pas les étiquettes qui peuvent servir à les désigner. Le professeur Hiroshi Shiono, qualifié par le Japon dans sa première communication de "sommité en matière de droit administratif japonais", a pu affirmer: "[I]es trois catégories susmentionnées ne s'excluent pas nécessairement l'une l'autre ... Même s'il s'agit d'une "directive administrative" destinée à aider les parties intéressées, c'est aussi, sous un autre aspect, une manière de les amener à prendre une certaine direction tracée par l'organe administratif, et l'on ne saurait donc nier qu'elle revêt également un aspect réglementaire."<sup>601</sup> Qui plus est, le gouvernement japonais a lui-même promulgué dans le Code de procédure administrative une définition officielle de la "directive administrative" qui ne fait pas de différences entre types différents de "directive administrative".<sup>602</sup> Les Etats-Unis en concluent que, quelle que soit la subdivision dans

---

admettent les trois catégories. Voir, par exemple, Ken Duck, Comment: "Now That The Fog Has Lifted: The Impact of Japan's Administrative Procedure Law on the Regulation of Industry and Market Governance, 19 Fordham Int'l. L.J., pages 1686 et 1709 (1996), pièce n° E-9 du Japon.

<sup>600</sup>Voir Japon - Produits agricoles, paragraphe 5.4.1.4 (constatation que "la pratique des "directives administratives" jouait un rôle important" dans l'élaboration de la politique du gouvernement japonais et que c'est un "instrument traditionnel de la politique japonaise qui est fondée sur le consensus et la pression exercée par les pairs"); Japon - Semi-conducteurs, paragraphe 108 (reconnaissant que des mesures sans caractère obligatoire prises par le gouvernement japonais peuvent être des mesures au sens de l'article XI).

<sup>601</sup>L'article 2 6) du Code de procédure administrative donne la définition officielle japonaise de la "directive administrative".

<sup>602</sup>Hiroshi Shiono, Administrative Law I, page 167, pièce n° B-6 du Japon. Les Etats-Unis notent aussi que le Japon n'a communiqué qu'une partie de l'article dans lequel Ken Duck commente la loi pour arguer que les distinctions entre types de "directive administrative" modifient spectaculairement les effets juridiques d'une "directive", mais qu'en fait cet article ne corrobore pas cette thèse. On peut en effet y lire aussi ceci:

"Les méthodes de réglementation non transparentes et anticoncurrentielles de l'administration économique japonaise empêchent les nouveaux venus d'avoir accès au marché japonais. Le système réglementaire japonais privilégie les contacts informels étroits entre ceux qui font les règlements et les entreprises qu'ils réglementent. Gyosei shido, ou "directive administrative", le procédé par lequel les ministères ont utilisé des menaces implicites d'intervenir ou de ne rien faire dans l'avenir pour obtenir qu'une partie se conforme à un objectif de l'administration, est la première méthode de réglementation au Japon. Le style japonais informel de gouvernance réglementaire, y compris la pratique des "directives administratives", est issu des instruments informels de gouvernance que son histoire a légués au Japon. Son système de droit comme ses autres dispositifs institutionnels, tel le système "parachutage" dans le privé des fonctionnaires à la retraite dit "amakudari"

laquelle on pourrait ranger chaque "directive" administrative particulière en l'espèce, il est évident que les "directives" ont joué un rôle décisif dans la réalisation des objectifs du gouvernement japonais.

b) Précédents rapports de groupes spéciaux du GATT

6.97 Selon le Japon, les précédents de la jurisprudence du GATT confirment que les "directives administratives" ne répondent pas toutes à la définition d'une "mesure" aux fins du GATT et la question pertinente en l'espèce est de déterminer si la "directive" considérée revient, substantiellement si ce n'est formellement, à imposer une obligation contraignante. Plus précisément, dans l'affaire Japon - Semi-Conducteurs<sup>603</sup>, le Groupe spécial a recherché si des "directives administratives" formellement non obligatoires, à savoir, les demandes adressées aux fabricants japonais de semi-conducteurs d'éliminer le dumping sur les marchés des pays tiers, pouvaient constituer des "mesures" aux fins de l'article XI. Le Japon observe qu'il n'y a pas de distinction explicite entre une "mesure" aux fins de l'article XI et une "mesure" aux fins des plaintes en situation de non-violation. En l'absence de raison contraire, un terme employé dans une disposition du GATT peut, à son avis, s'analyser comme ayant le même sens lorsqu'il est employé dans une autre disposition. Le Japon fait valoir que rien ne donne à penser que, dans l'esprit des auteurs, le terme "mesure" devait avoir un sens plus large à l'article XXIII:1 b) qu'à l'article XI. Pour lui, les liens réciproques entre le texte de l'article XXIII:1 b) et celui de l'article XXIII:1 c) corroborent aussi la conclusion que le recours en situation de non-violation n'est pas disponible lorsqu'il s'agit de recommandations qui ne sont contraignantes ni dans la forme ni quant au fond. Plus précisément, l'article XXIII:1 b) s'applique à des "mesures", et l'article XXIII:1 c) autorise ensuite les parties à se plaindre d'"une autre situation". Aux yeux du Japon, le terme "mesure", par opposition à la formule "une autre situation", laquelle couvre tous les cas de figure, possède une signification restreinte, qui renvoie à des mesures gouvernementales, et non à des décisions privées de suivre ou non des recommandations non contraignantes.

6.98 Les Etats-Unis répliquent que les critères avancés par le Japon mettraient les "directives administratives" - instrument traditionnel de la politique japonaise - hors de la portée des disciplines du GATT. Selon eux, l'argument du Japon ne trouve aucun appui dans le texte de l'article XXIII:1 b) et, s'il était accueilli, irait à l'encontre du but de cette disposition. Ils expliquent que tout au long du GATT, ses auteurs ont employé divers termes pour décrire les politiques ou interventions gouvernementales dans le contexte de règles distinctes visant des préoccupations particulières.<sup>604</sup> L'article XI:1 parle de "prohibitions ou de restrictions" "à l'importation" ou "à l'exportation" "d'un produit". A titre de comparaison, les Etats-Unis soulignent que l'article XXIII:1 b) vise "une mesure", ce qui traduit l'intention des auteurs de faire de cette disposition un filet de sécurité fournissant un moyen possible de réparation pour toute politique ou action gouvernementale qui annulerait ou compromettrait des avantages résultant de l'Accord général. Si ses auteurs avaient voulu que

---

[descente du ciel] et les conseils "shingikai", qui privilégient les liens informels étroits entre l'exécutif et les entreprises, perpétuent le système informel de réglementation et renforcent le respect des "directives administratives". Ken Duck, Comment: Now That The Fog Has Lifted: The Impact of Japan's Administrative Procedure Law on the Regulation of Industry and Market Governance, 19 Fordham Int'l L.J., page 1686 (1996), pièce n° E-9 du Japon.

<sup>603</sup>IBDD, S35/126, adopté le 4 mai 1988.

<sup>604</sup>A titre d'exemple, l'article I:1 mentionne "les droits de douane et les impositions de toute nature"; l'article III:2, des "taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient; l'article III:4, "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions"; l'article VIII:1, "toutes les redevances et impositions de quelque nature qu'elles soient .... perçues ... à l'importation ou à l'exportation"; l'article IX:2, "les lois et règlements relatifs aux marques d'origine"; et l'article X:1, "les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale".

l'article XXIII:1 b) ne couvre que les politiques et actions gouvernementales conférant directement un avantage ou imposant directement une obligation juridique, ils auraient pu parvenir à ce résultat en choisissant des mots qui rendent ces restrictions, exactement comme ils l'ont fait pour limiter le champ d'autres articles.

6.99 Le Japon soutient que, dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs, tout en reconnaissant l'importance particulière des "directives administratives" comme instrument de la politique japonaise<sup>605</sup>, le Groupe spécial a néanmoins bien précisé que "les demandes non impératives ne pouvaient pas toutes être considérées comme des mesures".<sup>606</sup> Ce groupe spécial a souligné que cette question aurait à être tranchée cas par cas.<sup>607</sup> Il a défini deux "critères essentiels" que des demandes non impératives auraient à remplir pour pouvoir être considérées comme des "mesures" aux fins de l'article XI, à savoir que:

- 1) "l'on était raisonnablement fondé à penser qu'il existait des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des mesures non obligatoires prennent effet"; et que
- 2) l'accomplissement des demandes du gouvernement "dépendait essentiellement d'une action ou d'une intervention du gouvernement".<sup>608</sup>

Dans l'affaire en question, le Groupe spécial a constaté que ces deux conditions étaient remplies. Il a constaté qu'en prenant officiellement l'engagement, dans un accord en bonne et due forme, d'éliminer le dumping sur les marchés des pays tiers, le gouvernement japonais avait créé pour les fabricants japonais des incitations ou des désincitations raisonnables à se comporter comme il convenait et avait donc rempli le premier critère. Le Groupe spécial a toutefois relevé que cette circonstance n'était pas à elle seule suffisante pour assurer le respect de l'engagement, puisque, postérieurement à la conclusion, en septembre 1986, de l'arrangement entre les Etats-Unis et le Japon sur les semi-conducteurs (dans lequel figurait cet engagement), certains producteurs et exportateurs avaient continué à pratiquer le dumping. En exigeant la communication de données sur les prix et les coûts et en instituant l'établissement périodique de prévisions de l'offre et de la demande, le gouvernement japonais s'était assuré le respect effectif de son engagement. Ce groupe spécial a donc déterminé que le gouvernement japonais avait créé une structure administrative "qui lui permettait d'exercer les plus fortes pressions possibles sur les entreprises privées" pour qu'elles se conforment à ces "directives administratives" non obligatoires. Aussi en a-t-il conclu que la seule différence entre ces "directives" et des obligations formelles juridiquement contraignantes était une "différence de forme plutôt que de fond"<sup>609</sup>, et que lesdites "directives administratives" constituaient par conséquent des "mesures" aux fins de l'article XI.

6.100 Les Etats-Unis maintiennent que la jurisprudence du GATT ne confirme pas que des "directives administratives" doivent nécessairement être "contraignantes" pour constituer une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). Selon eux, le seul précédent que le Japon cite à l'appui de cette thèse

---

<sup>605</sup>Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 170, paragraphe 107.

<sup>606</sup>Ibid., page 170, paragraphe 108.

<sup>607</sup>Ibid.

<sup>608</sup>Ibid., pages 170 et 171, paragraphe 109.

<sup>609</sup>Ibid., page 174, paragraphe 117.

est l'affaire Japon - Semi-conducteurs, dont il tente de démontrer la pertinence en l'espèce en faisant valoir qu'il n'y a pas de distinction entre les termes "une mesure", à l'article XXIII:1 b), et "tout autre procédé", à l'article XI. Or, à leur avis, le Groupe spécial ne devrait pas faire application du critère en deux parties retenu dans cette affaire-là pour déterminer si les contre-mesures en matière de distribution contestées dans le présent différend sont des mesures au sens de l'article XXIII:1 b).

6.101 Tout d'abord en effet, disent les Etats-Unis, le Japon avait fait valoir dans cette affaire que les "mesures" non obligatoires qui lui étaient reprochées n'étaient pas des restrictions au sens de l'article XI:1.<sup>610</sup> En l'espèce, au contraire, la question est de savoir si la mesure qui lui est reprochée est "une mesure" annulant ou compromettant des avantages au sens de l'article XXIII:1 b). Deuxièmement, le sens du terme "mesure", dans le cadre de l'article XXIII:1 b), ne doit pas être confondu avec la question de savoir si une mesure produit un effet que le GATT veut prévenir. Dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs, le Groupe spécial s'était attaché à déterminer si la mesure considérée avait pour effet de prohiber ou de restreindre l'exportation de semi-conducteurs. Il avait donc recherché si les actions du gouvernement japonais interdisaient aux fabricants d'exporter à des prix de dumping ou les incitaient à ne pas le faire. Aux yeux des Etats-Unis, cette investigation est différente de celle qui serait nécessaire pour décider si les contre-mesures en matière de distribution ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale. Une mesure non obligatoire ne pourra pas produire le même effet qu'une "restriction ou prohibition" visée à l'article XI:1 si elle n'est pas juridiquement contraignante ou si elle n'impose pas d'obligation équivalente. En revanche, une mesure qui n'est pas obligatoire peut assurément avoir pour effet d'infléchir dans un sens défavorable les possibilités de concurrence offertes aux produits d'importation.

6.102 Le Japon rétorque que, dès lors que l'affaire Japon - Semi-conducteurs et la présente espèce portent toutes deux sur des "directives administratives" non obligatoires, la constatation du Groupe spécial chargé de l'affaire Japon - Semi-conducteurs offre un repère utile en l'espèce pour déterminer ce qui constitue une "mesure" aux fins des plaintes en situation de non-violation. Il considère que les efforts des Etats-Unis pour distinguer l'article XI de l'Article XXIII ne sont pas convaincants, parce que, dans les deux dispositions, le terme "mesure" est ensuite suivi d'un tempérament qui rattache la "mesure" au but de l'application de la disposition et qu'il n'est fait aucune distinction explicite entre les "mesures" aux fins de l'article XI et une "mesure" à celles de l'article XXIII:1 b). Le Japon note également que les Etats-Unis ont beau prétendre que le Groupe spécial des Semi-conducteurs ne confirme pas l'argument du Japon parce qu'il a constaté que "toute mesure ... est visée par cette disposition, quelle que soit la situation juridique de la mesure", ce groupe spécial a également affirmé que "les demandes non impératives ne pouvaient pas toutes être considérées comme des mesures au sens de l'article XI:1" et a appliqué ses "deux critères essentiels" à ces "demandes non impératives".

6.103 Le Japon expose également que la question de savoir si une "directive administrative" constituait une "mesure" a aussi été soulevée dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire Japon - Produits agricoles.<sup>611</sup> Elle l'a été dans le cadre de l'article XI:2 c) i), qui prévoit une exception à l'article XI pour les restrictions à l'importation de produits agricoles qui sont nécessaires à l'application de "mesures" ayant pour effet de restreindre la production nationale. Ce groupe spécial a

---

<sup>610</sup>Ibid., page 169, paragraphe 106. Le Groupe spécial a relevé "qu'à la différence d'autres dispositions de l'Accord général, l'article XI:1 ne faisait pas mention de lois ou règlements mais, plus généralement, de mesures. Ce libellé indique clairement que toute mesure instituée ou maintenue par une partie contractante et qui restreint l'exportation ou la vente pour l'exportation de produits est visée par cette disposition, quelle que soit la situation juridique de la mesure". Ibid.

<sup>611</sup>Adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180.

constaté que les restrictions à la production prévues par les "directives administratives" constituaient bien des "mesures" au sens de cette disposition. Aux yeux du Japon, ce type de "directive" réglementaire, qui engage les personnes concernées à agir à l'encontre de leur propre intérêt commercial, est manifestement distinguable des "directives" incitatives contestées en l'espèce. Le Japon note aussi que l'inobservation des directives considérées dans l'affaire Japon - Produits agricoles était sanctionnée par la perte de la possibilité de prétendre à des subventions et prêts de l'Etat.<sup>612</sup>

6.104 Pour répondre à l'argument du Japon que les "directives administratives" contestées devant les groupes spéciaux chargés des affaires Japon - Produits agricoles et Japon - Semi-conducteurs engageaient la branche de production concernée à agir à l'encontre de ses propres intérêts, les Etats-Unis font valoir qu'une action ou une politique gouvernementale n'a pas nécessairement à être contraire à l'intérêt d'une branche de production pour constituer une mesure. S'il en était ainsi, aucune des précédentes affaires relevant de l'article XXIII:1 b) qui comportaient des subventions n'aurait, soutiennent-ils, été réglée. A leur sens, ce qui compte réellement dans la question soulevée par le Japon, c'est qu'un gouvernement peut user de moyens moins formels et représentant une moins grande ingérence pour réaliser les objectifs de sa politique si la branche de production visée est réceptive à ces objectifs. Le fait qu'un gouvernement peut parvenir plus aisément à ses fins du fait de la réceptivité d'une branche de production ne l'exonère pas de la responsabilité des modifications des conditions de concurrence résultant des mesures qu'ils a prises. De l'avis des Etats-Unis, le Japon a admis que les "directives administratives" du MITI sur les contre-mesures en matière de distribution servaient les intérêts des fabricants qui tireraient des avantages des circuits de distribution systématisés.

6.105 Les Etats-Unis soutiennent également que lorsque le gouvernement japonais donne des "directives" à une branche de production, il exprime sa politique et prend des dispositions pour la définir, la faire connaître et la promulguer. Le Japon devrait être comptable des effets produits par ce type de mesure tout autant que de ceux d'une mesure qui est "juridiquement contraignante", selon le terme employé par le gouvernement japonais. Constaté le contraire serait rendre admissibles toutes les formes de collaboration entre le gouvernement et les milieux économiques, ce qui reviendrait à immuniser les "directives administratives", l'ajustement concerté et la politique industrielle du Japon contre toute attaque à l'OMC. Pareil résultat reviendrait à accorder la sanction de l'OMC à un plan minutieusement calculé pour neutraliser et saper les concessions tarifaires. Cela pourrait bien amener de très nombreux pays qui ont consenti des concessions difficiles dans le cadre du Cycle d'Uruguay à se demander pourquoi ils devraient honorer leurs engagements. Ce serait une invitation non déguisée à pratiquer des formes inédites de politique industrielle paralysant les importations et d'intervention gouvernementale protectionniste.

c) Imputabilité des mesures au gouvernement

6.106 Le Japon soutient que les rapports, plans et manuels des comités consultatifs du MITI ainsi que la création de codes et de conseils réglementant les activités promotionnelles ne sont pas des mesures au sens de l'article XXIII:1 b), parce que ces mesures sont imputables au secteur privé, et non au gouvernement japonais.

6.107 A cela les Etats-Unis répliquent qu'ils ne contestent pas des pratiques des entreprises privées, mais des mesures prises par le gouvernement japonais. La formule "une mesure" à l'article XXIII:1 b) est suffisamment large pour recouvrir non seulement les actions du gouvernement, mais encore les

---

<sup>612</sup>Ibid., pages 263-264 et 266-267, paragraphes 5.3.5.1 et 5.3.8.1.

mesures conçues, promulguées ou appliquées par un certain nombre de conseils, comités, centres, associations professionnelles et autres entités quasi-publiques comprenant des représentants du secteur privé qui agissaient sous l'autorité des ministères et organismes publics japonais ou de concert avec eux. Dans chacun des principaux domaines où le Japon a appliqué des contre-mesures en matière de libéralisation, c'est-à-dire les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes, ainsi que les contre-mesures en matière de promotion, le gouvernement japonais a eu abondamment recours à des organismes quasi-publics pour assurer la mise en oeuvre de sa politique. Ces entités n'agissent pas indépendamment de l'autorité ou des instructions du gouvernement. Les mesures qu'elles élaborent ou appliquent sont des mesures au sens de l'article XXIII:1 b).

6.108 Selon les Etats-Unis, pour que la restructuration du système japonais de distribution des fournitures photographiques soit couronnée de succès, "des relations étroites entre le gouvernement les milieux économiques [étaient] nécessaires".<sup>613</sup> Le gouvernement et le secteur privé coopèrent de manière satisfaisante parce qu'"il y a toujours eu à travers l'histoire des rapports étroits entre le gouvernement et les milieux économiques" et que "les milieux économiques souhaitent vivement éviter la confrontation avec le gouvernement, même quand ils estiment que l'administration a agi sans y être légalement habilitée".<sup>614</sup> Etant donné les liens solides qui existent entre le gouvernement et les milieux d'affaires, le gouvernement japonais a pu s'en remettre à des méthodes informelles aussi bien qu'à des mesures formelles pour imposer sa politique.<sup>615</sup> Les Etats-Unis font valoir que le MITI a souvent recours aux "directives administratives" informelles pour atteindre ses objectifs stratégiques.<sup>616</sup>

6.109 Au dire des Etats-Unis, le gouvernement japonais s'est employé, dans le cadre du mécanisme de sa politique industrielle, à favoriser le développement de relations étroites avec le secteur privé, suivant la démarche exposée dans un document du MITI intitulé "La formation d'un nouvel ordre industriel".<sup>617</sup> Ce document érige en principe "l'ajustement concerté" entre le gouvernement et le secteur privé pour formuler et mettre en oeuvre la politique industrielle et les contre-mesures en matière de libéralisation. Et d'ailleurs l'Histoire du MITI relève l'importance de ce projet de nouvel ordre industriel pour la mise en oeuvre des contre-mesures en matière de libéralisation, en ces termes:

"A mesure que le nouvel ordre industriel prend forme, il serait sans doute utile que la cible précise soit fixée en coopération par le gouvernement et les entreprises, que celles-ci fassent des efforts pour l'atteindre et que, tandis qu'elles s'attellent à cette tâche, le gouvernement prenne des mesures préférentielles en ce qui concerne la fiscalité et le financement. Bien entendu, ce processus comporterait des réunions répétées entre le gouvernement et les entreprises pour les persuader et leur donner des assurances, et cet effort devrait se poursuivre jusqu'à la satisfaction des deux parties."<sup>618</sup>

---

<sup>613</sup>Matsushita Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan* (Oxford, Oxford University Press, 1993), page 276, pièce n° 93-1 des Etats-Unis.

<sup>614</sup>Ibid., pages 67 et 276.

<sup>615</sup>Ibid., page 277.

<sup>616</sup>Ibid., page 60.

<sup>617</sup>MITI, *Formation of the New Industrial Order*, pièce n° 62-5 des Etats-Unis.

<sup>618</sup>Id. Ibid., page 9.

6.110 Bien que la Diète japonaise n'ait pas voté le projet de "Loi sur les mesures spéciales en faveur des industries désignées", qui s'inspirait de la "Formation du nouvel ordre industriel", le MITI a effectivement pris d'autres dispositions pour mettre en oeuvre l'initiative d'un nouvel ordre industriel ainsi que le principe de l'ajustement concerté. En juin 1964, M. Takeo Fukuda, qui était alors Ministre du commerce international et de l'industrie, avait présenté au Cabinet une note d'orientation intitulée "La politique à mener après l'échec du projet de Loi sur les mesures spéciales en faveur des industries désignées", que le Cabinet avait approuvée.<sup>619</sup> Cette note indiquait comment le MITI mettrait en oeuvre ce système de coordination entre le gouvernement et le secteur privé analysé dans le document sur la formation du nouvel ordre industriel. L'Histoire officielle du MITI, publiée en 1990, confirme que le Japon a bien mis en pratique la formule de coordination entre le gouvernement et le secteur privé exposée dans ce document:

"On commençait à se pénétrer de la certitude que l'heure était venue d'engager des contre-mesures en matière de libéralisation et de travailler à la création d'un nouvel ordre industriel. C'est ainsi que la décision a été prise de donner corps à l'idéal de la coopération entre secteur public et secteur privé en procédant branche par branche au moyen de "directives administratives"."<sup>620</sup>

6.111 Les Etats-Unis poursuivent en disant que dans le cadre du processus d'ajustement concerté, l'étroite association de la branche de production aux tout premiers stades de l'élaboration de la politique aide à garantir que la mise en oeuvre effective pourra par la suite être assurée par des mesures informelles comme les "directives administratives", sans que le gouvernement japonais ait à recourir aux procédés plus formels de la loi ou du règlement. Cette participation des associations professionnelles, conseils consultatifs et autres entités quasi-publiques ne fait elle-même que renforcer la "pression des pairs" générée dans le processus d'élaboration de la politique industrielle pour que les mesures adoptées soient effectivement observées.

6.112 Les Etats-Unis soutiennent que, comme la branche de production nationale prend une part active à leur élaboration et que ses intérêts propres sont pleinement pris en considération au départ, les mesures revêtent bien souvent le caractère d'une confirmation d'actions déjà engagées sur le marché par les entreprises nationales. Ils pensent que c'est seulement lorsqu'il est impossible de mettre les mesures en oeuvre suivant cette démarche que le MITI applique des mesures en bonne et due forme. Ils affirment qu'à cette fin, la mise en oeuvre des "directives administratives" consiste pour une part importante en un suivi continu de la part du gouvernement, qui peut ainsi s'assurer que les actions souhaitées ont été engagées, aider certains segments du secteur privé à agir dans leur propre intérêt et continuer à faire pression sur les sociétés qui auraient tendance à s'écarter des "directives". Les Etats-Unis notent qu'une méthode couramment employée pour assurer ce suivi consiste à continuer d'enquêter sur la branche de production et à dénoncer et critiquer publiquement les sociétés qui ne se conforment pas aux "directives".

6.113 Pour les Etats-Unis, le recours à la méthode de l'"ajustement concerté" en l'espèce, y compris l'application de "directives administratives", fait écho aux constatations du Groupe spécial qui, dans l'affaire Japon - Produits agricoles, a dit que les "directives administratives" "jouaient un rôle

---

<sup>619</sup> MITI History on Industrial Policy, Volume 10, 31 mars 1990, pages 82-83, US Response to Supplemental Panel Questions, pièce n° 7 des Etats-Unis.

<sup>620</sup> Ibid.

important" au Japon et qu'elles étaient "un instrument traditionnel de la politique japonaise qui est fondée sur le consensus et la pression exercée par les pairs".<sup>621</sup>

6.114 Le Japon affirme que les Etats-Unis essaient de le dépeindre comme un pays insolite aux pratiques singulières, différentes de celles que l'on rencontre partout ailleurs dans le monde. A son avis, ils ont spécialement focalisé l'attention sur les rapports entre le gouvernement et les milieux économiques pour donner à entendre que toute interaction du gouvernement avec eux a quelque chose d'étrange. Le Japon réplique que les Etats-Unis cherchent à déformer et à exagérer les rapports existant entre le gouvernement et les milieux économiques au Japon. En réalité, tous les gouvernements, y compris celui des Etats-Unis, ont des rapports d'interaction avec les milieux économiques.<sup>622</sup> L'interaction qui existe au Japon n'est pas insolite, d'autant moins que les Etats-Unis eux-mêmes reconnaissent qu'ils jouent ce rôle avec leur secteur privé.

d) Mesures "appliquées" et mesures "en vigueur"

6.115 Le Japon observe que beaucoup des allégations des Etats-Unis en l'espèce concernent des "mesures" qui ne sont plus en vigueur (les actions de modernisation de la distribution des années 60 et 70), ou l'application passée de mesures existant actuellement (la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail et la Loi sur les primes). Il souligne que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est destiné à régler les divergences sur les politiques actuelles qui ont une incidence défavorable sur le commerce, et non pas à servir de tribunal de l'histoire ou à tenter de punir ou de redresser de prétendues transgressions passées.

6.116 Le Japon fait valoir que le libellé de l'article XXIII:1 b) précise bien que le recours en situation de non-violation est destiné aux cas où un avantage se trouve annulé ou compromis par l'application d'une mesure, que celle-ci soit ou non "contraire" aux dispositions du GATT. Etant donné que le texte envisage au présent l'annulation ou la réduction d'un avantage causée par une mesure qui s'applique au présent, le Japon estime que le sens ordinaire de cette disposition, où les verbes sont employés au présent, limite le recours en situation de non-violation aux mesures qui sont appliquées actuellement. Selon lui, cette conclusion se trouve corroborée par l'article 26:1 du Mémoire d'accord, aux termes duquel, même lorsqu'il est constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages au regard de l'article XXIII:1 b), "il n'y a pas obligation de la retirer". A ses yeux, ce libellé envisage manifestement la continuation de la mesure litigieuse.

6.117 Selon le Japon, dès lors que le GATT de 1994 "est juridiquement distinct" du GATT de 1947, ainsi qu'en dispose l'article II:4 de l'Accord sur l'OMC, il ne devrait pas en être fait rétroactivement application au grand nombre des prétendues "mesures" qui ont cessé d'avoir effet avant son entrée en

---

<sup>621</sup>Japon - Produits agricoles, adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180, 273, paragraphe 5.4.1.4.

<sup>622</sup>Dans un exposé fait à l'OCDE en 1968, les Etats-Unis expliquaient ce qui suit:  
"Le Ministère du commerce centralise les relations entre l'Etat et les entreprises industrielles et commerciales. Avec les années, on a accusé ce Ministère de parler, au sein du gouvernement, au nom des milieux industriels. Il est évident que ce n'est pas le cas actuellement: le Ministère dialogue avec les milieux industriels et s'adresse à eux, mais ne parle pas en leur nom et cette différence est loin d'être purement verbale. A l'heure actuelle, on estime qu'il appartient à ce Ministère de déceler les tâches à exécuter dans l'intérêt public et auxquelles les responsables de l'économie industrielle n'ont pas accordé suffisamment d'attention ou qu'ils ne peuvent entreprendre, faute de disposer d'une organisation convenable. L'administration réunit ces personnalités de l'industrie pour étudier ces questions - il convient d'ajouter que les lois antitrusts font hésiter les industriels à explorer certaines de ces questions dans le cadre de leurs propres groupements professionnels privés."  
Voir US Industrial Policies: Observations Presented by the US Delegation before the Industry Committee at its 6th Session (OECD, 1968), p. 41, para. 113 (emphasis original). Pièce n° F-3 du Japon. [Version française in "La politique industrielle des Etats-Unis", OCDE, 1970, page 41, paragraphe 113 (souligné dans l'original)]

vigueur le 1er janvier 1995. Cette position s'inscrit dans le droit fil de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif au principe général de la non-rétroactivité des traités.<sup>623</sup>

---

<sup>623</sup> Aux termes de l'article 28 de la Convention de Vienne, "à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date".

6.118 Le Japon expose également que la jurisprudence du GATT va dans le sens du rejet des allégations avancées par les Etats-Unis au sujet de mesures prises par lui dans le passé en situation de non-violation. Dans l'affaire Etats-Unis - Essence, le Groupe spécial a clairement dit qu'il ne se prononcerait pas sur des mesures qui n'étaient pas effectives et ne seraient probablement pas réintroduites.<sup>624</sup>

6.119 Les Etats-Unis ne contestent pas l'argument de base du Japon, à savoir qu'il faut que les mesures soient en vigueur pour annuler ou compromettre des concessions tarifaires au sens de l'article XXIII:1 b), encore qu'ils ne soient pas d'accord sur une partie de son raisonnement juridique et sur sa conclusion factuelle que les mesures litigieuses en l'espèce ne sont plus en vigueur. De fait, les Etats-Unis ont démontré que les mesures qu'ils contestent sont toutes en vigueur et se trouvent actuellement renforcées par le gouvernement japonais. Ils ont démontré que le Japon a suivi une ligne de conduite continue pendant plus de 25 ans et qu'il faudrait légitimement considérer ses actions plus récentes comme des mesures auxiliaires renforçant les contre-mesures en matière de distribution, de même qu'ils ont prouvé que ces mesures initiales et la politique qui les sous-tendait continuent à être mises en oeuvre par le gouvernement japonais. Les principes reconnus de la responsabilité des Etats ne font que corroborer la conclusion que le Japon devrait légitimement être jugé comptable de ses actions du fait de sa ligne de conduite continue.<sup>625</sup>

6.120 Les Etats-Unis indiquent aussi que quelques groupes spéciaux ont même décidé que des mesures, avant leur suppression, étaient contraires aux règles du GATT, alors même qu'elles n'étaient plus effectives au moment des délibérations du Groupe spécial.<sup>626</sup> Tel n'est pas le cas des mesures contestées dans le présent différend.

6.121 Les Etats-Unis expliquent que le Japon s'égare en invoquant la décision Etats-Unis - Essence à l'appui de ses arguments. Ce différend portait sur une mesure qui n'avait jamais été appliquée et qui était positivement et officiellement venue à expiration avant l'établissement du Groupe spécial. Les parties plaignantes avaient fait valoir que l'absence d'application de cette mesure ne devait pas empêcher le Groupe spécial de statuer à son sujet, parce que "la simple existence de [la mesure] pourrait avoir pour effet de paralyser les décisions en matière de commerce et d'investissement" et

---

<sup>624</sup>Le Groupe spécial a fait observer que les groupes spéciaux établis au titre de l'Accord général n'avaient généralement pas eu pour pratique de se prononcer sur des mesures qui, au moment où leur mandat avait été défini, n'étaient pas effectives et n'allaient pas le devenir." Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/R, adopté le 20 mai 1996, page 42, paragraphe 6.19.

<sup>625</sup>Voir, par exemple, le Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, dont l'article 25.2 est ainsi conçu:  
"2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent."  
Annuaire de la Commission du droit international, 1980, Vol. II, Deuxième Partie, pages 31 et 32 (Nations Unies, 1981). Voir aussi (pour le commentaire de l'article 25) Annuaire de la Commission du droit international, 1978, Vol. II, Deuxième Partie, pages 101-108 (Nations Unies, 1979).

<sup>626</sup>Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde ("Etats-Unis - Chemises de laine") adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/R, page 89, paragraphe 8.1; le rapport du Groupe spécial Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux, adopté le 14 mars 1978, IBDD, S25/53; le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada, adopté le 22 février 1982, IBDD, S29/96, 113, paragraphe 4.3.

que "la possibilité d'application future suffisait à établir une violation de l'article premier".<sup>627</sup> Aux yeux des Etats-Unis, les faits décisifs dans cette affaire-là étaient très différents des faits décisifs en l'espèce. Tout d'abord, les contre-mesures en matière de distribution ont été et demeurent en application, alors que la "règle des 75 pour cent" en jeu dans l'affaire de l'Essence était devenue caduque sans avoir jamais été appliquée. Deuxièmement, les contre-mesures en matière de distribution n'ont pas de date d'expiration spécifiée, alors que la durée de validité de la règle des 75 pour cent avait été clairement indiquée dans la réglementation. Troisièmement, enfin, les contre-mesures en matière de distribution continuent à avoir un effet, même postérieurement à l'établissement du mandat du Groupe spécial, alors que dans l'affaire de l'Essence, le Groupe spécial avait constaté que la règle des 75 pour cent n'avait pas d'effet postérieurement à sa venue à expiration.

6.122 Les Etats-Unis font également valoir que les précédents groupes spéciaux qui ont examiné la question de mesures ayant cessé d'être en vigueur étaient saisis de mesures qui n'étaient incontestablement plus en vigueur, ce qui, à leur avis, n'est pas le cas en l'espèce. Ils maintiennent que les mesures appliquées par le Japon demeurent pratiquement toutes en vigueur aujourd'hui et que le Japon n'a en rien établi le contraire.

6.123 Les Etats-Unis expliquent en outre que les contre-mesures prises par le Japon en matière de distribution, qui barrent aux pellicules étrangères l'accès des principaux circuits de distribution en gros, la Loi sur les grandes surfaces, qui consolide ces mesures et limite les autres voies d'accès au marché que pourraient offrir les grandes surfaces, ainsi que les contre-mesures en matière de promotion, qui restreignent la promotion innovante et efficace auprès des consommateurs japonais, continuent à avoir pour effet d'amputer sévèrement les possibilités de concurrence des produits importés aujourd'hui.

6.124 Selon les Etats-Unis, le Japon a institué à travers les contre-mesures en matière de distribution un système de distribution en gros exclusif qui pourrait fonctionner à perpétuité sans guère d'intervention supplémentaire de la part de l'Etat, étant donné la structure oligopolistique du secteur japonais de la pellicule et le maintien en application par le gouvernement de la Loi sur les grandes surfaces et de la Loi sur les primes ainsi que des contre-mesures connexes en matière de promotion.

6.125 Les Etats-Unis soutiennent également que, malgré le fait que le système exclusif instauré par les contre-mesures en matière de distribution se perpétue de lui-même, le Japon continue à renforcer et à compléter ces mesures. En premier lieu, il continue à imposer l'application de la Loi sur les grandes surfaces et des contre-mesures en matière de promotion. Deuxièmement, le gouvernement japonais continue à étayer la structure du système par des programmes d'aide aux entreprises. Troisièmement, le vote de la Loi sur la réforme des entreprises et la désignation initiale du secteur des fournitures photographiques comme bénéficiaire de l'aide prévue au titre de cette mesure générale démontre que le Japon continue à tâcher de consolider la structure du système dès que le besoin s'en fait sentir. Aux yeux des Etats-Unis, ces actions du gouvernement japonais démontrent que celui-ci continue de s'employer à renforcer le système instauré par les contre-mesures initialement prises en matière de distribution afin qu'il demeure un rempart contre la pénétration des importations.

6.126 Les Etats-Unis soulignent que la détermination du Groupe spécial sur le point de savoir si les contre-mesures en matière de distribution sont en vigueur sera importante comme signal à l'adresse des Membres qui envisagent de recourir à des moyens informels et éphémères au service de desseins

---

<sup>627</sup>Etats-Unis - Essence, WT/DS2/R, page 7, paragraphe 3.10. Les Etats-Unis ajoutent que ce groupe spécial n'avait pas examiné la mesure en question au regard de l'article I:1 pour diverses raisons, et notamment parce que "le mandat du Groupe spécial avait été établi après que la [mesure] avait cessé" d'avoir le moindre effet. Ibid., page 42, paragraphe 6.19.

protectionnistes. Les Membres devraient être jugés comptables des mesures qui peuvent superficiellement apparaître comme passagères, mais qui en réalité introduisent des distorsions durables dans le rapport de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits d'importation. Les excuser en pareilles circonstances serait créer une exemption importante des règles et disciplines de l'OMC.

6.127 A propos de la prescription de l'article XXIII:1 b) suivant laquelle il faut qu'un avantage soit annulé ou compromis du fait qu'une mesure est "appliquée" , le Japon fait également valoir que la partie plaignante est tenue d'établir que l'"application" d'une mesure à des produits particuliers annule ou compromet des avantages ayant trait à ces produits. Puisque l'avantage consiste en une attente légitime concernant les possibilités de concurrence offertes aux produits d'importation, il s'ensuit que pour qu'une mesure annule ou compromette cet avantage, il faut qu'elle "s'applique" aux produits en question. Aux yeux du Japon, étant donné le fondement du recours en situation de non-violation en matière de concessions tarifaires sur les marchandises, il ne suffit pas de nommer une loi et d'affirmer l'existence d'un impact économique sur certains produits.

e) Mesures et structure du marché

6.128 Au dire des Etats-Unis, le maintien en application des contre-mesures en matière de distribution, de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail et des contre-mesures en matière de promotion a continué d'avoir pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages revenant aux Etats-Unis, à cause de: 1) l'exclusion des circuits de distribution en gros primaire du fait des contre-mesures en matière de distribution, 2) la forte diminution des autres circuits possibles (à savoir grandes surfaces, grossistes distributeurs secondaires) et 3) l'impossibilité de fixer les prix et d'assurer la promotion des produits de manière efficace et compétitive du fait des restrictions prévues par la Loi sur les primes et la Loi antimonopole. Aux yeux des Etats-Unis, ces mesures annulent ou compromettent les avantages découlant pour eux non seulement du Cycle d'Uruguay, mais encore du Tokyo Round et du Kennedy Round.

6.129 Le Japon répond qu'en réalité les Etats-Unis se plaignent des structures du marché, et en particulier des décisions des grossistes distributeurs primaires des fabricants nationaux de pellicules de ne pas distribuer d'autres marques de pellicules, et des affiliations entre fabricants et laboratoires de développement nationaux qui sont en place depuis le milieu des années 70. Selon lui, les Etats-Unis n'allèguent aucune mesure supplémentaire prise depuis cette époque qui favoriserait la distribution d'une seule marque.<sup>628</sup> Il lui apparaît que les Etats-Unis considèrent la continuation d'une structure de marché - c'est-à-dire la distribution d'une seule marque - prétendument encouragée par les politiques antérieures comme constitutive de "maintien en application" de mesures. Il fait valoir qu'une structure de marché ne devrait pas être réputée constituer une mesure. Comme il faut qu'une "mesure" soit appliquée par un Membre de l'OMC, le terme "mesure" doit nécessairement désigner exclusivement les politiques et actions d'un gouvernement.<sup>629</sup> Or, à son sens, les décisions de certains grossistes distributeurs primaires d'acheter des pellicules uniquement à des fournisseurs particuliers sont à ce titre des comportements purement privés. Le Japon concède que les Etats-Unis peuvent penser que ces décisions de sociétés privées constituent des pratiques commerciales restrictives. Cela dit, pour le Japon, il est incontestable que les pratiques commerciales dites restrictives ne sont pas visées par le système actuel de règlement des différends dans le cadre du GATT.

6.130 Le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont désigné aucun obstacle imposé par le gouvernement ou par la loi qui empêche les grossistes d'acheter des pellicules d'autres marques ou les laboratoires de développement de passer à d'autres marques de papiers. Il estime que les Etats-Unis n'ont pas même essayé d'indiquer une intervention active dans laquelle le gouvernement japonais persisterait pour continuer à favoriser ou préserver les structures de marché dont ils se plaignent. En conséquence, leurs allégations au sujet du "maintien en application" de "contre-mesures en matière de distribution" se ramènent, de l'avis du Japon, à des allégations concernant des pratiques commerciales privées qui sont entièrement en dehors du champ de l'article XXIII:1 b).

6.131 Les Etats-Unis rétorquent qu'ils ne prétendent pas en l'espèce qu'une structure de marché soit une mesure, mais seulement que le système de distribution à étranglement du Japon fournit une preuve irréfutable des efforts systématiques du gouvernement japonais pour entraver l'accès des pellicules et papiers importés à leur marché. Bien qu'une structure de marché ne soit pas par elle-même une mesure au sens de l'article XXIII:1 b), les dispositions prises par le gouvernement japonais pour créer et préserver une structure de marché exclusive dans le secteur japonais des fournitures photographiques constituent des mesures. C'est pourquoi les Etats-Unis soutiennent que les caractéristiques de la structure du marché japonais des pellicules et papiers destinés aux consommateurs sont manifestement pertinentes dans le présent différend. Attendu que la continuation de cette structure de marché exclusive est le reflet du maintien en application des mesures, les Etats-Unis soulignent qu'ils ne prétendent pas en l'espèce qu'un comportement purement privé soit une mesure. Ce qu'ils allèguent, c'est que des mesures conçues, promulguées ou appliquées par un certain nombre de conseils, comités, centres, associations professionnelles et autres entités quasi-publiques comprenant des participants du secteur privé qui agissaient sous l'autorité de

---

<sup>628</sup>Le Japon souligne que les prétendues "contre-mesures en matière de distribution" des années 60 et 70 ne sont plus en vigueur. Il dit que les Etats-Unis eux-mêmes mentionnent en passant les Lignes directrices de 1990. A son sens, il ne faut pas s'étonner qu'ils ne les mentionnent qu'en passant et ne fassent aucun effort pour les intégrer à leur thèse juridique étant donné qu'ils ont eux-mêmes instamment demandé à la branche japonaise de les suivre.

<sup>629</sup>L'article II de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce dépeint l'OMC comme servant de cadre pour la conduite des relations commerciales "entre ses Membres" (article II.1) et explique que l'Accord est "contraignant pour tous les Membres" (article II.2). Les recours disponibles dans le cadre de l'OMC devraient eux aussi être axés sur les Membres - en d'autres termes, les gouvernements.

ministères et organismes publics japonais ou de concert avec eux constituent des mesures. Ils font valoir que, dans chacun des principaux domaines où le Japon a appliqué des contre-mesures en matière de libéralisation, le gouvernement japonais a abondamment fait appel à des entités quasi-publiques pour assurer la mise en oeuvre de sa politique. Selon les Etats-Unis, ces entités n'agissent pas indépendamment de l'autorité ou des instructions du gouvernement.<sup>630</sup> En conséquence, les mesures élaborées ou appliquées par ces entités sont, à leur avis, des mesures au sens de l'article XXIII:1 b).

6.132 Le Japon soutient que l'article XXIII:1 b) est axé sur des "mesures" parce que l'Accord sur l'OMC ne s'applique qu'aux actions gouvernementales, et non aux actions privées. La prescription d'une "mesure" crée donc une ligne de démarcation fondamentale entre les actions soumises aux disciplines de l'OMC et celles qui sortent du cadre des obligations qu'elle impose. C'est à juste titre que transparaît dans l'Accord l'absence de tout consensus international pour aller au-delà des actes des gouvernements jusqu'aux comportements du secteur privé. Le Japon fait valoir que les prétendues "mesures" désignées par les Etats-Unis sont de simples analyses ou suggestions d'organes consultatifs et l'autoréglementation des branches, comportement qui est purement le fait du secteur privé.

---

<sup>630</sup>Voir le rapport du Groupe spécial Examen général en application de l'article XVI:5, adopté le 24 mai 1960, IBDD, S9/198, 202, paragraphe 12 (expliquant que "le GATT ne s'occupe pas des systèmes mis en oeuvre par des particuliers agissant indépendamment de leur gouvernement") (non souligné dans l'original).

## 2. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE DISTRIBUTION

6.133 Les Etats-Unis désignent les contre-mesures en matière de distribution énumérées ci-après comme la matière de sa plainte au titre de l'article XXIII:1 b):

- 1) Décision de 1967 du Cabinet;
- 2) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC
- 3) Sixième Rapport intérimaire de 1968 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 4) Septième Rapport intérimaire de 1969 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 5) Enquête de 1969 sur les conditions générales de vente;
- 6) Lignes directrices de 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques;
- 7) Règlement n° 1 de 1971 de la JFTC (Notification des marchés internationaux);
- 8) Plan de base de 1971 du Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution;
- 9) Manuel de 1975 du Centre pour le développement de la systématisation de la distribution;
- 10) Aide financière de 1976 de la Banque japonaise de développement (JDB) aux grossistes distributeurs de Konica;
- 11) Aide financière de 1977 de la SMEA aux laboratoires de développement.

Ces mesures et les circonstances qui ont conduit à leur adoption sont exposées dans la section B de la partie II et la section A de la partie V.

6.134 Les Etats-Unis soutiennent que les mesures énumérées ci-dessus sont des mesures gouvernementales et qu'elles sont effectivement encore en vigueur.

6.135 Le Japon réplique que ce ne sont pas des mesures gouvernementales aux fins de l'article XXIII:1 b) et qu'elles ne sont pas actuellement en vigueur.

a) Imputabilité au gouvernement

6.136 Le Japon concède que quatre des éléments susmentionnés, à savoir,

- 2) la Circulaire n° 17 de la JFTC,
- 7) la Notification des marchés internationaux,
- 10) l'aide financière de la JDB,
- 11) l'aide financière de la SMEA,

furent un jour des "mesures". Il note toutefois qu'ils ont tous quatre été mentionnés par les Etats-Unis pour la première fois dans leur première communication au Groupe spécial et qu'ils appellent donc de sa part des exceptions de procédure.

6.137 Aux yeux du Japon, la Décision de 1967 du Cabinet (n° 1) n'était pas une "mesure" parce qu'il s'agissait simplement d'une déclaration de politique générale du Cabinet, qui s'adressait aux administrations et n'obligeait juridiquement personne en dehors de l'appareil de l'Etat à faire quoi que ce soit. Seules des actions postérieures des administrations pourraient constituer des mesures, selon les circonstances particulières entourant chaque action.

6.138 Les Etats-Unis ripostent que cette Décision du Cabinet renfermait des instructions tant générales que particulières du gouvernement japonais pour la mise en oeuvre des contre-mesures en matière de libéralisation et qu'elle citait expressément les problèmes liés à la libéralisation du secteur de la distribution.<sup>631</sup> De plus, ils ont aussi démontré que les autres documents et actions cités en référence par le Japon constituent eux aussi des "mesures" au sens de l'article XXIII:1 b).<sup>632</sup>

6.139 Selon le Japon, les autres éléments énumérés par les Etats-Unis n'imposaient pas d'obligations contraignantes ni leur équivalent quant au fond. Ils offraient des recommandations, à suivre ou non au gré de chacun. Le Japon soutient que les Etats-Unis tâchent d'effacer les différences que présentent des actions très diverses pour ranger celles-ci dans une unique catégorie fourre-tout, la "directive administrative". Or, à son sens, il est capital de ne pas perdre de vue qu'en réalité il n'y a qu'un élément de la liste des Etats-Unis qui relève de la "directive administrative", à savoir les Lignes directrices de 1970 (n° 6). Le Japon estime que les autres éléments désignés par les Etats-Unis n'atteignent même pas le niveau de la "directive administrative".

6.140 Plus précisément, le Japon fait valoir que les cinq prétendues "mesures" restantes qui ont trait à la politique en matière de distribution sont des rapports ou des enquêtes:

- 3) le Sixième Rapport intérimaire de 1968 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 4) le Septième Rapport intérimaire de 1969 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 5) l'Enquête de 1969 sur les conditions générales de vente;
- 8) le Plan de base de 1971 du Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution;
- 9) le Manuel de 1975 du Centre pour le développement de la systématisation de la distribution.

6.141 Le Japon souligne qu'aucun de ces rapports de conseils consultatifs ne représente une déclaration ou politique officielle du MITI ou du gouvernement japonais. Les conseils consultatifs se bornent à jouer un rôle consultatif et leurs rapports ne font qu'analyser les questions qui se posent et adresser au gouvernement des recommandations sur les réponses que celui-ci pourrait y apporter. Des organisations privées comme l'Institut de recherches sur la distribution (Enquête de 1969) font des recherches et des analyses et fournissent au gouvernement l'information voulue. Le Japon en conclut que ces rapports ne sauraient par conséquent être considérés comme des "directives administratives".

6.142 Le Japon explique que les rapports de conseils consultatifs comme le Conseil des structures industrielles ou le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution ne représentent pas la politique officielle du gouvernement, mais des étapes du processus de formulation de cette politique. Ils analysent les questions qui se posent et font des recommandations sur les réponses que celle-ci pourrait y apporter. Tout en éclairant le processus de décision du MITI dans ses efforts en faveur de la modernisation de la distribution, ces rapports eux-mêmes ne décident rien, parce que la loi d'habilitation du Conseil des structures industrielles n'autorise celui-ci qu'à communiquer ses opinions au Ministre. Il n'y a donc pas, selon le Japon, de délégation des pouvoirs de décision. Le Japon indique qu'en droit japonais, les administrations ne sont pas tenues de suivre l'opinion de leurs conseils consultatifs. Comme le note un éminent spécialiste du droit administratif japonais:

---

<sup>631</sup>Voir le paragraphe 2.9, section II.B.1.

<sup>632</sup>Voir les sous-sections VI.C.1.a) et c), sur les "directives administratives" et l'"imputabilité des mesures au gouvernement", respectivement, et en particulier les paragraphes 6.94 et 6.108.

"[E]n règle générale, la raison d'être des conseils est de démocratiser l'administration, d'y faire une place aux savoirs professionnels, de garantir l'équité des actes administratifs et/ou d'aplanir les divergences entre parties intéressées ... Un conseil est différent d'un comité administratif indépendant. Il n'exprime pas les intentions du gouvernement à l'adresse du public. Bien qu'il soit tenu par voie de conséquence naturelle de respecter les opinions du Conseil, l'organe administratif n'est pas juridiquement lié par ces opinions."<sup>633</sup>

Le Japon explique qu'en pratique les services administratifs retiennent ou non les suggestions et recommandations de leurs conseils selon les cas. Il en conclut que les rapports de ces conseils ne sont pas des déclarations officielles du gouvernement japonais et ne sauraient en conséquence constituer des "mesures" au sens de l'article XXIII:1 b).

6.143 Sur la thèse du Japon d'après laquelle le Groupe spécial ne devrait pas considérer les divers rapports, enquêtes et actions autres que les Lignes directrices comme des mesures du gouvernement japonais, les Etats-Unis rétorquent que chacune des organisations quasi-publiques dont émanaient les études, rapports ou autres actions avait des liens étroits avec le gouvernement et agissait à bien des égards comme son exécutant dans le processus d'"ajustement concerté". Dans bien des cas, le MITI a précisé que ces rapports et autres documents devaient être regardés comme l'expression de la politique officielle du gouvernement, souvent en republiant à maintes reprises l'enquête ou l'étude considérée sous son nom et en indiquant clairement que ce document représentait sa politique.

6.144 A titre d'exemple, s'agissant du Conseil des structures industrielles, les historiographes du MITI ont expliqué ce qui suit:

"Le conseil était généralement constitué de représentants des branches concernées et de groupes de professionnels chevronnés ou intellectuels réputés (scientifiques, journalistes et anciens fonctionnaires), et le bureau ou la division du MITI responsable assurait son secrétariat. Les documents émanant du MITI étaient présentés à ce conseil, les grandes orientations lui étaient indiquées, il entendait les branches concernées pour recueillir des opinions pertinentes et les experts pour faire les rectifications, puis l'information était établie par les services compétents du Ministère. Tel était le processus normal. En raison de leur grande taille et de leur influence, laquelle découlait de leurs liens avec le commerce et l'industrie, la Commission d'enquête sur les structures industrielles et le Conseil de la rationalisation de l'industrie furent fusionnés en 1964 pour former le Conseil des structures industrielles. Lorsque c'était nécessaire, un certain nombre de comités furent constitués. Cette structure permettait d'obtenir un consensus au sein de la branche, ou entre la branche et le gouvernement; et c'était une organisation efficace pour obtenir une coopération entre les secteurs public et privé."<sup>634</sup>

6.145 Les Etats-Unis notent également que les spécialistes japonais confirment le rôle de décideurs que jouent ces entités quasi-publiques pour ce qui est d'obtenir une coopération entre les secteurs public et privé:

---

<sup>633</sup>Hiroshi Shiono, *Gyoseiho I (Administrative Law I)* (2d edition, 1994), page 265, pièce n° B-6 du Japon.

<sup>634</sup>MITI, *MITI History: "Public-Private Sector Cooperation"*, Volume 1 (May 31, 1991), page 62, pièce n° 69 des Etats-Unis, et First Panel Meeting, US Response to Supplemental Panel Questions, Attachment 22.

"On reproche généralement à ces conseils d'être prisonniers du ministère, et il est certain que les fonctionnaires s'emploient à veiller à ce que le résultat des délibérations corresponde à leurs opinions. En pratique, toutefois, il n'est pas exact que seuls les vœux du ministère trouvent place dans les rapports des groupes, car sur les questions qui touchent directement aux intérêts des entreprises, les représentants de la branche sont effectivement très véhéments. De fait, sur ces questions, les conseils ressemblant à une tribune où les parties peuvent ajuster leurs propositions pour qu'elles traduisent leurs intérêts communs. Ainsi, les propositions qui sont adoptées par l'intermédiaire de ces conseils, c'est-à-dire qui ont été négociées pour correspondre aux intérêts établis, peuvent par la suite être mises à exécution sans trop d'à-coups, tout au moins du côté des branches représentées aux conseils concernés. En ce sens, le mécanisme du Shingikai [conseil délibératif] se signale comme une nouveauté explicitement démocratique dans le gouvernement japonais de l'après-guerre. Ce qu'il faut souligner à propos de ces conseils, c'est leur rôle dans l'échange d'information et la réalisation d'un consensus sur les questions qui relèvent de l'action gouvernementale.<sup>635</sup>

i) Lignes directrices de 1970: historique, publication et suivi

6.146 Les Etats-Unis font valoir qu'en vue de définir et de mettre en oeuvre sa politique industrielle, le gouvernement japonais s'appuie énormément sur différents types d'entités quasi-publiques, et notamment les conseils délibératifs, comités consultatifs, groupes d'étude, instituts de recherche, chambres de commerce et associations professionnelles. Ces organisations ont joué un rôle central dans l'usage que le Japon a fait de la méthode de la coopération entre le gouvernement et le secteur privé (kanmin kyocho seido) pour mettre en oeuvre ses contre-mesures en matière de libéralisation. Leur participation au processus d'"ajustement concerté" accroît la "pression" qu'exercent sur elles leurs "pairs" en faveur d'un comportement conforme à la politique industrielle adoptée par le gouvernement.

6.147 Les Etats-Unis relatent qu'en 1963 le MITI avait chargé les quatre fabricants nationaux de pellicules et papiers photographiques de créer le Conseil pour la promotion de la photographie en couleurs naturelles en vue de neutraliser la concurrence étrangère. De hauts fonctionnaires du MITI, y compris celui qui était chargé du secteur des fournitures photosensibles, assistaient aux réunions du Conseil et recommandaient des lignes d'action précises pour l'aider à atteindre ses objectifs. Au dire des Etats-Unis, le MITI s'est employé jusqu'au milieu des années 60 à mettre en place le "système de coopération gouvernement-secteur privé" dans le secteur des pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs et il a jeté les bases d'une collaboration avec les fabricants nationaux pour travailler à la restructuration du système de distribution en vue de résister à la concurrence étrangère après la libéralisation des restrictions formelles au commerce et à l'investissement.

6.148 Les Etats-Unis exposent qu'en 1968, à la suite du Sixième Rapport intérimaire du Comité de la distribution, le MITI a commandé à l'Institut de recherches sur la distribution, organisme qui lui était affilié, une enquête sur les conditions générales de vente dans plusieurs secteurs, dont celui des pellicules photographiques, qui a été achevée en 1969. L'Institut indiquait dans son rapport que les fabricants étrangers mettaient en péril le système de distribution oligopolistique dominé par Fuji et Konika et soulignait que la rationalisation et l'uniformisation des conditions générales de vente étaient importantes pour traiter ce problème.

---

<sup>635</sup>Ryutaro Komiya, *Industrial Policy of Japan* (Academic Press Japan, Inc. 1988), pages 15-18, pièce n° 59 des Etats-Unis.

6.149 Selon les Etats-Unis, le Bureau des affaires commerciales du MITI a élaboré, sur la base des résultats de l'enquête de 1969, des lignes directrices applicables aux conditions générales de vente pour le secteur de la photographie, qui furent publiées dans une revue professionnelle en septembre de la même année. Ce projet de lignes directrices préconisait chacune des trois conditions de vente importantes pour la "keiretsu-nisation" de la distribution, à savoir, la réduction des délais de paiement et un recours accru aux remises sur quantité et aux ristournes progressives. Les Etats-Unis notent que, n'en déplaise au Japon qui nie qu'il favorise les ristournes progressives, il était dit dans ce projet de lignes directrices publié: "[e]n ce qui concerne les ristournes, il faudrait promouvoir énergiquement les ristournes progressives en vue de faciliter les opérations sur grosses quantités".

6.150 En mars 1970, poursuivent les Etats-Unis, le MITI publiait la version finale des Lignes directrices pour l'uniformisation des conditions générales de vente dans le secteur des pellicules photographiques<sup>636</sup>, qui demandaient l'uniformisation<sup>637</sup> des conditions générales de vente en vue d'"éviter que les capitaux étrangers ne désorganisent l'ordre commercial établi". Il était noté dans cette version finale des Lignes directrices que les conditions pratiquées entre fabricants et grossistes étaient déjà satisfaisantes, mais pour les conditions entre grossistes distributeurs primaires et secondaires et détaillants, l'invitation à abréger les délais de paiement et à recourir aux remises sur quantité y était renouvelée.

6.151 Le Japon concède que les Lignes directrices de 1970 constituaient effectivement une forme de "directive administrative". Cela dit, à son sens, ce fait n'établit pas à lui seul que c'étaient des "mesures" aux fins des plaintes en situation de non-violation. Il rappelle à cet égard avoir déjà fait valoir que les Etats-Unis s'appuient sur une caractérisation déformée des "directives administratives" dans le système japonais parce qu'ils essaient de les ranger toutes en bloc dans une seule catégorie fourre-tout de règlements informels mais néanmoins obligatoires. Le Japon soutient que les "directives administratives" ne sont pas toutes les mêmes. Sur le point de savoir si la "directive administrative" constitue l'équivalent quant au fond d'un règlement formellement obligatoire, le Groupe spécial chargé de l'affaire Japon - Semi-conducteurs a constaté qu'il fallait évaluer chaque série de "directives" cas par cas et non suivant une règle mécanique.<sup>638</sup>

6.152 Aux yeux du Japon, il ressort clairement de l'examen de la teneur des Lignes directrices de 1970 que l'action du gouvernement en l'occurrence n'était rien de plus qu'un ensemble de recommandations. Le Japon souligne que le MITI avait simplement diffusé des "directives" incitatives 1) sans assortir leur observation d'aucun avantage de la part du gouvernement et 2) sans assortir leur inobservation d'aucune sanction de la part du gouvernement. En conséquence, les "directives administratives" qui trouvent leur expression dans les Lignes directrices de 1970 ne satisfont pas aux deux critères indiqués dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs. Le Japon explique la différence entre les "directives administratives" de l'affaire Japon - Semi-conducteurs et les Lignes directrices de 1970 ainsi qu'il est indiqué dans le tableau ci-après:

---

<sup>636</sup>MITI, "Guidelines for the Standardization of Transaction Terms for the Photofilm Industry", 1970, reprinted in Zenren Tsuho, juillet 1970, pièce n° 70-4 des Etats-Unis.

<sup>637</sup>Le Japon note que les Etats-Unis traduisent systématiquement "tekisei(-ka)" par "uniformisation", alors que l'autre sens possible, "rationalisation", serait plus exact. A ses yeux, si l'original japonais avait voulu signifier "uniformisation", il aurait employé le terme "ityoujun-ka".

<sup>638</sup>Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/26, page 170, par. 108.

COMPARAISON DES "DIRECTIVES ADMINISTRATIVES"  
DANS L'AFFAIRE JAPON - SEMI-CONDUCTEURS  
ET DANS LES LIGNES DIRECTRICES DE 1970

<u>Groupe spécial Semi-conducteurs</u>	<u>Lignes directrices de 1970</u>
demande expresse aux sociétés de ne pas exporter de semi-conducteurs à destination des marchés des pays tiers à des prix inférieurs au coût de production (par. 99, 115). <sup>639</sup>	plusieurs suggestions générales concernant les principes de base à suivre pour rationaliser les conditions générales de vente, pas la moindre instruction précise dont le gouvernement japonais pût vérifier l'observation.
prescriptions impératives concernant la collecte de données imposées à chaque fabricant de semi-conducteurs (par. 99).	enquête factuelle unique avant les Lignes directrices; aucun système de collecte de données mis en place après l'élaboration des Lignes directrices pour évaluer dans quelle mesure elles auraient été observées.
le gouvernement japonais a institué une "prescription légale faisant obligation" [aux exportateurs] de communiquer des données et institué de "lourdes sanctions", sous forme d'amendes et de peines d'emprisonnement, en cas d'inobservation (par. 99, 113).	absence de la moindre sanction en cas d'inobservation; quelques suggestions furent suivies, d'autres non; absence de base légale pour quelque sanction que ce soit.
surveillance systématique des prix et des coûts pour "identifier précisément" chacune des sociétés qui ne se conformerait pas aux prescriptions en matière de dumping (par. 99, 113).	absence de suivi particulier au niveau des sociétés; une seule demande adressée aux associations de rendre compte de manière générale de ce qui se faisait; une association sur trois seulement y a répondu.
adoption de pratiques plus strictes en matière de licences d'exportation en vue de rendre les efforts de surveillance plus efficaces (par. 112, 116).	absence de tout effort pour étendre le champ d'application d'une autre loi en vue d'assurer une meilleure observation des Lignes directrices ou pour faire entrer la branche dans le champ d'autres régimes réglementaires.
création d'un nouveau système de prévisions trimestrielles de l'offre et de la demande, dans la mise en oeuvre duquel le gouvernement japonais jouerait un "rôle décisif" (par. 99, 114).	pas de nouveau système d'établissement de données pour aider à guider la branche ou pour surveiller l'observation des Lignes directrices.
mise en oeuvre d'un arrangement international officiel comportant l'engagement formel de la part du gouvernement de "faire en sorte" qu'il n'y ait pas de dumping sur les marchés des pays tiers (par. 110).	absence d'accord international officiel prévoyant un effort en faveur de la rationalisation des conditions générales de vente; absence d'engagements formels envers un autre pays.
le gouvernement japonais avait lui-même vanté par écrit l'efficacité des mesures qu'il avait prises pour satisfaire à son obligation "de faire en sorte" qu'il n'y ait pas de dumping sur les marchés des pays tiers (par. 112, 116).	absence d'indication donnée par écrit à d'autres pays pour revendiquer l'efficacité des Lignes directrices de 1970 comme moyen de réaliser l'objectif.

6.153 Le Japon explique que le texte des Lignes directrices de 1970 et la lettre d'accompagnement adressée au secteur des pellicules photographiques précisent bien que, tout en étant à l'évidence recommandée, leur observation était purement facultative. Selon lui, dans certains cas, et plus

<sup>639</sup>Les numéros de paragraphe indiqués renvoient au rapport du Groupe spécial sur l'affaire Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126.

précisément sur le chapitre de la réduction des ristournes, les entreprises du secteur ont purement et simplement ignoré ces lignes directrices. Le Japon observe que, par surcroît, aucun avantage de la part du gouvernement n'était subordonné à l'application des recommandations des Lignes directrices de 1970 et que le MITI n'a rien fait pour pousser le secteur à les suivre.<sup>640</sup> Le gouvernement japonais n'avait conclu aucun accord en bonne et due forme avec un autre pays l'engageant à moderniser la distribution. Le Japon souligne que le MITI n'avait pas mis en place de mécanisme institutionnel continu qui fût "essentiel" pour assurer l'observation des Lignes directrices. Les Lignes directrices de 1970 du MITI étaient donc, à son sens, fondamentalement différentes des efforts faits par le Ministère pour peser sur les prix des semi-conducteurs. Dans le cas des semi-conducteurs, le MITI tentait de faire pression sur des parties privées pour qu'elles agissent à l'encontre de ce qu'elles percevaient comme leurs intérêts en vue d'atteindre un but d'ordre public, à savoir, honorer l'engagement formel pris par le Japon envers les Etats-Unis. Dans celui des Lignes directrices de 1970, en revanche, leurs destinataires étaient invités à communiquer un unique rapport d'activité sur leur application des recommandations qu'elles renfermaient, mais la décision de présenter ou non ce rapport de même que son contenu étaient laissés à leur discrétion. Le Japon soutient qu'au moment où il est devenu visible que certaines des recommandations des Lignes directrices étaient ignorées, le MITI n'a rien fait. Pour le Japon, le fait que 20 ans plus tard, le MITI s'occupait encore des mêmes pratiques commerciales traditionnelles dans ses Lignes directrices de 1990 montre bien la différence entre les suggestions du MITI et de véritables obligations juridiquement contraignantes. Le Japon fait valoir que si les Lignes directrices de 1970 avaient été juridiquement contraignantes, les pratiques commerciales qui posaient des problèmes auraient été éliminées, et les Lignes directrices de 1990 superflues. Il en conclut que rien n'indique l'existence d'un système continu de surveillance et d'exécution mis en place et administré par le MITI.

6.154 Pour répondre à l'argument du Japon que les Lignes directrices de 1970 étaient de simples suggestions, que les entreprises du secteur pouvaient adopter ou rejeter comme bon leur semblait, les Etats-Unis exposent qu'elles avaient été précédées et furent suivies d'une série presque ininterrompue de mesures, comprenant des enquêtes et des études effectuées sur l'ordre du gouvernement japonais par des organisations qu'il contrôlait ou dominait, des rapports et une surveillance du MITI concernant la mise en oeuvre de ses Lignes directrices et la promulgation de contrats types et de guides spécialement établis pour le secteur en vue d'amener celui-ci à accepter et à appliquer les mesures.

6.155 Les Etats-Unis contestent que, comme l'affirme le Japon, le MITI n'ait rien fait pour assurer un suivi à ses Lignes directrices de 1970. Ils notent qu'en les publiant, dans une revue professionnelle, le MITI avait expliqué qu'elles étaient "abstraites" et représentaient "le plus grand dénominateur commun" et que les associations du secteur étaient invitées à formuler et appliquer des conditions de vente plus précises à partir des Lignes directrices et à en faire part au MITI en novembre 1970 au plus tard. Les Etats-Unis exposent que l'association des grossistes en matériel photo s'est empressée de répondre à la demande du MITI en publiant un "Schéma des conditions de vente" pour l'application de ses propres conditions générales de vente, établi sur la base des Lignes directrices du MITI, auquel elle l'a communiqué. Pour les délais de paiement, ce schéma donnait un contenu précis à l'invitation à les réduire formulée dans les Lignes directrices. Sur les ristournes, il indiquait: "en ce qui concerne les ristournes sur quantité [volume], elles seront orientées vers la distribution des produits sur le marché de la consommation de masse dans le cadre d'une concurrence saine et loyale". Les Etats-Unis font valoir que, sans mentionner l'uniformisation des conditions générales de vente, ce schéma ne s'en ramenait pas moins en lui-même à une opération

---

<sup>640</sup>Le Japon note que la lettre de couverture qui accompagnait les Lignes directrices de 1970 indiquait "[N]ous comptons sur les parties à ces opérations pour comprendre la nécessité d'une rationalisation du commerce extérieur et consentir volontairement des efforts à cette fin".

d'uniformisation, parce que c'était un aperçu général donné par une association professionnelle des pratiques commerciales que cette association entendait chercher à instaurer.

6.156 Les Etats-Unis exposent aussi qu'en 1971 le MITI a réédité le rapport sur l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente dans le secteur des pellicules photographiques établi à l'origine par l'Institut de recherches sur la distribution.<sup>641</sup> Cette nouvelle publication renfermait en supplément un rapport très complet précisant les conditions de vente particulières pratiquées entre les fabricants et chaque grossiste distributeur primaire (identifié par rapport à l'ensemble) et entre chaque grossiste distributeur primaire et les grossistes distributeurs secondaires. De l'avis des Etats-Unis, la publication de ces renseignements très précis allait dans le sens de l'uniformisation des conditions générales de vente en permettant aux distributeurs primaires de savoir quelles conditions leurs concurrents offraient. Les Etats-Unis soulignent que la nouvelle édition de l'enquête, publiée sous le nom du MITI, insistait sur le fait que l'enquête et les recommandations qui en étaient issues reflétaient la politique du Ministère.<sup>642</sup>

6.157 Le Japon note que les renseignements sous forme d'exemples de conditions de vente effectivement pratiquées sont fort courants dans ce genre d'enquête factuelle. Rien n'indique que cette enquête ait contenu des jugements de valeur, favorables ou défavorables, sur telles ou telles conditions particulières, ce qui fait que celles-ci ne pouvaient pas être des "cibles".

6.158 Les Etats-Unis soulignent qu'en 1971, dans le cadre de ses efforts pour systématiser la distribution, le MITI avait commandé à la Chambre de commerce, ainsi qu'au Comité pour l'uniformisation des conditions générales de vente constitué par le Ministère et aux associations professionnelles nationales du secteur des fournitures photographiques, un projet de "modèle de contrat" reposant sur les conditions de vente uniformisées esquissées dans les Lignes directrices de 1970 du MITI pour le secteur des pellicules photographiques. En publiant au printemps de 1972 le contrat de vente type pour les pellicules photographiques, la Chambre de commerce souligna qu'elle avait agi en vertu d'un mandat du MITI.<sup>643</sup> Pour les Etats-Unis, il est important que la Chambre ait ainsi mis l'accent sur la politique du MITI, parce qu'elle est de manière générale habilitée à intervenir en son nom dans de nombreux programmes publics, y compris l'administration des subventions et autres avantages accordés par l'Etat.

---

<sup>641</sup>MITI, Business Bureau, Actual Conditions of Transaction Terms in the Wholesale Industry, 21 août 1971, pièce n° 20 des Etats-Unis.

<sup>642</sup>Les Etats-Unis notent que cette version rééditée de l'enquête indique sans détour que le secteur de la pellicule photographique "a mis en place un système de distribution dominé par des fabricants oligopolistes". Elle poursuit en citant deux dangers qui menacent ce système oligopolistique: "Pour ce qui est des problèmes de l'avenir, on peut citer en premier lieu "l'essor des circuits de détail (et en particulier des chaînes de magasins et des supermarchés) autres que celui de la photo, ainsi que les modifications apportées aux conditions de vente du fait de cette domination" et, deuxièmement, les "effets de la pleine participation d'Eastman Kodak"". Selon les Etats-Unis, l'enquête était centrée sur les conditions de vente considérées comme la réponse à ces défis. En ce qui concerne les ristournes, il y était dit que celles qui laissent une marge de manoeuvre très appréciable aux vendeurs étaient par trop privilégiées, au détriment des ristournes progressives obéissant à des normes claires qui fonctionnent comme des remises sur quantité. Cela étant, les Etats-Unis affirment que le passage de la pièce n° B-1 du Japon consacré aux ristournes a été mal traduit. Ils ont communiqué les corrections dans la pièce n° 20 des Etats-Unis, pages 308 et 309.

<sup>643</sup>Le projet de contrat de vente type de pellicules photographiques, qui a été commandé à la Chambre de commerce japonaise et rédigé d'après les Lignes directrices pour l'uniformisation des conditions de ventes des pellicules photographiques" définies par le MITI, a été établi et publié. Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 1er juillet 1972, page 20, pièce n° 24 des Etats-Unis.

6.159 Selon les Etats-Unis, le MITI a continué à intervenir en faveur de conditions de vente uniformisées. En 1973, il publiait sous son nom des documents émanant du Comité, quasi-public, pour la stabilisation des conditions générales de vente.<sup>644</sup> En rééditant ces documents du Comité, le MITI notait que lui aussi "projet[ait] d'aller de l'avant en prenant des mesures pour uniformiser les opérations de vente". En conséquence, il commandait à la Chambre, en 1975, un recueil assorti de commentaires intitulé "Recommandations sur les contrats de vente uniformisés" (la "directive" de la Chambre).<sup>645</sup> Entre autres conditions du contrat type, cette "directive" de la Chambre traitait des délais de paiement et des remises. Sur le chapitre des délais, elle s'étendait sur la nécessité de pratiquer le paiement mensuel au comptant et de recourir aux effets à échéance et intérêt fixes - poussant là encore à l'adoption de courts délais de paiement. Elle préconisait aussi les remises pour paiement au comptant pour récompenser la promptitude dans les règlements. Au sujet des remises sur quantité et des ristournes, la Chambre déclarait que les remises sur quantité dans le secteur des pellicules avaient "le même [effet] que les ristournes". Elle affirmait que les conditions de ces remises devraient être stipulées, mais n'invitait pas par ailleurs à les modifier ou à les supprimer.<sup>646</sup>

6.160 Les Etats-Unis soutiennent que le contrat type de la Chambre avait beau ne pas faire mention d'une uniformisation des conditions générales de vente, la publication même d'un contrat type par la branche japonaise n'en représente pas moins en soi une opération d'uniformisation. Au sujet des délais de paiement, ils notent que ce contrat type demandait le paiement au comptant sur une base mensuelle, ce qui est court comme délai pour apurer les comptes. En ce qui concerne les remises, le contrat type appelait à pratiquer les remises sur quantité et les remises comme prime à la promptitude à solder les comptes. En 1974 et 1975, en outre, pour poursuivre son action en favorisant la diffusion et la mise en application des contrats types, la Chambre a organisé dans plusieurs villes, en coopération avec les associations professionnelles, des "séances d'explications pour la diffusion du contrat type".

6.161 De l'avis des Etats-Unis, la mise en application et l'uniformisation des conditions générales de vente préconisées par le Gouvernement japonais servait les intérêts des fabricants. Or, il peut être difficile d'unifier les conditions de vente pratiquées par différents fabricants, du fait que la concurrence pour les grossistes peut amener les fabricants à négocier avec eux des conditions différentes selon les cas. Les Etats-Unis soulignent que la surveillance des conditions de vente

---

<sup>644</sup>Dans ses conclusions, le Comité disait que "l'uniformisation des conditions générales de vente est essentielle pour ... systématiser les activités de distribution ainsi que les contre-mesures visant les capitaux étrangers".

<sup>645</sup>Cette "directive" de la Chambre répétait que s'il y avait lieu de favoriser l'adoption de conditions de vente uniformisées, c'était, entre autres raisons, "pour ériger en norme les conditions générales de vente appropriées en vue d'empêcher que la libéralisation des opérations en capital ne désorganise les transactions". Japan Chamber of Commerce, Recommendations on Standardized Contracts for Transactions, Commission by Ministry of Trade and Industry, juillet 1975, page 3, pièce n° 32 des Etats-Unis. La Chambre notait qu'elle avait rédigé les 14 contrats types en coopération avec les "branches de production intéressées sur la base des Lignes directrices [du MITI]" et disait "compter voir ces mesures se répandre encore davantage afin que les milieux économiques s'imprègnent entièrement de l'idée qui sous-tend les Lignes directrices". Ibid., page 4.

<sup>646</sup>Les Etats-Unis exposent qu'en 1975, la Chambre a publié un commentaire des contrats uniformisés, où elle analysait le lien entre les remises et les ristournes dans le secteur des pellicules photographiques. Le contrat type prévoyait aussi le règlement des différends par voie d'arbitrage devant l'Association japonaise d'arbitrage commercial. Les Etats-Unis signalent que le Président et le Directeur général de cette association siègent aussi au conseil d'administration de la Chambre, que ses bureaux sont installés dans les locaux de la Chambre et qu'elle a servi aux hauts fonctionnaires du MITI de point de chute pour se recaser à la retraite. The Japan Commercial Arbitration Association, Dantai Meikan, page 427, pièce n° 86 des Etats-Unis.

particulières exercée par le gouvernement et son appui en faveur de leur "uniformisation" peuvent servir de discipline contre toute résistance des grossistes ou des détaillants à ces conditions. Etant donné que les conditions de vente particulières préconisées par le MITI ne servaient pas nécessairement les intérêts des grossistes,<sup>647</sup> les Etats-Unis estiment que le gouvernement japonais aurait davantage d'efforts à consacrer à "l'ajustement concerté" avec les grossistes en vue d'assurer l'application des conditions générales de vente uniformisées à ce stade-là de la distribution. Ils soulignent que c'était pour les détaillants que la mise en application des orientations du MITI en matière de conditions de vente serait le moins avantageuse.<sup>648</sup> Partant, c'est de la part des détaillants que l'on pouvait s'attendre aux plus fortes résistances et, en conséquence, pour eux que le gouvernement japonais aurait le plus besoin de créer des récompenses ou des sanctions puissantes pour obtenir qu'ils se conforment à ses lignes d'action. C'est en considération de ces données générales que, selon les Etats-Unis, le Japon a pris toutes sortes de dispositions pour mettre en oeuvre et uniformiser les conditions générales de vente dans le secteur des pellicules et papiers photographiques.

6.162 Les Etats-Unis soulignent que les relations d'interaction très étendues entre le gouvernement et le secteur privé, en ce qui concerne, par exemple, les conditions générales de vente, démontrent que le gouvernement japonais s'est donné beaucoup de mal pour faire en sorte que ses orientations soient adoptées. Ses conseils répétés et sa surveillance ont renforcé la pression exercée par les pairs et constamment servi à rappeler que le gouvernement guettait et poussait à ces changements. Au surplus, suivant la méthode classique de "l'ajustement concerté", le MITI n'édicte pas sa volonté d'en haut, mais associe les groupements professionnels intéressés au processus d'étude, de surveillance et de mise en oeuvre en vue d'obtenir un consensus. Les Etats-Unis affirment que le MITI a aussi exercé des pressions sur ce processus quand c'était nécessaire, en donnant des renseignements précis sur les conditions de vente appliquées par certaines sociétés, qui dévoilaient dans quelle mesure les professionnels restaient en deçà des lignes d'action du MITI. Ils soulignent que la révélation au grand jour de leur comportement qui met les sociétés dans l'embarras est l'un des instruments que le MITI utilise pour faire respecter ses "directives administratives". Au surplus, la révélation de ces renseignements sur certaines sociétés facilitait l'uniformisation en permettant à chaque société de se faire une idée des conditions offertes par ses concurrentes. Selon les Etats-Unis, le MITI exerçait aussi des pressions par l'intermédiaire de la Chambre de commerce, laquelle dispose de pouvoirs importants pour peser sur l'octroi ou le retrait d'avantages accordés par l'Etat et joue souvent le rôle d'informateur pour le compte du MITI. C'est pourquoi les Etats-Unis soutiennent que les moyennes et petites entreprises y auraient regardé à deux fois avant d'ignorer la "Directive" de la Chambre sur les conditions générales de vente. Enfin, ils signalent que le MITI a joué sur les inquiétudes que la libéralisation de l'investissement suscitait très généralement dans le secteur de la photo afin de faire pression sur lui pour l'amener à adopter les orientations qu'il préconisait en matière de conditions de vente.<sup>649</sup> Les Etats-Unis en concluent que le MITI a donc très efficacement fait en sorte que ce secteur mette en oeuvre ses lignes directrices.

---

<sup>647</sup>En abrégant leurs délais de paiement, les fabricants accroîtraient la pression financière sur les grossistes, que la pratique des ristournes et des remises sur quantité pourrait lier à un fabricant particulier, restreignant ainsi leurs possibilités de choix de leurs fournisseurs. D'un autre côté, si les grossistes étaient en mesure d'imposer le même genre de système plus en aval, ils tireraient des détaillants les mêmes avantages que ceux que les fabricants s'assureraient en appliquant ces conditions aux grossistes.

<sup>648</sup>Les détaillants se ressentiraient du transfert de pouvoir économique vers l'amont et perdraient de leur autonomie sans avoir dans le système de distribution d'autre niveau plus en aval vers lequel se tourner.

<sup>649</sup>Comme on peut le lire dans un article paru en 1976 dans une revue professionnelle qui a été communiqué par le Japon, "cette année est celle [de] la libéralisation à 100 pour cent de l'investissement dans la fabrication de pellicules photographiques ... la nouveauté la plus redoutée des fabricants de fournitures photo-sensibles".

6.163 Le Japon répond qu'il n'y a pas eu de dispositions prises pour faire en sorte que les Lignes directrices de 1970 soient suivies, qu'aucune surveillance n'a été exercée pour voir dans quelle mesure elles avaient été adoptées et que le MITI n'a imposé aucune sanction ni exercé d'autres pressions, même si les Lignes directrices n'étaient pas respectées. Il note, par exemple, que le "contrat type" présenté par la Chambre japonaise de commerce et d'industrie était destiné à encourager le secteur privé à utiliser des formulaires écrits et à rendre les contrats plus transparents, et qu'il ne s'agissait pas d'uniformiser de quelconques conditions de vente particulières. Il note également qu'en tout état de cause il y a une sérieuse difficulté du point de vue chronologique à relier les Lignes directrices de 1970 à la réforme effective des conditions de vente ou à la mise en place de la distribution d'une marque unique alléguée par les Etats-Unis.

ii) Manuel de 1975

6.164 Les Etats-Unis exposent en outre qu'en 1975 le Centre pour le développement de la systématisation de la distribution, affilié au MITI, a publié le Manuel concernant la systématisation de la distribution par secteur (Appareils photo - pellicules)<sup>650</sup>, qui avait été établi en collaboration avec des groupements professionnels, des fabricants d'appareils photo, des fabricants de pellicules, des grossistes et détaillants en appareils photo et pellicules ainsi que des éditeurs spécialisés. Ce manuel rendait compte en détail des tendances de la distribution dans ce secteur et formulait plusieurs recommandations précises pour lutter contre la concurrence accrue de Kodak, parmi lesquelles l'uniformisation des conditions générales de vente, y compris les remises et ristournes, la création du Comité des fournitures photosensibles pour la systématisation de la distribution par secteur (Appareils photo - pellicules) sous l'égide du Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution<sup>651</sup> et la promotion des liaisons informatiques (politique mise en oeuvre par le MITI au cours des années suivantes).<sup>652</sup>

6.165 Le Japon signale que le Manuel de 1975 est un rapport établi par une société publique, mais non par le MITI, et ne saurait donc être considéré ni comme une "directive administrative", ni comme un exposé de la politique officielle du gouvernement japonais. Le MITI avait commandé ces travaux pour les utiliser dans sa politique d'encouragement à la modernisation de la distribution. Le Japon observe que rien, ni dans le Manuel lui-même, ni dans l'historique de l'action ultérieure dans ce secteur, ne donne à penser que les recommandations du rapport aient été adoptées par le Ministère et imposées ensuite à titre d'obligations formellement ou informellement contraignantes. Il souligne que bien que la rédaction du Manuel ait été menée à bonne fin, le MITI ne l'a jamais officiellement adressé aux entreprises du secteur. Selon le Japon, la preuve la plus irréfutable de l'ambivalence de la profession au sujet du Manuel de 1975 réside dans sa réaction à la systématisation de l'information. Fuji n'a pas mis en place de liaisons informatiques avec ses grossistes distributeurs primaires avant 1989.

b) Effectivité actuelle

---

D'autre part, d'après les Etats-Unis, cet article poursuivrait en disant qu'en prévision des investissements possibles de Kodak au Japon, les fabricants japonais avaient mis en oeuvre des contre-mesures affûtées "à la perfection".

<sup>650</sup>Voir la sous-section II.B.2 e), en particulier les paragraphes 2.23 à 2.25, et la pièce n° 75-5 des Etats-Unis.

<sup>651</sup>Pour une description du Conseil, voir la sous-section II.B.2 d), en particulier le paragraphe 2.20.

<sup>652</sup>Voir la sous-section VI.D.3 f), sur les "liaisons électroniques", pour une analyse de l'action du MITI en faveur de la mise en place de liaisons électroniques, en particulier les paragraphes 6.380 et 381.

6.166 Au sujet des mesures précises en cause en matière de distribution, le Japon souligne qu'un seul des éléments expressément désignés par les Etats-Unis (la notification des marchés internationaux) était encore en vigueur au début de la procédure devant le Groupe spécial.

## i) Rapports, enquêtes, plans et manuels

Selon le Japon, il y a cinq rapports ou enquêtes qui n'ont jamais du tout été des actions du gouvernement, à savoir:

- 3) le Sixième Rapport intérimaire de 1968 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 4) le Septième Rapport intérimaire de 1969 du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles;
- 5) l'Enquête de 1969 sur les conditions de vente;
- 8) le Plan de base de 1971 du Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution;
- 9) le Manuel de 1975 du Centre pour le développement de la systématisation de la distribution.

Au surplus, toute pertinence que ces rapports auraient pu avoir quant au fond a disparu lorsque les conseils qu'ils contenaient furent soit suivis d'effet, soit ignorés.

## ii) Aides financières de la JDB et de la SMEA et notification des marchés internationaux

6.167 Parmi les éléments contestés par les Etats-Unis, il en est quatre dont le Japon concède qu'ils furent à un moment des "mesures", à savoir:

- 2) la Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC;
- 7) le Règlement de 1971 sur la notification des marchés internationaux;
- 10) l'aide financière de 1976 de la JDB;
- 11) l'aide financière de 1967 de la SMEA.

6.168 Pour ce qui est de leur effectivité actuelle, le Japon signale, à propos des allégations concernant l'aide financière fournie par la SMEA en 1967 et le prêt accordé par la JDB en 1976 à Konica, qu'il s'agit dans les deux cas d'événements spécifiques du point de vue factuel qui ont eu lieu et ont pris fin il y a plus de 20 ans.

6.169 Selon le Japon, la notification obligatoire des marchés internationaux était techniquement encore en vigueur au 20 mai 1997, mais il y avait déjà un projet de loi portant abrogation de cette mesure. De fait, cette loi a été promulguée et a pris effet en juin 1997, ce qui a supprimé la nécessité de notifier aucun marché international à la JFTC. Simultanément, le Règlement n° 1 de la JFTC pris en application de l'article 6 de la Loi antimonopole a été abrogé. Au surplus, de l'avis du Japon, cette mesure n'a jamais favorisé les pellicules ou les papiers d'origine nationale.

6.170 Les Etats-Unis soulignent que le Japon ne peut indiquer que deux contre-mesures en matière de distribution qu'il aurait rapportées, la Circulaire n° 17 de la JFTC et la Décision de 1967 du Cabinet. Quant à savoir jusqu'à quel point ces mesures sont inopérantes et ne sont plus en vigueur, c'est en revanche beaucoup moins clair que le Japon ne le prétend.

## iii) La Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC

6.171 Au dire du Japon, la Circulaire n° 17 de la JFTC a été officiellement abrogée en avril 1996, elle ne saurait donc être en vigueur et elle sort par conséquent du cadre de la procédure en cours.

6.172 Tout en concédant que la Circulaire n° 17 a été abrogée, les Etats-Unis soutiennent qu'il y a d'autres dispositions qui vident cette abrogation de son sens. Selon eux, les primes consenties par les fabricants aux grossistes demeurent soumises à la Désignation n° 9 de la JFTC au titre de sa Circulaire n° 15 de 1982, c'est-à-dire à la disposition applicable à la pratique des "incitations indues" au regard de la Loi antimonopole. Cette désignation prohibe les offres de primes excédant la "pratique commerciale normale". Etant donné que la Circulaire n° 17 a fixé la pratique de la branche pour 19 ans, les Etats-Unis considèrent que, dans la meilleure des hypothèses, il n'est pas sûr que les restrictions actuelles au titre de la Désignation n° 9 présentent la moindre différence avec la situation qui découlait de la Circulaire n° 17.

6.173 Le Japon répond que la Désignation n° 9 de la JFTC n'est pas contraire aux dispositions des Accords de l'OMC. Au surplus, affirme-t-il, les Etats-Unis font état d'une mesure ou d'une politique qui ne figurait pas dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. Le Japon encourage donc le Groupe spécial à écarter leurs allégations en ce qui concerne toutes les mesures et politiques qui n'étaient pas expressément désignées dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, y compris celles qu'ils ont formulées au sujet de la Désignation n° 9 de la JFTC.

iv) Décision de 1967 du Cabinet

6.174 Au dire du Japon, la Décision de 1967 du Cabinet a été formellement rapportée le 26 décembre 1980.

6.175 Tout en concédant que cette décision a bien été rapportée, les Etats-Unis font valoir que ce rapport ne vaut que pour la partie de la Décision qui a trait aux mesures de limitation de l'investissement international au Japon. En tout état de cause, ils n'ont connaissance d'aucun élément de preuve qui donne à penser que la Décision de 1980 ait annulé les orientations en matière de distribution et les contre-mesures en matière de libéralisation ordonnées par la Décision de 1967. La décision de 1980 ne mentionne que les dispositions qui seront prises pour lever les restrictions frappant l'investissement direct étranger en conformité avec l'OCDE, mais non les contre-mesures ou les orientations en matière de distribution. Les contre-mesures en matière de distribution procèdent d'un ensemble de mesures beaucoup plus vaste et plus récent que la seule Décision de 1967 du Cabinet. Enfin, les Etats-Unis affirment que les Lignes directrices de 1990 du MITI n'ont rien changé à sa politique et à ses mesures restrictives.

6.176 Le Japon répond que les faits démontrent amplement qu'aucune des lignes d'action en matière de distribution critiquées par les Etats-Unis n'est actuellement en vigueur et qu'il est impossible de leur répondre convenablement sur ce point parce qu'ils ne précisent pas quelles sont les mesures qui à leur sens procèdent de la Décision de 1967 du Cabinet. Cela dit, le Japon estime que, si les Etats-Unis donnent à entendre que cette décision du Cabinet a entraîné de la part du gouvernement des actions autres que celles qu'ils ont énumérées dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, ce n'est pas à bon droit que ces actions sont soumises au Groupe spécial.

v) Lignes directrices de 1970 et Lignes directrices de 1990

6.177 Tout en concédant que les Lignes directrices de 1970<sup>653</sup> constituaient un acte du gouvernement concernant le secteur des pellicules photographiques, le Japon explique pourquoi cet acte antérieur spécifique du gouvernement n'est plus en vigueur, en donnant les raisons qui suivent. A son sens, les Lignes directrices de 1970 n'ont jamais eu le moindre effet contraignant, formel ou informel, et n'ont donc jamais été des "mesures" au sens de l'article XXIII:1 b), parce qu'elles n'étaient

---

<sup>653</sup>Pièce n° B-24 du Japon et pièce n° 70-4 des Etats-Unis. Voir la sous-section II.B.2 c).

pas "en vigueur" dès le départ. Subsidiairement, même s'il était admis que les Lignes directrices de 1970 ont un jour été des "mesures" au sens de l'article XXIII:1 b), le Japon fait valoir qu'elles ne sont manifestement plus en vigueur, étant donné que, près de 30 ans plus tard, le cadre de l'activité commerciale et industrielle a tant changé sur cette longue période que ni le MITI, ni le secteur privé ne considèrent que les Lignes directrices de 1970 aient actuellement la moindre pertinence ou le moindre effet.

6.178 Le Japon poursuit en exposant que les événements ultérieurs confirment que les Lignes directrices de 1970 ont depuis longtemps perdu toute pertinence. En 1984, la rationalisation des conditions de vente n'était plus une question prioritaire. Le rapport du Conseil des structures industrielles intitulé "La distribution dans les années 80"<sup>654</sup> ne fait même pas mention des diverses lignes directrices en matière de rationalisation commerciale arrêtées durant les années 1970 à 1972. Il insiste tout particulièrement sur les moyens de répondre aux besoins des consommateurs et de soutenir les petites et moyennes entreprises.

6.179 Selon le Japon, après qu'au cours des pourparlers sur l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles aux échanges entre les Etats-Unis et le Japon, les Etats-Unis eurent plaidé en faveur d'un effort renouvelé pour encourager les distributeurs japonais à abandonner leurs pratiques traditionnelles au profit de pratiques plus rationnelles sur le plan économique, le MITI a diffusé en 1990 un nouvel ensemble de lignes directrices pour la distribution.<sup>655</sup> A son avis, si les précédentes Lignes directrices de 1970 étaient alors encore en vigueur dans un sens quelconque, on se serait attendu à trouver dans celles de 1990 une discussion sur les suggestions antérieures, mais il n'y en avait pas. Aux yeux du Japon, il n'est pas plausible que ces suggestions du MITI remontant à 27 ans demeurent une action actuelle du gouvernement à bon droit soumise aujourd'hui à l'examen de l'OMC.

6.180 Les Etats-Unis répliquent qu'aucun des arguments avancés par le Japon n'amène à conclure que les contre-mesures en matière de distribution ne soient plus en vigueur et que les politiques et mesures restrictives du MITI aient changé. Ils soutiennent que le Japon n'a jamais cessé d'intervenir dans le système de distribution pour le secteur des fournitures photographiques. Selon eux, le Japon ne peut citer que deux contre-mesures en matière de distribution qu'il prétend avoir rapportées, à savoir, la Circulaire n° 17 de la JFTC et la Décision de 1967 du Cabinet. Les Etats-Unis affirment que la suppression de deux contre-mesures en matière de distribution et de promotion ne signifie pas que toutes les mesures entrant dans ces deux catégories de mesures ne soient plus en vigueur. Pas plus que l'adoption d'une ligne directrice postérieure n'annule les lignes directrices et les contre-mesures en matière de distribution antérieures. En conséquence, les Etats-Unis ne conviennent pas que ces mesures spécifiques, et en particulier les grandes orientations qui les sous-tendent, aient été rapportées.

6.181 Selon le Japon, les Lignes directrices de 1990 du MITI visaient exactement les mêmes types de pratiques commerciales "irrationnelles" que celles de 1970, telles les ristournes, les rendus et le détachement de personnel, mais si ces lignes directrices de 1990 étaient ciblées sur ces pratiques, c'était fondamentalement dans le but d'encourager les importations. Le Japon signale qu'elles avaient leur origine dans l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles. Dans le rapport commun final sur l'Initiative, le MITI prenait l'engagement suivant: "En ce qui concerne les pratiques

---

<sup>654</sup>Industrial Structure Council, 80 Nendai no Ryuutsuu Sangyou Bijon (Distribution Vision for the 1980s), janvier 1984, pièce n° F-6 du Japon.

<sup>655</sup>Pièces n° 90-5 des Etats-Unis et n° B-22 du Japon.

commerciales relatives à la distribution, une amélioration de l'environnement sera recherchée de manière à promouvoir la concurrence et à assurer l'ouverture du marché".<sup>656</sup> Plus loin dans ce rapport, le MITI détaillait les dispositions qu'il comptait prendre pour arrêter des lignes directrices concernant les pratiques en matière de distribution.<sup>657</sup>

6.182 Le Japon souligne qu'en 1990 le MITI a édicté des lignes directrices encourageant le secteur de la distribution à réformer ses pratiques commerciales "irrationnelles", à la demande directe des Etats-Unis, pour rendre le marché japonais plus accessible aux importations. Or, dans le présent différend, les Etats-Unis avancent que des lignes directrices datant de 20 ans auparavant, consacrées au même sujet et formulant les mêmes recommandations, ont d'une manière ou d'une autre joué comme une entrave aux importations. Pour le Japon, il est inconcevable que les mêmes recommandations aient pu représenter une politique anti-importations en 1970 pour ensuite se transformer on ne sait comment en politique pro-importations en 1990.

6.183 Les Etats-Unis rejettent la thèse du Japon selon laquelle les Lignes directrices de 1990 du MITI révèlent que ses politiques des trois dernières décennies en matière de distribution n'avaient pas pour but de promouvoir un système de distribution exclusif, à concentration oligopolistique verticale. Ils confirment que ces Lignes directrices sont liées aux pressions internationales exercées sur le Japon pour qu'il accroisse l'accès à son marché, et notamment aux pourparlers entre le Japon et les Etats-Unis sur l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles. Ce n'est, font-ils valoir, que devant ces pressions que le Japon a adopté des lignes directrices indiquant que "l'harmonie s'impose sur le plan international" et que les entreprises "doivent prendre garde à ne pas laisser leurs pratiques commerciales devenir des obstacles pour d'autres [y compris les fournisseurs étrangers]".<sup>658</sup> Les Etats-Unis observent que cette déclaration contraste avec les appels répétés du Japon à prendre des contre-mesures, "en vue d'éviter le désordre qu'entraînerait" autrement l'incursion d'entreprises à capitaux étrangers, qui figurent dans beaucoup des documents essentiels de la fin des années 60 et du début des années 70. Les Etats-Unis en concluent que les Lignes directrices de 1990 s'écartent sur un point important des nombreux documents directifs de la fin des années 70 portant sur les conditions de vente.<sup>659</sup>

6.184 Les Etats-Unis expliquent que la position qu'ils ont prise en se fondant sur les déclarations positives faites par le Japon dans le cadre de l'Initiative est que les Lignes directrices de 1990 peuvent permettre d'améliorer l'accès au marché dans le secteur de la distribution (comme le Japon l'a promis) si le Japon concrétise effectivement les grandes orientations indiquées dans ces déclarations positives. Or, à leur avis, le Japon ne les a pas concrétisées dans le secteur des fournitures photographiques, pas plus que dans aucun autre. Vu cette défaillance du Japon sur ce point, les Etats-Unis lui ont indiqué, dans leur communication de novembre 1996 sur les questions de déréglementation,<sup>660</sup> qu'il devrait

---

<sup>656</sup>Final Report on the Japan - US Structural Impediments Initiatives (SII), Actions on the Government of Japan Side, 28 juin 1990, page III-1", pièce n° B-30 du Japon.

<sup>657</sup>Ibid., page III-14, pièce n° B-30 du Japon.

<sup>658</sup>1990 Guidelines, page 2, pièce n° 90-5 des Etats-Unis.

<sup>659</sup>En ce qui concerne plus précisément les ristournes, les Lignes directrices de 1990 soulignent ceci: "Il est souhaitable que les fabricants s'abstiennent volontairement d'offrir des ristournes destinées à préserver des relations instaurées dans le cadre d'un Keiretsu, si l'on veut éviter que les fabricants n'exercent pas trop d'influence sur l'activité des détaillants." 1990 Guidelines, page 8, pièce n° 90-5 des Etats-Unis.

<sup>660</sup>Submission by the US Government to the Japanese Government Regarding Deregulation, Administrative Reform and Competition Policy in Japan, 15 novembre 1996, pièce n° B-23 du Japon.

concrétiser la teneur de ces Lignes directrices. Comme il ne l'a pas fait, les Etats-Unis en ont conclu que le Japon n'a en réalité pas modifié ses options fondamentales en matière de distribution et n'a en réalité pas concrétisé les positions énoncées dans les Lignes directrices de 1990 pour réformer les structures restrictives du système de distribution des pellicules et papiers photographiques.

6.185 Pour les Etats-Unis, il importe, à propos des Lignes directrices 1990, de ne pas perdre de vue que le Japon a mis en oeuvre ses orientations en matière de distribution, à partir des années 60 et 70, non pas en se contentant d'annoncer des Lignes directrices en 1970, mais en ayant recours au processus d'"ajustement concerté" par va-et-vient entre le gouvernement et les représentants du secteur. Dans le cadre de ce processus, qui s'est étalé sur des années, le gouvernement a continuellement procédé à des enquêtes et des consultations auprès des entreprises nationales du secteur, travaillé au consensus, diffusé des rapports et des lignes directrices et assuré leur suivi par de nouvelles enquêtes et de nouvelles lignes directrices à l'intention du secteur. Les Etats-Unis soulignent que défaire ce qui a été fait demanderait encore plus d'efforts au MITI, d'autant plus que l'ouverture aux entreprises étrangères d'un accès limité au système de distribution japonais allait dans le sens des intérêts des fabricants japonais et qu'au contraire le démantèlement de ce dispositif se traduirait directement par une remise en question de l'oligopole des deux sociétés Fuji et Konica.

6.186 Les Etats-Unis font valoir qu'autant qu'ils sachent le Japon n'a pris aucune initiative dans le secteur des pellicules et papiers photographiques pour donner suite aux Lignes directrices de 1990. Plus précisément, ils exposent que le MITI n'a rien fait de sérieux pour changer de cap en matière de conditions de vente ou s'attaquer à la structure fermée du système de distribution des pellicules et papiers photographiques au Japon. Au surplus, selon les Etats-Unis, ce système de distribution exclusif demeure en vigueur sous la même forme qu'en 1990, et il subsiste dans ce secteur un système compliqué de ristournes et de remises à divers stades de la distribution.<sup>661</sup> Suivant l'interprétation que le Japon continue à donner de la Loi antimonopole, l'application de conditions de vente qui s'écartent des conditions types de la branche peut être une pratique commerciale déloyale, et la Loi antimonopole continue à exiger la notification de tous les marchés passés entre fabricants étrangers et distributeurs japonais.

6.187 Aussi les Etats-Unis concluent-ils que, même s'il est vrai que les Lignes directrices de 1990 étaient différentes de celles de 1970 en ce qu'elles étaient destinées à éviter quelques effets négatifs du keiretsu, le Japon les a mises en oeuvre de manière à obtenir des résultats comme il l'avait fait pour celles de 1970. Les Etats-Unis considèrent qu'il n'y a rien d'illogique de leur part à demander au Japon de concrétiser les grandes orientations annoncées dans les Lignes directrices de 1990, tout en notant que jusqu'ici le Japon a omis de le faire.

6.188 A propos de l'opinion des Etats-Unis selon laquelle les Lignes directrices de 1990 contredisent directement son allégation concernant celles de 1970, le Japon fait état de la demande adressée par eux au gouvernement japonais dans leurs plus récentes recommandations sur la déréglementation, communiquées en application de l'Accord-cadre entre les deux pays.<sup>662</sup> A ses yeux, les Etats-Unis mettent simultanément la même insistance à demander aux entreprises japonaises de suivre les "directives administratives" actuelles de 1990 sur la réforme de leurs pratiques

---

<sup>661</sup>Actual Rebate Conditions: Fuji Photo Film Co., Ltd. Versus Eastman Kodak, Co., Toyo Keizai (24 juillet 1995), pièce n° 90 des Etats-Unis.

<sup>662</sup>"Monitor and report on adherence by the Japanese business community to the MITI 1990 Guidelines on Business Practices in order to promote a free, transparent and competitive distribution system". Submission by the US Government to the Japanese Government Regarding Deregulation, Administrative Reform and Competition Policy in Japan, 15 novembre 1996, page 7, pièce n° B-23 du Japon.

commerciales irrationnelles et à affirmer devant le Groupe spécial que des "directives" analogues de 1970 ont porté atteinte aux droits conférés aux Etats-Unis par le GATT. Pour le Japon, les Lignes directrices de 1990 ne diffèrent nullement de celles de 1970 pour ce qui est de promouvoir "un système de distribution libre, transparent et concurrentiel".

vi) Conclusions des parties

6.189 Le Japon considère que les allégations des Etats-Unis sont axées sur le passé, et non pas sur le présent. Il soutient que les éléments précis désignés par eux ne sont plus applicables. Dans les années 60 et 70, les grandes orientations du MITI s'étaient traduites par des recommandations adressées au secteur sur les moyens de moderniser ses pratiques en matière de distribution. Ces recommandations remontent à des dizaines d'années, et les entreprises privées les ont suivies ou ignorées comme bon leur semblait. Selon le Japon, les cinq rapports ou enquêtes en question n'ont jamais été en quoi que ce soit des actions du gouvernement, et toute pertinence que ces rapports auraient pu posséder quant au fond a disparu lorsque les conseils qu'ils renfermaient ont été soit suivis d'effet, soit ignorés.

6.190 Le Japon concède que l'obligation prescrite par le Règlement n° 1 de la JFTC de notifier les marchés internationaux demeurait techniquement effective au 20 mai 1997, mais la Diète était à cette date saisie d'un projet de loi portant abrogation de cette mesure à compter de juin 1997, et il ajoute que, de fait, cette loi a été promulguée en juin 1997, ce qui supprime la nécessité de notifier aucun marché international à la JFTC. Simultanément, le Règlement n° 1 de la JFTC pris en application de l'article 6 de la Loi antimonopole a lui aussi été abrogé.

6.191 Le Japon observe que les allégations concernant l'aide financière de la SMEA (1967) et le prêt de la JDB à Konica (1976) étaient tous deux des événements spécifiques du point de vue factuel, qui ont eu lieu et ont pris fin il y a plus de 20 ans. A son sens, les Etats-Unis n'ont pas contesté ce fait.

6.192 De plus, le Japon expose que, d'après le "Rapport NTE" de 1996 du Bureau du Représentant des Etats-Unis pour les questions commerciales sur les obstacles au commerce extérieur, "[l]es contre-mesures en matière de libéralisation ont été mises en oeuvre entre 1967 et 1984".<sup>663</sup> Pour le Japon, les Etats-Unis disaient ainsi implicitement que les grandes orientations contestées en matière de distribution ont pris fin il y a environ 13 ans. Le Japon note aussi que dans ce "Rapport NTE", la formule "contre-mesures en matière de libéralisation" désigne apparemment les grandes orientations du MITI en matière de distribution et les restrictions qu'il appliquait aux investissements.<sup>664</sup> Or, selon le Japon, les Etats-Unis n'ont pas indiqué et ne peuvent pas indiquer la moindre action ou politique actuelle du MITI concernant le secteur de la distribution qui annule ou compromette en quoi que ce soit de quelconques concessions tarifaires. Le Japon observe que pas un seul des éléments désignés par les Etats-Unis n'est postérieur à 1977, date qui remonte à près de 20 ans, ni antérieur aux premières concessions tarifaires accordées sur les pellicules et papiers couleur à l'issue du Tokyo Round en 1979.

6.193 Les Etats-Unis font valoir que la longévité des contre-mesures en matière de distribution n'implique pas nécessairement qu'elles ne soient plus en vigueur. Ils soutiennent que la position du Japon donnerait à penser qu'une législation impérative codifiée il y a longtemps doit être réputée

---

<sup>663</sup>United States Trade Representative (USTR), National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers (NTE Report) (1996), diffusé en mars 1996, avant que les Etats-Unis n'engagent la présente procédure devant le Groupe spécial.

<sup>664</sup>USTR, 1996 NTE Report, page 209, pièce n° F-5 du Japon.

abrogée si des mesures ne sont pas prises une fois un certain laps de temps écoulé pour en imposer l'application. Ils contestent cette proposition parce qu'elle méconnaît la possibilité pour une loi d'être d'application automatique si aucune atteinte n'y est portée. Ils repoussent par conséquent l'assertion du Japon selon laquelle, dans leur quasi-totalité, les contre-mesures en matière de distribution et de promotion ne sont plus en vigueur.

6.194 De l'avis des Etats-Unis, le Japon continue à renforcer et compléter ces contre-mesures par plusieurs moyens décisifs. Tout d'abord, il continue à faire à appliquer la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion, ce qui empêche l'érosion du système en restreignant les pressions que la concurrence de grands détaillants et fabricants qui tenteraient de faire irruption dans le système exercerait en l'absence de ces restrictions toujours en vigueur. Deuxièmement, le gouvernement japonais continue à étayer la structure du système par ses programmes d'aide aux entreprises. Troisièmement, l'adoption de la Loi sur la réforme de l'entreprise et la désignation du secteur des fournitures photographiques comme premier bénéficiaire de l'aide prévue au titre de cette mesure générale démontrent que le Japon s'emploie toujours à renforcer la structure du système instauré par les premières contre-mesures en matière de distribution afin qu'il demeure un rempart contre la pénétration des importations.

6.195 Les Etats-Unis soulignent que les actions nécessaires pour préserver la structure exclusive de la distribution sont différentes des mesures nécessaires pour la créer au départ. A titre d'exemple, une fois que Konica eut reçu une subvention de la JDB et construit un nouveau centre de distribution commun avec ses grossistes, il avait inauguré une forme d'intégration plus poussée avec eux, accomplissant ainsi le but de cette subvention. A partir de là, il n'a plus eu besoin de subvention à cette fin. De même, ce que le gouvernement japonais a consenti à dépenser pour faciliter la mise en place initiale de liaisons informatiques entre Fuji et ses grossistes dépasse ce dont Fuji a besoin actuellement pour les entretenir et conserver la maîtrise du système de distribution.

6.196 Sur l'action en faveur de la mise sur pied d'installations de distribution communes et de liaisons informatiques entre les fabricants et leurs distributeurs, les Etats-Unis soutiennent que rien n'indique que la politique qui la sous-tend ait varié, et que cette action continue à faire partie de la politique du gouvernement japonais.<sup>665</sup> Le fait que Fuji et Konica ont mis sur pied ces systèmes et installations conformément à la politique du Japon et que, par conséquent, ils ont sans doute à présent moins besoin d'aide et d'encouragements de la part du gouvernement japonais prouve seulement que ces sociétés ont déféré aux vœux de leur gouvernement. Selon les Etats-Unis, le Japon n'a pas sérieusement essayé de suggérer à l'une ou l'autre de ces sociétés de modifier sa ligne de conduite concernant les liaisons informatiques et les installations de distribution communes.

6.197 Les Etats-Unis font également valoir que, dans le cas des conditions de vente, rien n'indique que le Japon soit revenu sur sa politique en faveur de l'uniformisation des conditions générales de vente, et qu'il n'a pas sérieusement essayé de mettre en oeuvre le moindre changement dans les pratiques du secteur des pellicules photographiques en matière de ristournes et de remises. Selon eux, Fuji applique toujours un système extrêmement complexe de ristournes et de remises. Si le Japon n'impose pas par la contrainte un changement de cap, le système de ristournes de Fuji continuera à favoriser "l'exclusivité du circuit", les conditions de vente uniformisées continueront à servir de critère pour juger si des conditions différentes constituent des "pratiques commerciales déloyales" et les

---

<sup>665</sup> Les Etats-Unis notent que le programme de la JDB en vertu duquel a été accordé le prêt à Konica demeure en place et que le Japon a généralement continué à préconiser et à soutenir financièrement la création d'installations de distribution communes et de liaisons électroniques entre fabricants, grossistes et détaillants. Voir, par exemple, MITI's 1990 Guidelines, page 9, pièce n° 90-5 des Etats-Unis, et Photo Industry Information System Manual, pièce n° 96 des Etats-Unis.

règles de notification des marchés internationaux à la JFTC, à permettre à celle-ci de vérifier automatiquement les contrats passés entre fabricants étrangers et grossistes japonais.<sup>666</sup>

6.198 Pour résumer, les Etats-Unis sont d'accord avec le Japon pour dire qu'une constatation d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation ne peut reposer que sur des mesures qui sont actuellement en vigueur. Ils ne pensent pas pour autant que le Japon ait présenté des éléments crédibles pour prouver que son intervention dans la distribution des fournitures photographiques n'est qu'un fait appartenant au passé.

6.199 Le Japon fait valoir que les Etats-Unis considèrent sans doute que les mesures alléguées, même si elles ne sont plus en vigueur, peuvent encore donner lieu à une action parce que leurs "effets" ou "conséquences" sont entretenus par d'autres éléments, qui ne figurent pas dans le mandat. Or, à son sens, ils ne devraient pas être autorisés à avancer un tel argument. Le Japon souligne que l'important devrait être de savoir si les mesures alléguées énumérées par les Etats-Unis sont elles-mêmes en vigueur ou non. Des éléments qui sont en dehors du mandat du Groupe spécial ne peuvent pas se substituer à ceux qui y figurent. Le Japon note que les Etats-Unis n'ont pas soutenu que les mesures alléguées visées dans le mandat et les éléments qui sont en dehors de celui-ci aient eu conjointement certains effets. S'ils estiment que les mesures alléguées (visées dans le mandat) sont encore en vigueur, ils auraient dû présenter une "justification détaillée" pour pouvoir prétendre qu'elles demeurent en vigueur par elles-mêmes. De l'avis du Japon, les Etats-Unis, en essayant d'attirer l'attention sur d'autres éléments, ne satisfont pas à la prescription d'une "justification détaillée".

### 3. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

#### a) Les conseils et les codes

6.200 En ce qui concerne les questions afférentes à la JFTC, le Japon est d'accord avec les Etats-Unis sur le fait que sont constitutives de "mesures" gouvernementales au sens de l'article XXIII:1 b):

- i) la Loi (modifiée) sur les primes;
- ii) les circulaires de la JFTC; et
- iii) l'approbation par la JFTC des codes de concurrence loyale.

6.201 Au dire des Etats-Unis, le secteur privé joue un rôle important dans l'application des contre-mesures en matière de promotion en vertu du système des codes dits de concurrence loyale et des conseils dits des pratiques commerciales loyales. Le Japon aurait délégué aux conseils des pratiques commerciales loyales les fonctions d'exécution attribuées à la JFTC dans le cadre de la Loi sur les primes. Les Etats-Unis affirment que les associations professionnelles du secteur jouent un rôle important dans ces conseils, et même dominant parfois dans les affaires de tel ou tel d'entre eux. Ils précisent que, dans le présent différend, ils ne s'intéressent aux actions des associations professionnelles que dans la mesure où elles ont trait à un code ou à un conseil. A leurs yeux, le Japon devrait porter la responsabilité d'un conseil dont il a favorisé et approuvé la formation, de même que celle des règles et codes que ce conseil a promulgués.

---

<sup>666</sup>Le Japon affirme qu'un projet de loi portant abrogation du texte prescrivant la notification des marchés internationaux a été voté en juin 1997 et que, simultanément, le Règlement n° 1 de la JFTC pris en application de l'article 6 de la Loi antimonopole a été abrogé.

6.202 Les Etats-Unis font valoir que, même si, à différents égards, les contre-mesures prises par le Japon en matière de promotion sont proches de certains aspects des mesures prises dans d'autres domaines, aucune nation, à leur connaissance, ne possède de régime qui égale celui du Japon. En particulier, aucune nation n'est dotée pour imposer la coopération gouvernement-industrie d'un mécanisme qui s'apparente au système japonais des "conseils des pratiques commerciales loyales" et des "codes de concurrence loyale". Ce système permet aux associations professionnelles et aux entreprises puissantes de formuler un ensemble de règles de concurrence et, avec l'aide du gouvernement, d'imposer ces normes non seulement aux membres de leurs groupements, mais encore aux non-membres.<sup>667</sup> Les Etats-Unis font valoir que les "codes de concurrence loyale" ont joué un rôle décisif lorsque la JFTC devait apprécier ce qui constituait des "pratiques commerciales normales" dans l'application des contre-mesures en matière de promotion. S'il existe un code de concurrence loyale, c'est ce code qui servira de norme. S'il n'y en a pas, la JFTC établira une détermination après avoir enquêté sur les pratiques commerciales de la branche considérée ou diffusera une "directive" adressée à cette branche pour qu'elle se dote d'un code de concurrence loyale. Ces étroits rapports entre gouvernement-industrie ont servi à étouffer la concurrence étrangère, par exemple lorsque le Conseil de la promotion s'est employé en collaboration avec la JFTC à démolir la campagne de Kodak pour les VR avant même qu'elle n'ait commencé.<sup>668</sup>

6.203 Selon les Etats-Unis, il y a quatre conseils compétents pour le secteur japonais des fournitures photographiques:

- 1) le Conseil des pratiques commerciales loyales des fabricants,
- 2) le Conseil des pratiques commerciales loyales des grossistes,
- 3) le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur de la photographie et
- 4) le Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants.

Les Etats-Unis soulignent qu'en ce qui concerne les deux conseils présentant le plus d'intérêt pour leur cause, à savoir le Conseil de la promotion et le Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants, les associations professionnelles jouent en chaque cas un rôle dominant dans leurs activités et leurs orientations.

6.204 Le Japon fait valoir qu'un code de concurrence loyale ne constitue pas en soi une "mesure" du gouvernement japonais, pour les raisons qui suivent. Un tel code est un accord, ou une convention, conclu entre membres d'une branche n'appartenant pas au secteur public. Le respect de ses dispositions devra être imposé en dernier ressort par le pouvoir judiciaire, et la JFTC n'a aucun rôle à jouer dans la procédure d'exécution. C'est seulement lorsque des parties au code n'observent pas la Loi sur les primes ou les circulaires ou autres textes réglementaires de la JFTC que la Commission intervient. Les membres de la profession peuvent librement choisir d'être parties ou non à un code. La JFTC n'exige pas qu'ils y adhèrent. Selon le Japon, la raison d'être d'un tel mécanisme est fort bien comprise aussi à l'étranger: au Royaume-Uni, par exemple, il est dit dans les "lignes directrices relatives aux codes de bonne pratique", élaborées par le Bureau des pratiques commerciales loyales, que "[l]e code ou les articles fixeront aussi les sanctions applicables en cas

---

<sup>667</sup>Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyosui Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1967, pièce n° 67-8 des Etats-Unis.

<sup>668</sup>De l'avis des Etats-Unis, le Japon n'a pas réussi à fournir le moindre élément de preuve contredisant la relation que les Etats-Unis ont faite des événements qui ont entouré la campagne pour les VR. Le Japon soutient que les déclarations contenues dans l'attestation sous serment de M. Ishikawa Sumio produite par les Etats-Unis ne constituent pas des éléments de preuve réellement objectifs et ne sont par conséquent pas dignes de foi.

d'inobservation, qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion de l'association."<sup>669</sup> De même, il est dit dans le rapport annuel pour 1987-1988 de la Commission australienne des pratiques commerciales que "[I]es codes devraient prévoir des sanctions significatives et réalistes sur le plan commercial pour assurer le respect de leurs dispositions".<sup>670</sup>

i) Conseil des fabricants

6.205 Les Etats-Unis font valoir qu'avant la création du Conseil des détaillants, le Japon avait mis en place deux conseils des pratiques commerciales loyales en coopération avec les associations de fabricants et de grossistes. En vertu de l'article 10 de la Loi sur les primes, la JFTC avait approuvé le 15 octobre 1965 le "Code de concurrence loyale concernant les restrictions applicables aux offres de primes de la part des fabricants d'appareils photo et produits connexes" (le "Code des fabricants") "pour permettre d'assurer harmonieusement et efficacement l'application du présent Code". L'article 4 du Code des fabricants porte création du Conseil des pratiques commerciales loyales des fabricants d'appareils photo (le "Conseil des fabricants"), dont il définit en outre les attributions, le chargeant notamment d'"enquêter sur ceux qui pourraient se trouver en infraction aux dispositions du Code" et de "prendre les mesures nécessaires à l'encontre de ceux qui auront enfreint les dispositions du Code".

6.206 Le Japon note que Kodak Japan Limited (Nagase Sangyo jusqu'en 1988) participe depuis 1988 aux activités du Conseil des fabricants en qualité de fabricant d'appareils photo.

ii) Conseil des grossistes

6.207 Selon les Etats-Unis, la JFTC avait de même approuvé le "Code de concurrence loyale concernant les restrictions applicables aux offres de primes de la part des distributeurs en gros d'appareils photo et produits connexes" (le "Code des grossistes") le 29 octobre 1966. L'article 4 du Code porte création du "Conseil des pratiques commerciales loyales des distributeurs en gros d'appareils photo et produits connexes" (le "Conseil des grossistes") et, au paragraphe 3, en définit les attributions. Les articles 5 et 6 habilite le Conseil des grossistes à enquêter sur les infractions aux dispositions du Code et à prendre des mesures à l'encontre de leurs auteurs, y compris en leur infligeant des amendes.

iii) Conseil de la promotion

6.208 Les Etats-Unis exposent également que le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur de la photographie (le "Conseil de la promotion") est une association sectorielle intégrée verticalement, où sont représentés tous les stades de la distribution des fournitures et du matériel photographiques et dont les principaux bénéficiaires sont la Fédération des distributeurs de fournitures photosensibles (Shashoren) et celle des détaillants (Zenren). Ils signalent que la JFTC a créé ce conseil par voie de "directive" administrative.<sup>671</sup>

---

<sup>669</sup>Pièces n° D-72 et D-73 du Japon.

<sup>670</sup>Trade Practices Commission, Annual Report 1987-1988, page 114, pièces n° D-74 et D-44 du Japon.

<sup>671</sup>Il est dit dans la directive officielle du Conseil: "Le présent Conseil a été mis en place en décembre de 1982 suivant les "directives" de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales aux fins d'assurer un système de commerce loyal dans le secteur de la photographie, d'approfondir l'échange d'idées et la compréhension entre entreprises et de contribuer au développement du secteur". National Photographic Industry Fair Trade Promotion Council, n° 1, 29 août 1992, pièce n° 92-7 des Etats-Unis.

6.209 Selon les Etats-Unis, la surveillance que la JFTC exerce sur le Conseil est illustrée par l'article 17 des Statuts dudit Conseil, qui dispose:

"L'adoption ou l'abrogation de 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".<sup>672</sup>

6.210 De l'avis des Etats-Unis, la délégation d'autorité de la JFTC au Conseil est explicitée à l'article 4, qui confère à celui-ci un certain nombre de pouvoirs d'exécution. L'article 4 est ainsi conçu:

"En vue de réaliser les objectifs exposés ci-dessus à l'article 3, le Conseil créera un comité qui sera chargé des fonctions suivantes: ... assurer un ordre garantissant la loyauté des transactions entre tous les éléments du système de distribution, fabricants, grossistes et détaillants. Prendre les décisions nécessaires à l'encontre de ceux qui enfreignent les mesures d'autoréglementation. Assurer la liaison avec les autorités compétentes. S'acquitter de toutes les autres fonctions nécessaires à la réalisation des objectifs du Conseil".

En conséquence, on retrouve entre le Conseil de la promotion et la JFTC la même dynamique association professionnelle-conseil qu'entre le Conseil des détaillants et la JFTC, ainsi qu'il est exposé plus loin. Le Conseil de la promotion a bénéficié d'une délégation d'autorité analogue de la part du gouvernement japonais.

6.211 Le Japon répond que l'autoréglementation de l'industrie est un comportement du secteur privé, et non une "mesure" du gouvernement. Il explique que ce conseil est une organisation du secteur privé, qui a été créée par l'industrie des appareils photo pour mettre en oeuvre des normes d'application facultative concernant le personnel détaché et qu'elle n'a aucun attribut de la puissance publique.

6.212 Les Etats-Unis répliquent que ce conseil et sa première série de règles, applicables au personnel détaché, ont été institués suivant les "directives" de la JFTC.<sup>673</sup> Selon eux, le Japon a admis que ledit "Conseil a été créé après consultation de la JFTC" et concédé qu'il "soumet son action dans le cadre de son règlement à l'"approbation" ou aux "directives" de la JFTC."<sup>674</sup> En tout état de cause, que le Conseil soit une organisation professionnelle purement privée ou quasi-publique, l'article 8.2 de la Loi antimonopole exige que "[t]outes les associations professionnelles ... déposent un rapport [auprès de la JFTC] dans les 30 jours suivant la date de leur création". En vertu de la Circulaire n° 2 de 1953 de la JFTC, modifiée, ces associations sont tenues d'y communiquer des renseignements de base tels que copie des statuts, plan financier, composition et mesures d'autoréglementation.<sup>675</sup>

---

<sup>672</sup>Fair Trade Promotion Council Establishment: An Attempt to Improve the Structure of the Industry, Zenren Tsuho, janvier 1983, pages 46 et 47, pièce n° 83-3 des Etats-Unis.

<sup>673</sup>Pièce n° 92-7 des Etats-Unis ("le Conseil a été créé suivant les "directives" de la JFTC en décembre de 1982"); pièce n° 83-3 des Etats-Unis ("la JFTC a fait part d'un accord [sur] la création du Conseil").

<sup>674</sup>Au moment de la création du Conseil, son Président avait dit qu'il avait "le visa de la Commission des pratiques commerciales loyales. Shashin Kogyo Junpo, 20 octobre 1982, pièce n° 46 des Etats-Unis.

<sup>675</sup>Les Etats-Unis indiquent qu'ils ont demandé au gouvernement japonais de leur fournir des exemplaires du rapport déposé par le Conseil de la promotion. Bien que ce rapport ne doive pas normalement contenir de

6.213 Le Japon signale également que la JFTC n'est pas légalement habilitée à approuver les accords sur lesquels repose le Conseil. Son intervention dans le cas des accords sur le détachement de personnel ou les indications de prix "développement - tirage"<sup>676</sup> était l'expression non contraignante de l'avis que ces accords ne seraient pas directement contraires à la Loi antimonopole. A cet égard, le statut du Conseil n'est pas différent de celui des associations professionnelles "ordinaires". C'est pourquoi le Japon conclut que les différentes activités du Conseil ne sauraient constituer des "mesures" aux fins des plaintes en situation de non-violation.<sup>677</sup>

6.214 Les Etats-Unis répliquent que l'exemption créée par les dispositions du paragraphe 5 de l'article 10 de la Loi sur les primes vaut non seulement pour l'établissement d'un code de concurrence loyale, mais encore pour "les actes d'entrepreneurs ou d'une association professionnelle accomplis conformément aux dispositions dudit code." Il n'y a pas non plus à leur connaissance la moindre raison de considérer ce conseil autrement que les autres conseils présentant un intérêt pour le présent différend.

iv) Conseil des détaillants

6.215 Selon les Etats-Unis, l'exemple du Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants (le "Conseil des détaillants") révèle les rapports qui existent entre une association professionnelle et un conseil des pratiques commerciales loyales et illustre bien les pouvoirs effectivement délégués par le gouvernement japonais à une association professionnelle.

6.216 Les Etats-Unis exposent que, depuis le début, le Code de concurrence loyale des détaillants ("Code des détaillants")<sup>678</sup> a été administré pour l'essentiel par la Fédération des détaillants du secteur de la photographie, ou Zenren, agissant en qualité de Conseil des détaillants. Selon eux, c'est la Zenren qui a demandé à la JFTC d'approuver l'établissement du Code des détaillants, et depuis lors, les représentants de la Zenren ont dominé le conseil d'administration du Conseil des pratiques commerciales loyales.<sup>679</sup> Qui plus est, la revue officielle de la Zenren, Zenren Tsuho, sert à diffuser des informations sur les activités du Conseil.<sup>680</sup> La Zenren et le Conseil des détaillants tiennent leur réunions annuelles en même temps et au même endroit, et ils occupent même les mêmes bureaux.<sup>681</sup>

---

renseignements confidentiels sur les entreprises, le gouvernement japonais a refusé de communiquer la moindre documentation ayant trait au Conseil.

<sup>676</sup>Le Japon affirme que Kosei Torihiki Joho, que les Etats-Unis citent comme publication officielle, n'est pas en réalité une publication officielle.

<sup>677</sup>Les Etats-Unis ont confirmé que les interventions du Conseil qui, à leurs yeux, posent un problème sont sa réaction à la campagne pour les VR et la Lettre circulaire de 1996. Le Japon note que cette lettre circulaire n'est en tout état de cause qu'une demande de renseignements et ne donne pas pour instruction aux membres de suspendre le service des employés détachés.

<sup>678</sup>Pièce n° 87-4 des Etats-Unis.

<sup>679</sup>Voir, par exemple, Zenren Tsuho, juin 1987, pages 6-11, pièce n° 87 - 5 des Etats-Unis.

<sup>680</sup>Voir les plans financiers des exercices 1994 et 1995 du Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants.

<sup>681</sup>Zenren Tsuho, août 1987, pages 16-20, pièce n° 87 - 7 des Etats-Unis.

6.217 Le Japon indique que le Conseil des détaillants, qui est chargé de faire observer les dispositions du Code du secteur de la photographie, est un établissement distinct de la "Zenren", Fédération nationale des organisations de détaillants en produits photographiques constituées au niveau des préfectures. Le Conseil des détaillants a une assemblée indépendante et un conseil d'administration indépendant, de même que son propre secrétariat et son propre budget. A l'étranger, les organisations professionnelles servent souvent d'organe d'application des mesures d'autolimitation.

6.218 Au dire des Etats-Unis, le Code des détaillants confère expressément de larges pouvoirs d'exécution au Conseil des détaillants, y compris dans le cadre de la Loi sur les primes et autres lois sur les "pratiques commerciales loyales".<sup>682</sup> L'article 15 du Code définit dans leurs grandes lignes les pouvoirs d'investigation du Conseil des détaillants lorsque des manquements à ses règles sont soupçonnés<sup>683</sup>, et l'article 16 précise les sanctions<sup>684</sup> applicables lorsqu'un exploitant ne se conforme pas au code.

6.219 Le Japon soutient que le Code des détaillants constitue une réglementation que les entreprises s'imposent mutuellement, approuvée par la JFTC conformément aux dispositions de la Loi sur les primes. A ses yeux, le Conseil des détaillants est un organisme privé institué par le Code pour mettre en oeuvre cette autoréglementation. De même, le paragraphe 7 de l'article 14 du Code des détaillants ne peut servir de fondement pour conférer au Conseil des détaillants le pouvoir d'assurer l'exécution de la Loi sur les primes, il lui assigne seulement pour tâche de faire largement connaître et observer cette loi ou la Loi antimonopole.

v) Fédération des Conseils des pratiques commerciales loyales

6.220 Les Etats-Unis indiquent également que la JFTC a délégué certains pouvoirs à une organisation faitière de conseils des pratiques commerciales loyales, la Fédération des conseils des pratiques commerciales loyales (la "Fédération") pour gérer l'application des codes. La Fédération a été créée par le gouvernement japonais en 1979 pour promouvoir et coordonner la mise en oeuvre des codes de concurrence loyale et y coopérer, mener des enquêtes pour déterminer dans quelle mesure ils sont respectés et s'acquitter d'autres fonctions visant à prévenir les infractions à la Loi sur les

---

<sup>682</sup>L'article 14 du Code des détaillants est ainsi conçu: "Le Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants exerce les activités suivantes:

- 1) Activités visant à faire parfaitement comprendre le Code.
- 2) Activités visant à donner des avis et des orientations à propos du Code.
- 3) Activités visant à opérer des ajustements concernant la manière dont le Code est observé.
- 4) Activités visant à enquêter sur les faits lorsqu'un manquement aux règles du Code est soupçonné
- 5) Activités visant à prendre les dispositions nécessaires à l'encontre des auteurs de manquements aux règles du Code.
- 6) Activités visant à traiter les plaintes reçues des consommateurs.
- 7) Activités visant à faire très généralement comprendre la Loi sur les primes injustifiables et les déclarations mensongères et autres lois et textes réglementaires relatifs aux pratiques commerciales loyales et à prévenir les infractions à leurs dispositions.
- 8) Activités visant à assurer la liaison avec les autorités compétentes.
- 9) Activités visant à informer les membres.
- 10) Activités ayant trait à d'autres activités liées à la mise en oeuvre du Code".

<sup>683</sup>L'article 15 du Code des détaillants est ainsi conçu:

"Le Conseil des pratiques commerciales loyales peut convoquer les parties en cause pour entendre leurs explications, expédier les demandes de renseignements nécessaires, recueillir l'opinion de témoins et mener les enquêtes nécessaires pour complément d'information."

<sup>684</sup>L'article 16 du Code des détaillants est ainsi conçu:

"[L]orsqu'il est constaté qu'un exploitant se trouve en infraction ... le Conseil des pratiques loyales commerciales peut lui signifier un avertissement par écrit... lorsqu'il est constaté que l'exploitant auquel a été signifié l'avertissement susmentionné n'a pas obtempéré, le Conseil peut lui infliger une amende de 500 000 yen au maximum, ou l'exclure du Conseil, ou encore, au besoin, demander à la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales de prendre les mesures nécessaires".

primes.<sup>685</sup> La JFTC convoque la Fédération chaque année pour définir la politique à suivre en ce qui concerne les codes de concurrence loyale et les conseils des pratiques commerciales loyales et elle rend compte des activités de la Fédération dans le rapport annuel qu'elle est tenue par la loi de présenter au Parlement japonais.<sup>686</sup> Selon les Etats-Unis, le Directeur général du Conseil des détaillants participe régulièrement à des réunions de décideurs avec de hauts fonctionnaires de la JFTC. Par surcroît, la JFTC décerne régulièrement des distinctions aux conseils des pratiques commerciales loyales, par l'intermédiaire de la Fédération, en récompense de leurs activités.

b) Imputabilité au gouvernement

i) Codes de concurrence loyale

6.221 Les Etats-Unis allèguent que le gouvernement japonais devrait porter la responsabilité des effets des codes de concurrence loyale et des activités des conseils des pratiques commerciales loyales, y compris les associations professionnelles agissant sous l'égide d'un code ou d'un conseil, parce que ces codes et conseils ont été créés au Japon par la loi, et plus précisément par l'article 10 de la Loi sur les primes, dont le paragraphe 1 dispose:

"Des entreprises ou une association professionnelle peuvent, sur autorisation accordée par la Commission des pratiques commerciales loyales conformément à son Règlement, conclure ou établir, sur des questions ayant trait aux primes ou aux déclarations, un accord ou un code visant à prévenir la sollicitation indue de la clientèle et à préserver la loyauté de la concurrence. Les mêmes dispositions s'appliquent aux modifications qu'elles pourraient vouloir y apporter."<sup>687</sup>

Aux yeux des Etats-Unis, il ressort clairement de l'article 10 1) que l'établissement du code est soumis à l'approbation de la JFTC. De même, l'article 10 3) dispose que le fonctionnement des codes et conseils est soumis à la supervision de la JFTC.

6.222 Les Etats-Unis soulignent que le Conseil des détaillants et la Zenren - comme tous les autres conseils et associations professionnelles - ont même davantage de pouvoir, parce que l'article 10 de la Loi sur les primes exempte leurs activités de l'application de la législation antitrust. L'article 10 5) de la Loi sur les primes est ainsi conçu:

"Les dispositions de l'article 48 [recommandation, décision sur recommandation], ainsi que de l'article 49 [engagement d'une procédure d'auditions], de l'article 67 1) [injonction] et de l'article 73 [accusation] de la [Loi antimonopole] ne s'appliquent pas au code de concurrence loyale qui a été autorisé selon le paragraphe 1, ni aux actes d'entrepreneurs ou d'une association professionnelle accomplis conformément aux dispositions dudit code."

6.223 Le Japon rétorque que les activités d'un conseil menées dans le cadre d'un code approuvé ne sont pas exemptes de l'application des dispositions de fond, telles celles qui prohibent les pratiques

<sup>685</sup>The Fair Competition Code System and Status of Establishing Fair Competition Codes, Kosei Torihiki, No. 390, avril 1983, pages 37 et 38, published by Japan Fair Trade Institute, JFTC, Trade Practice Department, pièce n° 83-8 des Etats-Unis.

<sup>686</sup>Rapport annuel pour 1995 de la JFTC, Livre blanc sur la Loi antimonopole, juillet 1996, pages 247-251.

<sup>687</sup>Pièce n° 62-6 des Etats-Unis (non souligné dans l'original).

commerciales déloyales, de la Loi antimonopole. Pour la JFTC, tout ce que fait un conseil peut donner lieu à des poursuites, au même titre que les activités des autres associations. L'approbation qu'elle accorde a pour seule conséquence juridique de l'obliger à commencer par retirer son approbation avant de faire appliquer la Loi antimonopole à l'encontre d'un code approuvé ou de sa mise en oeuvre.

6.224 Le Japon explique qu'en vertu de l'article 10 de la Loi sur les primes des entrepreneurs ou une association professionnelle peuvent arrêter ou établir un code ("code de concurrence loyale") visant à prévenir la sollicitation induue de la clientèle et à préserver la loyauté de la concurrence. Cette loi dispose aussi qu'un tel code traite des questions liées aux primes ou aux déclarations et qu'il est soumis à l'approbation de la JFTC.<sup>688</sup> En conséquence, s'agissant d'autres questions comme le détachement de personnel, des entrepreneurs ne peuvent pas arrêter de "code". Le Japon expose que la JFTC ne peut approuver un "code" que dans les cas où il est constaté que celui-ci satisfait à des conditions rigoureuses.<sup>689</sup> Avant de décider d'approuver ou non un "code", la JFTC procède à des auditions publiques pour recueillir l'opinion des consommateurs, de spécialistes et de personnes bien informées ainsi que des représentants des entreprises concernées. La Loi sur les primes confère en outre à la JFTC un pouvoir de surveillance en l'autorisant à retirer après coup son approbation. Lorsque la JFTC approuve un "code", celui-ci est publié au Journal officiel. Le Japon fait valoir que l'approbation de la JFTC a pour effet de confirmer que la teneur du "code", de même que les actes faits conformément à ses dispositions, ne sont pas contraires à la Loi antimonopole.<sup>690</sup>

ii) Conseils des pratiques commerciales loyales

6.225 Le Japon explique qu'en vue d'assurer efficacement la mise en oeuvre et le respect des dispositions du code, les parties au "code" (entrepreneurs) se constituent d'ordinaire en conseil des pratiques commerciales loyales, organisme privé composé des parties au code, lesquelles sont juridiquement distinctes de l'association professionnelle existante. Bien que les codes approuvés puissent renfermer des dispositions prévoyant la création et le fonctionnement d'un conseil, les conseils demeurent, selon le Japon, des organisations privées, parce que l'approbation de la création d'une organisation composée de personnes privées ne fait pas de celle-ci une entité publique. De nombreux codes disposent que le conseil peut ou doit prendre les mesures suivantes:

- a) Le conseil doit rendre compte à la JFTC des décisions prises par lui à ses réunions annuelles.
- b) Le conseil doit rendre compte à la JFTC du fait d'avoir pris certaines initiatives comme:
  - i) une demande d'indemnité pour rupture de contrat en cas de désobéissance au code, ou
  - ii) l'exclusion d'un membre qui n'a pas obéi au code.

---

<sup>688</sup>Article 10 1) de la Loi sur les primes.

<sup>689</sup>Aux termes de l'article 10 2) de la Loi sur les primes, un "code" ne peut être approuvé que si:

- i) il est utile pour prévenir la sollicitation induue 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.

<sup>690</sup>Article 10 5) de la Loi sur les primes.

- c) Le conseil peut demander à la JFTC de prendre les mesures nécessaires à l'encontre des membres qui n'ont pas obéi au code de concurrence loyale.

Les mesures énoncées aux alinéas a) et b) ci-dessus sont destinées à faire en sorte que la JFTC soit informée des principaux faits nouveaux intéressant l'application du code. En ce qui concerne celle de l'alinéa c), la JFTC n'est pas obligée de donner une suite quelconque à ce genre de démarche de la part des conseils.

6.226 Le Japon dit qu'un code ne doit pas pour autant obligatoirement contenir des dispositions relatives aux mesures susmentionnées. De telles dispositions y sont insérées si les parties au code en décident librement ainsi. Le Japon note également que les conseils ne sont pas tenus de demander, et ne demandent en fait pas, l'approbation de la JFTC sur des questions comme leur plan financier ou leur budget annuel, le recrutement de leur personnel ou leurs différentes interventions. Le Japon souligne en outre que les conseils des pratiques commerciales loyales ne sont pas des établissements publics, ni même semi-publics, et que ni les membres de leur comité exécutif ni leur personnel ne sont des fonctionnaires.

6.227 Les Etats-Unis allèguent qu'en réalité le gouvernement japonais a délégué ses pouvoirs d'exécution de la Loi sur les primes aux conseils des pratiques commerciales loyales et aux associations professionnelles sectorielles qui les composent. Selon eux, de par ses termes mêmes, cette loi délègue ces pouvoirs d'exécution aux associations professionnelles agissant en qualité de conseils des pratiques commerciales loyales en leur conférant le pouvoir d'assurer la mise en oeuvre des codes de concurrence loyale approuvés par la JFTC. Pour les Etats-Unis, c'est sous ce jour que le Directeur de la Division des primes de la JFTC a expliqué que

"[l']approbation du Code signifie que le rôle que nous jouons pour réprimer les infractions sera laissé au Conseil des pratiques commerciales loyales. Si celui-ci ne répond pas à cette attente, [l']approbation] sera dénuée de sens".<sup>691</sup>

D'après les Etats-Unis, les membres du Conseil des détaillants, par exemple, se sont fait l'écho de leur opinion en disant que "le Conseil des détaillants est exactement comme un sous-traitant de la JFTC".<sup>692</sup>

6.228 Les Etats-Unis observent également que la JFTC, en approuvant le code, ne fait pas qu'habiliter les personnes privées qui y sont parties à intervenir en général à sa place pour en imposer l'application, elle les exempte en outre de poursuites pour leurs activités. Comme l'a expliqué la JFTC, "même si la teneur d'un code ou les activités menées au titre de ce code sont contraires à la Loi antimonopole, il ne sera pas pris de mesures de police sur le fondement de cette loi".<sup>693</sup>

---

<sup>691</sup>Zenren Tsuho, juillet 1987, page 7, pièce n° 87-5 des Etats-Unis. Le Japon soutient que "teki-hatsu" devrait être traduit par "révéler" au lieu de "réprimer". Voir le problème de traduction n° 20.

<sup>692</sup>Shukan Shashin Sokuto, 7 août 1987, page 3, pièce n° 87-9 des Etats-Unis.

<sup>693</sup>Jirei Kokusen Kinshi Ho, 15 décembre 1995, page 442, pièce n° 95-20 des Etats-Unis.

6.229 Le Japon soutient que les pouvoirs d'exécution de la JFTC ne peuvent pas être délégués à un organisme privé. Les initiatives du genre de celles que les Etats-Unis citent comme exemples de délégation de pouvoirs sont de celles qu'un conseil peut prendre seul.<sup>694</sup>

6.230 Sur la nature des rapports entre la JFTC et les conseils des pratiques commerciales loyales, le Japon note que la JFTC n'assure l'exécution que de la Loi sur les primes, et non des codes. Les codes de concurrence loyale étant des conventions passées entre entrepreneurs privés, c'est en dernier ressort la justice qui en impose l'exécution aux parties. Le Japon explique que la JFTC est habilitée par l'article 10 de la Loi sur les primes à approuver un code de concurrence loyale établi par des entrepreneurs ou une association professionnelle. De même, la modification d'un code est soumise à l'approbation de la JFTC. La Loi sur les primes ne contient pas de dispositions visant le conseil en tant que tel. Bien que les codes approuvés par la JFTC renferment d'ordinaire des dispositions relatives aux conseils, la JFTC se trouve dans le même rapport juridique avec les conseils qu'avec les organisations ou entreprises privées ordinaires. La JFTC serait prête à prendre les dispositions voulues s'il était constaté que les conseils font obstruction à une concurrence loyale.

6.231 Le Japon souligne que les conseils des pratiques commerciales loyales ne se voient déléguer aucun pouvoir par la JFTC. En ce qui concerne les relations entre la JFTC et les administrations préfectorales, les paragraphes 2) à 5) de l'article 9 de la Loi sur les primes prévoient la délégation à ces dernières de certains pouvoirs. En revanche, il n'y a aucune disposition de cette nature à l'article 10, consacré aux codes de concurrence loyale. D'où il ressort clairement pour le Japon que la JFTC ne saurait déléguer un pouvoir quelconque à des organismes non publics sans y être expressément autorisée par la loi.

6.232 Le Japon indique que les codes d'autoréglementation qui n'ont pas été approuvés et publiés par la JFTC ne sont pas exécutoires pour les parties. Ils ne le sont naturellement pas davantage pour les tiers. Le Japon ajoute que de tels codes sont effectifs à condition de ne pas être contraires à la Loi antimonopole.<sup>695</sup> En revanche, les codes approuvés par la JFTC sont applicables aux parties et leur exécution peut être imposée par les tribunaux. Selon le Japon, beaucoup de codes contiennent une disposition habilitant le conseil à prendre certaines mesures à l'encontre des parties qui n'obéissent pas aux règles du code, par exemple à exiger d'elles une indemnité pour rupture de contrat ou à les exclure. En ce sens, on peut sans doute dire que le code "peut être mis à exécution" par le conseil des pratiques commerciales loyales. Il n'empêche, souligne le Japon, que la JFTC n'a pas le pouvoir d'approuver les différentes décisions prises par l'organisation composée des parties au code (le conseil des pratiques commerciales loyales). Au surplus, beaucoup de codes prévoient que le conseil a pour tâches:

- i) de faire mieux connaître le code,

---

<sup>694</sup>Le Japon affirme que n'importe qui peut, par exemple, mettre en place une "autoréglementation pour la prévention des incendies" et prendre pour la faire respecter des mesures telles qu'une enquête, une amende ou une demande d'intervention auprès des autorités compétentes.

<sup>695</sup>La JFTC exercera son pouvoir réglementaire sur les accords d'autoréglementation relevant de l'une des catégories suivantes:

- i) les accords d'autoréglementation constituant de la part d'entrepreneurs "une restriction déraisonnable à la liberté du commerce" telle qu'une entente (article 3 de la Loi antimonopole);
- ii) les accords d'autoréglementation constituant:
  - a) soit une restriction substantielle à la concurrence de la part d'une association professionnelle,
  - b) soit une restriction induite à la fonction ou aux activités des parties au code (article 8 de la Loi antimonopole).

- ii) d'examiner les cas de désobéissance possible au code et de prendre certaines sanctions, et
- iii) de prévenir les infractions à la Loi sur les primes.<sup>696</sup>

Dès lors que toutes ces initiatives sont prises conformément à un accord entre parties privées (le code) visant au respect des règles du code et des dispositions de la Loi sur les primes, elles ne sauraient, de l'avis du Japon, être considérées comme l'exercice de pouvoirs délégués au conseil par la JFTC.

6.233 Aux yeux du Japon, le fait que les conseils sont habilités à infliger des "sanctions pécuniaires" à leurs membres qui ont enfreint les dispositions des codes ne relève pas de la délégation de pouvoirs. Les personnes privées sont fondamentalement libres de convenir a) qu'elles se conformeront à une certaine règle et b) que celles qui auront enfreint la règle paieront une indemnité pour rupture de contrat. Il n'est nul besoin de délégation de puissance publique pour faire respecter une telle convention. Dans bien des cas, le code prévoit que lorsque le conseil a exigé une indemnité de rupture de contrat pour désobéissance aux dispositions du code, il doit en faire part à la JFTC. Cette disposition est destinée à s'assurer que la JFTC sera informée des principaux faits nouveaux concernant l'application du code. Ce n'est rien d'autre qu'une notification "ex post facto", et cela n'indique pas que la JFTC "intervienne" dans les activités des conseils ou en soit "responsable".

### iii) Conclusions des parties

6.234 Au dire des Etats-Unis, le gouvernement japonais a mis en place son système de codes mis à exécution par le secteur privé en vue, en partie tout au moins, de compenser la supériorité perçue des capacités de commercialisation et des budgets de promotion des firmes étrangères. Ils citent un éminent spécialiste japonais de la législation antitrust, qui a expliqué que "[l]es codes de concurrence loyale peuvent aussi être efficaces pour maîtriser ces firmes si elles désorganisent le marché".<sup>697</sup> Dans ces conditions, ils estiment que les activités de ces conseils et associations sont imputables au gouvernement japonais et relèvent de l'OMC et du Groupe spécial.

6.235 Les Etats-Unis soulignent que la position actuelle du Japon, à savoir que les effets des codes et des conseils ne sauraient être imputés au gouvernement, contredit celle qu'il avait prise en 1987 dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques.<sup>698</sup> Dans sa communication au groupe spécial chargé de cette affaire, le Japon déclarait: "l'étiquetage des boissons alcooliques est réglementé au Japon par toute une série d'instruments d'encadrement, à savoir: ... iii) des codes de

---

<sup>696</sup>Les tâches du conseil habituellement énumérées dans un code sont les suivantes:

- i) faire mieux connaître le code;
- ii) donner des avis et des conseils sur les questions ayant trait au code;
- iii) procéder à des enquêtes sur la situation en ce qui concerne le respect des dispositions du code;
- iv) procéder à des enquêtes sur les cas de désobéissance possible au code;
- v) prendre des sanctions à l'encontre des parties qui n'ont pas obéi aux dispositions du code;
- vi) traiter les plaintes des consommateurs;
- vii) faire mieux connaître la Loi sur les primes et les autres lois relatives aux pratiques commerciales loyales et prévenir les infractions à ces lois; et
- viii) se mettre en contact avec les administrations concernées.

<sup>697</sup>Matsushita Mitsuo, *Antimonopoly Law and International Transactions*, 25 mai 1970, pages 83 et 84, pièce no° 70-2 des Etats-Unis.

<sup>698</sup>Rapport du groupe spécial Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés ("Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques"), adopté le 10 novembre 1997, IBDD, S34/92.

concurrence loyale établis conformément à ladite Loi [sur les primes injustifiables et les déclarations mensongères].<sup>699</sup> De plus, le Japon donnait les explications suivantes:

"L'article 10 de la [Loi sur les primes] institue le système des codes de concurrence loyale. Bien que le code soit une réglementation librement arrêtée par la branche concernée en vue d'aider les consommateurs à faire correctement leur choix et d'assurer la loyauté de la concurrence, il est soumis à l'approbation de la Commission des pratiques commerciales loyales. Ce code de concurrence loyale prévoit des sanctions (sous forme de pénalités pécuniaires) en cas de désobéissance aux obligations qui y sont énoncées, en vue d'en assurer correctement l'exécution."<sup>700</sup>

6.236 A cet égard, le groupe spécial chargé de cette affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques a dit, dans la section de son rapport consacrée aux "aspects factuels":

"Le Japon a adopté divers instruments juridiques afin d'éviter que des appellations commerciales ne soient utilisées de manière à induire en erreur quant à la véritable origine d'un produit; parmi ces instruments, on peut citer la Loi pour la prévention de la concurrence déloyale, la Loi contre la publicité mensongère, ainsi que tout un éventail de "codes de déontologie" volontairement élaborés par chaque branche de production concernée, conformément à l'article 10 de cette dernière Loi, et approuvés par la Commission de la concurrence, ou encore, la Loi relative aux associations professionnelles et aux recettes fiscales dans le secteur des boissons alcooliques."<sup>701</sup>

6.237 Selon les Etats-Unis, le Japon avait pris cette position pour démontrer qu'il avait satisfait à ses obligations au titre de l'article IX:6 de l'Accord général, lequel prescrit aux Membres de coopérer pour protéger les marques commerciales des produits étrangers. A leur avis, le Japon ne devrait pas pouvoir s'attribuer le mérite de son système de codes et conseils quand cela cadre avec sa position dans une procédure antérieure et venir ensuite prétendre que ces codes et conseils n'ont rien à voir avec le gouvernement.

6.238 Le Japon répond qu'un "code de concurrence loyale" est un accord conclu entre parties privées aux fins d'un encadrement autonome. Le passage du rapport de groupe spécial cité dit expressément que ces codes sont "volontairement élaborés par chaque branche de production concernée". En même temps, un code approuvé par la JFTC est aussi un accord ayant force exécutoire. De l'avis du Japon, l'expression "instruments juridiques" était employée dans ce sens dans le rapport susmentionné.

6.239 Le Japon soutient également qu'un code de concurrence loyale ne constitue pas en soi une "mesure" du gouvernement japonais, pour les raisons suivantes:

- i) Un code de concurrence loyale est un accord, ou une convention, conclu entre professionnels d'une branche n'appartenant pas au secteur public. C'est en dernier ressort le pouvoir judiciaire qui devra en assurer l'exécution, et la JFTC n'a aucun rôle à jouer dans la procédure d'exécution. Ce n'est que lorsque des parties au code

---

<sup>699</sup>Communication du Japon au Groupe spécial dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, annexe 9, page 15 (non souligné dans l'original).

<sup>700</sup>Ibid., page 26.

<sup>701</sup>Rapport du Groupe spécial Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, adopté le 10 novembre 1987, IBDD, S32/92, 96, paragraphe 2.7.

n'observent pas les dispositions de la Loi sur les primes, ou des circulaires ou autres textes réglementaires de la JFTC, que la Commission intervient.

- ii) Les professionnels de la branche peuvent librement choisir d'adhérer ou non à un code. La JFTC n'exige pas leur adhésion.

6.240 Le Japon expose également que les différentes activités menées par un conseil des pratiques commerciales loyales ou une autre association professionnelle ne sont pas non plus des "mesures". Il note qu'un conseil des pratiques commerciales loyales ne se voit conférer aucun statut particulier dans la loi, pas plus qu'il n'est assujéti à une tutelle ou à des "directives" spéciales de la part du gouvernement.

- i) Le modèle ou le statut d'un conseil des pratiques commerciales loyales n'est ni défini ni réglé par la loi. C'est un établissement défini et prévu par un code. En sa qualité d'"association professionnelle de branche", il se voit appliquer un traitement qui n'est en rien différent de celui des autres organisations de même nature.
- ii) Les différentes activités d'un conseil des pratiques commerciales loyales ne bénéficient d'aucune présomption de jure ou de facto de licéité. A l'inverse, à moins que le conseil ne commette un acte illicite, la JFTC n'est pas habilitée à lui demander des comptes.
- iii) La participation à un conseil des pratiques commerciales loyales n'est pas obligatoire.

6.241 Le Japon souligne en outre qu'il n'y a pas de code de concurrence loyale applicable au secteur des pellicules et papiers photographiques.

6.242 En résumé, le Japon conclut que les activités des conseils des pratiques commerciales loyales ou autres associations professionnelles de ce type ne sauraient constituer des "mesures" gouvernementales tombant sous le coup de l'article XXIII:1 b).